Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 40 – Numéro 1-2

Année : 2009-2010

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10466>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10466>

Page vide laissée intentionnellement.

AVANT-PROPOS	[i]
Par Benoît MOORE	

Articles

RISQUES DE SANTÉ ET POPULATIONS MARGINALISÉES : RÉFLEXION INTERDISCIPLINAIRE SUR LA CENTRALITÉ DES DROITS DE LA PERSONNE DANS LE STATUT CITOYEN.....	1
Par Christine VÉZINA Emmanuelle BERNHEIM Avec la collaboration d'Emmanuelle BÉDARD Éric AHERN Pierre NOREAU Henri DORVIL	
UNE TENSION NORMATIVE IRRÉCONCILIABLE. LES DISCOURS PSYCHIATRIQUE ET JURIDIQUE SUR LE RISQUE PSYCHIATRIQUE	31
Par Emmanuelle BERNHEIM	
UNE STRATÉGIE ORIGINALE DE GESTION DES RISQUES : LES INCITATIFS FINANCIERS CONDITIONNELS SONT-ILS UNE AVENUE POUR LUTTER CONTRE LES MALADIES CHRONIQUES?.....	65
Par Marie-Eve COUTURE MÉNARD	
LE TRIPTYQUE SANTÉ – IDENTITÉS AUTOCHTONES – TERRITOIRE. PERSPECTIVES JURIDIQUES	97
Par Doris FARGET	
LA VULNÉRABILITÉ AU VIH DES HOMOSEXUELS EN AFRIQUE : UNE ANALYSE BASÉE SUR LE DROIT À LA SANTÉ.....	131
Par Christine VÉZINA	
PERSONNES VULNÉRABLES ET CITOYENNETÉ : ÉVOLUTION ET PERSPECTIVES AUTOUR DE L'ACCESSIBILITÉ AU PROCESSUS DE VOTE.....	199
Par Virginie MESGUICH	
LE STATUT JURIDIQUE DU CORPS HUMAIN OU L'OSCILLATION ENTRE L'OBJET ET LE SUJET DE DROIT	231
Par Marie-Ève ARBOUR Mariève LACROIX	
L'ACCÈS AUX SOINS ET AUX MÉDICAMENTS AU QUÉBEC; ENTRE L'IDÉAL ET LA RÉALITÉ.....	269
Par Catherine RÉGIS Anne-Marie SAVARD	
DROIT À LA SANTÉ ET DROIT DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – QUÉBEC	305
Par Thérèse LEROUX	

LA PERSONNE EN FIN DE VIE : LE REGARD DU DROIT CIVIL DU QUÉBEC	327
Par Suzanne PHILIPS-NOOTENS	

Rapport de synthèse

CONGRÈS DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT – 2009, JOURNÉES SUISSES, 7-12 JUIN 2009	365
Par Jean-Louis BAUDOUIN	

Articles

LES COMITÉS D'ÉTHIQUE DE LA RECHERCHE SUR L'HUMAIN : LES CHERCHEURS FACE AUX ENJEUX D'INTERNORMATIVITÉ ET DE GOUVERNANCE	383
Par Georges A. LEGAULT Johane PATENAUDE Monelle PARENT	

LA CONTRIBUTION AFRICAINE AU DÉVELOPPEMENT DE LA JUSTICE PÉNALE INTERNATIONALE	409
Par Pacifique MANIRAKIZA	

L'ÉVENTUALITÉ DE MÉCANISMES RÉFLEXIFS DANS LE CADRE DU PROCÈS PÉNAL FRANÇAIS	479
Par François DESPREZ	

PERSPECTIVES POUR UN PRINCIPE DE SÉCURITÉ JURIDIQUE EN DROIT CANADIEN : LES PISTES DU DROIT EUROPÉEN	511
Par Martin NADEAU	

LA PROPORTIONNALITÉ PROCÉDURALE : UNE PERSPECTIVE COMPARATIVE	551
Par Catherine PICHÉ	

Commentaire

LA DÉCISION CHRISTENSEN C. ARCHEVÊQUE CATHOLIQUE ROMAIN : LORSQUE LE TUTEUR DOIT POURSUIVRE L'AGRESSEUR	599
Par Julie MCCANN	

Notes biographiques

CONSTITUTION DU ROYAUME-UNI : DES ORIGINES À NOS JOURS	625
Par Guillaume ROUSSEAU	

CODE DU TRAVAIL DU QUÉBEC / LÉGISLATION, JURISPRUDENCE, DOCTRINE	629
Par Finn MAKELA	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : AVANT-PROPOS

Auteur(s) : Benoît MOORE

Revue : *RDUS*, 2009-2010, volume 40, numéro 1-2

Pages : [i]

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

Page vide laissée intentionnellement.

JOURNÉES HENRI CAPITANT :
Droit de la santé – Aspects nouveaux

AVANT-PROPOS

Les journées 2009 de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française ont eu lieu du 7 au 12 juin en Suisse, plus spécifiquement dans les villes de Lausanne et Neuchâtel. Destination toute logique pour le thème de cette année : Droit de la santé - Aspects nouveaux.

Comme le veut la tradition, le thème fut séparé en quatre ateliers : 1) Le statut juridique du corps humain; 2) L'accès aux soins et aux médicaments; 3) La santé et la propriété intellectuelle; 4) La personne en fin de vie. Nous remercions la Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, laquelle était toute désignée, d'avoir accepté de publier les rapports québécois présentés dans le cadre de ces journées. Ce sont ces textes qui paraissent dans les pages qui suivent auquel se rajoute, fait exceptionnel, le rapport de synthèse. Il est de tradition que les journées internationales de l'Association Henri Capitant se terminent par une conférence de synthèse présentée par un professeur français. Cette année, pour la deuxième fois seulement de l'histoire de l'Association, cette tâche revenait à l'Honorable Jean-Louis Baudouin, président du groupe québécois. Cet honneur venait reconnaître l'influence déterminante qu'a eue Monsieur Baudouin dans le développement du droit de la santé sur la scène internationale. Le groupe québécois se réjouit de cet honneur et est fier de publier ce texte à la fin du présent numéro.

Il est un lieu commun de dire que la santé pose au droit les plus grands défis. Qu'il s'agisse de l'accès aux soins et aux médicaments, accès toujours fragilisé par l'augmentation continuelle des coûts, du difficile équilibre entre la protection de la recherche par les règles de la propriété intellectuelle et la diffusion des médicaments, ou encore la qualification juridique du corps humain, ses composantes ainsi que de la fin de la vie, le droit de la santé soulève des questions éthiques qui interpellent à la fois le juriste et le citoyen. Les textes publiés dans les pages qui suivent témoignent, une fois encore, de la pertinence, de la difficulté et de la variété de ces enjeux.

Benoît Moore

Professeur et titulaire de la Chaire Jean-Louis Baudouin en droit civil
Faculté de droit, Université de Montréal
Secrétaire de l'Association Henri Capitant, Section québécoise

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : RISQUES DE SANTÉ ET POPULATIONS MARGINALISÉES : RÉFLEXION
INTERDISCIPLINAIRE SUR LA CENTRALITÉ DES DROITS DE LA
PERSONNE DANS LE STATUT CITOYEN

Auteur(s) : Christine VÉZINA
Emmanuelle BERNHEIM
avec la collaboration d'Emmanuelle BÉDARD, d'Éric AHERN, de
Pierre NOREAU et d'Henri DORVIL

Revue : *RDUS*, 2009-2010, volume 40, numéro 1-2

Pages : 1-30

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10375>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10375>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

RISQUES DE SANTÉ ET POPULATIONS MARGINALISÉES : RÉFLEXION INTERDISCIPLINAIRE SUR LA CENTRALITÉ DES DROITS DE LA PERSONNE DANS LE STATUT CITOYEN

par Christine VÉZINA* et Emmanuelle BERNHEIM**

avec la collaboration

d'Emmanuelle BÉDARD***, d'Éric AHERN****,
de Pierre NOREAU***** et d'Henri DORVIL*****

Bien que la gestion des risques par l'État et ses mandataires soit une entreprise théoriquement destinée à les endiguer, nous constatons que lorsqu'elle s'applique aux personnes marginalisées, cette gestion a souvent pour effet d'accroître ou de multiplier les risques encourus par ces citoyens. Cette situation porte atteinte aux droits fondamentaux des personnes marginalisées et accroît leur vulnérabilité aux risques. Nous postulons que des pratiques basées sur les droits de la personne – dans une perspective bottom up – pourraient faire contrepoids au droit et aux politiques sociales et sanitaires favorisant l'émergence de risques. Nous proposons ici un « processus de socialisation des droits de la personne » par lequel le statut citoyen est envisagé comme une rencontre entre l'individuel et le collectif, dans une démarche d'empowerment.

Although risk management strategies adopted by the State and its agents are aimed theoretically at sheltering them from liability, it is noted that when these strategies are applied to those who are marginalized, they often have the effect of exacerbating and multiplying risks otherwise normally assumed by citizens. This situation violates the fundamental rights of marginalized persons and in fact, may increase their vulnerability to certain risks. The writers postulate that practices grounded on the rights of persons – in a «bottom up» perspective – could constitute a counterweight to the law and to social and health policies that may, in fact, encourage the emergence of certain risks. In order to favor empowerment, it is suggested that there emerge a socialization process relating to human rights according to which the status of citizen would be viewed as an interface between the individual and society.

* . Doctorante, Centre de recherche en droit public et avocate à la Coalition des organismes communautaires québécois de lutte au VIH/sida.

** . Doctorante, Centre de recherche en droit public et professeure au département de sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal.

*** . Professeure, Département de sciences infirmières de l'Université du Québec à Rimouski.

**** . Professeur, Faculté de sciences infirmières de l'Université du Québec à Trois-Rivières et chercheur au Centre de recherche Fernand-Séguin.

***** . Professeur, Faculté de droit de l'Université de Montréal et chercheur au Centre de recherche en droit public.

***** . Professeur, École de travail social de l'Université du Québec à Montréal et chercheur au Groupe de recherche sur les aspects sociaux de la santé et de la prévention.

SOMMAIRE

I.	Le droit des exclus : à l'interface de la marginalité et de la citoyenneté	5
A.	La gestion des risques par le droit : reproduction de la marginalité et statut citoyen fragilisé.....	5
a.	Les risques liés au maintien de la sécurité et de l'ordre public.....	6
b.	Les risques de santé publique.....	8
B.	La gestion de la marginalité par le droit : induction du risque et atteintes formalisées à la citoyenneté.....	9
a.	Les risques de santé	10
b.	Le risque démocratique.....	12
II.	De la marge à l'inclusion : vers une approche de la marginalité basée sur les droits de la personne	14
A.	Droits de la personne et marginalité	15
a.	La vulnérabilité : une voie de passage entre le risque et les droits	15
b.	De l'international au local : les droits de la personne en action	20
B.	Les droits de la personne comme fondement légitime de l'inclusion	24
	Conclusion	29

L'identification des risques auxquels sont confrontées nos sociétés contemporaines, tels les risques sociaux, sanitaires, environnementaux, existants et émergents, et leur gestion par l'État et ses mandataires, est une entreprise théoriquement destinée à assurer la sécurité des populations, dans un contexte donné, compte tenu des connaissances scientifiques disponibles. L'objectivation du concept de risque repose sur des analyses causales fondées sur des données probantes qui assurent notamment une distance avec l'irrationalité que peuvent engendrer la peur et les préjugés à l'égard desdits risques et de leurs causes. Les résultats de ces approches techniques et scientifiques du risque guident, en principe, les choix des politiques publiques et des interventions collectives ou individuelles. L'observation empirique de certaines approches contemporaines de gestion des risques, dans des contextes impliquant des populations dites « marginales », nous mène à nous interroger sur l'étanchéité du lien qui existe entre les données scientifiques et les choix réalisés dans une perspective de prévention et de protection. En effet, les fondements des décisions, des interventions et des pratiques semblent ancrés dans des dilemmes moraux opposant individu et société, liberté et conformité, détresse et sécurité. Et puis, inversement, certaines pratiques, décisions, politiques qui sont *a priori* destinées à enrayer les risques, ou du moins à les contenir, tendent à participer à leur accroissement et à leur multiplication notamment chez les groupes marginalisés.

La marginalité, conceptualisée ici comme une manifestation des inégalités sociales attribuables, entre autres, au droit et aux politiques sociales et sanitaires, devient dans ce cadre un véritable marqueur des inégalités sociales de santé et vice versa¹. Le

-
1. Nous retenons aux fins de cette réflexion la définition d'« handicapé » proposée par Dorvil *et al.* : « si, depuis un quart de siècle, les sociétés occidentales déploient des efforts gigantesques pour intégrer les personnes handicapées dans la société [...] il faut se rendre à l'évidence que les normes sociales sont encore impitoyables même si elles sont différentes. Les exclus, ce ne sont plus seulement les "pauvres" [...], les fous, "les débiles"; ce sont tous ceux qui n'arrivent pas à s'insérer dans le

risque associé au mode de vie des personnes marginalisées ainsi que sa gestion constitueraient la pierre angulaire d'un mécanisme par lequel les inégalités sociales se traduisent en inégalités sociales de santé et tendent, par le fait même, à entretenir la marginalité et l'exclusion.

Nous verrons en première partie comment le droit conditionne le rapport social au risque, soit en le gérant *a priori*, soit en l'induisant, ainsi que son impact sur le statut citoyen des personnes marginales (I. Le droit des exclus : à l'interface de la marginalité et de la citoyenneté). Puis, nous proposerons en seconde partie une approche basée sur les droits de la personne² où la socialisation, en tant que processus de concrétisation des droits, permettra l'effectivité du statut citoyen³ (II. De la marge à l'inclusion : vers une approche de la marginalité basée sur les droits de la personne)⁴.

circuit productif. Ce sont les tarés, les im-propres, les im-purs, les im-productifs, les in-disciplinés, les im-moraux, les in-cultes, etc., bref tous ceux qui enfreignent les normes de beauté, de santé physique, morale et mentale » dans Henri Dorvil, Marc Renaud et Louise Bouchard, « L'exclusion des personnes handicapées » dans Fernand Dumont, Simon Langlois et Yves Martin, dir., *Traité des problèmes sociaux*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1994, 715 [Dorvil, Renaud et Bouchard].

2. Nous utiliserons indistinctement dans ce texte les termes *droits fondamentaux* et *droits de la personne* pour désigner le corpus des droits reconnus à la personne humaine au niveau national, régional et international.
3. Nous faisons référence à la conception tridimensionnelle de la citoyenneté de T. H. Marshall qui repose sur la reconnaissance des droits civils, politiques et sociaux dans une perspective d'égalité formelle et surtout matérielle. Sur la citoyenneté selon Marshall dans : Michel Coutu, « Introduction : Droits fondamentaux et citoyenneté » dans Michel Coutu et al., dir., *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire?*, Montréal, Thémis, 1999, 1. Voir aussi Guy Rocher, « Droits fondamentaux, citoyens minoritaires, citoyens majoritaires », dans Michel Coutu et al., dir., *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire?*, Montréal, Thémis, 1999, 23.
4. Cette réflexion sur les risques en santé et les populations marginalisées est le résultat d'échanges interdisciplinaires qui eurent lieu lors du colloque « Risques et populations marginalisées : une perspective de

I. Le droit des exclus : à l'interface de la marginalité et de la citoyenneté

L'existence de risques de santé a autorisé la mise en place de politiques de gestion visant la sécurité et le maintien de la santé des populations marginales, mais également de la population générale. Ainsi, la gestion des risques peut mener à la création de régulations brimant les droits fondamentaux des marginaux au profit du bien-être général (A. La gestion des risques par le droit : contraintes sécuritaires et financières). Par ailleurs, il est avéré que des politiques concernant des populations marginalisées peuvent générer, de manière collatérale, des risques de santé, mais également des risques démocratiques, entraînant une stigmatisation structurelle dont les conséquences dépassent largement les frontières du juridique (B. L'induction du risque par le droit : des atteintes formalisées à la citoyenneté). Nous tenterons de mettre en lumière le fait que, par ces politiques gestionnaires, s'opère un certain renversement du fardeau de la responsabilité du risque, de la collectivité vers l'individu, résultant en un véritable déni des droits des marginaux.

A. La gestion des risques par le droit : reproduction de la marginalité et statut citoyen fragilisé

L'intervention de l'État auprès des populations marginalisées en raison de leur état de santé ne date pas d'hier. En effet, dès la mise en place d'une forme de *contrat social*, le détenteur de l'autorité a été légitimé – voire exhorté – de réguler

santé », organisé dans le cadre du congrès de l'Association francophone pour le savoir en 2009. Dans le cadre de ce colloque, six étudiantes au doctorat en droit furent invitées à présenter leurs travaux de recherche sur le thème. Trois professeurs issus de disciplines différentes – sciences infirmières, santé communautaire et travail social – émirent leurs commentaires sur ces présentations et la discussion qui s'en suivit permit de dégager de grandes pistes de réflexion. Plus particulièrement, ce texte rend compte de la réflexion inspirée des regards croisés que l'échange interdisciplinaire permet.

les rapports sociaux⁵. Cette régulation, aux contours divers selon les sociétés et les époques, vise principalement la sauvegarde de la sécurité et de l'équilibre financier d'une société plus ou moins tolérante vis-à-vis le risque.

Dans le cadre de ces activités de gouvernance, le rôle de l'État diffère considérablement – à la fois gestionnaire⁶, protecteur⁷, punitif et dissuasif⁸ – le droit et les politiques sociales et sanitaires doivent maintenir l'équilibre fragile entre la protection de l'individu vulnérable et celle de la société et de ses valeurs. C'est ainsi que la présence d'un risque pour la santé ou la sécurité autorise une intervention en amont et en aval de son éventuelle survenance, dans un souci de bien-être général, bien souvent au détriment des droits les plus fondamentaux des concernés.

a. Les risques liés au maintien de la sécurité et de l'ordre public

Le maintien de la sécurité et de l'ordre public vise à assurer aux citoyens non seulement la paix et la tranquillité, mais également, plus largement, le respect des bonnes moeurs et de la moralité⁹. Si le droit pénal est l'outil de prédilection de répression

5. Nous sommes conscients de l'extrême simplification de cette affirmation qui ne tient aucunement compte notamment de la complexité des échanges normatifs et des mutations actuelles concernant la gouvernance. Il est par ailleurs évident qu'une pluralité d'acteurs jouent un rôle de plus en plus important dans la régulation des rapports sociaux. Mais ceci n'est pas l'objet de cette réflexion puisque nous nous concentrerons principalement sur le droit et les politiques de nature étatiques.

6. Par le biais des activités de prévention, de promotion, de protection et de surveillance des autorités de santé publique, telles que prévues à *Loi sur la santé publique*, L.R.Q. c. S-2.2.

7. Dans le cadre de sa compétence *Parens Patriae*.

8. En vertu du droit criminel.

9. Voir, à ce sujet la définition de « l'ordre public » proposée par Cornu dans Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, PUF, 2007 à la p. 644.

de la criminalité¹⁰, et donc de l'acte ouvertement attentatoire, il en va tout autrement de l'acte anticipé, soit le risque.

Comment les risques liés au maintien de la sécurité et de l'ordre public sont-ils gérés par une société de plus en plus médicalisée¹¹ et médicalisante¹²? Nous verrons, à la lecture de l'article d'Emmanuelle Bernheim, qu'un lien sera rapidement établi entre maladie mentale et dangerosité et que très rapidement les psychiatres ont revendiqué le statut d'expert nécessaire à la reconnaissance de leur opinion sur la dangerosité d'un individu diagnostiqué comme souffrant de maladie mentale¹³.

L'internement psychiatrique¹⁴, donc, est une mesure légale et médicale de nature préventive permettant éventuellement de gérer les risques en amont et d'éviter le recours aux institutions pénales. Mais on remarque que les gardes en établissement ne visent plus uniquement des personnes souffrant de maladie mentale¹⁵. Ainsi, des problématiques sociales diverses sont

-
10. Il est à noter que figurent dans le *Code criminel* tant des actes menaçant la sécurité des citoyens que l'ordre public ainsi que des infractions contraires aux bonnes moeurs, dans *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.
 11. Sur le phénomène de médicalisation, lire par exemple Louise Bouchard et David Cohen, « Médicalisation et contrôle social » (1995) 84 *Les cahiers scientifiques*; Nicolas Moreau et Florence Vinit, « Empreintes de corps : éléments de repères dans l'histoire de la médicalisation » (2007) 19:2 *Nouvelles pratiques sociales* 34.
 12. En effet, la réponse sociale à diverses problématiques est de plus en plus d'ordre médical, notamment quant à l'explosion de la consommation de médication à diverses fins comme la modulation de la tristesse ou de la colère, le soulagement de l'inhibition, voire l'adaptation de la personnalité. Lire par exemple Alain Ehrenberg, *L'individu incertain*, Paris, Calmann-Lévy, 1995; Marcel Jaeger, « La médicalisation psychiatrique de la peine à vivre » dans Pierre Aïach et Daniel Delanoë, dir., *L'ère de la médicalisation*, Paris, Anthropos, 1998, 135.
 13. Lire Wesley Cragg, *Autonomie personnelle : euthanasie et santé mentale*, Montréal, Thema, 1990 à la p. 56.
 14. Au Québec, l'internement psychiatrique, ou *garde en établissement*, est ordonné par un juge en vertu du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 30.
 15. Voir Marcelo Otero et Daphné Morin, « À la recherche de la dangerosité mentale – Une nouvelle forme de régulation de la conflictualité et de la

susceptibles d'être passées à la moulinette de la santé mentale; un voisin, par exemple, nouvellement divorcé et démontrant des signes d'agressivité. Dopé par la presse à sensation, qui s'opposerait à ce genre d'intervention?

La marginalité, en tant qu'étiquette, se voit générée et entretenue – voire cristallisée – par la mise en place de politiques à visée sécuritaire, entretenant du même souffle la conviction de leur nécessité. Par le fait même, tout débat de fond sur la structure sociale rigide, où les inégalités sont mécaniquement reproduites, est étouffé.

b. Les risques de santé publique

Le même schéma semble se reproduire depuis peu en santé publique, avec l'apparition de maladies chroniques à déterminants socio-économiques évidents. Alors que les pouvoirs publics ont mis en place avec succès des mécanismes de prévention des maladies infectieuses visant directement l'empêchement de la propagation – la quarantaine par exemple – l'apparition de maladies liées à l'environnement socio-économique exige une réponse différente.

Les coûts de santé publique liés aux habitudes de vie dites malsaines sont explosifs et, de ce fait, semblent légitimer l'ingérence de la collectivité dans les choix personnels des citoyens à *risque*. Marie-Ève Couture-Ménard brosse le tableau d'un État qui promulgue des incitatifs financiers, entretenant l'illusion que les individus seront ensuite responsables de leur propre santé¹⁶. Le discours sur la responsabilité individuelle présente plusieurs avantages : d'abord, il conforte les citoyens dans leur aspiration à

vulnérabilité psychosociale » dans Shirley Roy et Roch Hurtubise, dir., *L'itinérance en question*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2007, 129.

16. Lire Luc Berlivet, « Une biopolitique de l'éducation pour la santé – La fabrique des campagnes de prévention » dans Didier Fassin et Daniel Memmi, dir., *Le gouvernement des corps*, Paris, École des hautes études en sciences sociales, 2004, 39 [Le gouvernement des corps].

une liberté individuelle accrue, ensuite, il met en place un système de contrôle social informel¹⁷, finalement, il permet d'éluder subtilement les questions concernant les conditions de vie des plus démunis ainsi que la responsabilité collective les concernant.

Se développe donc un double discours par lequel la collectivité se défile en partie des responsabilités qui lui incombent en ce qui concerne les populations marginales. Il semblerait toutefois que, lorsqu'une population vit une problématique de santé lui permettant d'acquiescer un certain statut de minorité, un nouveau rapport de force s'instaure. Ce statut lui permettra de disposer éventuellement d'une reconnaissance accrue – notamment quant à la nécessité de protéger ses droits fondamentaux¹⁹. Mais pour ceux dont les difficultés de santé semblent être plutôt liées à un statut citoyen fragile, la gestion des risques qu'ils génèrent semble être pondérée à la lumière d'un calcul coûts-bénéfices. Dans ce cadre, seront mis en balance la sécurité des rapports sociaux et l'équilibre financier, d'une part, et les droits des personnes concernées, d'autre part. Il est évident que l'intérêt de la majorité sera très généralement prépondérant. Ainsi, certains risques pourront même être induits par un cadre juridique visant d'abord l'aménagement social de la marginalité.

B. La gestion de la marginalité par le droit : induction du risque et atteintes formalisées à la citoyenneté

Il apparaît d'entrée de jeu qu'il faut nuancer nos propos concernant la reconnaissance du statut de minorité. En effet, si

-
17. Le récalcitrant sera en effet vite perçu comme étant négligent ou peu informé, dans Isabelle Queval, *Le corps aujourd'hui*, Paris, Gallimard, 2008 à la p. 131. Lire également Didier Fassin, « Le corps exposé : essai d'économie morale de l'illégitimité » dans *Le gouvernement des corps*, *supra* note 16 à la p. 240.
19. Andrée Lajoie explique que les minorités ont su faire entériner par le droit des valeurs dites *non-dominantes*; certaines de ces valeurs seraient cependant *propres à la Cour*, dans Andrée Lajoie, *Quand les minorités font la loi*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002 aux pp. 15 et 62 [Andrée Lajoie].

elle semble permettre la mise en place d'une protection des droits accrue dans certains cas²⁰, dans d'autres elle peut être à l'origine d'une exposition à un risque nouveau, généré par un modèle de gouvernance – appliqué globalement à certains groupes marginaux – où la participation citoyenne fait souvent défaut.

Aux fins de cette réflexion, nous avons retenu deux catégories de risques : les risques de santé et les risques démocratiques. Nous entendons par *risques de santé* ceux qui peuvent induire des effets néfastes sur la santé des individus et par *risques démocratiques* ceux qui peuvent entraîner des violations aux droits fondamentaux des individus et plus particulièrement influencer sur leur participation citoyenne²¹. Nous distinguons les deux catégories à des fins heuristiques mais elles ne sont pas mutuellement exclusives et, dans les faits, s'entremêlent²². Si ces risques peuvent, à première vue, sembler être attribuables aux comportements des personnes marginalisées elles-mêmes, nous verrons qu'ils sont le plus souvent la conséquence de l'inadéquation des réponses collectives au vécu de ces personnes.

a. Les risques de santé

Les Autochtones bénéficient d'un statut spécifique qui leur a permis notamment de revendiquer des droits liés à leurs valeurs identitaires et à leur rapport à la terre. S'ils ont pu obtenir, entre autres par la voie judiciaire, la reconnaissance de certains droits découlant de ces valeurs, l'article de Doris Farget met en lumière que l'aménagement des politiques les concernant les a finalement très peu inclus. Quant aux risques de santé, plus

20. Parfois de manière uniquement symbolique, dans André Lajoie, *ibid.* à la p.131 et ss.

21. La *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12 [*Charte québécoise*] précise pourtant dans son préambule que « tout être humain possède des droits et libertés intrinsèques et que tous ont droit à une égale protection de la loi ».

22. En effet les risques de santé constituent à la fois des risques démocratiques puisqu'ils portent atteinte au droit à la santé des personnes marginalisées.

particulièrement, ils émergent à la fois en amont et en aval des interventions étatiques les concernant. En amont, d'abord, par une évaluation externe et objective des besoins – en fonction de critères étrangers aux préoccupations autochtones – qui ne tient pas toujours compte du point de vue des intéressés. En résulte un décalage entre les besoins effectifs et les mesures mises en place. Des conséquences palpables sur le mode de vie sont à l'origine par exemple d'un risque accru d'insalubrité et de détresse psychologique. En aval, ensuite, par une mise en oeuvre unilatérale des politiques adoptées en dehors des Autochtones eux-mêmes²³. Quant à la santé plus particulièrement, l'offre de soins est souvent inadéquate, puisqu'elle n'inclut ni les valeurs autochtones ni la communauté à sa concrétisation²⁴, ce qui va à l'encontre du but proclamé du régime de santé et de services sociaux²⁵ et du droit à la santé. En effet, dans ce contexte, les besoins restent inassouvis.

La stigmatisation à l'égard des personnes vulnérables au VIH est également un exemple frappant d'une induction des risques de santé par le droit. Alors qu'une véritable pandémie force les autorités de santé publique à agir en faveur de la collectivité, la négation par les États de leurs obligations internationales quant au respect des droits fondamentaux des

-
23. À ce titre, il faut savoir que les déterminants de la santé et les aspects socio-économiques sont des facteurs-clés de la santé des populations. À ce sujet, lire Robert G. Evans, Morris L. Barer et Theodore R. Marmor, *Être ou ne pas être en bonne santé : biologie et déterminants sociaux de la maladie*. Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1996; Ginette Paquet et Benoît Tellier, « Les facteurs sociaux de la santé » dans Vincent Lemieux et al., dir., *Le système de santé au Québec, organisations, acteurs et enjeux*, Montréal, Les Presses de l'Université Laval, 2003, 65.
24. Concernant la participation active des populations au développement et au maintien de leur santé, lire Pierre-Gerlier Forest et al., « Participation et publics dans le système de santé du Québec » dans Vincent Lemieux et al., dir., *Le système de santé au Québec, organisations, acteurs et enjeux*, Montréal, Les Presses de l'Université Laval, 2003, 175.
25. *Loi sur les services de santé et services sociaux*, L.R.Q. c. S-4.2, art. 1. Par ailleurs, l'article 5 reconnaît l'accès à des services de santé et de services sociaux adéquats comme un droit reconnu aux citoyens québécois.

personnes vulnérables au VIH met en péril la lutte au VIH dans certains pays du monde. Si une offre de soins et de services adaptée est indispensable à une gestion efficace de la pandémie, la prise en compte de l'ensemble des déterminants de la santé et la participation active des personnes concernées est essentielle quant à la prévention²⁶. À ce titre, l'article de Christine Vézina permet de saisir l'impact négatif de la stigmatisation, telle qu'elle est cautionnée et nourrie par le droit, sur la mise en œuvre des facteurs déterminants de la santé pour les personnes marginalisées. On constate aussi, à la lecture de son texte, que la participation des personnes marginalisées à l'élaboration et à la mise en œuvre de réponses adaptées en matière de lutte au VIH est irréalisable en raison, principalement, de cette stigmatisation.

Les risques de santé auxquels sont exposés les Autochtones et les personnes vulnérables au VIH découlent directement de la mise en place de politiques inappropriées les concernant. Nous avons cependant pu constater que ces risques dépendent bien souvent de la violation d'autres droits qui ne touchent pas directement la santé, mais plutôt la citoyenneté. En effet, tous les articles de ce dossier spécial sur le risque se rejoignent ici et permettent de cerner le lien évident entre risque de santé et risque démocratique.

b. Le risque démocratique

Le concept de risque démocratique, interprété largement, permet de saisir l'impact social du droit et des politiques sociales et sanitaires concernant les marginaux. Des obstacles à la mise en œuvre des droits fondamentaux résulte donc une double exclusion : d'abord, l'insatisfaction des droits eux-mêmes et ensuite le fait que le « droit d'exiger, en tant qu'être humains, que ceux-ci soient satisfaits [...] ne trouve pas de canaux

26. Concernant les déterminants sociaux de la santé, lire Robert G. Evans et Greg L. Stoddart, « Produire de la santé, consommer des soins » dans Robert G. Evans, Morris L. Barer et Theodore R. Marmor, dir., *supra*, note 23 à la p. 37.

appropriés »²⁷. Des atteintes aux droits fondamentaux déjà évoquées, découlant de la gestion juridique et politique du risque – droits à la liberté, l'intégrité, l'autonomie et l'égalité – ou de la marginalité elle-même – droit à la santé – émane une remise en question de la définition même du statut citoyen, puisque son fondement consiste en l'égalité dans et devant la loi. Faut-il conclure qu'il existe deux classes de citoyens²⁸?

Quelle meilleure illustration de cette réflexion que l'article que nous propose Virginie Mesguich! Le droit de vote, en effet, représente pour beaucoup la matérialisation de la citoyenneté²⁹; il serait même un devoir, auquel le citoyen ne pourrait se soustraire³⁰. Pourtant, jusqu'à assez récemment, des restrictions étaient imposées en raison notamment du sexe et de l'origine ethnique, mais également, jusqu'en 1993, à « toute personne restreinte dans sa liberté de mouvement ou privée de la gestion de ses biens pour cause de maladie mentale »³¹. La Cour fédérale invalidera cette disposition, jugée inconstitutionnelle au regard de

27. Maria De Los Angeles Yannuzzi, « Marginalisation sociale et perte des droits fondamentaux » dans Michel Coutu et al., dir., *Droits fondamentaux et citoyenneté – une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire*, Montréal, Thémis, 1999 à la p. 535.

28. C'est la conclusion à laquelle arrive Caroline Gendreau pour qui l'établissement d'« une catégorie particulière de citoyens [...] a comme conséquence de déterminer l'étendue de leurs droits » dans Caroline Gendreau, « Nouvelles normes internationales et droits fondamentaux : un problème d'effectivité du droit dans la création du droit » dans Michel Coutu et al., dir., *supra* note 27 à la p. 512.

29. En raison notamment de la lutte citoyenne pour le suffrage universel.

30. Voir par exemple les propos de l'analyste politique Renaud Gosselin qui parle de « vote obligatoire » permettant d'augmenter la « vie démocratique d'un pays » : Renaud Gosselin, « Voter : un droit ou un devoir? » (juillet 2010), en ligne : USherbrooke.ca <<http://perspective.usherbrooke.ca/bilan/servlet/BMAAnalyse?codeAnalyse=274>>; ainsi que ceux du journaliste André Sénécal suite à l'élection du 14 avril 2003 : André Sénécal, « Lettres : Droit ou devoir de vote? » (juillet 2010), en ligne : Le Devoir <<http://www.ledevoir.com/2003/04/26/26321.html>>.

31. *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1970, c. 14, art. 14(4).

l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*³². L'activation du statut citoyen passe donc effectivement par une reconnaissance de l'universalité des droits de la personne.

Nous avons pu constater, à la lumière des différentes situations évoquées, que la présence de risque, et notamment de risque démocratique, est la conséquence de politiques publiques concernant des groupes sociaux plus ou moins tolérés en société. Ainsi, d'un état de santé considéré comme problématique, ou d'une situation sociale jugée dérangeante, découle une exclusion dont le corollaire est un statut citoyen illusoire. En réponse à cette situation, les échanges interdisciplinaires nous ont permis de tracer les grandes lignes d'un processus d'activation de ce statut citoyen dont le fondement consiste en une mise en œuvre d'une approche de la marginalité basée sur les droits de la personne³³.

II. De la marge à l'inclusion : vers une approche de la marginalité basée sur les droits de la personne

Le droit et les politiques publiques destinées à gérer les risques semblent marqués d'une tendance : celle d'une fermeture à l'égard du respect, de la protection et de la mise en œuvre des droits des personnes marginalisées. Or les articles du présent numéro démontrent que cette prise en compte des droits fondamentaux des personnes marginalisées mérite une attention accrue. D'abord, parce que les droits de la personne offre un cadre analytique particulièrement adapté aux problématiques de marginalité et de risque (A. Droits de la personne et marginalité). Ensuite, parce qu'ils offrent un contrepoids à la domination et au

32. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [*Charte canadienne*].

33. Il est à noter que cette approche axée sur les droits de la personne est le fruit d'un consensus, et ce, malgré le fait que les différentes disciplines concernées travaillent différemment à l'inclusion des marginaux. Lire Robert Castel, « Intégration et nouveaux processus d'individuation » dans Jean Poupard, dir., *Au-delà du système pénal – L'intégration sociale et professionnelle des groupes judiciairisés et marginalisés*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2004, 13.

contrôle social en rétablissant l'individu marginalisé dans son statut citoyen (B. Les droits de la personne comme fondement légitime de l'inclusion).

A. Droits de la personne et marginalité

Dans la perspective d'une réflexion sur les droits de la personne, la marginalité et le risque, la question de l'identité des titulaires de ces droits³⁴ semble essentielle. Qui est cette « personne » à qui notre société reconnaît un ensemble de droits fondamentaux? À une conception générique et abstraite de la personne humaine, nous préférons une vision concrète et matérielle de la personne qui permet de la situer historiquement et sociologiquement. Cette appréhension des sujets des droits de la personne permet de dépasser une lecture formelle de ceux-ci pour les envisager de manière dynamique (b. De l'international au local : les droits de la personne en action). Elle permet aussi de dépasser les frontières disciplinaires en reliant le concept de vulnérabilité aux risques à celui des droits de la personne, révélant dès lors des voies de passage encore sous-explorées (a. La vulnérabilité : une voie de passage entre le risque et les droits).

a. La vulnérabilité : une voie de passage entre le risque et les droits

Nous l'avons vu en première partie, le thème de la gestion du risque dans des contextes impliquant des personnes marginalisées nous mène à l'interface des responsabilités individuelles et collectives à l'égard du risque. Nous verrons en effet, à travers les articles de ce numéro, qu'il est fondamental, surtout si l'on considère la marginalité comme étant le résultat

34. L'évolution des contenus et des titulaires des droits fondamentaux s'inscrit, selon Bobbio, dans le processus de spécification des droits de la personne. Norberto Bobbio, « Derechos del Hombre y Filosofia de la Historia » (1988-89) 5 Anuario de Derechos Humanos 27 à la p. 37, tel que cité et explicité dans Gregorio Peces-Barba Martinez, *Théorie générale des droits fondamentaux*, coll. Droit et Société, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2004 à la p. 163.

d'un processus collectif d'exclusion sociale³⁵, de mettre en perspective le postulat d'une responsabilité individuelle à l'égard du risque en l'envisageant à travers la lorgnette de la responsabilité collective.

À l'égard de cette responsabilité collective, le concept de vulnérabilité au risque présente un intérêt particulier parce qu'il permet de scruter l'impact des déterminants sociaux, économiques et culturels sur la trajectoire de vie des individus³⁶. Il offre ainsi un cadre conceptuel pertinent pour questionner les causes sociétales sous-jacentes à la vulnérabilité et pour proposer des actions visant la transformation sociale³⁷.

Les auteurs qui ont contribué à la création du champ de recherche dédié aux liens existant entre la santé et les droits de la personne, désigné en langue anglaise sous le vocable *health and human rights*, ont démontré la pertinence de recourir au concept

-
35. Même si le raisonnement contraire est souvent mis de l'avant. « Farmer approaches this idea when he describes the way "[...] social forces, ranging from political violence to racism, come to be embodied as individual pathology" », dans Elyssa B. Vasas, « Examining the Margins. A Concept Analysis of Marginalization » (2005) 28:3 *Advances in Nursing Science* 194, citant Paul Farmer, *Infections and Inequalities : The Modern Plagues*. Berkeley, University of California Press, 1999.
36. Hubert et Delor, proposent, dans le cadre d'une réflexion sur la vulnérabilité au VIH/sida, trois niveaux d'analyse pertinents pour comprendre le concept de vulnérabilité. Le premier niveau est formé de la trajectoire de vie d'un individu, de son parcours individuel, le second niveau se situe à l'intersection entre une ou plusieurs trajectoires de vie et, finalement, le troisième niveau est constitué du contexte social plus large au sein duquel les deux premiers niveaux se déploient. L'intersection de ces trois facettes forme un « espace de vulnérabilité ». Ce concept nous semble pertinent aux fins d'une réflexion plus générale sur la vulnérabilité aux risques. Il permet en effet d'envisager les espaces communs de vulnérabilité aux risques auxquels sont confrontés les personnes marginalisées. François Delor et Michel Hubert, « Revisiting the concept of vulnerability » (2000) 50:11 *Social Science and Medicine* 1557.
37. Daniel Tarantola, « Reducing aid risk, impact and vulnerability » (2000) 78 *Bulletin of the World Health Organisation* 236 [Tarantola, « Reducing aid risk »].

des droits de la personne pour développer des réponses à la vulnérabilité aux risques de santé³⁸. Parce qu'il met en lumière l'influence des déterminants civils, politiques, sociaux, économiques et culturels sur la vulnérabilité au risque, le concept de vulnérabilité facilite la transition entre le champ de la santé et celui des droits de la personne³⁹. Sur cette base, il apparaît clairement que la procédure judiciaire déficiente dans le cadre des requêtes pour ordonnance de garde en établissement, la pauvreté, la criminalisation de l'homosexualité, le peu de participation des personnes marginalisées aux décisions qui les concernent, l'absence d'une reconnaissance pleine et entière de l'identité autochtone créent des espaces de vulnérabilité ayant en commun de constituer des atteintes importantes aux droits fondamentaux de personnes marginalisées. Cela nous mène à constater empiriquement le haut niveau d'interdépendance et d'indivisibilité des droits civils et politiques et des droits économiques, sociaux et culturels, qui constituent en fait une forme de *traduction juridique* des déterminants du risque⁴⁰.

Un certain courant de la littérature juridique tend à différencier ces deux catégories de droits, et donc à nier leur

38. Voir Sofia Gruskin et Daniel Tarantola, « Health and Human Rights », dans Sofia Gruskin *et al.*, *Perspectives on health and human rights*, New York, London, Routledge, 200. Il est aussi intéressant de noter que la Cour suprême du Canada s'est prononcée sur la nécessité de protéger les populations vulnérables notamment dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P. G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927. Le passé de discrimination de certains groupes marginalisés fait même partie de la connaissance d'office des faits, dans *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484.

39. Cette réflexion, d'abord développée dans le domaine du VIH, nous paraît généralisable. Voir Jonathan Mann et Daniel Tarantola, « From epidemiology to vulnerability to human rights » dans Jonathan Mann et Daniel Tarantola, dir., *AIDS in the World II*, Oxford University Press, 1996, 427; Jeffrey O'Malley, Jonathan Mann et Daniel Tarantola, « Vulnerability and HIV prevention » (1993) 12 *Hygie*. 12.

40. Sur cette adéquation entre déterminants et droits économiques, sociaux et culturels, voir Christine Vézina, « Pour une réactivation de la promotion de la santé : une approche basée sur les droits économiques, sociaux et culturels » (2007) *Reviews of Health Promotion and Education Online*, 2 novembre 2010 en ligne : RHP et EO <<http://rhpeo.net/reviews/2007/indexfr.htm>>.

interdépendance et leur indivisibilité, sous prétexte que les obligations qu'ils créent à la charge de l'État sont fondamentalement incompatibles⁴¹. Cette incompatibilité s'expliquerait par une opposition entre obligation *négative* de l'État, n'entraînant *a priori* aucun coût, associée aux droits civils et politiques, et obligation *positive* de l'État, impliquant *a priori* des dépenses et une certaine ingérence du judiciaire dans un domaine réservé au législatif ou à l'exécutif, selon les circonstances, associé aux droits économiques, sociaux et culturels [*droits ESC*]⁴². Nous ne partageons pas ce point de vue qui est de plus en plus dépassé dans la littérature contemporaine et qui repose davantage sur des fondements idéologiques que juridiques *stricto sensu*⁴³. En effet, tant le respect, la protection et la mise en oeuvre des droits civils et politiques que des droits ESC peuvent requérir des interventions diverses, passives et actives de l'État, impliquant ou non des dépenses, en fonction des circonstances⁴⁴.

41. Voir Asbjorn Eide et Allan Rosas, « Economic, Social and Cultural Rights : A Universal Challenge », dans Asbjorn Eide, *et al.*, dir., *Economic, Social and Cultural Rights. A textbook*, Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1995 à la p. 16 [Asbjorn Eide]. Abdullahi A. An-Na'im, « To Affirm the Full Human Rights Standing of Economic, Social & Cultural Rights », dans Yash Ghai et Jill Cottrell, dir., *Economic, Social & Cultural Rights in Practice : The Role of Judges in Implementing Economic, Social & Cultural Rights*, London, Interights, 2004, 7 [Abdullahi A. An-Na'im].

42. Dans cette perspective, la reconnaissance de droits comme ceux à la liberté ou à la dignité n'emportent pas d'obligation de légiférer, mais visent plutôt à restreindre l'action de l'État dans un champ donné. Le citoyen ne pourra les revendiquer qu'à la suite d'une atteinte. La reconnaissance de droits comme ceux à la santé ou à l'instruction représente au contraire l'obligation pour l'État de mettre en place les structures nécessaires à leur mise en oeuvre.

43. Abdullahi A. An-Na'im, *supra* note 41 à la p. 14.

44. Lire Asbjorn Eide, *supra* note 41 à la p. 21; David Robitaille, « Les droits économiques et sociaux dans les relations "État-particuliers après trente ans d'interprétation : normes juridiques ou énoncés juridiques symboliques?" » dans Alain-Robert Nadeau, dir., *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives*, Cowansville, Yvon Blais, 2006 aux pp. 485 et 486 [David Robitaille]; Andrée Lajoie, « De l'interventionnisme judiciaire comme apport à l'émergence des droits sociaux » (1990-1991) 36 *McGill L.J.* 1338. Dans ce texte, l'auteure précise que l'interventionnisme judiciaire n'est pas propre aux droits sociaux. Les

Le principe de l'indivisibilité des droits semble parfois plus aisément imposé aux États dits *en développement* qu'aux pays industrialisés. Or ces derniers sont tout autant visés par l'obligation de respecter, de protéger et de mettre en œuvre, tant les droits civils et politiques que les droits ESC⁴⁵. Comme le formule Lucie Lamarche :

Les États industrialisés tendent à laisser croire que les garanties liées aux systèmes démocratiques suffisent à contrer les effets grandissants de l'exclusion sociale. Pourtant, selon le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, la seule existence des phénomènes de chômage massif, d'accroissement des taux de mortalité infantile, d'itinérance et d'abandon scolaire chronique, au sein des sociétés, constituent en eux-mêmes des preuves *prima facie* de violations aux droits économiques et sociaux des groupes de personnes y vivant. L'humanité en péril ne serait donc pas exclusivement constituée des populations dites du Sud, aux prises avec des contextes d'extrême pauvreté⁴⁶.

Dans un contexte constitutionnel et quasi constitutionnel marqué, au Québec, par une sous-intégration des droits ESC, la réflexion relative à la vulnérabilité permet d'observer le pendant juridique des déterminants du risque et ouvre vers des pistes d'effectivité⁴⁷ des droits de la personne à explorer.

propos de la juge Arbour dans l'arrêt Gosselin vont aussi dans ce sens, dans *Gosselin c. Québec (P. G.)*, [2002] 4 R.C.S., 429 au par. 320.

45. Sur la remise en question de cette dichotomie « droits positifs-droits négatifs » au profit d'une « conception indivisible de la personne humaine et de tous les droits », voir David Robitaille, *ibid.* aux pp. 483-486. L'auteur précise notamment que même les tribunaux canadiens et québécois reconnaissent que les droits civils et politiques ne peuvent dans tous les cas être respectés que par un seul comportement d'abstention, *ibid.* à la p. 485.

46. Lucie Lamarche, *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne*, Bruxelles, Bruylant, 1995 à la p. 2.

47. Nous entendons par effectivité « le degré de réalisation, dans les pratiques sociales des règles énoncées par le droit », Pierre Lascoumes, *Dictionnaire encyclopédique de sociologie et de théorie du droit*, Paris, Librairie Générale de Jurisprudence, 1993 à la p. 130.

b. De l'international au local : les droits de la personne en action

Dans un contexte mondialisé, il nous semble nécessaire d'aborder les droits de la personne tels qu'ils sont posés dans l'ordre juridique interne et en interrelation avec les pôles internationaux et locaux qui les orientent et les surdéterminent, tant au plan normatif qu'opératoire. L'analyse des schémas contemporains de production et de mise en œuvre des droits révèle en effet l'existence de réseaux d'acteurs privés et publics qui contribuent à des formes nouvelles d'effectivité des droits de la personne, en marge des fonctions traditionnellement réservées à l'État souverain.

Les droits prévus, promus et protégés par la *Charte canadienne* et la *Charte québécoise*, forment l'assise juridique à partir de laquelle les droits des personnes marginalisées peuvent être conceptualisés en droit interne. Les lacunes des systèmes juridiques canadiens et québécois au plan des droits de la personne portent sur l'absence de reconnaissance du statut juridique des droits ESC⁴⁸. La *Charte canadienne* est totalement

48. En raison de la nature des principaux déterminants évoqués dans les articles de ce numéro nous avons choisi de limiter notre réflexion aux droits dits de 1^{re} et de 2^e génération, soient les droits civils et politiques et économiques, sociaux et culturels et omettons intentionnellement toute référence aux droits des peuples dits de 3^e génération, tout en étant conscients qu'une analyse des déterminants du risque au sein des communautés autochtones pourrait être développée sur la base du droit des peuples et ce à plus forte raison depuis l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies en 2007 de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* à laquelle s'est opposée le Canada. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Rés. AG 61/295, Doc. off. AG NU, 68^e sess., Doc. NU (A/61/L.67 et Add.1) (2007). Sur l'absence de reconnaissance du statut juridique des droits ESC voir *Gosselin c. Québec (P.G.)*, [2002] 4 R.C.S., 429 [Gosselin] et lire David Robitaille, *supra* note 44. Certains passages de la décision Gosselin laissent toutefois place à un certain optimisme pour l'avenir de la juridicité droits ESC. Gosselin au par. 96. Voir Pierre Bosset, « Étude n° 5 Les droits économiques et sociaux, parents pauvres de la Charte ? » dans Pierre Bosset, dir., *Après 25 ans. La Charte des droits et libertés*, Montréal, Commission des droits de la personne et des

silencieuse sur ces droits⁴⁹. Quant à la *Charte québécoise*, souvent mise de l'avant pour l'originalité de son chapitre IV, exclusivement consacré aux droits économiques et sociaux⁵⁰, elle fait défaut d'accorder à ces droits la valeur supra législative qu'elle reconnaît aux droits civils et politiques⁵¹. Ce déséquilibre en terme de portée quasi constitutionnelle des droits économiques et sociaux tend à les fixer dans des catégories qui ne leur assurent pas une parfaite interdépendance avec les droits civils et politiques, le tout en contradiction avec la théorie générale des droits fondamentaux selon laquelle l'ensemble des droits sont indivisibles et interdépendants⁵². Cette situation a un impact important sur le déficit d'effectivité des droits économiques et sociaux au sein de l'ordre juridique québécois, lesquels peuvent se trouver écartés par toute loi québécoise sans plus de formalités.

On pourrait croire que l'adhésion du Canada et du Québec au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et*

droits de la jeunesse, 2003, à la p. 237 (18 août 2010), en ligne : <http://www2.cdpdj.qc.ca/Publications/documents/bilan_charte_etude_5.pdf>; Jane Matthews Glenn, « Enforceability of economic, social and cultural rights : room for cautious optimism » (2004) 83 *Can. Bar. Review* 929.

49. Rien n'empêche toutefois les tribunaux d'interpréter les dispositions de ce texte d'une manière à donner effet aux droits ESC. Voir David Wiseman, « Methods of Protection of Social and Economic Rights in Canada » dans Fons Coomans, dir., *Justiciability of Economic and Social Rights. Experiences from Domestic Systems*, Antwerpen, Oxford, Intersentia, 2006, 173.

50. Selon Bosset, il s'agit d'un document unique en Amérique du Nord, parce qu'il est le seul texte législatif à consacrer « les droits économiques et sociaux comme des droits de la personne à part entière », dans Pierre Bosset, « La Charte des droits et libertés de la personne dans l'ordre constitutionnel québécois : Évolution et perspectives », *Conférence de lancement de l'Association québécoise de droit constitutionnel*, 2005 (9 juin 2009), en ligne : <http://www.cdpdj.qc.ca/fr/publications/docs/Charte_ordre_constitutionnel.pdf>.

51. *Charte québécoise*, supra note 21, art. 52.

52. *Déclaration et Programme d'action de Vienne de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme*, Doc. off. AG NU, 48^e sess., 1993, Doc. N.U., A/CONF. 157/323 (1993).

*culturels*⁵⁵ palie à cette sous-reconnaissance des droits ECS dans l'ordre juridique interne. Or, dans un système dualiste comme celui du Canada, la réception du droit international en droit interne requiert de la part du législateur une mention expresse de son intention de donner effet à ces normes en droit interne. À défaut de telles mentions expresses par le législateur, la présomption de conformité du droit interne avec le droit international laisse certes au juge, à moins d'incompatibilité évidente avec le texte de loi, la possibilité de présumer que le législateur désire se conformer aux normes internationales⁵⁶, mais ce dernier n'est pas lié par le droit international. Et bien que cette tendance semble trouver, via l'approche contextuelle d'interprétation, un certain élargissement depuis l'arrêt *Baker c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*⁵⁷, qui ouvre le champ de la recherche de l'intention de donner effet au droit international vers diverses *traces étatiques indiquant une volonté de donner effet au droit international*⁵⁸, cela ne suffit pas, du moins à ce jour, pour donner pleine effectivité aux droits ESC.

Dans un tel contexte juridique qui, de plus, est caractérisé par l'existence d'obstacles à l'accessibilité à la justice⁵⁹, il est

55. 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3, R.T. Can. n° 46 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976, accession du Canada : 19 août 1976) [*Pacte international relatif aux droits ESC*].

56. France Houle, « La légitimité constitutionnelle de la réception directe des normes de droit international des droits de la personne en droit interne canadien » (2004) 45 *C. de D.* 295 à la p. 298 [France Houle].

57. [1999] 2 R.C.S. 817 [*Baker*], tel que cité dans *ibid.* à la p. 300.

58. France Houle, *supra* note 56 à la p. 306. Comme le souligne l'auteure à la page 311, depuis la décision *Baker*, « deux grandes perspectives théoriques d'application du droit international en droit interne ont émergé dans la doctrine canadienne. Le point de convergence entre les auteurs est qu'ils accordent une place plus importante à une conception pluraliste des ordres juridiques, sans complètement délaisser l'idée d'une certaine prépondérance de l'ordre juridique interne. » Voir aussi, dans une perspective critique, Stéphane Beaulac, « Arrêtons de dire que les tribunaux au Canada sont "liés" par le droit international » (2004) 38 *R.J.T.* 359.

59. Pierre Noreau, « Le droit comme vecteur politique de la citoyenneté », dans Michel Coutu *et al.*, dir., *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une*

pertinent de constater les difficultés que rencontrent les personnes marginalisées dans la réalisation de leurs droits fondamentaux. C'est d'ailleurs souvent en réponse à ces lacunes que sont mis en place, dans certains milieux, des processus parallèles d'effectivité de leurs droits.

Le concept de l'effectivité du droit embrasse certes l'efficacité des voies de recours judiciaires et administratifs qui s'offrent aux citoyens mais le dépasse largement pour inclure tous les effets sociaux que peut engendrer le droit⁶⁰, au contact des sous-systèmes sociaux qui cohabitent avec lui au sein de la société. Il s'agit donc d'un concept théorique tout indiqué pour étudier le droit *vivant*⁶¹ des droits de la personne.

Sur ce terrain on observe d'ailleurs des phénomènes d'effectivité des droits de la personne qui se caractérisent par le déploiement de stratégies originales de la part des acteurs de la société civile⁶². Ces derniers qui oeuvrent sur le terrain, au niveau local, auprès des personnes marginalisées développent une vision des problématiques marquée par les besoins impératifs des personnes en situation d'action. De ce fait, ils obéissent à ce que nous qualifions de *norme du terrain*, qui, prioritairement, oriente

citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire?, Montréal, Thémis, 1999, 322 à la p. 356.

60. Guy Rocher, « L'effectivité du droit » dans Andrée Lajoie *et al.*, *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Thémis, 1998 à la p. 134.

61. Le droit vivant est « le droit en train de se faire dans le milieu ambiant de la société, souvent à l'insu des juristes » dans Jean-Guy Belley, dir., *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996 à la p. 9.

62. Nous pensons aux organismes communautaires, aux organisations non gouvernementales et aussi à certains professionnels qui peuvent adopter de telles stratégies. À titre d'exemple, l'ordre des travailleurs sociaux adopte aisément des positions basées sur les droits de la personne lorsqu'il présente ses positions en Commission parlementaire, (10 juin 2009), en ligne : Ordre des travailleurs sociaux et des thérapeutes conjugaux et familiaux du Québec <http://www.optsq.org/fr/index_communication_communiquees-archives.cfm>.

leurs actions⁶³. Partant de là, ces acteurs peuvent par la suite avoir recours aux normes des droits de la personne pour exiger des changements au plan individuel, à travers des recours judiciaires, ou encore, au plan collectif, en mettant en œuvre des stratégies de plaidoyer. Ils peuvent aussi, en raison des limites inhérentes à notre système juridique, avoir recours aux normes du droit international des droits de la personne, telles qu'elle sont posées par le triptyque *Déclaration Universelle des droits de l'homme*⁶⁴, *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁶⁵ et au *Pacte international relatif aux droits ESC* et précisées par les nombreuses Conventions thématiques, observations générales, et rapports multiples, pour légitimer leurs revendications et même, orienter leurs pratiques.

Que ce genre de pratique se concrétise via une démarche réfléchie et consciente ou de manière intuitive et non formalisée, l'approche basée sur les droits de la personne mérite d'être étudiée afin d'en comprendre les rouages et d'en développer les processus aux fins de sa diffusion et de son appropriation. Nous croyons en effet qu'une réponse adaptée à la vulnérabilité au risque passe nécessairement par le développement d'une approche qui doit viser à mettre en œuvre *in concreto* les droits des personnes marginalisées dans une démarche d'inclusion véritable.

B. Les droits de la personne comme fondement légitime de l'inclusion

Comme le démontre l'ensemble des articles de ce dossier spécial, se trouve à la base des phénomènes de marginalité un

-
- 63. Cette norme est évoquée en référant aux données préliminaires recueillies par Christine Vézina dans le cadre des entrevues qu'elle mène auprès des organismes communautaires québécois de lutte contre le VIH/sida aux fins de sa thèse de doctorat sur l'effectivité du droit à la santé.
 - 64. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 (III), Doc. off. AG NU, 3^e sess., supp. n° 13, Doc. NU A/810 (1948) 71 (10 décembre 1948).
 - 65. 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, R.T. Can 1976 n° 47 (entrée en vigueur : 23 mars 1976, accession du Canada : 19 mai 1976).

déséquilibre des pouvoirs marqué par la domination d'un groupe à l'égard d'un autre⁶⁶. C'est ce constat qui nous pousse à croire que l'inclusion des personnes marginalisées peut avoir un impact sur les déterminants du risque et en diminuer la portée.

L'approche basée sur les droits de la personne que nous envisageons ici à titre de contrepoids au droit et aux politiques sociales et sanitaires tendant à accroître la vulnérabilité aux risques des personnes marginalisées consiste en une *pratique* à développer par les acteurs impliqués sur le terrain. Il peut s'agir des acteurs institutionnels, tels les professionnels de la santé, les professionnels du droit, les administrateurs publics, et des acteurs de la société civile composés des organisations non gouvernementales, des leaders autochtones, etc. Nous entendons par *pratique* :

a pattern of materially and symbolically oriented social action that agents undertake within organized political, cultural and socio-economic fields, and whose main features are recognizable across several temporal and spatial settings. A practice confronts certain perils (or obstacles) and must therefore enact a certain repertoire of social tasks, the whole forming what I am terming a mode of practice⁶⁷.

-
66. Sur les liens entre pouvoir et domination voir Guy Rocher, « Droit, pouvoir et domination » (1986) 18:1 *Sociologie et Société* 33 aux pp. 39 et 40. En empruntant aux catégories élaborées par Serge Moscovici, Pierre Noreau qualifie les contextes d'objectivation dans une démocratie formelle et institutionnelle comme supposant l'imposition d'un modèle culturel qui est celui de la majorité. « En contexte d'objectivation le groupe dominant oppose une grande résistance à la reconnaissance de l'altérité dans les rapports sociaux. ». Nous croyons que les rapports entre la majorité et les personnes marginalisées s'inscrit dans ce contexte par opposition à un contexte de tolérance en vertu duquel « la majorité accepte l'existence de spécificités bien circonscrites socialement ou territorialement », dans Pierre Noreau, *supra* note 59 aux pp. 353 et 354.
67. Fuyuki Kurasawa, *The Work of Global Justice. Human Rights as Practices*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007 à la p. 11. Selon l'auteur, en s'appuyant sur Bourdieu et Giddens, le concept de « pratique » est à la fois structuré par des déterminants structurels et structurant, via le subjectivisme des acteurs aux pp. 11 et 12.

Ces pratiques, caractéristiques d'une effectivité des droits de la personne partant de la base (*bottom up*)⁶⁸, nous apparaissent pertinentes en ce qu'elles ont le pouvoir d'instituer un processus de socialisation des normes de droits de la personne⁶⁹ lequel se compose des étapes à travers lesquelles les normes sont intériorisées par les personnes marginalisées et l'ensemble de la société. Ce processus est pertinent aux fins de notre réflexion puisque nous croyons qu'il peut avoir un impact sur les rapports qu'entretiennent les personnes marginalisées avec les autres normes juridiques ou sociales intégrées dans les facteurs de risque.

L'analyse de la vulnérabilité au risque, telle qu'elle est exposée à travers les articles qui suivent, nous permet d'identifier cinq étapes fondamentales qui devraient marquer ce processus de socialisation, dans le but de mener à une possible reconstruction de la citoyenneté des personnes marginalisées. Il s'agit de la connaissance par les personnes marginalisées de leurs droits fondamentaux, de la revendication de ces droits, de la participation des personnes marginalisées aux prises de décisions collectives, de la socialité « militante » et de l'inclusion.

Les étapes du processus de socialisation des normes de droits de la personne

La **connaissance** de leurs droits par les personnes marginalisées constitue sans aucun doute le premier point d'ancrage à une démarche d'*empowerment* et au développement d'un point de vue critique à l'égard des situations de vulnérabilité

68. Permettant de dépasser une vision formaliste des droits de la personne les limitant aux instruments juridiques et institutionnels se trouvant au sommet de la pyramide.

69. Nous nous inspirons ici de l'idée de *socialisation des normes de droits de la personne* développée par Thomas Risse et Kathryn Sikkink, et notamment de leur modèle (*the spiral model*) destiné à expliciter le processus par lequel les normes internationales de droits de la personne influencent les actions de l'État, dans Thomas Riss, Stephen C. Ropp et Kathryn Sikkink, *The Power of Human Rights, International Norms and Domestic Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

qu'elles vivent⁷⁰. Cette connaissance peut connaître de nombreux niveaux, allant d'une connaissance strictement formelle et générale des droits à une connaissance pragmatique et spécifiquement adaptée aux situations.

La connaissance des droits est aussi un pré-requis à leur **revendication**⁷¹ à travers les instances judiciaires ou administratives (recours devant les tribunaux, processus de plainte), dans le cadre des relations avec les professionnels (médecins, psychiatres, avocats) et dans le cadre de revendications politiques plus larges. Ces revendications sont fondamentales puisqu'elles permettent de refuser, de contester, de questionner les normes et les pratiques qui augmentent la vulnérabilité au risque. C'est bien souvent à travers elles que l'opération de *codage* des facteurs du risque s'effectue dans le langage des droits de la personne.

La **participation** des personnes marginalisées, quant à elle, est un élément clé du processus de socialisation des normes de droits de la personne qui permet de freiner la propagation de réponses paternalistes et non adaptées à la vulnérabilité au risque qui semblent fortement présentes dans les sociétés contemporaines. Nous verrons en effet, à travers l'analyse des incitatifs financiers relatifs aux maladies chroniques, de la « norme de l'anormal » par les psychiatres cautionnée *de facto* par le système juridique, de l'interdiction du droit de vote aux personnes souffrant de maladie mentale, de la criminalisation de

70. Concernant l'*empowerment*, lire Yann Le Bossé, « De l' « habilitation au pouvoir d'agir » : vers une appréhension plus circonscrite de la notion d'*empowerment* » (2003) 16:2 *Nouvelles pratiques sociales* 30; William A. Ninacs, *Types et processus d'empowerment dans les initiatives de développement économique communautaire au Québec*, thèse de doctorat, Université Laval, 2002 [non publié] et Nina Wallerstein, « Powerlessness, empowerment, and health : Implications for health promotion programs » (2002) 6:3 *American Journal of Health Promotion* 197.

71. Lire Emmanuelle Bernheim, «Le droit à l'information des patients gardés en établissement : un instrument essentiel de promotion des valeurs et des principes démocratiques » (2009) 54:3 *R.D. McGill* 547.

l'homosexualité et de la colonisation des peuples autochtones, des cas flagrants où paternalisme et contrôle social marquent les réponses à la marginalité.

Concrètement, la participation des personnes concernées exige la création de mécanismes assurant leur participation tant en amont du droit et des politiques publiques qu'en aval, dans le cadre des contrôles de mise en œuvre et du suivi-évaluation. Il s'agit d'une participation effective, matérielle et non strictement formelle se manifestant à travers des fictions juridiques. Nous croyons en effet que c'est à partir de la voie des personnes marginalisées que les concepts de marginalité, de santé, de risque et de vulnérabilité peuvent se redéfinir et évoluer dans l'imaginaire collectif pour dépasser les préjugés et les réponses paternalistes inadaptées qui souvent augmentent les risques ou en induisent des nouveaux.

Chronologiquement, il nous semble ardu de déterminer si ces trois étapes du processus de socialisation des droits de la personne découlent d'une **socialité**⁷² ou si elles sont elles-mêmes induites par une certaine forme de socialité militante. Quoi qu'il en soit, les thèmes abordés dans ce numéro nous laisse croire que cette idée de socialité, de liens relationnels existant entre les personnes marginalisées elles-mêmes et entre elles et les acteurs engagés qui évoluent à leur côté, influence le processus de socialisation des normes de droits de la personne. Dans ce sens, les micros milieux, tels ceux que créent les organismes communautaires et les associations, semblent porteurs d'une créativité donnant du sens au tissu social. Ils apparaissent en fait comme une véritable courroie de réalisation des droits de la personne prenant la forme de réseaux souterrains capables de traverser les frontières. La socialité acquiert ainsi des dimensions locales, régionales, nationales et internationales et nous laisse croire qu'elle constitue une véritable condition de l'inclusion des personnes marginalisées.

72. Pour une conception de la socialité du quotidien lire Michel Mafessoli, *La connaissance ordinaire : précis de sociologie compréhensive*, Paris, Librairie des méridiens, 1985.

L'**inclusion** en tant qu'étape finale du processus de socialisation des normes de droits de la personne devrait en fait constituer l'ultime résultat souhaité par ce processus. Nous entendons par *inclusion* les actions qui ont un impact sur l'individu et sur la société et qui sont destinées à permettre à toutes personnes de participer pleinement à la collectivité et d'avoir accès aux services dont elles ont besoin⁷³.

Conclusion

L'inclusion, qui consiste en une jouissance pleine et entière du statut citoyen par les personnes marginalisées, apparaît comme une forme d'aboutissement de l'effectivité des droits de la personne émergeant de l'articulation des normes et institutions nationales avec les normes internationales et les pratiques et cultures locales. Cette manière dynamique de conceptualiser la citoyenneté⁷⁴ permet d'envisager le statut citoyen comme une rencontre entre l'individuel et le collectif en reconnaissant aux droits de la personne toute la puissance d'*empowerment* qu'ils recèlent. En effet, « c'est souvent par le recours au droit qu'on crée du pouvoir, qu'on le distribue ou le re-distribue, qu'on le limite ou qu'on l'étend, par conséquent, qu'on modifie les rapports de pouvoir, qu'on établit, maintient et reproduit une domination⁷⁵».

73. Nous nous inspirons de la terminologie développée dans le cadre des travaux de la COPHAN pour l'*inclusion* des personnes vivant avec un handicap dans la société québécoise qu'on distingue du terme *intégration*. « L'intégration consiste à introduire un nouvel individu ou un nouveau groupe à une collectivité. La collectivité est déjà formée et l'individu qui cherche à s'intégrer doit s'y adapter. L'inclusion vise à former dès le départ la collectivité afin que tout le monde puisse y participer et avoir un libre accès à toutes ses activités en fonction des besoins de chacun » (9 juin 2009), en ligne : *Le Cophan, pour et par ses membres* <<http://www.cophan.org/cophan.htm>>.

74. En nous inspirant fortement du texte de Rocher qui présente une « conception dynamique de la citoyenneté », dans Guy Rocher, *supra* note 3 aux pp. 34 et ss.

75. Guy Rocher, *supra* note 66 à la p. 44.

La gestion des risques à la santé et à la sécurité des individus n'est pas une entreprise qui se déploie à l'extérieur du cadre juridique en vigueur au sein d'un État et n'est pas à l'abri des normes supra nationales qui pénètrent les ordres juridiques nationaux. Cela est aussi vrai lorsqu'il s'agit de gérer des risques en contexte de marginalité. À la différence de ce que peuvent laisser croire les programmes d'incitatifs financiers, les droits de la personne ne sont pas conditionnels à l'adoption d'un comportement, à un statut social ou à un niveau de vie. Chaque individu est titulaire des droits de la personne et ces derniers doivent connaître un respect, une protection, une mise en œuvre prioritaire lorsqu'ils concernent le sort des personnes les plus vulnérables et marginalisées de nos sociétés⁷⁶.

Nous l'avons vu, l'analyse des facteurs socio-économiques sous-jacents à la vulnérabilité au risque nous permet d'identifier des zones de violation et de non-application des droits fondamentaux, confirmées ou induites par le droit et les politiques publiques. Ce qui est maintenant nécessaire, et c'est ce vers quoi la démarche interdisciplinaire nous pousse à réfléchir, c'est de penser les droits de la personne à travers le filtre de la marginalité et du risque dans le but de mieux cerner leur valeur à titre de déterminants de la santé et de la démocratie pour tous.

76. Voir à titre d'exemple, l'*Observation générale n° 14 : Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint*, Doc. off. CES NU, 22e sess., Doc. NU E/C.12/2000/4 (2000) aux par. 35, 37.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : UNE TENSION NORMATIVE IRRÉCONCILIALE. LES DISCOURS
PSYCHIATRIQUE ET JURIDIQUE SUR LE RISQUE PSYCHIATRIQUE

Auteur(s) : Emmanuelle BERNHEIM

Revue : *RDUS*, 2009-2010, volume 40, numéro 1-2

Pages : **31-63**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10374>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10374>

Page vide laissée intentionnellement.

UNE TENSION NORMATIVE IRRÉCONCILIABLE. LES DISCOURS PSYCHIATRIQUE ET JURIDIQUE SUR LE RISQUE PSYCHIATRIQUE*

par Emmanuelle BERNHEIM**

L'alliance entre les sphères de pouvoir politiques et psychiatriques s'est longtemps justifiée par la nécessité et la complémentarité. Or, depuis le milieu du vingtième siècle, les bases de la gouvernance politique et les fondements du système juridique se sont profondément transformés. Comment concilier les fondements du système juridique, qui s'attache au droit des personnes, et les mesures préventives liées à la gestion du risque psychiatrique qui, de par leur nature, sont inmanquablement attentatoires aux droits fondamentaux?

L'auteure postule qu'à travers le développement d'un discours psychiatrique expert sur le risque, de nouveaux repères normatifs ont favorisé l'émergence d'une tension au sein du système juridique. Ainsi, cette tension pourrait servir d'illustration au phénomène plus global de pluralisme normatif, qui complexifie le rapport individuel aux normes multiples et concurrentes. En outre, le formalisme juridique ne peut plus suffire à la protection des droits fondamentaux en toute égalité. Dans ce contexte, l'intégration d'une perspective matérialiste et holiste constitue éventuellement une avenue à emprunter.

Traditionally, the linkages between psychiatry and law have arisen through necessity and a need for complementarity. However, since the mid-twentieth century, the foundations of political governance and of the legal system have undergone profound transformations. How can one reconcile the bedrock of the legal system which focuses on the rights of persons with preventive measures relating to the management of psychiatric risks and which, by their very nature, are inevitably detrimental to fundamental rights?

The writer affirms that through the development of informed psychiatric discourse relating to the question of risk, new normative indicators have lead to the emergence of a certain tension within the legal system. This tension serves to illustrate the more global phenomenon of normative pluralism which exposes the individual to multiple and competing norms. Moreover, legal formalism can no longer ensure the equal protection of human rights. In this context, the integration of both a materialistic and a holistic approach would appear to be an avenue worth pursuing.

*. La présente recherche a été rendue possible grâce au soutien financier du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH).

** . Emmanuelle Bernheim est doctorante en cotutelle à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et à l'École Normale supérieure de Cachan (France) et professeure au département de sciences juridiques. L'auteure tient à remercier ses directeurs de recherche Pierre Noreau et Jacques Commaille pour leurs précieux commentaires et leur soutien tout au long de cette réflexion. Les opinions exprimées dans cet article n'engagent toutefois que l'auteure.

SOMMAIRE

Introduction : mise en contexte	33
I. DOCTRINE DU RISQUE PSYCHIATRIQUE ET DISCOURS EXPERT	38
1.1 La conceptualisation historique de la doctrine du risque psychiatrique	38
1.2 La reconnaissance aux psychiatres du statut d'experts du risque.....	42
II. DISCOURS PSYCHIATRIQUE ET JURIDIQUE : UNE TENSION NORMATIVE IRRÉCONCILIALE	49
2.1 Une tension normative irréconciliable : l'exemple éloquent de la garde en établissement	49
2.2 La conceptualisation de la tension normative à travers la théorie systémique.....	56
Conclusion : Vers une société de la norme?	61

Introduction : mise en contexte

En France, après la Révolution¹, le maintien de l'ordre public devint à la charge des municipalités et celles-ci durent remédier aux événements provoqués par « les insensés ou les furieux ». Dès 1790, la « séquestration » des aliénés sur décision préfectorale sera dorénavant régulée et devra être ordonnée par un juge; les médecins auront quant à eux la charge d'expliquer la « véritable situation des malades »². Pourtant, les lieux de leur enfermement ne changeront pas³ : ils continueront d'être traités comme des criminels ou des mendiants et subiront le même sort. Maison de répression ou prisons, l'intervention médicale était à cette époque inexistante. Il faudra attendre 1838 pour que l'autorité médicale soit officiellement essentielle à la décision préfectorale de procéder au « placement »⁴. C'était d'ailleurs ce que réclamait déjà Cabanis⁵ avant la Révolution, puisqu'il avait espoir que « la médecine [vole] au secours du Droit et de la Politique et recevoir d'eux, en retour, les moyens de mieux aménager sa

-
1. Nous avons choisi de débiter notre réflexion par le cas français pour deux raisons: c'est là qu'eut d'abord lieu à la fois l'évolution de la science psychiatrique ainsi que les débats sur la place respective du droit et de la psychiatrie, et parce que, logiquement, la législation française sur le risque lié à la folie est antérieure à la québécoise. Nous ferons en seconde partie la jonction avec la situation prévalant actuellement au Québec.
 2. *Législation sur les aliénés et les enfants assistés, loi du 16-20 mars 1790*, Librairie administrative de Berger-Levrault, art. 9.
 3. Alfred Blanche, *Dictionnaire général d'administration*, Paris, Imprimerie et librairie administrative de Paul Dupont, 1849 aux pp. 32 et s.
 4. Par l'adoption de la *Loi du 30 juin 1838 sur les aliénés*, Recueil Duvergier à la p. 490. [*Loi de 1838*], communément appelée « Loi d'Esquirol », du nom du psychiatre qui en proposa le contenu.
 5. Cabanis, médecin de formation, fut professeur d'hygiène puis de clinique à l'École de médecine de Paris. Mais il fut également actif dans la sphère politique, puisqu'il fut d'abord député de Seine, puis sénateur lors de la mise en place de l'Empire, et c'est en tant que politicien qu'il proposa par exemple de « réunir en un seul système commun la législation des prisons et celle des secours publics ». Voir Pierre Cabanis, *Opinion de Pierre Cabanis sur la nécessité de réunir en un seul système [sic] commun, la législation des prisons & celle des secours publics : séance du 7 messidor an 6*, Paris, Imprimerie nationale, 1798.

place »⁶. Pour lui, les médecins étaient « les seuls juges compétents »⁷. À partir de 1838, la procédure d'internement ne sera d'ailleurs plus judiciaire. Ce changement de pôle décisionnel ne sera pas sans effet du point de vue de l'émergence d'une doctrine du risque, puisque, comme nous le verrons, cette doctrine repose entièrement sur la reconnaissance et l'actualisation d'un discours expert⁸.

D'après Foucault, c'est à ce moment que la famille et la communauté perdirent en partie l'autorité qu'elles pouvaient avoir jusque-là sur la folie et sur sa « gestion »⁹. Simultanément, le fou n'apparaîtra plus seulement comme bizarre ou original¹⁰, mais comme carrément dangereux¹¹. Le danger, même potentiel, deviendra progressivement un des attributs cliniques de la folie, au point où en 1880 les jeunes médecins apprennent qu'« il ne faut pas oublier que tout aliéné peut, à un moment donné, devenir dangereux pour lui-même ou les autres »¹². Notons qu'à cette

-
6. Cabanis tel qu'il est cité dans André Paradis, « De Condillac à Pinel ou les fondements philosophiques du traitement moral » (1993) 20:1 *Philosophiques* 69 à la p. 78.
 7. *Ibid.* à la p. 79.
 8. Au Québec, il faudra attendre 1950 pour que le médecin soit le principal acteur dans les décisions d'internement, en vertu de la *Loi concernant les hôpitaux pour le traitement des maladies mentales*, L.Q. 1950, c. 188, art. 10. Jusqu'à cette époque, le médecin n'était pas le seul à devoir appuyer la demande d'internement d'un certificat : étaient également nécessaires la demande d'un parent, ami ou protecteur, et les certificats signés par le curé, le maire et le greffier. Le surintendant médical de l'établissement devait ensuite transmettre le dossier au secrétaire de la province. *Loi sur les asiles d'aliénés*, L.R.Q. 1909, c. 4, art. 4093, 4106 et 4115.
 9. Il est à noter que le « placement volontaire » pouvait être demandé par la famille, appuyé d'un certificat médical.
 10. Michel Foucault, « La maison des fous » dans Franco Basaglia et Franca Basaglia, dir., *Les criminels de paix*, Paris, Presses universitaires de France, 1980, 145 à la p. 153 [Foucault, « Maison des fous »].
 11. Michel Foucault, *Le pouvoir psychiatrique – Cours au Collège de France 1973-1974*, Paris, Gallimard-Seuil, 2003 à la p. 96 [Foucault, « Pouvoir psychiatrique »].
 12. Auguste-Marie Langlois, *Résumé de la leçon d'ouverture du cours de clinique des maladies mentales*, Dijon, Imprimeur de Jobard, 1880 à la p. 11.

époque, les théories à postulat héréditaire, terreau fertile pour la doctrine du risque, connaissent un essor important. La mise en œuvre des mécanismes de protection du malade mental dépendra désormais directement de l'évaluation positive du danger :

Il a fallu [...] coder la folie comme danger, c'est-à-dire qu'il a fallu faire apparaître la folie comme porteuse d'un certain nombre de dangers, comme essentiellement porteuse de périls et, du coup, la psychiatrie, en tant qu'elle était le savoir de la maladie mentale, pouvait effectivement fonctionner comme hygiène publique, comme médecine et, d'autre part, elle a fait fonctionner le savoir, la prévention et la guérison éventuelles de la maladie mentale comme précaution sociale, absolument nécessaire si l'on voulait éviter un certain nombre de dangers fondamentaux liés à l'existence même de la folie¹³.

Jusqu'au milieu du vingtième siècle, l'alliance entre les sphères de pouvoir politiques et psychiatriques se justifiait essentiellement par la nécessité et la complémentarité. En effet, les sciences contribuent de deux manières à la construction et à la diffusion du discours normatif. En amont, par la constitution d'un savoir qui permet l'action politique et sur lequel se construisent les normes, puis, en aval, par la justification et la légitimation du discours normatif et par la remodelisation de l'opinion publique¹⁴. En même temps, par l'actualisation d'un statut d'expert¹⁵, le

-
13. Michel Foucault, *Les anormaux – Cours au Collège de France 1974-1975*, Paris, Gallimard-Seuil, 1999, à la p. 110 [Foucault, Anormaux].
 14. Roland Gori, « L'expertise: une nouvelle forme de censure sociale? » dans Hachimi Sanni Yaya, dir., *Pouvoir médical et santé totalitaire – Conséquences socio-anthropologiques et éthiques*, Québec, PUL, 2009, 121 à la p. 122; Jean-François Lyotard, *La condition postmoderne*, Paris, Minuit, 1979 aux pp. 19 et 20.
 15. C'est d'abord devant les instances judiciaires pénales, dans le cadre des procès pour sorcellerie, que les médecins ont réclamé leur place d'experts de la folie. En effet, dès 1651, Zacchias, célèbre médecin du pape reconnu comme expert en justice criminelle, avait publié *Questions medico-légales*, dans lequel il traitait des questions telles l'avortement, les morts suspectes, l'empoisonnement, le suicide et les assassinats et réclamait un examen médical pour chaque criminel, ainsi qu'une exonération de responsabilité pénale pour troubles mentaux, permettant

pouvoir psychiatrique pourra « s'imposer à la folie au nom d'une vérité détenue une fois pour toutes [...] sous le nom de science médicale »¹⁶ et ainsi contribuer à la reconnaissance de la discipline psychiatrique en tant que spécialité médicale au même titre que les autres¹⁷. Sciences et politique se légitiment donc mutuellement.

Or, depuis la Seconde Guerre mondiale, les situations scientifique, politique et juridique ont considérablement changé. D'abord, le discours psychiatrique a gagné en légitimité et en crédibilité au point, nous le verrons, de constituer un discours à caractéristiques normatives. Ensuite, la reconnaissance de droits inaliénables et universels, notamment par la *Déclaration universelle des droits de l'homme*¹⁸, les *Pactes relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels*¹⁹, puis les *Chartes*²⁰ et finalement le *Code civil*²¹ a changé

la mise en place de traitements. Si les magistrats ont d'abord été réticents, s'estimant aptes à décider en leur « qualité d'hommes éclairés par la raison et par l'expérience », les médecins ont finalement obtenu une reconnaissance précise: ils étaient les seuls à posséder le savoir sur l'acte que la justice voulait comprendre. D. Bouley *et al.*, « Les fondements historiques de la responsabilité pénale » (2002) 160:5-6 *Annales Médico-psychologiques* 396; Laurence Guignard, « L'expertise médico-légale de la folie aux Assises 1821-1865 » (2001) 197:4 *Le Mouvement social* 57; Jean Maviel et Patrick Fino, « Le droit à l'envers » (1986) 3 *Revue droit et société* 261.

16. Foucault, « Pouvoir psychiatrique », *supra* note 11 à la p. 132.

17. Borgeat et Stravynski parlent de « complexe d'infériorité » des psychiatres par rapport aux autres spécialités médicales « dites plus "scientifiques" », dans François Borgeat et Ariel Stravynski, « Les implications des modèles explicatifs biologiques sur les pratiques cliniques en psychiatrie » (1985) 10:1 *Santé mentale au Québec* 75 à la p. 78 (entre guillemets dans le texte).

18. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217(III), Doc. off. AG NU, 3^e sess., supp. n° 13, Doc. NU A/810 (1948) 71, préambule et art. 1 et 2.

19. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, Rés. A.G. 2200A (XXI) et *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3, Rés. A.G. 2200A (XXI).

20. *Charte des droits et libertés de la personne*, L. R. Q. c. C-12 et *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de*

irréremédiablement à la fois les bases de la gouvernance politique et les fondements du système juridique. En effet, dans un contexte où les droits fondamentaux constituent la base épistémique du droit, l'alliance entre les sphères politiques et psychiatriques est devenue problématique. Comment concilier, en effet, les fondements du système juridique, qui s'attachent aux droits des personnes, et les mesures préventives liées à la gestion des risques qui, par leur nature, sont immanquablement attentatoires aux droits fondamentaux?

Dans le cadre de cette réflexion, nous proposons d'examiner plus particulièrement comment s'articulent, au sein du droit, ces discours antagonistes sur la gestion de la folie. Dans un premier temps, nous examinerons le contexte historique dans lequel s'est développé le discours expert sur le risque. Nous postulons que cette évolution s'est cristallisée sur deux plans distincts : d'abord dans une perspective strictement conceptuelle et ensuite dans une perspective normative. Cette évolution, qui eut lieu sur quelques décennies, est le résultat du progrès médical certes, mais également de mutations importantes au sein de l'État et de sa gouvernance, ainsi que par la constitution parallèle d'un discours expert reconnu notamment dans la sphère judiciaire (I.). Dans un second temps, nous illustrerons le propos de l'exemple du régime québécois de garde en établissement. Nous verrons que, si le droit fut un élément central quant à ce changement de paradigme, les répercussions sur son propre système lui ont quelque peu échappé, ce qui n'est pas sans conséquence (II.).

1982, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.
21. *Code civil du Québec*, L.R.Q. c. C-1991.

I. DOCTRINE DU RISQUE PSYCHIATRIQUE ET DISCOURS EXPERT

Dans cette première partie, nous verrons d'abord comment s'est développée, au fil de l'histoire et des développements scientifiques, une doctrine du risque psychiatrique (1.1). Puis, nous examinerons comment un statut d'expert du risque fut reconnu aux psychiatres au sein même du système juridique (1.2).

1.1 La conceptualisation historique de la doctrine du risque psychiatrique

L'adoption de la *Loi de 1838* rendait nécessaire la présence d'un « danger imminent attesté par le certificat d'un médecin ou le fait que l'état d'aliénation [de toute personne interdite ou non interdite] compromettrait l'ordre public ou la sûreté des personnes »²². Cette première législation visait principalement les personnes ayant commis des délits, ou étant sur le point de le faire, mais dont l'état mental laissait supposer une irresponsabilité²³. La psychiatrie hospitalière prit en charge ainsi un éventail de situations qui relevaient traditionnellement de l'institution pénale²⁴. En même temps, Quétel affirme que « le seul critère d'internement étant la dangerosité, cela ne fait pas beaucoup de monde ». Pourtant, bien que la loi ne changea pas en France avant 1990, il révèle que la proportion d'internés pour 10 000 habitants passa d'environ 1,9 en 1789, à 10 fois plus en proportion sous la III^e République²⁵. Que s'est-il donc passé? Il semble évident que, bien que les législations sur l'internement

22. *Loi de 1838*, *supra* note 4, art. 18-19 (placement d'office). Au Québec, l'*Acte pour autoriser la réclusion des personnes aliénées dans les cas où leur mise en liberté pourrait offrir des dangers pour le public*, S. Prov. C. 1851 (14-15 Vict.), c. 83, art. 5, parlait de « personnes qui, par folie ou autre cause, [...] mettent en danger leur propre personne ou propriété ».

23. Claude Quétel, « D'où vient la loi de 1838 sur les aliénés? » (1988) 116 *L'histoire* aux p. 73-75.

24. La *Loi de 1838*, *supra* note 4, art. 1, prévoit expressément l'obligation pour chaque département d'avoir un établissement d'aliénés; il n'est donc plus question de simplement enfermer les fous, mais bien de les traiter.

25. Quétel, *supra* note 23 à la p. 74.

continuent de parler de *danger*²⁶, un glissement conceptuel a graduellement amené les pratiques vers une politique de gestion du risque²⁷.

D'un point de vue strictement linguistique, il est aisé de constater que le concept de risque dépasse la simple question de danger. En effet, le danger est défini comme une « menace contre la sécurité ou la vie d'une personne ou d'une chose »²⁸. Il est donc bien palpable, il peut se constater par des faits. Le risque, au contraire, est moins évident à détecter. Il s'agit toujours de danger, mais d'un danger incertain ou sournois, qu'il faut redouter ou anticiper. Ainsi, le risque est perçu comme un « [p]éril dans lequel entre l'idée du hasard »²⁹ : l'imprévisibilité est donc l'élément central du concept de risque. Ainsi, à l'époque où se développe la doctrine du risque, la peur du fou ou du marginal – justifiée ou non – n'était pas nouvelle; pour Hochmann, par exemple, elle était même à l'origine de l'asile³⁰. Cependant, si le risque ne renvoie plus au danger imminent, mais plutôt au danger éventuel, il renvoie toujours à la menace à la sécurité.

Un risque ne résulte pas de la présence d'un danger précis, porté par une personne ou un groupe d'individus, mais de la mise en relation de données générales impersonnelles ou de facteurs (de risques) qui rendent

26. C'est en effet toujours le cas au Québec, en vertu de la *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental représente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui*, L.R.Q. c. P-38.001 [LPPEM] et des articles 26 et suivants du *Code civil*.

27. À ce titre, notons que la nature ou l'ampleur du danger ne fut jamais précisés par le législateur; ce fut donc aux psychiatres d'apprécier ce danger et de juger du bien-fondé de l'internement et ce tant en France qu'au Québec.

28. Grand dictionnaire terminologique, en ligne : <[http://www.granddictionnaire.com/btml/fra/r_motclef/index 1024_1.asp](http://www.granddictionnaire.com/btml/fra/r_motclef/index%201024_1.asp)>.

29. *Ibid.*

30. Jacques Hochmann, « La peur du fou » (1981) 6:1 *Santé mentale au Québec* 3.

plus ou moins probable l'avènement de comportements indésirables³¹.

C'est ainsi qu'Esquirol, le psychiatre à l'origine de la *Loi de 1838*, publiait en 1827 une *Note sur la monomanie-homicide*, où il affirmait que, contrairement à ce que croyaient le public et « même des hommes très instruits », les fous pouvaient tenir des discours sensés et défendre leurs opinions, mais que, surtout, lorsqu'ils voulaient atteindre un but, ils pouvaient avoir recours à la menace, la force, la ruse. Ainsi, pour lui, les « aliénés » ou les « maniaques » peuvent avoir une apparence ordinaire, banale; ils peuvent même penser, sentir, raisonner et agir comme tout le monde. Leur intelligence n'est pas altérée, mais ils sont poussés par leur instinct et sont fondamentalement « privé[s] de la liberté morale »³². Afin d'étayer son propos, Esquirol accompagna son analyse d'une litanie de faits divers tous plus macabres les uns que les autres³³. L'élément d'imprévisibilité inhérent au risque, et qui deviendra fondamental – en dépit de l'exigence légale de « danger imminent » – apparaît clairement dans le raisonnement d'Esquirol. Il s'agit du fait que le fou n'a pas forcément l'air fou. Le risque est d'autant plus inquiétant qu'il n'est pas repérable facilement. Sauf, peut-être, par l'œil averti de l'expert...

Ce glissement conceptuel, déjà latent à l'époque de l'adoption des premières lois n'a fait que s'amplifier au fil des dernières décennies³⁴. Pour Douglas, le mot *risque* n'est

-
- 31. Robert Castel, *La gestion des risques*, Paris, Minuit, 1981 à la p. 145 (soulignés et parenthèses dans le texte) [Castel, « Gestion des risques »].
 - 32. Étienne Esquirol, « Note sur la monomanie-homicide » dans Johann-Christoph Hoffbauer, *Médecine légale relative aux aliénés et aux sourds-muets ou Les lois appliquées aux désordres de l'intelligence*, Paris, J.B. Baillière, 1827 à la p. 312.
 - 33. *Ibid.* aux pp. 309-342.
 - 34. Carter explique que, de 1980 à 1993, la littérature scientifique en santé portant sur le risque a plus que doublé : Simon Carter, « Boundaries of danger and uncertainty: an analysis of the technological culture of risk assessment » dans Jonathan Gabe, dir., *Medicine, Health and Risk: Sociological Approaches*, Oxford, Blackwell Publishers, 1995, 133 à la p. 136.

aujourd'hui qu'une réification technique du mot *danger*³⁵. Nous serions dans une société « postconfiance », où le risque est intrinsèque au processus décisionnel et régulateur³⁶.

Dans le contexte particulier où l'on cherche avant tout à protéger l'individu ou la société, le glissement entre danger et risque est d'autant plus aisé que sous couvert de protection – et donc de bonnes intentions – même les décisions les plus douteuses se justifient au nom de l'intérêt social³⁷. Alors que l'existence d'un danger nécessite la *répression*, celui d'un risque autorise la *prévention*. Mais la prévention des comportements dérangeants, marginaux ou déviants est une activité de contrôle social qui n'a plus rien à voir avec la fonction thérapeutique médicale, mais plutôt avec la constitution d'un discours expert. Parallèlement, ce discours expert permet la justification des mesures de prévention. C'est une illustration du phénomène de légitimation mutuelle dont nous avons parlé plus haut.

C'est ainsi qu'avec l'adoption de la *Loi de 1838*, les psychiatres gagnèrent un statut nouveau, que par ailleurs ils revendiquaient, et qui leur permettra de sortir de l'asile pour jouer un rôle social et politique actif et significatif. Dorénavant, en effet, ils seraient les seuls à pouvoir prédire qui est dangereux ou susceptible de l'être³⁸.

35. *Ibid.* à la p. 135.

36. Voir Frederic E. Boudier, « A Comparative Analysis of Risk Perception Related to Human Health Issues » dans Ingo Richter, Sabine Berking et Ralf Muller-Schmid, dir., *Risk Society and the Culture of Precaution*, New York, Palgrave-Macmillan, 2006 à la p. 168, se référant à Löfstedt. L'auteur précise que la tolérance au risque n'est pas la même selon la nature des situations et ne dépend pas dans tous les cas des estimations des experts.

37. Szasz questionne par exemple l'utilité thérapeutique de l'internement dans Thomas Szasz, *La loi, la liberté et la psychiatrie*, Paris, Payot, 1977 au c. 4.

38. Il est à noter que, bien que nous n'aborderons ici pas cette question, le lien entre dangerosité et maladie mentale ne fut jamais clairement établi, bien que la croyance en soit largement répandue. Voir John Monahan et Jean Arnold, « Violence by people with mental illness: A consensus statement by advocates and researchers » (1996) 19:4 *Psychiatric*

1.2 La reconnaissance aux psychiatres du statut d'experts du risque

La position symbolique d'expert est avantageuse de deux manières. Pour le politique, d'abord, puisque, dans le rôle particulier d'expert de la maladie mentale, le psychiatre apporte la caution scientifique nécessaire à la légitimation d'une loi ou d'une politique d'exception et, par extension, à la confirmation de l'État en tant que garant du bien public. Pour les psychiatres, ensuite, en tant que groupe professionnel dont le discours se cristallise à travers la reconnaissance sociale qu'offrent les différents appareils étatiques. De plus, la fonction d'expert est la seule qui impose le discours professionnel en tant que vérité tout en dégageant l'expert de tout engagement envers le sujet de l'expertise. Pour Castel, il s'agit en fait d'une « heureuse coïncidence », par laquelle « une suture sans faille entre jugements de faits et jugements de valeurs » fixe l'alliance de la psychiatrie et du politique par le biais de l'expertise : « il est positivement nécessaire d'isoler un malade en vertu de son état de malade, et il est sociopolitiquement nécessaire de le séquestrer en vertu de la dangerosité qu'il exhibe »³⁹. C'est d'ailleurs ce qu'exprimaient les commentaires faits en dernière lecture, lors de l'adoption de la *Loi de 1838*, devant la Chambre des Pairs :

Rehabilitation Journal 67 à la p. 70; Brodie Paterson et Cameron Stark, «Social policy and mental illness in England in the 1990's: violence, moral panic and critical discourse» (2001) 8:3 *Journal of Psychiatric and Mental Health Nursing* 257 à la p. 260. De la même façon, aucune méthode scientifique d'évaluation de la dangerosité n'est scientifiquement reconnue à ce jour. Voir Phil Woods et Gerri Lasiuk, «Risk prediction: a review of the literature» (2008) 4 *Journal of Forensic Nursing* 1. Pour Castel, « [m]ieux vaut en effet trop en faire que pas assez, car, si erreur il peut y avoir à neutraliser un individu potentiellement dangereux, la preuve n'en sera jamais faite, et il est toujours permis de penser qu'il aurait pu passer à l'acte s'il n'en avait pas été empêché. Au contraire, si on n'intervient pas et que le passage à l'acte a lieu, l'erreur de diagnostic devient manifeste et le psychiatre est responsable », dans Castel, « Gestion des risques », *supra* note 31 à la p. 147.

39. Robert Castel, « Savoirs d'expertise et production de normes » dans François Chazel et Jacques Commaille, dir., *Normes juridiques et*

Cette législation doit veiller à ce que les maux d'un homme souffrant et malheureux soient adoucis, et sa guérison obtenue si elle est possible, et en même temps prendre des mesures qui ôtent à un être dangereux pour les autres ou pour lui même les moyens de faire le mal⁴⁰.

Afin de mieux cerner les caractéristiques du statut d'expert, il nous semble fructueux d'examiner les catégories retenues par Legault sur les rapports professionnels entretenus par les médecins et leurs patients tout au long de l'histoire. Il s'agit de la sorcellerie, du paternalisme, de la consommation, de la coopération et de l'expertise⁴¹.

Le sorcier et le paternaliste font figure de sages : non seulement leurs connaissances ne sont pas discutées, mais la relation qu'ils entretiennent avec ceux qui les consultent en est une de dépendance totale et leur engagement doit être symétrique à cette dépendance. La relation professionnelle basée sur la consommation ou la coopération expose le professionnel à la remise en question de son discours, puisque, dans le premier cas, celui qui le consulte le comparera à d'autres professionnels avant d'arrêter son choix et, dans le second cas, le professionnel recherche activement l'adhésion de son vis-à-vis.

L'expert, au contraire, ne s'engage qu'au sujet de son opinion experte. La relation professionnelle n'est plus celle d'un rapport interpersonnel, mais plutôt d'un rapport technique. D'ailleurs, le recours à l'expert est nécessaire pour « aider à trancher dans une conjoncture problématique »⁴²; le contexte dans lequel il sera consulté n'est plus thérapeutique. De plus, l'absence d'implication de l'expert dans la relation interpersonnelle est essentielle, puisqu'elle garantit en quelque sorte l'objectivité et la neutralité; l'avis n'est ainsi déterminé que par des critères

régulation sociale, Paris, LGDJ, 1991, 177 à la p. 182 [Castel, « Savoirs d'expertise »].

40. *Ibid.* à la p. 181.

41. Georges A. Legault, *Professionnalisme et délibération éthique*, Québec, Presses de L'Université du Québec, 2006 au c. 2.

42. Castel, « Savoirs d'expertise », *supra* note 39 à la p. 182.

strictement cliniques⁴³. Dans ce cadre, le médecin expert présente un avis scientifique sur un ou des cas; celui qui sollicite son expertise sera libre par la suite de suivre ou non cet avis⁴⁴. Il est censé n'être qu'un auxiliaire à la décision⁴⁵. Cependant, les théorisations scientifiques permettront de fonder quasi irréfutablement l'expertise. Ainsi, l'avis substantiel de l'expert – bien que théoriquement non obligatoire – est incontestable puisqu'il est fondé sur un *savoir*; à ce titre, il bénéficie d'une « présomption de vérité »⁴⁶. Mais au-delà de cette présomption, le discours expert bénéficie également du statut particulier de celui qui l'émet, en tant que diplômé ou savant, ainsi que de la rhétorique et de la ritualité propre à son champ. Ces éléments constituent les fondements de la *mystification*, un processus permettant de maintenir une distance entre l'expert et le profane⁴⁷. Cette distance contribue à la perpétuation non seulement de la présomption de vérité, mais également du statut même d'expert.

Les quatre premières catégories de rapports professionnels exposées plus haut correspondent à l'activité thérapeutique du médecin dans son rapport personnel au patient, donc dans une position de sollicitude et de subjectivité. Celle de l'expert est tout autre, puisqu'il cherche à démontrer quelque chose d'objectivement précis. La reconnaissance du psychiatre en tant qu'expert de la folie, donc en tant que seul à pouvoir prédire la dangerosité et évaluer le risque, vient intervenir directement dans son rapport aux malades et à la communauté. Il n'est plus seulement celui qui soulage, mais également, et peut-être surtout,

43. Nicolas Dodier, *L'expertise médicale: essais de sociologie sur l'exercice du jugement*, Paris, Métaillié, 1993.

44. *Ibid.* aux pp. 28 et s.

45. Castel, « Savoirs d'expertise », *supra* note 39 à la p. 177.

46. Monique de Bonis et Danièle Bourcier, *Les paradoxes de l'expertise. Savoir ou juger*, Paris, Des empêcheurs de penser en rond, 1999 aux pp. 11-15.

47. La mystification permet de contrôler les perceptions du public et entretient simultanément l'impression qu'il existe un secret : Erving Goffman, *La mise en scène de la vie quotidienne*, Paris, Minuit, 1973 à la p. 71.

celui qui protège, qui anticipe la menace. Il s'ensuit qu'à partir du moment où le droit – criminel ou civil – pose la question en terme de dangerosité, de traitement et de réinsertion sociale, l'expertise joue le rôle de filtre⁴⁸. Ce sera le psychiatre, en tant qu'expert, qui s'assurera de l'application du principe d'« homogénéité de la réaction sociale » :

[L'expertise] permet de mettre en place ou, en tous cas, de justifier l'existence d'une sorte de continuum protecteur à travers tout le corps social, qui ira de l'instance médicale de guérison jusqu'à l'institution pénale proprement dite, c'est-à-dire la prison [...]⁴⁹.

De la même façon, ce sera à partir de ce statut d'expert que le psychiatre pourra se proposer comme initiateur de politiques de santé publique, actualisant dans la sphère sociale l'extension philanthropique des concepts de risque et de protection. Ainsi, dès 1860, Morel étudiait la fréquence des maladies mentales dans les couches les plus défavorisées de la société et mettait en lien leur développement et le mode de vie prévalent. Il proposa au préfet de procéder à une surveillance spéciale des populations identifiées en fonction du risque; il ira jusqu'à parler de « traitement moral généralisé »⁵⁰. Une centaine d'années plus tard, aux États-Unis, la psychiatrie communautaire visait particulièrement la population des ghettos, et les risques associés à la pauvreté, et elle put se développer grâce aux décisions politiques, sensibles aux arguments de prévention et de sanitarisation⁵¹.

Cependant, il est aisé de comprendre qu'encore une fois un glissement conceptuel s'était opéré : en parlant de risque, on ne

48. Foucault, « Anormaux », *supra* note 13 à la p. 24.

49. *Ibid.* à la p. 31.

50. Morel dans Castel, « Gestion des risques », *supra* note 31 à la p. 148. Avant Morel, Cabanis disait déjà que l'élimination de la pauvreté entraînerait la disparition des troubles de l'esprit : Paradis, *supra* note 6 à la p. 79.

51. Voir George Mora, « The History of Psychiatry in the United States: Historiographic and Theoretical Considerations » (1992) 3 *History of Psychiatry* 187.

parlait plus seulement du risque associé à la folie, mais plutôt de celui associé au style de vie. Un style de vie en porte à faux avec les valeurs sociales de l'élite à laquelle appartiennent le médical et le politique. Pour Dorvil, dorénavant, les psychiatres seront ceux qui détermineront le bien, le beau et le bon à travers des classifications scientifiques qu'ils ne cesseront de raffiner⁵². L'utilisation systématique de la classification des pathologies proposée par l'American Psychiatric Association (APA) par le biais du *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux* (ci-après « DSM »)⁵³ – non seulement en tant qu'instrument diagnostique utilisé par les psychiatres, mais également, et surtout, par d'autres professionnels, par les chercheurs, les tribunaux, les compagnies d'assurance et le gouvernement⁵⁴ – permis une diffusion structurelle du discours psychiatrique⁵⁵. Cette diffusion, interprétée à la lumière de l'analyse de Fassin de ce qu'il appelle la « médicalisation »⁵⁶, permet d'émettre l'hypothèse d'une *psychiatriation* du social. En effet, même si l'utilisation du DSM crée un effet d'objectivité – dû entre autres au statut d'expert de ceux qui y ont contribué – et semble éliminer tout risque de décision arbitraire⁵⁷ – par la neutralité morale déduite de son caractère

-
- 52. Henri Dorvil, « La maladie mentale : définition des Normaux versus celle des Déviants » (1982) 7:2 Santé mentale au Québec 189.
 - 53. American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Diseases*, Fourth edition revised, Washington, American Psychiatric Association, 2000.
 - 54. Rick Mayes et Allan Horwitz, « DSM-III and the revolution in the classification of mental illness » (2005) 41:3 Journal of the History of the Behavioral Sciences 249 à la p. 265.
 - 55. Pour Szasz, l'emprise de la psychiatrie sur l'existence humaine et sur la vie a commencé par l'identification et la classification des maladies mentales : Thomas Szasz, *Idéologie et folie*, Paris, Presses universitaires de France, 1976 à la p. 10.
 - 56. Pour Fassin, en effet, une « transformation culturelle » consiste à redéfinir et à traiter comme médical « des représentations et des pratiques qui n'étaient jusqu'alors pas socialement appréhendées en ces termes ». Didier Fassin, « Les politiques de la médicalisation », dans Pierre Aïach et Daniel Delanoë, dir., *L'ère de la médicalisation*, Paris, Anthropos, 1998, 1 à la p. 5.
 - 57. Puisque les symptômes utilisés pour poser un diagnostic sont visibles et mesurables, voir : Rick Mayes et Allan Horwitz, *supra* note 54 à la p. 251. La fiabilité et la validité des diagnostics psychiatriques sont tout

scientifique⁵⁸ – il porterait en lui les éléments fondateurs du profilage des individus. En effet, dans cette perspective, le comportement problématique se définit à partir de la conception normative préalable de ce qui est « bon »⁵⁹. De ce fait, la classification permet la pathologisation systématique de problématiques sociales⁶⁰. Les comportements futurs pourraient même, jusqu'à un certain point, être déduits du diagnostic lui-même⁶¹. Ainsi, la nosologie, en tant que discours normatif sur la folie, et, simultanément, en tant qu'outil d'étiquetage, impose une hiérarchie sociale entre le normal et l'anormal; le diagnostic seul – en tant qu'étiquette – constitue en soi un jugement négatif⁶². C'est ce que Goffman explique comme étant « la situation de l'individu que quelque chose disqualifie et empêche d'être pleinement accepté par la société » : le stigmaté⁶³.

Ainsi, à l'aube de l'ère biomédicale, dans le monde occidental, ces nosologies seraient devenues les instruments d'une

de même encore aujourd'hui très discutées. Voir : Roland Gori et Marie-Josée Del Volgo, *La santé totalitaire : essais sur la médicalisation de l'existence*, Paris, Denoël, 2005 aux pp. 222, 230 et s.

58. Peter Conrad et Joseph W. Schneider, *Deviance and medicalization: from badness to sickness*, St-Louis, The C.V. Mosby Company, 1980 à la p. 34.

59. S. Schwartz, «The role of values in the nature/nurture debate about psychiatric disorders» (1998) 33:8 *Social Psychiatry and Psychiatric Epidemiology* 356 à la p. 356.

60. À ce sujet, voir par exemple le cas de la médicalisation du jeu pathologique dans John Rosecrance, « Compulsive Gambling and the Medicalization of Deviance » (1985) 32 *Social Problems* 275; Jacob Amnon Suissa, « La construction d'un problème social en pathologie : le cas des jeux de hasard et d'argent (gambling) » (2005) 18:1 *Nouvelles pratiques sociales* 148. Sur les critères retenus par l'APA pour en faire un nouveau diagnostic psychiatrique, voir Henry Lesieur et Richard Rosenthal, « Pathological Gambling: a Review of the Literature (Prepared for the American Psychiatric Association Task Force on DSM-IV Committee on Disorders of Impulse Control Not Elsewhere Classified) » (1991) 7:1 *Journal of Gambling Studies* 5.

61. D'après Castel, certains diagnostics imputent en eux-mêmes une probabilité de passage à l'acte et justifient facilement l'intervention, dans Castel, « Gestion des risques », *supra* note 39 à la p. 147.

62. Conrad et Schneider, *supra* note 58 à la p. 31.

63. Erving Goffman, *Stigmaté*, Paris, Minuit, 1975 à la p. 7.

nouvelle norme du risque liée au style de vie⁶⁴, dont le psychiatre, en tant qu'expert, est le principal protagoniste. En même temps, le fond de cette norme le désigne toujours comme seul capable de déceler ce risque. En effet, le caractère normatif d'un discours consiste en un jugement qui « apprécie ou qualifie un fait » relativement à un standard ou une règle, correspondant en fait aux valeurs ou intérêts de celui qui produit la norme⁶⁵. Ce discours a donc un caractère évaluatif par lequel le producteur de la norme ne cherche pas à déterminer ce qui est bon dans l'absolu, mais plutôt ce qui sera le plus avantageux en fonction de la fin recherchée⁶⁶. Le discours normatif est donc la différence entre le choix entre plusieurs bons comportements et le bon comportement, c'est-à-dire celui qui a la plus grande valeur. C'est également la différence entre un comportement encouragé et un comportement obligatoire, ce dernier étant à la fois le comportement encouragé *et* la bonne chose à faire. En même temps, il devra toujours être justifiable, idéalement par des arguments de nature pragmatique plutôt que morale⁶⁷. Les arguments scientifiques sont à ce titre les justificatifs idéaux à la constitution d'un discours normatif. D'abord, ils permettent de classer des valeurs instrumentales dans le cadre d'une situation où il faut juger de l'effectivité de moyens pour arriver à une fin précise. Ensuite, de la même façon, le savoir scientifique peut établir la pertinence des valeurs contributives d'une partie des faits, dans un objectif de réussite du tout. Le discours psychiatrique, par exemple, permet de justifier les décisions prises par l'application de l'expertise scientifique aux situations en jeu. En même temps, la connaissance scientifique permet de justifier des décisions délicates ou impopulaires, par la prédiction des

-
64. Voir l'introduction du *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Diseases*, *supra* note 53. Blais nous dit que le DSM sert aujourd'hui « d'étalon de la santé mentale » : Louise Blais, « Savoirs experts, savoirs ordinaires : qui dit vrai? Vérité et pouvoir chez Foucault » (2006) 38:2 *Sociologie et société* 151 à la p. 151.
65. Georges Canguilhem, *Le normal et le pathologique*, Paris, Presses universitaires de France, 1966 à la p. 77.
66. Paul Taylor, *Normative Discourse*, Westport, Greenwood Press, 1973 à la p. 7.
67. *Ibid.* aux pp. 44, 69.

conséquences de pratiques visées par la norme⁶⁸, soit par l'évaluation du risque.

Nous avons pu constater que le discours expert sur le risque a pu servir d'assise théorique à l'intervention politique en matière de prévention du risque associé au style de vie. Cependant, le développement de ce discours expert en tant que repère normatif a favorisé l'émergence d'une tension au sein du système juridique. En effet, le statut essentiel de l'expert, dont le discours est fondé sur des bases essentiellement scientifiques, impose une perspective dont la substance, nous l'avons vu, peut difficilement se voir contestée.

II. DISCOURS PSYCHIATRIQUE ET JURIDIQUE : UNE TENSION NORMATIVE IRRÉCONCILIABLE

Dans cette seconde partie, nous nous attarderons aux conséquences pratiques de cette tension au sein du droit psychiatrique québécois. Ainsi, nous présenterons un exemple (1.2) que nous appuierons ensuite d'une analyse théorique (1.2).

2.1 Une tension normative irréconciliable : l'exemple éloquent de la garde en établissement

Au Québec, la *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental représente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui*⁶⁹ (ci-après « *LPPEM* »), loi encadrant l'internement psychiatrique ou *garde en établissement*, permet au tribunal, en dehors de toute infraction criminelle, d'ordonner, contre son gré, le maintien d'une personne à l'hôpital dont la dangerosité, en lien avec la gravité de l'état mental, a été constatée par deux psychiatres qui concluent tous deux à la nécessité de la garde⁷⁰. Or, bien que le

68. *Ibid.* aux pp. 252 et s.

69. *LPPEM*, *supra* note 26.

70. Il faut cependant noter que « le tribunal ne peut autoriser la garde que s'il a lui-même des motifs sérieux de croire que la personne est dangereuse et que sa garde est nécessaire, quelle que soit par ailleurs la

mécanisme d'internement ne soit pas en lui-même nouveau, l'adoption de la *LPPEM* a introduit d'importants changements. D'abord, le pôle décisionnel a changé, puisque, jusqu'alors, c'était techniquement le psychiatre qui prenait la décision d'internement⁷¹. À l'époque des discussions en Commission parlementaire, le ministre de la Santé, monsieur Rochon, affirmait le fait que de confier la décision à un juge constituait une garantie de protection des droits des patients. Dorénavant, en effet, ceux-ci ne « dépend[raient] plus des médecins », le juge ayant la liberté de demander des expertises complémentaires, voire des avis de professionnels autres que des psychiatres. Dans ce cadre, le juge représentait « le gardien final »⁷².

Pourtant, la structure de la nouvelle loi semble avoir cristallisé dans le droit positif la tendance générale à la psychiatisation dont nous avons fait état plus haut. Il est en effet possible de penser que le législateur, par l'imprécision des concepts clés de dangerosité et d'état mental, ainsi que par la multiplication des intervenants concernés, a permis une extension importante du champ d'application de la loi. Autrement, comment expliquer l'explosion du nombre de requêtes pour examen psychiatrique, pour garde en établissement ou pour renouvellement de garde en établissement dans le district judiciaire de Montréal depuis les changements législatifs de 1998⁷³? Ainsi, bien que la *LPPEM* et le *Code civil* posent comme

preuve qui pourrait lui être présentée et même en l'absence de toute contre-expertise », art. 30 C.c.Q.

71. Il suffisait au psychiatre de formuler, par téléphone, une demande à un greffier spécial pour que la mise sous « cure fermée » soit approuvée.

72. Québec, Assemblée nationale, Commission permanente des affaires sociales, « Étude détaillée du projet de loi n° 39 — Loi sur la protection des personnes atteintes de maladie mentale et modifiant diverses dispositions législatives (2) » dans *Journal des débats de la Commission permanente des affaires sociales*, vol. 35, no 100 (5 décembre 1997) à la p. 6.

73. En 1996, elles étaient au nombre de 1591. En 2004, elles étaient de 2136 et en 2008, de 2460. Ces chiffres ne comprennent pas les « levées de garde », qui sont des causes rayées du rôle lorsque la garde, pour l'une ou l'autre raison, est levée avant l'audience. Les levées de garde, qui étaient 500 en 2008, font grimper à 2960 le nombre de requêtes inscrites

critère la dangerosité, il semblerait que l'internement psychiatrique, en tant que mesure préventive, représente plutôt une mesure de gestion du risque⁷⁴. Cette constatation nous semble problématique en regard de la mission expressément confiée aux tribunaux.

Quant à la nature du danger, une étude de la jurisprudence de la Commission des affaires sociales (CAS) et du Tribunal administratif du Québec (TAQ) a permis de dégager, hormis la dangerosité liée au risque suicidaire ou hétéroagressif, ainsi qu'à l'altération du jugement, une dangerosité liée à l'absence de ressources, notamment en ce qui a trait à l'hébergement, ou à la victimisation potentielle due à un comportement inadéquat⁷⁵. Plus inquiétant, il semblerait que le refus de traitement, bien qu'*a priori* non pertinent au regard de la législation – le patient psychiatrique sous garde en établissement conservant son droit au refus de traitement⁷⁶ – puisse être retenu aux fins de garde en

sur le rôle cette année-là. Pour les chiffres de 1996 et 2004, voir Ghislain Goulet, « Des libertés bien fragiles... L'application de la *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental représente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui* : Pour le respect des règles d'application d'une loi d'*exception* dans une culture humanisée de services de santé » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Autonomie et protection* (2007), Cowansville, Yvon Blais, 2007 aux pp. 190 et s. Quant aux statistiques de 2008, nous remercions le greffe de la santé mentale du Palais de justice de Montréal pour sa collaboration.

74. La jurisprudence semble référer autant à la notion de risque qu'à celle de danger. Voir par exemple les décisions récentes suivantes, qui émanent de districts judiciaires différents : *Grégoire c. V.O.*, 2008 QCCQ 243 au par. 4; *Institut Philippe-Pinel de Montréal c. A.R.*, 2009 QCCQ 3098 au par. 7; *Landry c. C.L.*, 2008 QCCQ 13352 aux par. 5, 7.

75. Monique Jarry, « La dangerosité: un état de la jurisprudence » dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Être protégé malgré soi* (2002), Cowansville, Yvon Blais, 2002 aux pp. 31-47. Voir également Jean-Pierre Ménard, « La *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental représente un danger pour elles-mêmes et pour autrui* » dans Congrès du Barreau du Québec, *Service de la formation permanente*, Montréal, 1998, 427 aux pp. 439 et s.

76. Art. 11 C.c.Q.

établissement⁷⁷. En effet, « dans l'évaluation de la dangerosité, le juge ainsi que le médecin peuvent tenir compte de l'effet de cessation probable de la médication en l'absence de garde en milieu fermé »⁷⁸. En outre, le refus de se reconnaître comme étant malade ou dangereux a été relevé comme un facteur contribuant au maintien de la garde en établissement⁷⁹.

-
77. Voir *Centre régional de santé et de services sociaux de Rimouski c. H. R.*, 2005 CanLII 18471 (C.Q.) aux par. 7-8; *Centre de santé et de services sociaux de Sept-Îles c. J.N.*, 2005 CanLII 40895 (C.Q.); *J.B. c. Hôpital A*, 2007 QCTAQ 08508. C'étaient déjà les observations faites par le Groupe de recherche sur les aspects sociaux de la santé et de la prévention qui avait étudié la jurisprudence de la Commission des affaires sociales du Québec de 1975 à 1993 et qui expliquait ainsi le lien entre médication et dangerosité : « la détérioration de l'état mental est due à un refus de prendre la médication, laquelle assurerait une réduction du danger [ou] il n'y a plus de risque de danger, quoique la personne reste malade, ce qui nécessite la médication [ou] puisque la personne refuse sa médication, elle est malade, tout comme elle était dangereuse », dans David Cohen et al., *Groupe de recherche sur les aspects sociaux de la santé et de la prévention, Savoir, pouvoir et dangerosité civile : une étude des décisions de révision de cure fermée de la Commission des affaires sociales du Québec 1975-1993*, Montréal, 1998 à la p. 142. Lire également Ian-Kristian Ladouceur, « Échecs législatifs et juridiques » (2006) 38:2 J. Barreau 50.
78. Henri Dorvil, « Prise de médicaments et désinstitutionalisation » dans Johanne Collins, Marcelo Otero et Laurence Monnais-Rousselot, dir., *Le médicament au coeur de la socialité contemporaine : regard croisé sur un objet complexe*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2006, 35 à la p. 55.
79. Michèle Clément, « L'exclusion des personnes atteintes de maladie mentale : ancienne problématique, nouvelles réalités : l'étude des décisions de révision de cure fermée de la Commission des affaires sociales » dans Henri Dorvil et Robert Mayer, dir., *Problèmes sociaux : théories et méthodologies*, t. 1, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2001, 489 à la p. 504. Bien que cette étude ait porté sur les décisions en révision de la CAS, elle révèle des éléments pertinents dans le cadre judiciaire actuel. Nous avons en effet, en 2009, pour notre recherche doctorale, procédé à six semaines d'observation en salle d'audience dans le district judiciaire de Montréal. Nous avons obtenu notre certificat d'éthique du Comité plurifacultaire d'éthique de la recherche de l'Université de Montréal le premier novembre 2007.

De la même façon, l'imminence du danger n'a pas non plus été spécifiée par le législateur. Ainsi, une consultation rapide de la jurisprudence permet de constater une certaine disparité, certains juges exigeant la preuve d'une dangerosité à court terme⁸⁰, d'autres se contentant d'une dangerosité à moyen terme⁸¹. De la même façon, aucune indication claire concernant l'intensité du danger requis n'existe. La jurisprudence précise cependant que le danger doit être important, ou que la potentialité du danger doit être élevée⁸². Cependant, hormis l'évaluation de l'expert, comment juger de cette intensité⁸³? Pour Couture-Trudel et Morin :

La notion de danger est un concept "médico-légal", en ce sens qu'elle est le fruit d'un dialogue entre le système judiciaire et la médecine psychiatrique. Cela évite de choisir le responsable de son opérationnalisation; le danger se cristallise alors en dehors du champ démocratique représenté par le Législateur. En utilisant le parallèle avec la statistique, les seuils de sensibilité (les psychiatres suggérant la mise sous garde) et de spécificité (les juges refusant la teneur des motifs présentés pour entériner la garde) se décident au cas par cas sans véritable consensus de la société, hormis sur les acteurs impliqués dans l'évaluation de la présence du danger présent en l'espèce⁸⁴.

D'après la recherche menée par Otero et al., la moitié des personnes faisant l'objet d'une requête pour évaluation

80. *Centre hospitalier de Chandler c. D. (S.)*, [2002] CanLII 26499 (C.Q.) au par. 69; *Centre hospitalier régional de Sept-Îles c. A. S.*, 2004 CanLII 28937 (C.Q.) au par. 23.

81. *Y.M. c. Hôpital A*, 2009 QCTAQ 03899 au par. 31.

82. *Chagnon c. S.L.*, J.E. 2005-804 (C.Q.) au par. 18, repris par la Cour d'appel dans *A. c. Centre hospitalier de St. Mary*, 2007 QCCA 358 au par. 17.

83. Notons de plus que dans le contexte actuel, les rapports psychiatriques constituent le plus souvent l'unique preuve dont dispose les juges.

84. Pierre-Marc Couture-Trudel et Marie-Ève Morin, « La garde en établissement au Québec : enjeux de la détention civile en psychiatrie » (2007) 32:1 Santé mentale au Québec 229 à la p. 231 (entre guillemets dans le texte).

psychiatrique n'a pas d'antécédents psychiatriques⁸⁵, l'incohérence et le conflit avec les proches constituant les principales raisons de ces requêtes⁸⁶. Dans ce cadre, la *LPPEM* permettrait « de gérer des phénomènes complexes, plus proches du dérangement que du danger, phénomènes qui antérieurement relevaient d'autres formes de régulation et d'autres intervenants »⁸⁷. C'est d'ailleurs ce que semble confirmer cet extrait d'une décision récente :

On est très sujets à mélanger deux mots, deux concepts : danger et dérangement. Une personne peut être dérangeante et une personne peut être dangereuse. Et souvent quand une personne est dérangeante, on la considère comme un danger à notre philosophie de la vie. [...]

Pourquoi ce serait [le] comportement [de madame] qui serait désorganisé plutôt que le comportement de tout le monde autour? C'est parce qu'habituellement quand il y a quelqu'un qui n'agit pas comme les autres, c'est lui qui est le *pas correct*.

Quand on parle de restructuration de sa pensée c'est parce qu'on aimerait bien cela restructurer sa pensée pour qu'elle pense comme nous et qu'elle agisse comme nous. Mais ce n'est pas ça. Elle n'agit pas comme nous. Elle n'a pas vécu comme nous. Elle ne vit pas comme nous. Elle ne mange pas comme nous autres. Elle a fait le tour du

85. Marcelo Otero et Daphné Morin, « À la recherche de la dangerosité mentale » dans Shirley Roy et Roch Hurtubise, dir., *L'itinérance en question*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2007, 129 à la p. 147.

86. Marcelo Otero, « Le psychosocial dangereux, en danger et dérangeant : nouvelle figure des lignes de faille de la socialité contemporaine » (2007) 39:1 *Sociologie et société* 51 à la p. 71 [Otero, « Psychosocial »].

87. *Ibid.* à la p. 68. Ce n'est cependant pas une opinion partagée de tous, puisque, pour le psychiatre Dubreucq, « on assiste à un glissement vers une interprétation de plus en plus restrictive de la notion de danger, celle-ci se réduisant au risque de suicide ou de violence envers autrui ». Voir Jean-Luc Dubreucq, « Sans-abri, caractériel, alcoolique, drogué et fou... Au secours! » dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Dépendances et protection* (2006), Cowansville, Yvon Blais, 2006 à la p. 35.

monde. Elle a fait des choses que très peu d'entre nous avons faites⁸⁸.

Otero explique ainsi le glissement :

En effet, sur le plan de la terminologie, la loi P-38 utilise le terme d'état mental plutôt que celui de maladie mentale. [...] L'association malheureusement courante et non fondée entre dangerosité et maladie mentale est judicieusement évacuée du texte de la loi. Toutefois, cette dissociation s'accompagne forcément d'un élargissement potentiel du registre d'application de la loi, somme toute une loi d'exception, s'appliquant aux personnes dont l'état mental peut être perturbé au point de constituer un danger, sans que l'on puisse parler de maladie mentale pour autant. Ce changement de registre symbolique et légal traduit une autre transformation plus large : le passage de la référence à la maladie mentale à la référence à la santé mentale comme ancrage symbolique de nombreuses interventions sociales, dangereuses ou non, urgentes ou non⁸⁹.

En ce qui concerne l'intervention judiciaire, il semblerait qu'elle soit plus souvent motivée par ce qui est moralement bon plutôt que par l'application rigoureuse des principes juridiques⁹⁰, notamment en matière de droits fondamentaux, ce qui a comme résultat une atteinte directe à ces droits⁹¹. Or, la première mission

88. *Hôpital Maisonneuve-Rosemont c. C.J.* (27 novembre 2007), Montréal 500-40-020311-077 (C.Q.) aux par. 2, 4 et 5 (en italique dans le texte).

89. Otero, « Psychosocial », *supra* note 86 à la p. 56 (souligné dans le texte). Notons que la LPPEM remplaçait en 1998 la *Loi de protection du malade mentale*, L.R.Q. c. P-41, laquelle faisait explicitement référence à la maladie mentale dans son intitulé.

90. Pour Ladouceur, le processus judiciaire ne serait qu'une « formalité automatique », la Cour du Québec faisant office de *rubber stamp*. Voir Ladouceur, *supra* 77 note à la p. 50.

91. Au sujet de l'atteinte aux droits fondamentaux, lire Emmanuelle Bernheim, « Le droit à l'information des patients gardés en établissement : un instrument essentiel de promotion des valeurs démocratiques et du statut citoyen » (2009) 54:3 R.D. McGill 547; Judith Lauzon, « Près de dix ans d'application de la *Loi sur la protection des*

des tribunaux dans ce cadre – nous l'avons vu plus haut avec les commentaires du ministre de la Justice – est justement la protection des droits des défendeurs⁹², reconnus, nous l'avons vu, comme étant universels. En même temps, cette protection des droits permet la préservation de l'intégrité du système juridique.

2.2 La conceptualisation de la tension normative à travers la théorie systémique

La schématisation que propose la théorie systémique peut contribuer fructueusement à l'analyse des conséquences de cette situation. Ainsi, non seulement l'organisation progressive du système juridique a dû tenir compte de l'expert-psychiatre en tant qu'acteur important, voire essentiel, au sein du système même, mais elle voit aujourd'hui sa propre procédure tribunaire de la norme issue du discours psychiatrique⁹³. En effet, tout au long du parcours que nous avons retracé, le législateur, dans sa quête de

personnes dont l'état mental représente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui – notre constat : le respect des libertés et droits fondamentaux toujours en péril » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Obligation et recours contre un curateur, tuteur ou mandataire défaillant* (2008), Cowansville, Yvon Blais, 2008 aux pp. 3-36 [Lauzon, « Dix ans d'application »]; Judith Lauzon, « L'application judiciaire de la Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui: pour un plus grand respect des droits fondamentaux » (2002-2003) 33 R.D.U.S. 219.

92. Pour la Cour suprême du Canada, les tribunaux sont « les ultimes gardiens des droits et libertés du citoyen quel que soit son statut et quelque atténués que soient [s]es droits et libertés ». Voir *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602 à la p. 635, citant *R. v. Board of Visitors of Hull Prison, Ex parte St. Germain*; voir également *R. c. Kang-Brown*, [2008] 1 R.C.S. 456 au par. 7.

93. En ce qui concerne le système juridique, nous renvoyons le lecteur à la définition retenue par Luhmann : « autopoietic systems "are systems that are defined as unities as networks of productions of components that recursively, through their interactions, generate and realize the network that produce them and constitute, in the space in which they exist, the boundaries of the network as components that participate in the realization of the network" », dans Niklas Luhmann, *Essay on self-reference*, New York, Colombia University Press, 1990 à la p. 3, citant le biologiste Humberto Maturana.

légitimité – surtout en ce qui concerne les politiques préventives telle l'internement psychiatrique – a délégué aux psychiatres, en tant qu'experts, non seulement la charge de justifier les politiques, notamment par l'actualisation du concept de risque, mais également de les appliquer en fonction de critères cliniques. C'est ainsi que, comme nous l'avons vu, fut expressément introduite dans la *Loi de 1838* l'obligation pour chaque département d'avoir son asile, dont l'effet direct évident, mais implicite, fut le traitement plus ou moins généralisé des internés. Cette réalité est aujourd'hui complètement en porte à faux avec les fondements mêmes du droit occidental, qui reposent essentiellement sur la reconnaissance et la protection des droits fondamentaux, et plus particulièrement des droits à la liberté, à l'intégrité et à l'inviolabilité en toute égalité⁹⁴. Comment préserver la cohérence interne du discours juridique alors qu'à la fois le processus d'objectivation à l'origine des dispositions⁹⁵ concernant l'internement ou les soins psychiatriques, ainsi que leur contrôle *a posteriori*, lui échappent *de facto*?

Cette question renvoie directement à la question de la procédure : au sein d'un système, la procédure sert notamment à élaborer des décisions ponctuelles contraignantes. Chacun des *participants* au système, en fonction du *rôle* qui lui est attribué, prend « des décisions partielles » qui posent les « prémisses de décision pour les autres participants »⁹⁶. Le psychiatre, participant de son propre système, ne devrait donc apporter aux participants du système juridique qu'une partie de l'information nécessaire à la

94. Au Québec, ces droits sont reconnus dans la *Charte des droits et libertés de la personne* et le *Code civil du Québec*.

95. L'objectivation des rapports personnels à l'origine de la législation (*objectivation dépendante*) est le processus par lequel les standards sociaux reconnus par un milieu (*objectivation autonome*) sont socialement légitimés par leur « consécration juridique ». Voir Pierre Noreau, « Comment la législation est-elle possible? Objectivation et subjectivation du lien social » (2001) 47 R.D. McGill 195 aux pp. 205 et s.

96. Niklas Luhmann, *La légitimation par la procédure*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2001 à la p. 34.

prise de décision⁹⁷. Or, en raison non seulement de son expertise, mais surtout de l'économie de la procédure interne au système juridique, le *participant* central de la chaîne décisionnelle est le psychiatre⁹⁸. Il est, dans ce cas précis, complètement intégré à la procédure du système juridique, ce qui met à notre avis gravement en péril l'intégrité de celui-ci.

Par ailleurs, au sein du système, les tribunaux – et donc les juges en tant que *participants* – ne disposent pas des outils nécessaires à la pleine réalisation du rôle qui leur incombe, ou, du moins, à une réalisation aisée de ce rôle⁹⁹. Cette situation entache gravement la crédibilité du système aux yeux de ses propres participants¹⁰⁰. Pourtant, la situation délicate des juges devant statuer sur une requête de garde en établissement, sur foi de deux expertises psychiatriques uniquement, était déjà l'objet de préoccupations au moment des travaux de la Commission parlementaire. Le député Sirros exprimait ainsi ses craintes :

Moi, ce que je pense qu'on doit faire, dans le cas où on est en train de prendre des décisions avec des conséquences très, très lourdes, c'est de s'assurer que l'information qui

97. En effet, le système, pour garder son autonomie, doit se réapproprier l'information collectée par un de ses participants par le biais de ses communications avec des participants d'autres systèmes. Ces communications ne doivent en aucun cas être comprises comme des décisions partielles (voir *ibid.* à la p. 87).

98. Un des éléments primordiaux est le fait, nous l'avons dit, que le juge ne dispose souvent comme preuve que des expertises psychiatriques qui sont courtes et peu motivées. L'absence du défendeur ou, lorsqu'il est présent, le faible de taux de représentation par avocat est un autre facteur problématique. C'est ce que nous avons pu constater lors de notre recherche sur l'expertise psychiatrique. Voir Emmanuelle Bernheim, « Perspective Luhmannienne sur l'interaction entre droit et psychiatrie : théorisation de deux modèles dans le contexte particulier de l'expertise psychiatrique » (2008) 13:1, en ligne : Lex Electronica <<http://www.lex-electronica.org/articles/bernheim.pdf>>.

99. Plusieurs ont dénoncé les problématiques liées entre autre au formulaire préimprimés rempli par les psychiatres. Voir l'opinion de la Cour d'appel dans *D.M. c. Prosper*, [2004] R.J.Q. 14018 (C.A.). Voir également Lauzon, « Dix ans d'application », *supra* note 91.

100. Comme en fait foi l'article de Me Ladouceur, *supra* note 77.

est disponible à celui qui doit ultimement prendre la décision de priver quelqu'un de ses droits fondamentaux soit basée sur l'opinion le plus éclairée possible et éviter de permettre même la possibilité que l'*expediency* – la question d'être expéditif – puisse amener un juge possiblement à dire : “Bien, j'ai une opinion d'un médecin, ça me suffit; de toute façon, c'est un professionnel.” Pourquoi ne pas la donner à ce moment-là, avec la même argumentation du ministre qui dit que le juge peut faire venir l'opinion de toute personne qu'il juge à propos, pourquoi au préalable ne pas fournir au juge l'opinion d'un professionnel qualifié dans le domaine de la santé mentale, qui peut être autre chose qu'un médecin, et permettre au juge, lui donner le loisir d'aller chercher tout autre médecin s'il le veut plutôt que de faire l'inverse¹⁰¹?

Le ministre Rochon lui répondit en ces termes :

Je vais le redire – je pense que j'ai essayé de répondre tout à l'heure à cette question-là – ce qui nous en empêche – je voudrais bien, moi, je n'ai pas d'objection fondamentalement – là on rentre dans les changements à la *Loi médicale*. Lisons l'article 3 : L'examen psychiatrique mène à faire un rapport, et, au troisième alinéa, on voit : le diagnostic même provisoire sur l'état mental. Alors, la *Loi médicale* du Québec nous dit que pour faire un diagnostic ça prend un médecin. On peut contester ça, on peut ne pas être d'accord avec ça, mais là il faudrait le faire dans le cadre d'un débat, d'un projet de loi qui amenderait la *Loi médicale* pour faire que tu pourrais avoir, dans certains cas, un autre professionnel qui ferait un diagnostic. Autrement, on va avoir un problème de ce côté-là¹⁰².

Comme la réponse du ministre permet de le voir, l'omniprésence du médecin comme expert est consacrée systématiquement, ce qui rend les changements ardu et

101. *Supra* note 72 à la p. 12 de la version électronique (nos italiques et nos guillemets).

102. *Ibid.* à la p. 13 (nos italiques).

complexes¹⁰³. La conséquence directe de cette situation constitue l'imposition plus ou moins formalisée d'un discours normatif issu de la sphère psychiatrique. Dans ce cadre, il semblerait bien que la tension normative dont nous faisons état soit éventuellement l'illustration d'un phénomène beaucoup plus vaste et abondamment discuté, soit une « crise du droit »¹⁰⁴. Partant, la société postmoderne ne présentant plus la logique hiérarchique qu'elle présentait à l'époque du développement des théories sur le contrôle social¹⁰⁵, les individus constitueraient aujourd'hui autant de relais normatifs¹⁰⁶.

-
103. Il est à noter que la situation pourrait éventuellement changer par la sanction, le 19 juin 2009, du projet de loi 21. En effet, en vertu des articles 5 (1) et 14 (2) de celui-ci, les psychologues et certaines infirmières, pourront dorénavant *évaluer les troubles mentaux*. Bien que l'évaluation ne soit pas équivalente au diagnostic, qui reste la compétence des seuls médecins, elle représente certainement une opinion professionnelle valable devant un tribunal. De plus, au regard de la psychiatisation du social, on peut penser que cet élargissement du champ de compétence professionnelle des psychologues et des infirmières ne fera qu'amplifier le phénomène, par une multiplication des évaluations de l'état mental conformes au DSM. Pour consulter le projet de loi 21 tel que sanctionné, voir, en ligne : <<http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=5&file=2009C28F.PDF>>. Pour consulter le Journal des débats en Commission des institutions, voir, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fra/39legislature1/commissions/ci/index.shtml>>.
104. Lire André Lacroix, Louise Lalonde et Georges A. Legault, « Les transformations sociales et la théorie normative du droit » (2002-03) 33 R.D.U.S. 3 à la p. 7 et André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique, Gouvernants sans frontières*, Paris, LGDJ, 2003 à la p. 50. D'après Guy Rocher, « *le droit a la réputation de toujours traîner à l'arrière, d'être en retard sur les grands progrès* » : Guy Rocher, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Thémis, 1996 à la p. 94.
105. L'abolition des hiérarchies est nécessaire pour appliquer le principe formel d'égalité : Danilo Martucelli, *Grammaires de l'individu*, Paris, Gallimard, 2002 à la p. 273.
106. Ainsi, notamment en raison du caractère supplétif de la majorité des normes juridiques et du fait que « la mobilisation du droit ne constitue pas un réflexe premier », le citoyen opte le plus souvent pour « d'autres cadres [ou] d'autres repères [...] que ceux proposés par le droit » (voir Noreau, *supra* note 95 à la p. 218).

Conclusion : Vers une société de la norme?

La pluralité des organisations, des groupes et des acteurs interdépendants, en tant que « lieux de production et de gestion de la norme »¹⁰⁷, complexifie le rapport individuel à ces normes multiples et concurrentes. Paradoxalement, ce serait « la prolifération de réglementation incontrôlée qui n'est que très imparfaitement appliquée »¹⁰⁸ qui permettrait une liberté d'action individuelle accrue. Ce foisonnement législatif – doublée d'une judiciarisation devenue nécessaire pour garantir l'effectivité des droits – viserait en réalité la légitimation de l'État en tant que producteur principal de la norme¹⁰⁹.

Or, c'est dans la fissure constante entre droit formel et régulation de nature non étatique – issue des contraintes de l'interdépendance et qui oriente, peut-être plus efficacement que la législation, les rapports humains¹¹⁰ – que se glisse une pluralité de normes. La relation sociale est en redéfinition permanente et, bien que « chaque collectivité [...] [soit] encore définie comme le lieu de sa propre mutation », l'individu est maintenant appréhendé en tant que producteur de sa propre société¹¹¹. Il s'ensuit que « le

107. Jacques Commaille, « Normes juridiques et régulation sociale : retour à la sociologie générale » dans François Chazel et Jacques Commaille, dir., *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, 13 à la p. 15.

108. Michel Crozier, « Le problème de la régulation dans les sociétés complexes modernes » dans François Chazel et Jacques Commaille, dir., *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, 129 à la p. 134.

109. François Fournier et Michel Coutu, « Le Québec et le monde 1975-2000 : mutations et enjeux », dans Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Après 25 ans : La Charte québécoise des droits et libertés – vol. 2, Études*, Québec, 2003 aux pp. 51-52; Pierre Noreau, *Droit préventif : le droit au-delà de la loi*, Montréal, Thémis, 1993 à la p. 57.

110. Si les États sont préoccupés par l'efficacité et la légitimité de leurs dispositifs, ils sont également soucieux de s'assurer un maximum de flexibilité. Des solutions de rechange au droit permettent de « dépasser les limites formelles du droit et instaurer ainsi un double plus performant et efficace », dans Daniel Mockle, « La gouvernance publique et le droit » (2006) 47 C. de D. 89 au par. 20.

111. Pierre Noreau, « Et le droit, à quoi sert-il? Étude des usages étatiques et des fonctions du droit contemporain » dans Pierre Noreau, dir., *Le droit à*

partenariat et la coopération de tous les acteurs deviennent désormais indispensables dans l'atteinte d'objectifs qui, à défaut d'être systématiquement négociés, font davantage consensus »¹¹². La difficulté majeure, dans le cas qui nous occupe, est la pluralité des intérêts des producteurs de norme, qui peuvent être bien éloignés des considérations liées aux droits de la personne.

Soulignons que Foucault annonçait, dès les années 1970, que la légitimation du discours politique par le discours scientifique aurait pour effet de neutraliser à long terme la légitimité politique propre au profit d'une « société de la norme ».

[L]a normalisation, les normalisations disciplinaires, viennent buter de plus en plus contre le système juridique de la souveraineté; de plus en plus nettement apparaît l'incompatibilité des unes et de l'autre [...] Et c'est du côté de l'extension de la médecine que l'on voit en quelque sorte, je ne veux pas dire se combiner, mais se réduire ou s'échanger ou s'affronter perpétuellement la mécanique de la discipline et le principe du droit. Le développement de la médecine, la médicalisation générale du comportement, des conduites, des discours, des désirs, etc. se font sur le front où viennent se rencontrer les deux nappes hétérogènes de la discipline et de la souveraineté¹¹³.

Quelles conclusions doit-on tirer de cette réflexion? Il nous semble évident que – au-delà des questions déjà invoquées touchant à la structure du système juridique – dans la mesure où une pluralité de normes, issues de différents foyers, se font concurrence, le simple formalisme juridique ne peut plus suffire à la protection des droits de la personne. À ce titre, rappelons que la judiciarisation visait expressément la mise en œuvre des droits

tout faire : explorations des fonctions contemporaines du droit, Montréal, Thémis, 2008, 205 aux pp. 211-212.

112. Daniel Mockle, « L'évincement du droit par l'invention de son double : les mécanismes néo-réglementaires en droit public » (2003) 44 C. de D. 297 au par. 24.

113. Michel Foucault, *Il faut défendre la société – Cours au Collège de France 1976*, Paris, Gallimard-Seuil, 1997 à la p. 35.

fondamentaux des patients psychiatriques. Aujourd'hui, de toute évidence, le statut prééminent des droits de la personne doit être non seulement réaffirmé, mais également repensé en termes d'égalité réelle et non plus dans une perspective strictement formelle. L'égalité réelle renvoie à la dimension sociale de l'action étatique, et tend à « donner un poids égal à tous » en établissant des priorités objectives – éducation, sécurité sociale, santé et accès à la justice, par exemple – et en tenant compte des capacités individuelles effectives¹¹⁴. À cet effet, Tessier nous dit que « [l]es inégalités dans la répartition de la richesse et des revenus ne manquent pas de constituer une réalité troublante, lorsque l'on s'interroge sur les conditions d'exercice des droits, en pleine égalité »¹¹⁵. La crise du droit pourrait donc se voir paradoxalement dénouée par l'intégration, au sein même du droit, d'une perspective matérialiste et holiste.

114. Gregori Peces-Barba Martinez, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2003 à la p. 259.

115. Hélène Tessier, « Pauvreté et droit à l'égalité : égalité de principe ou égalité de fait? » dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit administratif (1998)*, Cowansville, Yvon Blais, 1998 à la p. 47.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : UNE STRATÉGIE ORIGINALE DE GESTION DES RISQUES : LES INCITATIFS FINANCIERS CONDITIONNELS SONT-ILS UNE AVENUE POUR LUTTER CONTRE LES MALADIES CHRONIQUES?

Auteur(s) : Marie-Ève COUTURE MÉNARD

Revue : *RDUS*, 2009-2010, volume 40, numéro 1-2

Pages : **65-95**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10382>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10382>

Page vide laissée intentionnellement.

UNE STRATÉGIE ORIGINALE DE GESTION DES RISQUES : LES INCITATIFS FINANCIERS CONDITIONNELS SONT-ILS UNE AVENUE POUR LUTTER CONTRE LES MALADIES CHRONIQUES?

par Marie-Eve COUTURE MÉNARD*

Afin de contribuer à la quête d'outils de gestion des risques pour faire face au fléau des maladies chroniques, la présente étude propose une exploration des programmes d'incitatifs financiers conditionnels. Ces programmes s'adressent généralement à des populations défavorisées au plan socioéconomique, à qui une somme d'argent est remise en contrepartie de certains comportements adoptés. Dans un exercice de transposition des principes sous-jacents à ces programmes au contexte de la lutte contre les maladies chroniques, nous discutons des effets potentiels qui pourraient en découler, tels que la stigmatisation des personnes défavorisées.

With a view to examining certain risk management tools as a means of contending with the growing chronic illness epidemic, this paper explores the practicality of having recourse to a system of conditional cash transfers. These programs are generally aimed at socioeconomically disadvantaged populations by providing a financial incentive to adopt or modify certain behaviors. However, by adapting certain key elements of this type of program to combating chronic diseases, the writer points out certain negative effects such as the stigmatization of disadvantaged populations.

*, Avocate, doctorante en droit civil à l'Institut de droit comparé de l'Université McGill. Cet article est issu d'une conférence donnée dans le cadre du colloque *Risques et populations marginalisées : une perspective de santé*, tenu à l'occasion du 77e Congrès annuel de l'Acfas et qui s'est déroulée à Ottawa le 13 mai 2009.

66 *Une stratégie originale de gestion des risques :
 les incitatifs financiers conditionnels (2009-10) 40 R.D.U.S.
sont-ils une avenue pour lutter contre les maladies chroniques?*

SOMMAIRE

<i>Maladies chroniques et personnes défavorisées.....</i>	70
<i>Incitatifs financiers conditionnels et pauvreté</i>	76
<i>Maladies chroniques et récompenses : exercice de transposition</i>	80
<i>Risques à éviter ou risques inévitables?</i>	85
<i>À suivre... ..</i>	92

Les personnes défavorisées au plan socioéconomique seraient plus à risque de développer des maladies chroniques, comme le diabète de type 2, l'obésité et les maladies cardiovasculaires, qui constituent une menace sanitaire et économique universelle alarmante¹. Dès lors, les programmes d'incitatifs financiers conditionnels, en vertu desquels une somme d'argent est remise aux bénéficiaires en contrepartie de certains comportements adoptés, pourraient-ils constituer une avenue de prévention? Telle est la problématique que j'ai proposée d'explorer lorsque l'on m'a invitée à participer au colloque « Risques et populations marginalisées : une perspective de santé » à l'occasion du 77^e Congrès annuel de l'Association francophone pour le savoir (Acfas).

L'idée m'est venue d'examiner le lien entre les programmes d'incitatifs financiers conditionnels et les maladies chroniques à la suite de la lecture de deux courts articles parus dans la section *Head to Head* du *British Medical Journal* en juillet 2008 et intitulés « Should disadvantaged people be paid to take care of their health? Yes. »² et « Should disadvantaged people be paid to take care of their health? No. »³ Dans cet argumentaire auquel se livrent Cookson et Popay, les auteurs font miroiter tantôt les bénéfices possibles, tantôt les effets pervers potentiels de l'idée de « récompenser » les personnes défavorisées lorsqu'elles adoptent des habitudes favorables à leur santé. Les incitatifs financiers conditionnels constituent un outil de gestion des risques qui,

-
1. Ministère de la Santé et des Services sociaux, *Programme national de santé publique 2003-2012 : mise à jour 2008* (Programme), Québec, MSSS, 2008 aux pp. 29, 34-35 [Ministère de la Santé et des Services sociaux]. La relation entre le statut socioéconomique des personnes et les facteurs de risques des maladies chroniques sera explicitée dans la première section du présent article.
 2. Richard Cookson, « Should disadvantaged people be paid to take care of their health? Yes. » (2008) 337:a594 BMJ 140 [Cookson].
 3. Jennie Popay, « Should disadvantaged people be paid to take care of their health? No. » (2008) 337:a594 BMJ 141 [Popay].

malgré le malaise qu'il suscite, continue de se frayer un chemin au sein des politiques publiques de plusieurs États⁴.

Tel qu'il sera exposé subséquemment, les programmes d'incitatifs financiers conditionnels actuellement en vigueur sont orientés vers la réduction de la pauvreté, majoritairement dans les États où le revenu moyen par habitant est faible ou moyen⁵. Or, l'objectif du présent article est d'examiner les incitatifs financiers conditionnels en tant qu'outil de gestion des risques dans le contexte précis des maladies chroniques. Aussi, ce texte n'est pas une prise de position, mais plutôt un exercice exploratoire d'un outil intrigant et d'actualité. Cette exploration est pertinente au moment où la gouvernance de la santé publique est en mutation. En effet, une transition épidémiologique a marqué le XX^e siècle, allant de la prédominance des maladies épidémiques infectieuses vers celle des maladies chroniques non transmissibles⁶. Cette transition s'est d'abord manifestée dans les sociétés modernes et s'est concrétisée récemment dans les pays en développement⁷. Jusqu'à maintenant, si les autorités de santé publique ont joué un rôle important dans le contrôle des maladies infectieuses, leur

-
4. Des programmes d'incitatifs financiers conditionnels sont présents notamment au Brésil (Bolsa Familia), en Colombie (Familias en Accion), au Mexique (Oportunidades) et aux États-Unis (Opportunity New York City). Cookson, *supra* note 2 à la p. 140; Center for Global Development, *Performance-Based Incentives for Health: Conditional Cash Transfer Programs in Latin America and the Caribbean* (Working Paper #120) Amanda Glassman, Jessica Todd et Marie Gaarder, CGD, 2007, à la p. 2 [Center for Global Development]; Organisation mondiale de la Santé, *Conditional Cash Transfers: What's in it for Health?* (Technical Briefs for Policy -Makers) Ole Doetinchem, Ke Xu et Guy Carrin, OMS, 2008, à la p. 2 [Organisation mondiale de la santé].
 5. Organisation mondiale de la Santé, *supra* note 4 aux pp. 1-2.
 6. L'expression « maladies non transmissibles » réfère ici à des maladies qui ne sont pas infectieuses.
 7. European Observatory on Health Systems and Policies, *Managing Chronic Conditions – Experience in eight countries* (Observatory Studies Series no 15) Ellen Nolte, Martin McKee et Cécile Knai, OMS, Copenhagen, 2008, à la p. 1 [European Observatory]; Organisation mondiale de la Santé, *Reducing Risks, Promoting Healthy Life* (World Health Report), OMS, Genève, 2002, aux pp. 4-5 [Organisation mondiale de la Santé 2].

contribution en ce qui a trait à la prévention et au contrôle des maladies chroniques est moins évidente. Les gouvernements sont en quête d'outils de gouvernance adaptés à ces nouveaux défis. Comme le souligne Prentice : « It is less clear how the front line of defense applies to chronic disease prevention, where the “vectors” are largely behavior and environment »⁸.

Afin de contribuer à cette quête d'outils de gouvernance en santé publique à l'ère des maladies chroniques, la présente étude expose d'abord la menace sanitaire et économique que constituent ces maladies en mettant l'accent sur leur relation avec les personnes défavorisées. Elle se poursuit par une présentation du fonctionnement général des programmes d'incitatifs financiers conditionnels en vigueur (ci-après appelés « programmes de transferts d'argent conditionnels (PTC) ») et par une identification du mécanisme et des principes qui les sous-tendent. Finalement, il s'en suit la transposition de ces principes à la problématique des maladies chroniques chez les personnes défavorisées, pour entreprendre une réflexion sur les effets potentiels des incitatifs financiers conditionnels, telle que la stigmatisation des personnes défavorisées et le paternalisme de l'État.

Si les réflexions abordées dans le présent article sont axées essentiellement sur des concepts théoriques mis en scène par les PTC, nous reconnaissons, certes, que des considérations plus pratiques mériteraient d'être examinées pour compléter l'analyse critique des programmes. À ce propos, il serait pertinent de s'interroger sur la faisabilité d'éventuels PTC élaborés pour prévenir les maladies chroniques. Par exemple, pour s'assurer du respect des conditions de transfert d'argent par les bénéficiaires (ex. inscription à des activités physiques, diminution de la consommation d'alcool, alimentation plus saine), quels seraient les mécanismes envisageables? Comment les professionnels de la

8. Bob Prentice et Georges Flores, « Local Health Departments and the Challenge of Chronic Disease : Lessons From California » (2007) 4:1 Preventing Chronic Disease à la p. 1 [Prentice].

santé seraient-ils sollicités pour la mise en œuvre de ces programmes? L'étude de ces questions n'est toutefois pas l'objet du présent article, qui se veut avant tout un exercice de transposition théorique des PTC de lutte contre la pauvreté vers les PTC de lutte contre les maladies chroniques.

Maladies chroniques et personnes défavorisées

La prévention et le contrôle des maladies chroniques sont deux des plus gros défis de santé publique que doivent relever les États à travers le monde à l'aube du XXI^e siècle. Selon l'Organisation mondiale de la Santé (OMS), ces maladies sont responsables de 60 % des décès au niveau planétaire et constituent ainsi la première cause de mortalité dans le monde⁹. Les maladies chroniques se définissent comme étant des affections de longue durée qui, généralement, sont incurables. Elles sont le plus souvent évitables par l'adoption de saines habitudes de vie¹⁰. Par exemple, le diabète, les maladies cardiovasculaires, le cancer et l'obésité sont des maladies chroniques. L'OMS estime notamment que plus de 180 millions de personnes dans le monde souffrent du diabète et que ce chiffre pourrait plus que doubler d'ici 2030¹¹. Aussi, d'ici 2015, presque 20 millions de personnes mourront de maladies cardiovasculaires, dont les facteurs de risques les plus importants sont les mauvaises habitudes alimentaires, le manque d'activité physique et le tabagisme, qui sont des facteurs de risques dits « modifiables »¹².

-
9. Organisation mondiale de la Santé, « Maladies chroniques », Thèmes de santé (2010), en ligne : OMS <http://www.who.int/topics/chronic_diseases/fr/index.html>.
 10. Ministère de la Santé et des Services sociaux, *supra* note 1 à la p. 29; European Observatory, *supra* note 7 à la p. 1.
 11. Organisation mondiale de la Santé, « Le diabète », Centre des médias, Aide-mémoire no 312 (novembre 2008), en ligne : OMS <<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs312/fr/index.html>>.
 12. Organisation mondiale de la Santé, « Maladies cardiovasculaires », Centre des médias, Aide mémoire (février 2007), en ligne : OMS <<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs317/fr/index.html>>.

C'est d'abord dans les pays industrialisés que les maladies chroniques se sont hissées au premier rang des causes de mortalité. Leur incidence est surtout liée au vieillissement de la population et aux habitudes de vie malsaines, comme le tabagisme, la consommation nocive d'alcool, la sédentarité et les mauvaises habitudes alimentaires (ex. une alimentation trop riche en gras transformés et en sel)¹³. Quant aux pays en développement, l'augmentation importante des maladies chroniques au sein de leur population en fait désormais aussi la première cause de mortalité, mais leur impose une double charge : en effet, ces États continuent de composer avec les maladies infectieuses qui sévissent au sein de leur population. Simultanément, ils doivent répondre à l'apparition croissante de maladies chroniques, résultat de l'adoption d'habitudes de vie de plus en plus apparentées au monde industrialisé (tabagisme, aliments transformés)¹⁴. Les maladies chroniques sont donc bel et bien une menace sanitaire universelle.

Outre les enjeux sanitaires, ces maladies ont des impacts économiques non négligeables sur les systèmes de santé, mais aussi sur la productivité¹⁵. D'une part, puisqu'elles sont généralement incurables, les maladies chroniques engendrent une demande de soins à long terme. Selon l'OMS, au rythme actuel, les maladies chroniques deviendront le fardeau le plus lourd financièrement sur les systèmes de santé¹⁶. Par exemple, les personnes diabétiques génèrent des dépenses de santé deux à

-
13. Ministère de la Santé et des Services sociaux, *supra* note 1 à la p. 29; Organisation mondiale de la Santé, « Intégrer la prévention aux soins de santé », Centre des médias, Aide-mémoire no 172 (octobre 2002), en ligne : OMS <<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs172/fr/index.html>> [Organisation mondiale de la Santé 3].
 14. Organisation mondiale de Santé 2, *supra* note 7 à la p. 10.
 15. John Catford, « Chronic disease: preventing the world's next tidal wave – the challenge for Canada 2007? » (2007) 22:1 Health Promotion International 1 à la p. 1 [Catford].
 16. Organisation mondiale de la Santé 3, *supra* note 13.

trois fois supérieures au reste de la population et ces coûts peuvent s'élever de 1 000 \$ à 15 000 \$ par année¹⁷.

De plus, les maladies chroniques affectent souvent les personnes de la population active¹⁸. Une récente étude américaine affirme qu'à elles seules, les maladies tels le cancer, le diabète, l'hypertension, les maladies cardiovasculaires, les conditions pulmonaires et les maladies mentales, ont un impact total annuel de 1,3 milliard de dollars, dont 1,1 milliard représente le coût de la perte de productivité¹⁹.

Parmi les caractéristiques des maladies chroniques, l'une d'elles est centrale : la nature de leurs principaux facteurs de risques. Ces derniers correspondent généralement à des habitudes de vie qu'adoptent les individus tout au long de leur existence, et non pas à des causes biologiques, par exemple un virus ou une bactérie²⁰. Les facteurs de risques des maladies chroniques en font donc des affections qui pourraient souvent être évitées. Dès lors, pour lutter contre ces maladies, les efforts doivent surtout se concentrer sur la prévention afin d'empêcher qu'une grande partie de la population nécessite des traitements à long terme²¹.

-
17. Agence de la santé publique du Canada, *Examen sur les politiques du diabète – Rapport du groupe d'experts* (2009), en ligne : Agence de la santé publique du Canada <<http://www.phac-aspc.gc.ca/publicat/2009/dprrep-epdrge/sit-cont-fra.php>>.
 18. Prentice, *supra* note 8; J.J. Miranda et al., « Non-communicable diseases in low- and middle-income countries : context, determinants and health policy » (2008) 13:10 *Tropical Medicine and International Health* 1225 à la p. 1226.
 19. Ross DeVol et Armen Bedroussian, *An Unhealthy America: The Economic Burden of Chronic Disease*, Californie, Milken Institute, 2007 à la p. 1.
 20. Ces maladies sont aussi dites multifactorielles, puisqu'elles découlent souvent d'une combinaison de ces facteurs de risques. Jeremiah A. Barondess, « Toward Reducing the Prevalence of Chronic Disease – A life course perspective on health preservation » (2008) 51:4 *Perspectives in Biology and Medicine* 616 à la p. 617 [Barondess].
 21. Ministère de la Santé et des Services sociaux, *supra* note 1 à la p. 7; Catford, *supra* note 15 à la p. 2; European Observatory, *supra* note 7 à la p. 11.

Cette nature particulière des facteurs de risques des maladies chroniques en fait également des affections dont une part importante de la prévention et du contrôle passe par le comportement de l'individu²². L'idée d'une responsabilisation de la personne face à sa santé est d'ailleurs fréquemment invoquée dans ce contexte²³. Alors que certains risques sont hors de notre contrôle, comme c'est le cas parfois en matière de maladies chroniques dont les facteurs de risques sont génétiques, il demeure que les principaux facteurs de risques des maladies chroniques peuvent être diminués ou augmentés selon notre volonté, comme le manque d'activité physique et le tabagisme. Ainsi, selon Cookson, une des raisons pour laquelle les systèmes de santé coûtent cher est que les citoyens ne prennent pas soin de leur santé; les habitudes de vie malsaines de chaque individu imposent des coûts importants pour l'ensemble de la société²⁴.

Devant la menace des maladies chroniques, les gouvernements tentent par plusieurs moyens d'amener les citoyens à modifier certains de leurs choix de vie quotidiens les plus personnels. Aussi, de nombreuses initiatives de santé publique visant à promouvoir les saines habitudes de vie ont vu le jour au cours de la dernière décennie. Celles-ci comprennent

-
22. Howard Leventhal, « Changing Attitudes and Habits to Reduce Risk Factors in Chronic Disease » (1973) 31 The American Journal of Cardiology 571 aux pp. 571-572.
 23. Les auteurs font aussi référence à l'*empowerment* et le *self-management* de l'individu face à sa santé ou face à sa maladie. Ces notions s'appliquent à l'individu en tant que citoyen membre d'une communauté, et à l'individu en tant qu'utilisateur du système de santé. Dorothy Y. Hung et al., « Rethinking Prevention in Primary Care : Applying the Chronic Care Model to Address Health Risk Behaviors » (2007) 85:1 The Milbank Quarterly 69 [Hung]; Andrew M.H. Siu et al., « Evaluation of the chronic disease self-management program in a Chinese population » (2007) 65:1 Patient Education and Counseling 42; Barondess, *supra* note 20 à la p. 623; Shawn A. Lawrence et al., « Behavioral Health : Treatment and Prevention of Chronic Disease and the Implications for Social Work Practice » (2003) 17:2 Journal of Health & Social Policy 49; European Observatory, *supra* note 7.
 24. Cookson, *supra* note 2 à la p.140.

notamment des campagnes de sensibilisation dans les écoles²⁵, des campagnes de sensibilisation régionales et nationales²⁶, ainsi que des législations interdisant la vente de produits contenant des gras transformés dans les restaurants²⁷. Le Québec a d'ailleurs adopté, en 2007, la *Loi instituant le Fonds pour la promotion des saines habitudes de vie*²⁸.

Or, entretenons-nous tous la même relation avec les facteurs de risques des maladies chroniques? Sommes-nous tous aussi exposés à ces derniers, ou aussi sensibles aux choix qui s'offrent à nous dans notre environnement de vie en matière d'habitudes saines ou malsaines? Il semble que non. L'OMS rappelle que les perceptions et les réactions des humains face aux risques sont influencées par les expériences vécues dans le passé, par les valeurs inculquées par les familles, les communautés et les gouvernements²⁹. À cet égard, plusieurs auteurs insistent sur le fait que les facteurs de risques des maladies chroniques sont étroitement liés à l'environnement socioéconomique des citoyens³⁰,

-
25. Voir par ex. Québec, Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport, *Pour un virage santé à l'école*, 2008, en ligne : Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport <<http://www.mels.gouv.qc.ca/sections/virageSante/index.asp?page=approche>>; R.-U., National Health Service, *School Fruit and Vegetable Scheme*, 2009, en ligne : National Health Service <<http://www.5aday.nhs.uk/sfvs/default.aspx>>.
 26. Voir par ex. Gouvernement du Québec, *0-5-30 Combinaison Prévention*, 2008, en ligne : Gouvernement du Québec <<http://www.0-5-30.com/>>; Québec, Acti-menu, *Défi J'arrête, j'y gagne*, 2009, en ligne : Défi Tabac <http://www.defitabac.qc.ca/defi/fr/le_defi/le_defi_en_bref/en_quoi_consiste_le_defi.html>; Australie, Government of Victoria, *Go for your life*, 2009, en ligne : Go for your life <<http://www.goforyourlife.vic.gov.au/>>.
 27. Voir par ex. Msnbc, « New York city passes trans fat ban » (mai 2010), en ligne : Msnbc <<http://www.msnbc.msn.com/id/16051436/>>; Canadian Broadcasting Company, « Calgary moves against trans fats » (mai 2010), en ligne : Canadian Broadcasting Company <<http://www.cbc.ca/canada/story/2007/12/29/calgary-fats.html>>.
 28. *Loi instituant le Fonds pour la promotion des saines habitudes de vie*, L.R.Q. 2007, c. F-4.0021.
 29. Organisation mondiale de la Santé 2, *supra* note 7 aux pp. 3, 32.
 30. Ministère de la Santé et des Services sociaux, *supra* note 1 à la p. 29; Nicole Darmon et Adam Drewnowski, « Does social class predict diet

ce qui implique de considérer à la fois les inégalités sociales et les mesures à adopter.

Ce sont surtout les populations désavantagées, qui ont un faible revenu, qui assument en grande partie le fardeau des risques menant à des maladies chroniques. D'une part, c'est dans les quartiers défavorisés que l'on trouve le plus grand nombre de commerces de restauration rapide, que l'on trouve moins d'endroits où se procurer des aliments frais, qu'il n'est pas sécuritaire de faire de l'exercice dans les lieux publics comme les parcs³¹. D'autre part, les personnes des milieux défavorisés répondraient moins aux messages promotionnels de santé et seraient moins enclines à profiter des services de santé publics, comme les programmes de dépistage³². Les raisons qui sous-tendent cette situation sont complexes et découlent notamment de l'environnement social, du style de vie et des conditions matérielles stressantes des populations défavorisées³³. Dans un récent rapport, le *National Health Service* d'Angleterre affirme ceci :

Healthy choices are often difficult for anyone to make, but where people do not feel in control of their environment or their personal circumstances, the task can be more challenging. People who are (...) stretched for money, out

quality?» (2008) 87:5 American Journal of Clinical Nutrition 1107; Cookson, *supra* note 2 à la p. 140; Agence de la santé publique du Canada, *Le lien entre le statut socio-économique et la santé de la population : explication des inégalités en matière de santé*, 2001, en ligne : Agence de la santé publique du Canada <<http://www.phac-aspc.gc.ca/ph-sp/resources-ressources/gradients-fra.php>>; Richard Lowry et al., « The Effect of Socioeconomic Status on Chronic Disease Risk Behaviors Among US Adolescents » (1996) 276:10 The Journal of American Medical Association 792.

31. R.-U., Department of Health, *Choosing Health – Making Healthy Choices Easier*, HM Government, Public Health White Paper, NHS, 2004, à la p. 20 [Department of Health].
32. Cookson, *supra* note 2 à la p. 140; Center for Global Development, *supra* note 4 à la p. 4.
33. Cookson, *supra* note 2 à la p. 140.

76 *Une stratégie originale de gestion des risques :
les incitatifs financiers conditionnels (2009-10) 40 R.D.U.S.
sont-ils une avenue pour lutter contre les maladies chroniques?*

of work, poorly qualified, or who live in inadequate or temporary accommodation or in an area of high crime, are likely to experience less control over their lives than others and often are pressed to cope with immediate priorities³⁴.

Une personne dans l'une ou plusieurs de ces situations pourra accorder moins d'importance aux conséquences sur sa santé de ses choix quotidiens en matière d'alimentation, d'exercice physique ou de tabagisme³⁵.

Ainsi, il est possible d'agir sur deux plans à l'égard de la relation qu'entretiennent les personnes défavorisées avec les facteurs de risques des maladies chroniques. D'une part, on peut agir sur la motivation des personnes défavorisées à adopter de saines habitudes de vie; d'autre part, on peut apporter un support à cette motivation pour que les habitudes de vie saines soient plus faciles à adopter dans leur quotidien, en agissant sur leur environnement de vie. Devant ces possibilités d'action, une stratégie de gestion des risques axée sur les incitatifs financiers conditionnels est-elle une avenue à considérer? Autrement dit, pourrait-on envisager de récompenser en argent les personnes défavorisées lorsqu'elles adoptent des habitudes de vie favorisant la prévention des maladies chroniques?

Incitatifs financiers conditionnels et pauvreté

Les incitatifs financiers conditionnels constituent un outil de gestion des risques utilisé de plus en plus dans le cadre de politiques d'assistance sociale sous forme de programmes de transferts d'argent conditionnels (PTC) à des bénéficiaires issus de populations défavorisées. Les PTC sont des programmes gouvernementaux apparus dans les années 1990, pour la plupart dans les États d'Amérique latine, comme le Mexique, le Brésil, la Colombie et le Honduras³⁶. Aujourd'hui, on en compte plus d'une

34. Department of Health, *supra* note 31 à la p. 13.

35. *Ibid.*

36. Organisation mondiale de la Santé, *supra* note 4 à la p. 2.

vingtaine dans le monde. L'objectif ultime des programmes actuellement en vigueur est de lutter contre la pauvreté, de briser plus spécifiquement l'engrenage de la pauvreté d'une génération à l'autre et de tendre vers l'inclusion sociale des personnes défavorisées³⁷. Cet objectif est atteint notamment via l'amélioration de la santé et de l'éducation des bénéficiaires³⁸.

Les programmes à travers le monde ont des portées et des structures variées, mais essentiellement ils offrent des sommes d'argent aux bénéficiaires admissibles, à la condition que ceux-ci adoptent des habitudes ou des comportements spécifiques préétablis liés généralement à l'éducation et à la santé³⁹. Parmi les conditions établies, on retrouve, par exemple, l'exigence que les enfants respectent un taux élevé de présentéisme à l'école, qu'ils reçoivent certains vaccins ou que les femmes enceintes effectuent des visites médicales régulières⁴⁰. Il peut même être question que l'enfant obtienne de bons résultats scolaires lors d'examens importants⁴¹. Si les bénéficiaires ne remplissent pas les conditions du programme, ils ne reçoivent pas l'argent.

-
37. Frances Lund et al., *Is there a Rationale for Conditional Cash Transfers for Children in South Africa*, Working Paper no 53, University of Kwazulu-Natal, School of Development Studies, Durban, 2008 à la p. 3 [Lund]. Sur l'engrenage intergénérationnel de la pauvreté voir Armando Barrientos et Jocelyn DeJong, « Reducing Child Poverty with Cash Transfers : A Sure Thing? » (2006) 24:5 Development Policy Review 537 à la p. 538 [Barrientos].
38. The Rockefeller Foundation, *Opportunity NYC*, (mai 2010) en ligne : The Rockefeller Foundation <<http://www.rockefellerfoundation.org/what-we-do/where-we-work/new-york-city/opportunity-nyc>> [Rockefeller Foundation]; World Bank Institute, *Examining Conditional Cash Transfer Programs: A role for Increased Social Inclusion?* (SP Discussion Paper no 0603) Bénédicte de la Brière et Laura B. Rawlings, Washington, Social Safety Net Primer Series, The World Bank, 2006 à la p. 6 [World Bank Institute].
39. Barrientos, *supra* note 37 à la p. 546.
40. Organisation mondiale de la Santé, *supra* note 4 à la p. 1.
41. Besa Luci, « Cash Incentives for the Poor » (mai 2010), en ligne : Gotham Gazette <http://www.seedco.org/documents/press/news/gazette_aug.pdf> [Luci]. Notons que cette condition est particulière puisqu'elle est à la charge de l'enfant. Cet aspect sera discuté plus loin.

78 *Une stratégie originale de gestion des risques :
les incitatifs financiers conditionnels (2009-10) 40 R.D.U.S.
sont-ils une avenue pour lutter contre les maladies chroniques?*

Les PTC reposent sur l'idée que des contraintes, notamment financières, empêchent les personnes défavorisées d'adopter certains comportements qui leur permettraient de mieux intégrer la société⁴². D'autre part, ces programmes reposent sur l'idée que les personnes défavorisées sont plus sensibles aux incitatifs financiers⁴³.

Plusieurs études ont été publiées relativement à l'efficacité des PTC et nombre d'entre elles concernent le programme mexicain, appelé *Progreso* lors de son implantation en 1997 et aujourd'hui nommé *Oportunidades*⁴⁴. C'est l'un des plus gros PTC développés et il rejoint cinq millions de familles mexicaines⁴⁵. De façon générale, les études sur les PTC montrent des résultats positifs en ce qui a trait à la présence des enfants à l'école, à l'amélioration de la croissance et du développement des enfants et à l'utilisation des services de santé par les bénéficiaires⁴⁶. Dans l'ensemble, les PTC auraient des retombées positives et les études montrent un taux très élevé de respect des conditions par les bénéficiaires⁴⁷.

Afin d'illustrer le fonctionnement de base des PTC, voici brièvement l'exemple du tout premier programme de transferts d'argent conditionnels développé dans un État du Nord⁴⁸ et dans un grand centre urbain : New York.

Le projet *Opportunity NYC* a été lancé en septembre 2007 par le maire Michael Bloomberg, avec l'intention de trouver un moyen de réduire la pauvreté dans certains quartiers de la ville de

42. Lund, *supra* note 37 à la p. 4.

43. Cookson, *supra* note 2 à la p. 140.

44. Sedesol, *Oportunidades*, External Evaluation Results (mai 2010), en ligne : http://www.oportunidades.gob.mx/Wn_English/exter_eva.html.

45. *Ibid.*

46. Lund, *supra* note 37 à la p. 5; Organisation mondiale de la Santé, *supra* note 4 à la p. 2.

47. Barrientos, *supra* note 37 à la p. 549.

48. Rockefeller Foundation, *supra* note 38.

New York et d'élargir les occasions d'inclusion sociale des familles à faible revenu⁴⁹. Dans sa phase pilote, le projet est exclusivement financé par des institutions privées comme la *Rockefeller Foundation*⁵⁰. Le programme comporte trois volets dont le premier est le plus pertinent à cette étude. Il s'adresse à des familles avec de jeunes enfants et s'appelle *Opportunity NYC Family Reward*. Les conditions de transferts d'argent de ce programme se rattachent à l'emploi des adultes, à l'éducation des enfants et à la santé de toute la famille. Ce volet du projet pilote devrait inclure 2 250 familles vivant dans les quartiers du Bronx, de Brooklyn et de Manhattan⁵¹.

Les critères d'éligibilité au programme sont les suivants : la famille doit habiter dans un des quartiers désignés de la ville de New York, ainsi qu'avoir au moins un enfant entamant son grade 4, 7 ou 9 et qui est inscrit dans une école publique de la ville; la famille doit inclure au moins un parent étant un résident permanent, ainsi qu'avoir un revenu égal ou inférieur à 130 % du seuil de pauvreté fédéral⁵². Les familles qui participent au programme reçoivent un montant d'argent prédéterminé chaque fois qu'elles remplissent une des conditions établies. Parmi celles-ci on retrouve les suivantes : présence régulière de l'enfant à l'école, présence du parent aux réunions scolaires, amélioration des résultats scolaires de l'enfant, souscription à une assurance médicale, suivi annuel de santé, suivi annuel chez le dentiste et emploi du parent à temps plein. Les bénéficiaires doivent fournir une preuve à l'effet qu'ils ont rempli telle ou telle condition pour recevoir l'argent et, si les familles remplissent toutes les conditions, elles peuvent toucher entre 4000 \$ et 6000 \$ de

49. *Ibid.*

50. *Ibid.*

51. New York, Center for Economic Opportunity, *Opportunity NYC : Family Rewards* (2010), en ligne : Center for Economic Opportunity <http://www.nyc.gov/html/ceo/downloads/pdf/ceo_report_family_rewards.pdf> [Center for Economic Opportunity].

52. *Ibid.* Notons que 130 % du seuil de pauvreté correspond à un revenu annuel de moins de 22 321 \$ pour une famille constituée de deux ou trois membres.

transferts par année, un montant qui peut être utilisé par les bénéficiaires comme bon leur semble⁵³.

Une fois les contours généraux des PTC tracés, on peut tenter d'imaginer un tel programme dans le contexte de la lutte aux maladies chroniques : l'État donne de l'argent à titre de « récompense » à des personnes défavorisées admissibles au programme, notamment à des familles avec des enfants, à la condition que celles-ci respectent certaines conditions préétablies qui correspondent à des comportements favorisant la prévention des maladies chroniques. Ainsi, on pourrait retrouver les exigences suivantes : participation à des séances d'information sur les saines habitudes de vie, participation à des programmes pour arrêter de fumer, membre d'une équipe sportive ou d'un établissement d'entraînement, soumission à des mesures de dépistage notamment pour le cholestérol, le diabète et l'hypertension, liste d'épicerie comportant l'achat d'aliments frais, visite annuelle chez le médecin. Il faut garder en tête que le respect des conditions doit pouvoir être démontré par les bénéficiaires.

Or, au-delà de la faisabilité d'un tel programme, il est primordial de s'interroger sur le mécanisme et les principes sur lesquels reposent les incitatifs financiers conditionnels. Ceux-ci sont-ils transposables à la problématique des maladies chroniques?

Maladies chroniques et récompenses : exercice de transposition

D'entrée de jeu, les incitatifs financiers diffèrent du modèle traditionnel d'assistance sociale⁵⁴. Selon le modèle traditionnel, le

53. *Ibid.*

54. World Bank Institute, *supra* note 38 à la p. 6; John Farrington et Rachel Slater, « Introduction : Cash Transfers : Panacea for Poverty Reduction or Money Down the Drain? » (2006) 24:5 Development Policy Review 499 aux pp. 502-503 [Farrington].

bénéficiaire X reçoit un bien ou un service Y. Le bénéficiaire est passif en ce sens qu'il reçoit Y dès lors qu'il y est admissible, sans plus. De même, le bien ou le service Y est octroyé à titre d'aide à la personne, donc correspondant à un besoin ponctuel. Les programmes de coupons alimentaires suivent le modèle traditionnel, par exemple.

Or, selon le modèle des incitatifs financiers conditionnels, utilisés dans le cadre des PTC, le bénéficiaire X doit poser une action Z pour recevoir un bien Y, en l'occurrence une somme d'argent. Contrairement au mécanisme traditionnel, on attend du bénéficiaire une participation active au programme, en ce qu'il doit poser l'action Z. De plus, le bien Y, même s'il peut représenter une aide au bénéficiaire, agit ici comme un incitatif et prend la forme d'une récompense. L'idée est que le bénéficiaire s'aide lui-même en accomplissant Z, et Y le motive à cet effet. Parfois, la récompense aidera le bénéficiaire à exécuter d'autres conditions. Par exemple, une mère peut hésiter à manquer deux heures de travail pour se présenter à son rendez-vous chez le médecin parce qu'elle a vraiment besoin du salaire correspondant à ces deux heures. À ce moment, la récompense d'un montant Y pourra lui permettre de faire le choix d'aller à son rendez-vous chez le médecin.

La participation active des bénéficiaires dans le cadre des PTC est reflétée dans le programme d'*Opportunity NYC* : « By completing the activities related to your child's education and earning the education Rewards, you are helping your child prepare for a bright and secure future »⁵⁵. De la Brière parle à ce titre d'une « *co-responsabilisation* » entre l'État et le bénéficiaire⁵⁶. Selon elle, l'État fait preuve d'un paternalisme diminué alors que

55. New York, Opportunity NYC – Family Rewards, *Education Rewards*, (2010), en ligne : Opportunity NYC <<http://opportunitynyc.org/education>>.

56. Bénédicte de la Brière et Laura B. Rawlings, « Examining Conditional Cash Transfer Programs : A role for Increased Social Inclusion? » dans *Social protection and inclusion : experiences and policy issues*, Genève, International Labour Office, 2006, 9 à la p. 15.

le citoyen s'engage activement à remplir certaines conditions dans une période de temps déterminée. Cette dynamique s'apparente à celle d'un contrat en ce qu'il y a des attentes et des sanctions en cas de non-respect (si les conditions ne sont pas respectées, il n'y a pas de transfert d'argent)⁵⁷. Selon Cookson, qui examine les PTC dans une perspective de santé, il est juste qu'on attende des bénéficiaires d'un programme d'assistance sociale qu'ils fassent des efforts simples et minimaux pour changer leur comportement, afin d'éviter d'alourdir le fardeau pour leurs concitoyens⁵⁸. Barrientos considère pour sa part que les bénéficiaires d'assistance sociale devraient être perçus moins comme des clients mais plus comme des agents de changement⁵⁹.

Tel qu'évoqué précédemment, la motivation des individus, voire la responsabilisation des individus face à leur santé, est un élément essentiel de la prévention des maladies chroniques. En effet, il n'est pas possible d'arrêter de fumer, de diminuer la consommation d'alcool, de faire de l'exercice physique ou de bien s'alimenter pour quelqu'un d'autre. L'individu doit nécessairement contribuer activement à la préservation de sa santé. À cet égard, le modèle des incitatifs financiers est intéressant puisqu'il agit sur la motivation des bénéficiaires en les impliquant activement et en leur offrant un incitatif à cet effet. Aussi, au lieu d'employer des moyens dissuasifs pour décourager certains comportements, comme donner une amende aux fumeurs qui fument dans des endroits où ce n'est pas permis, dans le cadre des PTC, des comportements sont plutôt incités par une reconnaissance des actions posées considérées comme « bonnes » socialement. D'ailleurs, le programme d'*Opportunity NYC* est centré sur le concept de « *reward* »⁶⁰. À cet égard, les PTC permettent de s'adresser à des sous-groupes de la population, dont la motivation à adopter certains comportements doit davantage être suscitée.

57. World Bank Institute, *supra* note 38 à la p. 15.

58. Cookson, *supra* note 2 à la p. 140.

59. Barrientos, *supra* note 37 à la p. 550.

60. New York, Opportunity NYC – Family Reward, *Welcome*, 2010, en ligne : Opportunity NYC <<http://opportunitynyc.org/>>.

Par exemple, les incitatifs financiers constituent un outil qui pourrait prendre en compte la relation particulière entre les maladies chroniques et les personnes défavorisées, contrairement à des politiques de santé publique universelles comme les campagnes de sensibilisation antitabac. D'ailleurs, comme le mentionne Cookson : « The case for offering “prevention payments” to the general population is weak, because of the high costs of administration and waste in paying people for doing what they are already doing »⁶¹.

Autre point intéressant, dans le cadre des PTC, le bien Y — ici une récompense —, est octroyé directement au bénéficiaire, c'est-à-dire sans intermédiaire⁶², de sorte que le bénéficiaire jouit d'une plus grande autonomie face à ce qui lui est offert⁶³. D'ailleurs, dans un document de *Opportunity NYC*, il est indiqué ceci : « These funds are unrestricted, and may be used as the family deems necessary. »⁶⁴ Les PTC mettent ainsi plus de choix entre les mains des bénéficiaires que le font les programmes axés sur l'octroi d'une aide sous forme de biens ou de services précis, comme les coupons alimentaires⁶⁵. Concrètement, au lieu d'offrir gratuitement des cours d'exercice physique à des bénéficiaires, les PTC récompensent les bénéficiaires qui effectuent un cours d'exercice physique. Les bénéficiaires profitent de la récompense comme bon leur semble.

Par ailleurs, les PTC sont développés dans l'esprit d'agir à long terme sur la situation des bénéficiaires, et non à court terme face à un besoin immédiat. Dans leur conception actuelle, leur objectif est de prévenir l'engrenage intergénérationnel de la pauvreté. Aussi, les PTC sont fortement axés sur les générations futures et impliquent, pour la plupart, des familles avec de jeunes

61. Cookson, *supra* note 2 à la p. 140.

62. World Bank Institute, *supra* note 38 à la p. 15.

63. Organisation mondiale de la Santé, *supra* note 4 à la p. 3.

64. Center for Economic Opportunity, *supra* note 51.

65. Farrington, *supra* note 54 à la p. 499.

enfants⁶⁶. Ainsi, en suscitant la participation active des bénéficiaires, ils espèrent que ceux-ci adopteront d'eux-mêmes, à long terme, les comportements souhaités, et que ces derniers seront transmis au fil des générations. Cet élément est pertinent à la problématique des maladies chroniques, puisque les facteurs de risques de ces dernières correspondent à des habitudes de vie adoptées tout au long de l'existence de l'individu et que les habitudes peuvent se transmettre d'une génération à l'autre⁶⁷.

Également, les PTC tiennent compte de la synergie entre différents éléments d'une problématique sociale, par exemple celle qui existe entre la santé, l'éducation et la pauvreté, par le biais de conditions liées aux différentes sphères pertinentes. Ce sont en ce sens des programmes d'assistance sociale multidimensionnels : « CCT programs [Conditional Cash Transfers] thus provide a multi-dimensional benefit for participating families and economies. (...) CCT programs recognize that the barriers to better health and service use are part of a broader problem of household resource scarcity »⁶⁸. Les maladies chroniques sont des affections dites multifactorielles, en ce qu'elles découlent souvent d'une combinaison de facteurs de risques⁶⁹ et les PTC permettraient d'en tenir compte. Par exemple, les conditions d'obtention des transferts d'argent pourraient être associées à la fois aux habitudes alimentaires, à l'exercice physique et à la participation à des programmes de dépistage. Au-delà de la synergie entre les facteurs de risques, un PTC lié à la prévention des maladies chroniques pourrait tenir compte de la relation entre la pauvreté et les maladies chroniques.

En dépit de l'harmonisation possible des principes de base des PTC avec la problématique des maladies chroniques, le recours à des incitatifs financiers conditionnels en cette matière suscite d'importantes réflexions, notamment en ce qui concerne la

66. World Bank Institute, *supra* note 38 aux pp. 6 et 8.

67. Catford, *supra* note 15 à la p. 2.

68. Center for Global Development, *supra* note 4 aux pp. 2 et 35.

69. Barondess, *supra* note 20 à la p. 617.

conditionnalité des transferts d'argent, la stigmatisation des personnes défavorisées et le fardeau mis sur l'individu au cœur d'une problématique sociétale.

Risques à éviter ou risques inévitables?

La conditionnalité rattachée aux transferts d'argent dans le cadre des PTC est-elle véritablement une valeur ajoutée? Cette question est soulevée par plus d'un auteur⁷⁰. Des comportements peuvent être influencés par des transferts d'argent, mais sans qu'il soit nécessaire d'y attacher des conditions. Certains programmes de soutien social où il n'y avait pas d'élément de conditionnalité ont influencé de façon positive les comportements des bénéficiaires, souligne Popay⁷¹. L'auteur affirme d'ailleurs ceci : « When extra cash is available and people are able to make healthier choices, they often do so »⁷².

Dans le cas de la prévention des maladies chroniques, si les personnes défavorisées recevaient des sommes d'argent équivalentes à celles octroyées par les PTC, et que leur environnement de vie leur permettait davantage de faire les bons choix en termes de santé, feraient-elles ces choix? La réponse n'est pas évidente. Il semble que parfois, même devant la possibilité de faire le bon choix, les individus ne le font pas. Par exemple, si de la malbouffe et de la nourriture saine sont disponibles dans les cafétérias, il n'est pas certain que les individus choisiront la seconde. Également, bien que l'on connaisse les dangers de la cigarette, cela n'empêche pas beaucoup de personnes de fumer. C'est pourquoi certains organismes ou autorités militent en faveur de l'interdiction de la malbouffe dans les écoles⁷³ ou autour de

70. Popay, *supra* note 3 à la p. 141; Lund, *supra* note 37 à la p. 18; Barrientos *supra* note 37 à la p. 549; Center for Global Development, *supra* note 4 à la p. 5.

71. Popay, *supra* note 3 à la p. 141.

72. *Ibid.*

73. Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport, *Politique-cadre pour une saine alimentation et un mode de vie physiquement actif* (Politique), Québec, Gouvernement du Québec, 2007 à la p. 6.

celles-ci⁷⁴, ou en faveur de l'interdiction de vendre des produits contenant plus d'un certain pourcentage de gras transformés dans les restaurants⁷⁵. D'où la plus large question : l'État doit-il présumer que ses citoyens agissent de façon responsable envers leur santé dans le sens que ceux-ci, devant la possibilité de prendre la « bonne » décision en matière de santé, la prendront; ou bien l'État doit-il prendre cette décision pour les citoyens? À ce propos, le *National Health Service* de l'Angleterre a réalisé une étude auprès de la population et en a tiré l'observation suivante :

(...) changes need to be based on choices, not direction. We are clear that the Government cannot – and should not – pretend it can « make » the population healthy. But it can – and should – support people in making better choices (...). (...) First, people told us that they want to take responsibility for their own health. They were clear that many choices they made – such as what to eat or drink (...) – were very personal issues. People do not want Government or anyone else, to make these decisions for them. Second, what they did expect was that the Government would support them in making these choices⁷⁶.

Théoriquement, les PTC offrent une solution à cet égard, pourrait-on croire. L'État établit les conditions à respecter considérées comme « bonnes » pour la santé, et les bénéficiaires

74. Coalition québécoise sur la problématique du poids, Communiqué, « Gatineau, Lavaltrie et Baie-Saint-Paul participeront au projet pilote pour limiter l'offre de malbouffe autour des écoles » (14 mai 2009), en ligne : Coalition québécoise sur la problématique du poids <http://www.cqpp.qc.ca/images/communiques/CQPP_Zonage-Communique%20de%20presse_Annonce%20des%203%20villes%20choisies_final.pdf>.

75. Alberta, Alberta Health Services, *Environmental Health – Trans fats*, (2010), en ligne : <http://www.calgaryhealthregion.ca/publichealth/envhealth/trans_fats/trans_fats_home.htm#policy>; New York, New York City Department of Health and Mental Hygiene, *The Regulation to Phase Out Artificial Trans Fat in New York City Food Service Establishments*, (2009), en ligne : <<http://www.nyc.gov/html/doh/downloads/pdf/cardio/cardio-transfat-bro.pdf>>.

76. Department of Health, *supra* note 31 aux pp. 3, 5.

ont le libre choix de respecter ou non ces conditions. D'ailleurs, pour de la Brière, le mécanisme des incitatifs financiers fait preuve de paternalisme diminué de la part de l'État : « Central to CCT's approach is a new focus on « co-responsibilities » between the state and citizens where the state lessens its paternalistic role (...) [nos soulignés] »⁷⁷. Un choix X ou Y des bénéficiaires est toutefois encouragé par la promesse d'une somme d'argent.

Or, en rendant conditionnelles les sommes d'argent octroyées dans un objectif d'assistance sociale, est-ce que ce n'est pas finalement un mécanisme coercitif plutôt qu'un mécanisme qui favorise l'autonomie des bénéficiaires? On peut se demander si les bénéficiaires des PTC ont réellement le choix de respecter ou non les conditions, puisqu'ils sont dans une situation vulnérable. Sous des allures de programmes qui suggèrent que le bénéficiaire est l'artisan de ses propres réalisations, est-ce que les PTC ne sont pas plutôt la manifestation d'un paternalisme déguisé? D'autant plus que c'est l'État qui dicte aux bénéficiaires les comportements considérés comme « bons » socialement. D'après Cookson, s'il s'agit de paternalisme, ce n'est pas pour autant un paternalisme excessif : « Are conditional cash transfers an example of the nanny state gone mad? Not really. One person's unhealthy behaviour imposes external costs on fellow citizens. So this is not excessive paternalism »⁷⁸.

On pourrait argumenter que si l'État donnait les mêmes sommes d'argent aux bénéficiaires des PTC sans y attacher de conditions à remplir préalablement, il n'agirait pas de façon paternaliste puisqu'il considérerait que les bénéficiaires sont responsables et adopteront les « bons » comportements avec cet argent. Par contre, si l'État demande de remplir telle ou telle condition pour bénéficier du montant d'argent, il agit de façon paternaliste parce qu'il ne croit pas que les bénéficiaires sont assez responsables et adopteront les « bons » comportements si ceux-ci ne sont pas incités par la conditionnalité des paiements.

77. World Bank Institute, *supra* note 38 à la p. 15.

78. Cookson, *supra* note 2 à la p.140.

D'ailleurs, Adato fait sur ce point la réflexion suivante : « (...) cash transfers can be perceived as demeaning, implying that the poor don't know what is good for them and need to be told by the government »⁷⁹. Lund va plus loin et dénonce l'élément conditionnel des PTC, invoquant que celui-ci rend de tels programmes possiblement inconstitutionnels en Afrique du Sud : « Conditional social security, based on assumptions that poor parents are in some way culpable if their children fail to attend school or attend clinics is inconsistent with the structural explanations for poverty which are implicit in the Constitution »⁸⁰. Le commentaire de Lund effleure un risque non négligeable des PTC : la stigmatisation des personnes défavorisées.

D'une part, si les incitatifs financiers conditionnels sont utilisés dans le contexte des maladies chroniques, il y a un risque que les personnes défavorisées soient associées automatiquement, par le reste de la population, à des personnes qui ont des maladies chroniques, à des personnes qui n'agissent pas de façon responsable face à leur santé ou qui, comme l'écrit Popay, n'ont pas la volonté d'agir de façon socialement acceptable⁸¹. En ce sens aussi, les personnes défavorisées pourraient être étiquetées comme des personnes qui coûtent cher à la société parce qu'elles ne prennent pas soin de leur santé. Dans un article du journal new-yorkais *Gotham Gazette*, Besa Luci mentionne ceci : « Some charge it [Opportunity NYC] advances the idea that poor people are poor because of the things they do – or do not do. Others question whether poor people deserve a reward for doing things they should do anyway, such as take their children to the doctor »⁸².

Les médias peuvent contribuer à alimenter cette stigmatisation, notamment par les titres sensationnalistes de leurs publications. Le quotidien *24 heures* a d'ailleurs publié un article

80. Lund, *supra* note 37 à la p. 18.

81. Popay, *supra* note 3 à la p. 141.

82. Luci, *supra* note 41.

en 2009 intitulé « Obésité : un code postal qui en dit long », qui relate une entrevue réalisée avec le docteur Adam Drewnowski, directeur du *Center for Obesity Research* de l'Université de Washington, qui précise que : « Il faut arrêter de penser que l'obésité est seulement génétique. C'est aussi profondément lié au manque de ressources et à l'absence d'offre alimentaire. Il existe clairement des quartiers obésogènes »⁸³. Il n'est pas difficile d'imaginer que si un quartier était visé par un PTC axé sur la prévention des maladies chroniques, les personnes habitant ce quartier seraient stigmatisées comme étant des personnes malades ou irresponsables face à leur santé.

Or, la stigmatisation des personnes défavorisées est-elle inévitable dans le contexte des PTC? C'est un fait, et non un jugement de valeur, que les individus qui sont dans une situation socioéconomique difficile sont les plus exposés à ces facteurs. Si l'on ignore cette relation particulière et que l'on adopte des politiques de santé publique universelles, diminuant du coup les risques de stigmatisation, est-ce que cela ne nuira pas davantage à ces personnes, ne tenant pas compte de leur situation particulière et des inégalités sociales en santé? Alors qu'on aurait tendance à croire que la conditionnalité des PTC entraîne la stigmatisation des bénéficiaires, selon Adato, « conditionality may overcome the possible stigma associated with welfare payments if conditions are seen as part of a social contract between beneficiaries and the state »⁸⁴.

Les incitatifs financiers conditionnels visant les personnes défavorisées sont donc une avenue qu'il faut considérer avec soin. S'écarter d'une approche traditionnelle d'assistance sociale peut comporter des effets pervers⁸⁵ et ceux-ci doivent être attentivement

83. Sarah-Maude Lefebvre, « Obésité : un code postal qui en dit long » (mai 2010), en ligne : 24 heures <<http://www.24hmontreal.canoe.ca/24hmontreal/actualites/archives/2009/04/20090401-141337.html>>.

84. Adato, *supra* note 79 à la p. 3.

85. Outre les risques mentionnés précédemment, des études ont révélé que les incitatifs financiers conditionnels pouvaient pousser les personnes

évalués. Par exemple, hormis les effets précédemment évoqués, certains dénoncent la pression que mettent les PTC sur les bénéficiaires. À propos du programme *Opportunity NYC*, une auteure rapporte les témoignages suivants d'enfants dont la famille est bénéficiaire du programme : « You can't believe the pressure on us right now...My father will be on my back all the time because 300 \$ is a lot to my family »⁸⁶.

En matière de prévention des maladies chroniques chez les personnes défavorisées, est-il souhaitable, donc, de s'écarter du modèle traditionnel d'assistance sociale? L'octroi de biens ou de services par l'entremise d'agents sociaux est-il un aspect important de la prévention des maladies chroniques? Ou bien doit-on prioriser une approche qui établit un lien direct entre le bénéficiaire et le gouvernement dans l'optique d'une plus grande responsabilisation de l'individu? Par exemple, certains programmes de santé publique incluent la distribution régulière de fruits et légumes par les établissements scolaires pour inciter

défavorisées à adopter certains comportements ou à poser certains gestes, dans le seul espoir d'être éligibles au programme. Par exemple, une étude a montré une augmentation de la fécondité là où les programmes s'adressent aux femmes enceintes, ainsi que des cas de sous-alimentation chez les enfants pour maintenir l'éligibilité au programme. Mylene Lagarde, Andy Haines et Natasha Palmer, « Conditional Cash Transfers for Improving Uptake of Health Interventions in Low- and Middle-Income Countries: A Systematic Review » (2007) 298:16 *Journal of the American Medical Association* 1900 [Lagarde]. De plus, certaines critiques concernent l'exclusion de groupes de la population pour lesquels un PTC pourrait être bénéfique. Par exemple, les PTC incluent rarement les personnes handicapées qui ne peuvent pas travailler, les personnes âgées ou les personnes vivant dans une communauté qui n'offre pas les services liés aux conditions imposées. Barrientos, *supra* note 37 à la p. 548. Par ailleurs, Lund insiste sur la nécessité de s'assurer que la structure globale de la société permet aux bénéficiaires de réellement se sortir de la pauvreté s'ils respectent les conditions du programme, par exemple en ce qui a trait aux possibilités d'emploi après la graduation des jeunes ayant participé au programme. Lund, *supra* note 37 à la p. 6. Voir aussi Center for Global Development, *supra* note 4 à la p. 19.

86. Luci, *supra* note 41.

les jeunes à s'alimenter sainement⁸⁷, ce qui s'inscrit dans une approche plus traditionnelle et peut aussi s'avérer bénéfique. De même, serait-il plus efficace, par exemple, d'offrir aux employés et aux étudiants des séances d'exercice physique régulières ou bien de récompenser uniquement les personnes qui effectuent régulièrement de l'exercice physique?

Quelles que soient les réponses à ces questions, les PTC présentent une limite majeure en termes d'approche de gestion des risques puisqu'ils constituent un outil de gestion des risques qui met le fardeau d'un problème de société presque exclusivement sur l'individu. Très axés sur la responsabilisation des bénéficiaires, les PTC rendent-ils compte de l'importance du contexte social dans la problématique des maladies chroniques? L'environnement dans lequel évoluent les bénéficiaires leur permet-il de respecter les conditions qui leur sont imposées pour recevoir l'argent, et leur permet-il d'accéder à des services adéquats⁸⁸? Par exemple, dans le contexte des maladies chroniques, si les bénéficiaires doivent consulter régulièrement un médecin, le système de santé répond-il à cette demande? Les soins octroyés sont-ils de qualité? Si les bénéficiaires doivent participer

87. Voir par ex. Commission européenne, Agriculture et Développement Rural, *Le programme de l'UE en faveur de la consommation de fruits à l'école*, (2010), en ligne : Commission européenne <http://ec.europa.eu/agriculture/markets/fruitveg/sfs/index_fr.htm>.

88. Center for Global Development, *supra* note 4 à la p. 21; Barrientos, *supra* note 37 à la p. 548; Lagarde, *supra* note 85 à la p. 1908; Organisation mondiale de la Santé, *supra* note 4 à la p. 3. Notons toutefois qu'une relation peut parfois s'établir entre les prestataires de services et les bénéficiaires des PTC. En effet, de la Brière rapporte que certains programmes plus décentralisés ont récemment mis sur pied des mécanismes d'implantation qui mettent l'accent sur les prestataires de services, notamment des domaines de l'éducation et de la santé et œuvrant dans les milieux de vie des bénéficiaires. Par exemple, en Argentine, au Brésil et au Chili, des comités, formés entre autres de bénéficiaires, servent d'instance d'échange entre ces derniers et les prestataires de services de la communauté dans le but d'assurer une implantation optimale du PTC. Center for Global Development, *supra* note 4 à la p. 16.

à des activités sportives, de telles activités sont-elles offertes? Rappelons que les personnes défavorisées sont les plus exposées aux facteurs de risques des maladies chroniques. Il n'y a donc pas seulement le comportement de l'individu qui entre dans l'équation, il y a également son environnement de vie. À ce sujet, compte tenu de la nature des facteurs de risques des maladies chroniques comme le tabagisme, l'alimentation grasse et salée et le manque d'exercice physique, il va de soi que les individus ne sont pas les seuls acteurs impliqués dans cette problématique. Les communautés, les gouvernements, les organisations internationales et non gouvernementales ainsi que les industries du secteur privé, comme celles du domaine agroalimentaire ou du tabac, les employeurs et les écoles ont un rôle à jouer. La prévention des maladies chroniques appelle à la responsabilisation collective de tous ces acteurs⁸⁹ et non pas uniquement à la responsabilisation de l'individu, en l'occurrence les personnes défavorisées. Hung parle d'une responsabilité de la communauté et insiste sur la reconnaissance que les habitudes de vie affectant la santé sont fonction de conditions sociales, culturelles, politiques et économiques élargies⁹⁰.

À suivre...

De toute évidence, les PTC ne font pas l'unanimité. De son côté, Popay est catégorique : « Surely, we can respond to the 21st century's giants of inequality in income, wealth, and health with something more imaginative and a greater likelihood of success than conditional cash transfers with fragile evidence base. »⁹¹ Pourtant, Shibuya considère les PTC comme une solution miracle : « They are creating an incentive for families to invest in

89. Department of Health, *supra* note 31 à la p. 15; Ministère de la Santé et des Services sociaux, *supra* note 1 à la p. 7; Andrew Penman, « Regulation for chronic disease control : the pathfinder role of tobacco » (2008) 19:11-12 Public Health Bulletin 195 [Andrew Penman]; Catford, *supra* note 15 à la p. 3.

90. Hung, *supra* note 23.

91. Popay, *supra* note 3 à la p. 141.

their own children's futures. Every decade or so, we see something that can really make a difference, and this is one of those things. »⁹² Que l'on s'y oppose ou que l'on y voit une panacée, les programmes d'incitatifs financiers conditionnels visant les personnes défavorisées sont bel et bien présents dans le paysage des politiques publiques du XXI^e siècle. Aussi, la tenue de la *Third International Conference on Conditional Cash Transfers* en 2006, qui suit celles de 2002 et 2004, témoigne de l'intérêt soutenu qu'on leur porte⁹³. Les PTC demeurent pour l'instant axés sur la lutte à la pauvreté. Bien qu'ils comportent un aspect relatif à la santé des bénéficiaires, celui-ci n'est pas développé dans la perspective spécifique de prévenir les maladies chroniques⁹⁴. Toutefois, le recours aux incitatifs financiers conditionnels en cette matière ne paraît pas si farfelu à la lumière de ce qui précède, d'autant plus que les gouvernements s'affairent à développer de nouvelles approches en santé publique⁹⁵.

Il est certes important de développer des outils de gestion des risques qui tiennent compte de la relation particulière entre les personnes défavorisées et les facteurs de risques des maladies chroniques. Dans son Programme national de santé publique 2003-2012, le gouvernement du Québec souligne que « La Loi [Loi sur la santé publique] invite à agir pour réduire les inégalités de santé et de bien-être au sein de la population ainsi que pour contrer les effets des facteurs de risques touchant, notamment, les

92. Kenji Shibuya, « Conditional cash transfers: a magic bullet for health? » (2008) 371: 9625 *The Lancet* 789 à la p. 789.

93. The World Bank, Social Protection « Third International Conference on Conditional Cash Transfers » (mai 2010), en ligne : <<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/WBI/WBIPROGRAMS/SPLP/0,,contentMDK:20892674~pagePK:64156158~piPK:64152884~theSitePK:461654,00.html>>.

94. Bien que l'objectif premier des PTC, dans leur conception actuelle, ne soit pas la lutte aux maladies chroniques, il demeure qu'un document de l'OMS rapporte que le programme mexicain *Oportunidades* aurait contribué à réduire l'obésité, l'hypertension et le diabète chez les adultes. Organisation mondiale de la Santé, *supra* note 4 à la p. 2.

95. Andrew Penman, *supra* note 89 à la p. 197.

groupes les plus vulnérables.»⁹⁶ Le *National Health Service* d'Angleterre fait de même : « Our fundamental aim must be to create a society where more people, particularly those in disadvantaged groups or areas, are encouraged and enabled to make healthier choices »⁹⁷. Les incitatifs financiers conditionnels pourraient être intégrés à des programmes qui s'adresseraient aux personnes défavorisées et viseraient à inciter de saines habitudes de vie. Par contre, il ne faudrait pas oublier que cet outil de gestion des risques n'est qu'un outil parmi d'autres et que, dans la lutte aux maladies chroniques, il faut agir également sur l'environnement de vie des individus et sur les créateurs de risques. Comme le rappelle Popay « Cash might coerce some people into changing behaviour but if their lives do not change we should not be surprised if they lapse or substitute other unhealthy behaviours »⁹⁸.

Il demeure que la menace planétaire sanitaire et économique que constituent les maladies chroniques ainsi que les particularités de ce fléau, en ce qu'il est intimement lié à notre mode de vie quotidien et que ses facteurs de risques ne sont pas hors de notre contrôle, nous poussent à explorer et à s'ouvrir à de nouveaux outils de gouvernance en santé publique. Il serait pour le moins étonnant de fermer la porte à toute considération des incitatifs financiers conditionnels sous prétexte qu'ils comportent des effets pervers, alors même que l'idée de pénaliser les personnes qui prennent des risques pour leur santé, comme les fumeurs ou les personnes obèses, a déjà été mise sur la table⁹⁹.

96. Ministère de la Santé et des Services sociaux, *supra* note 1 à la p. 10.

97. Department of Health, *supra* note 31 à la p. 11.

98. Popay, *supra* note 3 à la p. 141.

99. Matthew J. Peters, « Should smokers be refused surgery? » (2007) 334:7583 *BMJ* 20; Matthew J Peters, Lucy C Morgan et Laurence Gluch, « Smoking cessation and elective surgery : the cleanest cut » (2004) 180 *The Medical Journal of Australia* 317; Jennifer Miller, « Obese in Alabama to Pay More for Health Insurance Coverage » (mai 2010), en ligne : Emax Health <<http://www.emaxhealth.com/155/1/24341.html>>. Plusieurs forums de discussion ou sites de nouvelles sur internet abordent la question. Voir par ex. Zinfos 974, « Journée mondiale contre

En d'autres termes, si l'idée de désavantager les individus qui adoptent de mauvaises habitudes de vie est considérée, celle de récompenser les individus qui adoptent de saines habitudes de vie ne mérite-t-elle pas d'être elle aussi l'objet de réflexions?

le tabac : "les malades doivent payer", L'actualité en continu » (mai 2010), en ligne : Zinfos 974 <http://www.zinfos974.com/Journee-mondiale-contre-le-tabac-Les-malades-doivent-payer_a7156.html>; Yahoo! Answers, « Should obese people pay more taxes? » (mai 2010), en ligne : Open Question <<http://answers.yahoo.com/question/index?qid=20090701091702AAi84p9>>; Tech Support Forums, « Should Smokers and Obese People Pay More for Insurance? » (mai 2010) en ligne : <<http://www.techsupportforum.com/relaxation-room/political-scene/345407-should-smokers-obese-people-pay-more-insurance.html>>; ABC News, « Who Should Pay for Obese Health Care? » (mai 2010), en ligne : ABC News <<http://abcnews.go.com/Health/Diet/story?id=7981746&page=1>>.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE TRIPTYQUE SANTÉ – IDENTITÉS AUTOCHTONES – TERRITOIRE.
PERSPECTIVES JURIDIQUES

Auteur(s) : Doris FARGET

Revue : RDUS, 2009-2010, volume 40, numéro 1-2

Pages : 97-130

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10383>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10383>

Page vide laissée intentionnellement.

LE TRIPTYQUE SANTÉ – IDENTITÉS AUTOCHTONES – TERRITOIRE. PERSPECTIVES JURIDIQUES

par Doris FARGET*

L'objectif de cet article est de mettre en valeur la relation qui existe entre les identités autochtones, la santé et les droits au territoire. Nous nous concentrons sur la circonscription du risque en santé, son intensité et sa globalité, afin d'en situer les sources, celles-ci étant multiples mais provenant initialement de la colonisation. Dans ce contexte, nous postulons que le droit est un espace qui reflète les valeurs sociopolitiques dominantes. De ce fait, le risque en santé chez les membres des Premières nations est entretenu par l'ordonnancement juridique, en raison de l'inadaptation à la diversité des situations de ce dernier et des décalages par rapport au contexte autochtone qu'il reproduit. Il existe donc des répercussions juridiques sur ce risque. Celles-ci proviennent, d'une part, de l'absence d'accès sécurisé aux territoires ancestraux et, d'autre part, des décalages dans l'élaboration et la mise en œuvre du droit.

The purpose of this article is to highlight the relationship between the identity of indigenous peoples, their health considerations and their right to claim traditional lands. This article seeks to circumscribe the health risk associated with a lack of access to ancestral lands by First Nations. The strength of that risk and its prevalence as a means of identifying its primary source – colonialism – are examined. In this context, the writer postulates that the law is a reflection of the dominant socio-political values. As a result, the health risk run by members of First Nations is fostered by the law because of its inability to adapt to the situational diversity and needs of indigenous peoples. Thus, the legal consequences of this risk arise from the lack of secure access to ancestral lands and from inconsistencies between the elaboration and the implementation of the law.

*. Doctorante en cotutelle à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et à la Faculté de droit de l'Université Aix-Marseille 3. Elle est également assistante de recherche au Centre de recherche en droit public de la Faculté de droit de l'Université de Montréal et membre associée au Centre en droit international du développement durable de l'Université McGill. L'auteure tient à remercier Emmanuelle Bédard, professeur à l'Université de Rimouski, Michèle Audette ainsi que son équipe de Nouveaux sentiers : Fondation pour les Premières nations, Karine Gentelet, Christine Vézina et Emmanuelle Bernheim pour leur relecture attentive et leurs commentaires, de même que l'ensemble des participants au colloque *Risque et populations marginalisées : une perspective de santé*, qui s'est tenu dans le cadre du Congrès de l'ACFAS, le 13 mai 2009, à l'Université d'Ottawa.

SOMMAIRE

Introduction	99
I. Circonscription du risque en santé et de ses sources, chez les peuples autochtones au Québec	101
L'intensité du risque	104
Deux niveaux de risques et une source principale.....	106
Globalité du risque	109
II. Le droit et le risque en santé chez les peuples autochtones.....	110
Non reconnaissance en droit interne d'un accès sécurisé aux territoires ancestraux.....	112
Entretien du risque en santé par d'autres mécanismes juridiques	116
Conclusion	126

Introduction

L'objectif de cet article est de circonscrire ce qu'est le risque en santé en contexte autochtone, puis de mettre en évidence la relation qu'il entretient avec l'identité et le territoire, pour enfin souligner l'impact que peut avoir le droit dans la reproduction de ce risque¹.

Afin d'aborder ce rapport, il nous faut rappeler une tension principale. Il s'agit de celle qui confronte les dynamiques de marginalisation et de prise de pouvoir des Autochtones. La première implique que nous ayons conscience des décalages et des échecs propres aux sociétés contemporaines en matière d'intégration. La seconde suppose, parallèlement, que nous gardions à l'esprit ce que représentent les Autochtones aujourd'hui, à savoir des agents de pouvoir désireux et aptes à transformer la société. Ainsi, aucun acteur ne dispose d'un rôle providentiel. L'État ne doit pas être considéré comme l'agent unique de changement, ce qui irait dans le sens de la reproduction des décalages actuels ainsi que d'un paternalisme accru. Par ailleurs, l'illusion de liberté des Autochtones, en tant qu'agents de pouvoir, disposés à impulser et créer seuls la transformation ne doit pas non plus être entretenue. C'est pourquoi, le contexte favorable à la transformation se situe au sein d'un équilibre entre auto-affirmation, écoute et interventionnisme étatique. Le point de vue que nous allons présenter, bien que mettant fortement l'accent sur la situation de marginalisation en raison du sujet abordé, se situe, toutefois, au sein de cette tension.

Les peuples autochtones ont une relation spécifique et privilégiée avec leurs terres ancestrales. Le territoire est un espace important dans le vécu de leurs identités. Bien qu'il ne soit pas l'élément unique de ce vécu, puisque l'identité implique aussi une relation particulière au temps et aux autres, des valeurs propres ainsi qu'un sentiment d'appartenance, la relation au territoire

1. Nous limitons l'examen de cette équation aux peuples autochtones du Québec, parce qu'elle est particulièrement bien documentée.

demeure être un élément central². En contexte autochtone, il représente un lieu d'expression, de pratiques et de transmission des identités et sa connaissance est importante, notamment en matière de spiritualité et de bien être³. Jean-Paul Lacasse, citant un interlocuteur autochtone, indique par exemple que « [...] *l'ordre innu se rapportant à l'appartenance des Innus à la terre provient de leur relation unique avec la terre, leur mère : 'Nous appartenons à la terre; la terre et nous ne sommes qu'un corps et un esprit. La terre, c'est notre vie'* »⁴. D'où l'importance de considérer cette relation.

Qu'entend-t-on par identités autochtones et quel est le lien avec la santé? *L'Enquête régionale longitudinale sur la santé des Premières Nations de la région du Québec* indique que :

L'identité peut se définir comme étant la conscience qu'un individu a par rapport à son appartenance à un groupe

-
2. Karine Gentelet, Alain Bissonnette et Guy Rocher, *La sédentarisation : effets et suites chez des Innus et des Atikamekw*, Montréal, Thémis, 2007, aux pp. 21-25 [Gentelet, Bissonnette et Rocher].
 3. « Chez les Innus, la façon de voir le monde est globalisante et unifiée. [...] L'univers innu est communautaire et l'ordre existe en fonction du mieux-être du groupe. Vus sous cet angle, la propriété, le contrat et le châtiment n'ont pas de sens ou acquièrent un sens très différent. Pour Robert Vachon (1992 : 6), l'Occidental a une perception anthropocentrique du monde, en ce sens que l'homme ou la femme a plus d'importance que la nature, alors que la tradition autochtone est cosmocentrique, en ce sens qu'elle est plus centrée sur l'univers et la nature auxquels appartient l'homme. C'est peut être en ce référant au lien qu'a l'Innu avec la Terre que l'ont peut le mieux saisir cette vision du monde. [...] les Innus entretiennent avec la terre et la faune des liens tels qu'ils ne peuvent se dire individuellement propriétaires de l'une ou de l'autre au sens où la société québécoise l'entend. [...] Alors que la société majoritaire conçoit le territoire et son utilisation en termes de propriété étatique ou individuelle, la société innue s'y réfère selon une approche de gestion des ressources au profit de la famille et de la communauté en général : il n'y a d'ailleurs pas de mot, dans la langue innu, pour désigner le concept de propriété au sens du Code civil. Mais les Innus considèrent néanmoins qu'ils ont un « titre » collectif de gestion sur le territoire », Jean-Paul Lacasse, *Les Innus et le territoire*, Québec, Septentrion, 2004, à la p. 37 [Lacasse].
 4. Armand McKenzie, verbatim, mars 1992, cité dans Lacasse, *supra* note 3 à la p. 39.

qui possède des caractéristiques distinctives (langue, valeurs, croyances, pratiques, etc.). Les problèmes identitaires sont un incontournable en ce qui a trait à la santé et au bien-être des autochtones⁵.

Par conséquent, santé, identité et territoire sont interreliés, d'où l'importance de les considérer ensemble. Formant un tout, la rupture ou l'atteinte portée à la relation au territoire ou à l'identité ont des conséquences sur la santé des membres des Premières nations⁶.

Afin d'exposer cette relation, nous allons d'abord circonscrire le risque en santé chez les peuples autochtones du Québec (I.). Ensuite, nous expliquerons comment le droit entretient ce risque (II.).

I. Circonscription du risque en santé et de ses sources, chez les peuples autochtones au Québec

Afin d'éclaircir notre propos et de poser le contexte, ce paragraphe a pour fonction d'illustrer et de circonscrire ce qu'est le risque en santé chez les peuples autochtones du Québec. Pour ce faire, nous allons nous appuyer sur certaines parties de *l'Enquête régionale longitudinale sur la santé des Premières Nations de la région du Québec*, diligentée par la Commission de la santé et des services sociaux des Premières nations du Québec et du

-
5. « Enquête régionale longitudinale sur la santé des Premières Nations de la région du Québec », rapport sur l'influence du milieu sur la santé des Premières nations (2002), en ligne : Commission de la santé et des services sociaux des Premières nations du Québec et du Labrador [C.S.S.S.P.N.Q.L.] <<http://www.cssspnql.com/fr/recherche/documents/ERS2002-Influencedumilieu.pdf>> à la p. 35.
 6. « La perte d'identité peut, entre autres, contribuer au développement de différents problèmes psychosociaux. À ce sujet, les travaux de Chandler et Lalonde (1998) en Colombie-Britannique ont démontré que les communautés des Premières nations qui ont entrepris concrètement de préserver et de réhabiliter leur culture sont aussi celles qui ont les taux de suicide les plus bas. [...] Tout comme la langue, la culture et la spiritualité sont au cœur de la définition de l'identité d'un peuple », *Ibid.* aux pp. 35-36.

Labrador (la C.S.S.S.P.N.Q.L.)⁷. Plusieurs indicateurs de risque en santé, qui s'inscrivent au sein d'un contexte et de déterminants sociaux, sont mis en évidence par celle-ci.

Le premier indicateur réside dans la présence accrue des **suicides**. En effet, les peuples autochtones du Québec sont cinq fois plus exposés au suicide que les Québécois⁸. Le second indicateur touche au **logement**. La C.S.S.S.P.N.Q.L. indique sur ce point que 4 200 foyers des Premières nations du Québec sur 12 500 sont en situation de surpeuplement⁹. Le troisième

-
7. L'équipe de recherche de la C.S.S.S.P.N.Q.L. a travaillé au sein de 23 communautés et trois villes au Québec. Elle a interviewé 4 000 personnes (des enfants, des adolescents et des adultes) pour parvenir à ses résultats. Il s'agit donc d'une enquête fiable, scientifiquement valide, menée par un organisme indépendant de l'État et par des chercheurs autochtones connaisseurs des communautés participantes et des problèmes sanitaires auxquels elles sont confrontées. Il s'agit enfin d'une étude longitudinale (entre 1997 et 2014) apte à dégager des tendances continues, puisqu'elle se déroule sur plusieurs années. C'est pourquoi nous nous appuyons sur ses données. Enfin, précisons que ses résultats sont confirmés par d'autres travaux, voir notamment Karine Gentelet, Gentelet, Bissonnette et Rocher, *supra* note 2.
 8. *Dévoilement d'un plan pour s'attaquer aux problèmes sociaux et de santé*, en ligne : C.S.S.S.P.N.Q.L. <<http://www.cssspnql.com/fr/nouvelles/plan2007-2017.htm>>. Voir aussi : « 59,4 % des répondants hommes et 51,6 % des répondantes femmes vivant hors communauté en milieu urbain ont déjà pensé au suicide dans leur vie, ce qui représente des écarts considérables par rapport aux proportions observées dans les communautés (38,7 % des hommes et 39,2 % des femmes). Les jeunes adultes y ont déjà pensé en plus grand nombre, soit 62,3 % des 18 à 34 ans (50,5 % dans les communautés) et 48,6 % des 35 à 54 ans (38,9 % dans les communautés) », « Enquête régionale longitudinale sur la santé des Premières Nations de la région du Québec », rapport des Premières nations vivants hors communautés en milieu urbain (2002), en ligne : C.S.S.S.P.N.Q.L. <<http://www.cssspnql.com/fr/recherche/documents/ERS2002-Hors-communaute.pdf>>, à la p. 71.
 9. « Plan directeur de la santé et des services sociaux des Premières Nations du Québec 2007-2017 », en ligne : C.S.S.S.P.N.Q.L. <<http://www.cssspnql.com/fr/nouvelles/documents/Plan%20directeur.pdf>> à la p. 61. Voir aussi : « L'accessibilité à un logement adéquat est un problème répandu au sein de plusieurs communautés des Premières nations du Québec et du Canada. Parmi les obstacles à l'accès à un logement décent, mentionnons que le revenu moyen dans les communautés des

indicateur porte sur l'**accès aux soins et services de santé**. D'une part, « Seulement 18,8 % des communautés offrent l'accès quotidien à un médecin et la moitié des communautés offrent l'accès à un médecin une fois par semaine »¹⁰. D'autre part, en termes d'accès et de pratique de la médecine traditionnelle, la Commission indique que « [p]rès du tiers des communautés (31,3 %) offrent des services de médecine traditionnelle qui sont accessibles par le biais du centre de santé ou d'un programme communautaire »¹¹. De plus, seule une communauté au Québec dispose d'un hôpital, les autres n'ont ni hôpital ni centre local de services communautaires. Le quatrième indicateur porte sur la **pauvreté**. L'enquête révèle, en la matière, qu'un membre des Premières nations sur cinq vit sous le seuil de pauvreté et qu'un peu moins de la moitié des adultes sont sans emploi dans les communautés des Premières nations. Elle rappelle à cet égard que la pauvreté est un déterminant de la santé et du bien-être¹². Le

Premières nations est inférieur à la moitié de la moyenne canadienne. Ensuite, le taux de natalité y est deux fois plus élevé que la moyenne canadienne. Le MAINC estime que dans la prochaine décennie, on pourra compter une augmentation moyenne de 4 500 nouveaux ménages [autochtones] par année dans l'ensemble du pays (45 000 nouveaux ménages en 10 ans). Ainsi, une incapacité à loger convenablement les ménages peut ultimement résulter en des problèmes de surpeuplement dans les logements existants », « Enquête régionale longitudinale sur la santé des Premières Nations de la région du Québec », *supra* note 5 à la p. 14.

10. « Plan directeur de la santé et des services sociaux des Premières Nations du Québec 2007-2017 », *ibid.* à la p. iv.

11. *Ibid.*

12. « Enquête régionale longitudinale sur la santé des Premières Nations de la région du Québec », rapport des Premières nations vivants dans les communautés (2002), en ligne : C.S.S.S.P.N.Q.L. <<http://www.cssspnql.com/fr/recherche/documents/ERS2002-Surcommunaute.pdf>> à la p. 203. Sur les répercussions de la pauvreté en santé, voir les travaux de la Commission macroéconomie et la santé, en ligne : World Health Organization <http://www3.who.int/whosis/cmh/cmh_report/e/report.cfm>; voir aussi « The world health report 2002 – Reducing Risks, Promoting Healthy Life », en ligne : Organisation mondiale de la santé (O.M.S.) <<http://www.who.int/whr/2002/chapter4/en/index1.html>>; Voir enfin Secrétaire général des Nations Unies (2000), « Rapport du Millénaire », en ligne : Organisation des Nations Unies <<http://www.un.org/french/millenaire/sg/report/full.htm>>.

cinquième indicateur que nous citerons concerne la **pollution**. En effet, « le quart des communautés ont découvert des traces de polluants dans leur eau à tests »¹³. En liaison avec la pollution, une source de risque importante, qui n'est pas abordé par l'enquête, est le réchauffement climatique. Son impact sur la santé a été discuté lors de la 7^{ème} session annuelle de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, au printemps 2008¹⁴, ainsi que par le Conseil des droits de l'homme¹⁵. En outre, **l'espérance de vie** des Autochtones est plus basse que celle des Québécois non-autochtones¹⁶.

L'intensité du risque

Chaque indicateur pris isolément illustre un aspect du risque en santé chez les peuples autochtones du Québec. Considérés ensemble, ces indicateurs dessinent un risque d'une toute autre étendue, en raison de l'accumulation des manifestations et de l'ampleur du phénomène. L'intensité du risque provient de la multiplicité et de l'accumulation des facteurs, mais aussi de leur enchevêtrement. Cette corrélation est mis en évidence par deux illustrations. D'une part, le caractère restreint

13. « Enquête régionale longitudinale sur la santé des Premières Nations de la région du Québec », *supra* note 5 à la p. iii.

14. Le thème spécial de la 7^e session de l'Instance permanente sur les questions autochtones s'intitulait *Les changements climatiques, diversité bioculturelle et moyens d'existence : le rôle de gardien des peuples autochtones et les nouveaux défis à relever*. Pour plus d'informations sur les conclusions de cette rencontre, voir le site Internet de l'Instance : <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/fr/session_seventh.html>. Voir également le rapport *State of the World's Indigenous Peoples 2009*, Secrétariat de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, *State of the World's Indigenous Peoples*, ST/ESA/328, <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP_web.pdf>, United Nations, New York, 2009, aux pp. 95 et ss.

15. Doc. off. CDH, 7^e sess., 21^e séance, rec. A/HRC/7/L.21/Rev.1, (26 mars 2008).

16. Les membres des Premières nations du Québec et du Labrador vivent six à sept ans de moins en moyenne que le reste de la population du Québec, « Dévoilement d'un plan pour s'attaquer aux problèmes sociaux et de santé », en ligne : C.S.S.S.P.N.Q.L. <<http://www.cssspnql.com/fr/nouvelles/plan2007-2017.htm>>.

du territoire est source de pauvreté et de marginalisation. Il en résulte un accroissement du nombre de personnes par logement et des conditions de vie insalubres dues à la pauvreté et à l'exclusion. À leur tour, ces deux tendances alimentent le risque en santé, en créant par exemple un terrain favorable au surpeuplement ainsi qu'à certaines maladies comme la tuberculose¹⁷. L'accès limité aux services de santé accentue encore

-
17. Le taux de tuberculose, entre 2002 et 2006, est plus important chez les peuples autochtones du Canada que chez les canadiens non-autochtones. Il est, en effet, 29 fois plus élevé que chez les canadiens non-autochtones et, en ce qui concerne le peuple Inuit, 90 fois plus haut. « Bon nombre de facteurs favorisant la persistance de la tuberculose parmi les peuples autochtones du monde entier sont liés aux défis auxquels sont confrontées les Premières nations du Canada. Par exemple, un membre adulte des Premières nations sur cinq n'a pas accès à un médecin ni à une infirmière. De toute évidence, nous devons améliorer l'accès aux soins de santé, a déclaré Phil Fontaine, chef national [de l'Assemblée des Premières nations]. Cependant, pour être viables, les solutions doivent porter également sur les facteurs sociaux déterminants pour la santé, comme le logement et l'alimentation. En retour, les possibilités d'emplois et la richesse qu'ils engendrent sont des éléments clés pour créer des peuples sains et des communautés viables ». « Il est inacceptable que le taux de tuberculose au sein des communautés Inuits soit 90 fois plus élevé que pour l'ensemble des Canadiens. Le manque de logements adéquats et la surpopulation contribuent à faire grimper ce taux et la situation ne s'améliorera pas tant que nous n'aurons pas abordé ces problèmes ainsi que d'autres facteurs déterminants pour la santé. Notre passé en ce qui a trait à la tuberculose est tragique et, malheureusement, la situation est toujours la même aujourd'hui pour bon nombre de communautés Inuits », a déclaré Mary Simon, chef nationale inuit », Assemblée des Premières Nations, « Les chefs autochtones exigent des mesures pour réduire le nombre de cas de tuberculose et de décès liés à cette maladie » (13 novembre 2008), en ligne : <<http://www.afn.ca/article.asp?id=4379>>. Un rapport spécial du Comité canadien de lutte antituberculeuse informe également cette situation : Santé Canada, Rapport spécial du Comité canadien de lutte antituberculeuse, La tuberculose chez les peuples autochtones du Canada, en ligne : <<http://www.phac-aspc.gc.ca/publicat/tbcbap-tbpac/pdf/SpecialReport-F.pdf>>. La C.S.S.S.P.N.Q.L. indique également que « Les problèmes respiratoires, incluant l'asthme, les bronchites chroniques, l'emphysème et la tuberculose, sont parmi les maladies qui touchent une large population d'individus âgés entre 18 et 29 ans », *Enquête régionale longitudinale sur la santé des Premières Nations de la région du Québec*, rapport des Premières nations vivants dans les

ce risque. D'autre part, la pauvreté, la marginalisation et l'absence de reconnaissance par la société dominante portent atteinte à la possibilité de se projeter, de construire et de croire en un projet de vie. Ceci explique en partie l'existence d'un risque plus élevé d'échec, de mal-être conduisant à la dépression et au suicide¹⁸.

Deux niveaux de risques et une source principale

Au vue de ce qui précède, le risque en santé chez les Premières nations du Québec provient d'un climat défavorable lié à la perte d'identité. Il semble se situer à deux niveaux, d'abord, en termes d'obstacles à l'acquisition de conditions de santé suffisantes et égales à celles des allochtones¹⁹, ce qui fait référence aux négligences de l'État en matière d'intervention.

Ensuite, le risque en santé se situe à un second niveau. Il provient du fait que les services publics de santé, lorsqu'ils sont présents et accessibles, ne sont pas nécessairement adéquats. En effet, ils sont fondés sur les systèmes et les pratiques de santé ainsi que des valeurs allochtones, conduisant ainsi à négliger les pratiques et conceptions autochtones. Karine Gentelet, Guy Rocher et Alain Bissonnette ont mis en évidence la conception globale et holiste de la santé des Innus et des Atikamekw du Québec. Ils indiquent que :

communautés (2002), en ligne : C.S.S.S.P.N.Q.L <<http://www.cssspnql.com/fr/recherche/documents/ERS2002-Surcommunaute.pdf>> à la p. 119.

18. Carlos Coloma, Gilles Bibeau et Duncan Pedersen, *La mortalité par suicide dans les communautés Atikamekw*, Rapport présenté au Conseil de la Nation Atikamekw, Services sociaux, GIRAME et Centre de recherche de l'Hôpital Douglas, 1999, à propos du suicide au sein des communautés autochtones.
19. Les *allochtones* sont toutes les personnes qui ne sont pas *autochtones*. Ce terme est donc l'antonyme d'*autochtone*, selon le grand dictionnaire terminologique. Ce terme signifie littéralement terres d'ailleurs, alors que le terme *autochtone* fait référence aux personnes issues du sol même où elles habitent. Voir « Allochtone », en ligne : Le grand dictionnaire terminologique <http://www.granddictionnaire.com/btml/fra/r_motelef/index1024_1.asp>.

[...] beaucoup d'interlocuteurs ont une conception active de la santé. Pour eux, la santé n'est avant tout ni l'absence de maladie, ni l'absence de malaise. Elle est plutôt la capacité d'agir, l'aptitude à fonctionner. Cette capacité d'agir s'exprime à trois niveaux de vie. Au plan individuel d'abord : être en mesure de vaquer à ses affaires, à ses diverses activités. Au niveau social ensuite : la santé s'exprime dans l'aptitude à interagir normalement avec toutes les autres personnes de son entourage. Et d'une manière plus négative, on est en santé quand on n'est pas un poids pour ceux avec qui l'on vit. Enfin, la santé consiste à être actif dans son environnement physique immédiat et plus éloigné, son territoire notamment, tout autant qu'avec son milieu social²⁰.

La conception de la santé étant différente de celle proposée par les services publics, il en résulte une certaine inadéquation.

De plus, l'imposition de pratiques souvent uniformes non-autochtones participe au processus d'assimilation et est un frein à la reconnaissance des identités autochtones. Elle est source de risque en santé, parce qu'elle contraint, d'une part, les membres des communautés autochtones à user d'un service de santé qui n'est pas légitime à leurs yeux²¹, ce qui n'est pas propice à son utilisation. Ce n'est pas propice non plus à l'établissement d'un projet médical ou thérapeutique fondé sur la confiance. D'autre part, la consultation de ces services, lorsqu'elle a lieu, participe à l'assimilation des Autochtones et à l'abandon de leur savoir médical. Or, l'assimilation est elle-même source de risques, parce qu'elle est une forme de non-reconnaissance identitaire, dommageable émotionnellement, socialement et psychologiquement. Elle est également dommageable sur le plan collectif, puisqu'elle conduit à l'amenuisement de l'identité. Cet aspect du risque en santé questionne d'une autre façon l'intervention de l'État. À la différence du premier, qui porte sur les négligences des autorités, il conduit à s'interroger sur la pertinence et la légitimité

20. Gentelet, Bissonnette et Rocher, *supra* note 2 aux pp. 95 et 96.

21. *Ibid.* aux pp. 100-104, sur la différence entre « biomédecine » et « médecine traditionnelle » et sur leur différence en termes de légitimité.

de cette intervention : comment organiser, proposer et instaurer un service de santé adéquat et légitime en territoire autochtone?

Les deux niveaux de risque ont une source commune, qui est la colonisation et ses effets contemporains²², conduisant à l'exclusion, la dépossession des territoires, de la culture et du savoir, la marginalisation, la pauvreté et la non-reconnaissance. Il est avéré que la colonisation est un phénomène destructeur sur le plan individuel et collectif²³, par la subordination, l'anéantissement identitaire et les dommages psychologiques et sociaux qu'elle engendre. La colonisation constitue donc la source initiale de risque en santé et donne elle-même naissance à une multitude de « sous-sources ». Elle est entretenue par l'ensemble des institutions sociales dont le droit.

-
22. La colonisation est le fait d'imposer de l'extérieur, de façon impérialiste une vision du monde, négligeant les points de vue autochtones. Elle implique la nécessité de coexister avec d'autres venus d'ailleurs, une réalité contraignante. Elle entraîne l'usurpation des territoires, la restriction des espaces, la marginalisation économique, sociale, culturelle, spirituelle et identitaire ainsi que la pauvreté, qui sont à leur tour des facteurs amplifiant le risque en santé. La colonisation est un phénomène sous-jacent et tabou, mais qui est toujours à l'œuvre, parce qu'il n'est pas abordé ni reconnu. Elle implique un décalage entre les dynamiques sociales majoritaires et autochtones. Dans ces circonstances, le dialogue et la réconciliation effective ne sont pas possibles. À ce titre, certains auteurs indiquent que « *la vie sur la réserve, en communauté fermée, qui leur a été imposée par la colonisation, est perçue comme particulièrement pathogène pour les adultes et sans doute encore pour les jeunes. La violence, les suicides, l'alcoolisme et le recours aux drogues lui sont particulièrement attribuables* », Gentelet, Bissonnette et Rocher, *supra* note 2 à la p. 98.
23. James Sa'ke'j Henderson Youngblood, et Wanda D. McCaslin, « Exploring Justice as Healing », dans Wanda D. McCaslin, dir., *Justice as Healing. Indigenous Ways*, St Paul, Living Justice Press, 2005 aux pp. 4-7 [Wanda D. McCaslin]; Charles Taylor, *Multiculturalisme, différence et démocratie*, Champs, Flammarion, 1992.

Globalité du risque

Par conséquent, nous adhérons à une vision étendue du concept de risque en santé²⁴. En tant que phénomène non-isolé, il doit être pensé dans un contexte de risque généralisé généré par la colonisation, l'exclusion sociale et la non-reconnaissance²⁵. Il se manifeste à travers les problèmes de santé, en termes de maladies, de carences ou de déficiences, mais aussi à travers l'existence de troubles psychologiques et sociaux. À ce titre, la conclusion du rapport de la C.S.S.S.P.N.Q.L. est claire :

De nombreuses communautés sont encore aujourd'hui confrontées à des problèmes criants qui minent leur accès à des besoins fondamentaux et à des conditions parfois comparables à celles du tiers monde.

Pour toutes ces raisons, les membres des communautés des Premières nations du Québec bénéficient d'une qualité de vie réduite à plusieurs égards. Aussi, un bon nombre des problèmes de santé et des problèmes psychosociaux présents dans certaines communautés peuvent être attribuées en partie à un milieu de vie déficient. [...]

24. Nous référons au risque en santé ou au risque sanitaire de manière indissociable, bien que la seconde appellation soit plus étendue. Cependant, le risque en santé est un risque sanitaire.

25. « Many illnesses that have a disproportionate impact on indigenous peoples, especially problems of mental health, are related to the colonialist and racist structures that cause indigenous communities to be some of the poorest and most marginalized in the world. Not only have indigenous peoples experienced a collective history of genocide, dispossession and dislocation, manifestations of these violent forces persist today in the form of development aggression, forced displacement and economic exploitation », Secrétariat de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, *State of the World's Indigenous Peoples*, ST/ESA/328, New York (2009) en ligne: United Nations <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP_web.pdf> à la p. 167.

Tous les problèmes mentionnés [...], et bien d'autres, contribuent grandement à l'effritement de la qualité de vie dans les communautés²⁶.

Cela implique que le risque soit conçu de manière globale.

Nous venons de circonscrire le risque sanitaire en contexte autochtone. Expliquons maintenant de quelle manière le droit intervient dans sa reproduction.

II. Le droit et le risque en santé chez les peuples autochtones

Le droit est un espace qui reflète les valeurs et les tendances sociopolitiques dominantes²⁷. Il peut alors entretenir le

26. *Enquête régionale longitudinale sur la santé des Premières Nations de la région du Québec*, rapport sur l'influence du milieu sur la santé des Premières nations (2002), en ligne : C.S.S.S.P.N.Q.L. <<http://www.cssspnql.com/fr/recherche/documents/ERS2002-Influencedumilieu.pdf>>, *supra* note 5 à la p. 39. Certains chercheurs ont adopté des positions similaires. Par exemple, James Tully ou Charles Taylor. James Tully explique, par exemple, à propos des Autochtones que « [...] l'avilissement de leurs identités et le manque de respect à leur égard, sous les modalités du sexisme, du racisme, du nationalisme, du chauvinisme linguistique et culturaliste, du classement pseudo-scientifique des cultures et des langues en fonction de leur niveau de développement, avec l'Europe et les États-Unis au sommet de la hiérarchie, ainsi que le fait d'imposer des cultures dominantes par des processus détruisant les identités, assimilant ou marginalisant des individus et des groupes, tout cela n'est pas seulement injuste. Cela sape également le respect de soi et, par conséquent, les capacités mêmes des individus concernés à résister à ces injustices, voire même à agir efficacement dans les perspectives d'une recherche d'assimilation. Ce sont là les causes des pathologies bien connues de l'oppression, de l'assimilation et de la marginalisation : manque d'estime et de respect pour soi-même, aliénation, pauvreté transgénérationnelle, consommation de drogue, chômage, destruction des communautés, taux élevés de suicide, etc. », James, Tully, « Une étude de la politique de l'identité », dans Will Kymlicka et Sylvie Mesure, dir., *Les identités culturelles*, Paris, PUF, 2000 à la p. 199.

27. En ce sens, Andrée Lajoie, *Jugements de valeurs*, Paris, P.U.F., 2007.

risque en santé, en étant inadapté à la diversité des situations et en intervenant en décalage par rapport au contexte autochtone.

Néanmoins, si nous observons la dynamique actuelle, extérieure au droit écrit, nous constatons qu'une reconceptualisation de la relation entre l'État et les Autochtones, et ce, notamment, à travers l'établissement d'un dialogue mutuel et d'une collaboration, est en cours au Canada. Elle a pour effet de reconsidérer et de rééquilibrer le rôle que chacun peut jouer en matière de prise de décisions. Dans cet esprit, l'État considère davantage les Autochtones en tant que citoyens actifs – c'est-à-dire aptes à apporter des perspectives valables pour la société toute entière. Cette approche est actuellement développée au Québec par l'établissement d'accords, qui permettent le développement d'initiatives autochtones. Il s'agit, par exemple, des accords de contribution proposés par le gouvernement fédéral ou des ententes de principes conclues entre les paliers fédéral et provincial ainsi que les communautés autochtones²⁸.

28. Plusieurs exemples peuvent être cités au Québec. Voir notamment l'entente intermédiaire conclues entre le Conseil (tribal) de la Nation Atikamekw – Atikamekw sipi, le Centre jeunesse Mauricie et Centre-du-Québec, le Centre jeunesse Lanaudière et leurs directions de la protection de la jeunesse, entente qui a permis le développement du Système d'Intervention d'Autorité Attikamekw (SIAA), Andrée Lajoie, *Le rôle des femmes et des aînés dans la gouvernance autochtone au Québec*, Montréal, Thémis, 2009 aux pp. 51-53. Sur les expériences en matière de coopération et sur la complémentarité des représentations et des pratiques, Gentelet, Bissonnette et Rocher, *supra* note 2 aux pp. 106-110. Les auteurs indiquent notamment que « Cette dichotomie des identités et des valeurs n'a pourtant pas empêché l'émergence de nouvelles pratiques. Au contraire, elle a favorisé de nouveaux fonctionnements au sein même des institutions de santé des quatre communautés. En effet, la reconnaissance de la médecine traditionnelle au sein du personnel médical a permis la mise en place de mesures visant l'harmonisation de la pratique de la biomédecine à celle de la médecine traditionnelle. Cette coopération entre les deux systèmes médicaux permet alors aux patients d'avoir accès à des soins qui partent de leurs besoins spécifiques et qui interviennent sur les plans social, biologique, émotionnel, spirituel et écologique », *supra* note 2 à la p. 107.

Toutefois, cette dynamique n'a pas toujours de répercussion sur les normes juridiques positives élaborées en droit interne. Par exemple, elle ne tend pas à renforcer juridiquement la maîtrise des territoires ancestraux par les Autochtones eux-mêmes, en créant un accès sécurisé par la reconnaissance d'un droit commun et uniforme au territoire. Ainsi, le risque en santé se reproduit, en raison, d'une part, de l'inexistence d'un droit d'accès « sécurisé » aux territoires ancestraux pour toutes les communautés et, d'autre part, du fait de décalages dans l'élaboration et la mise en œuvre du droit.

Non reconnaissance en droit interne d'un accès sécurisé aux territoires ancestraux

L'un des facteurs de risque en santé chez les populations autochtones se caractérise par l'inexistence d'un droit d'accès sécurisé aux territoires ancestraux. Cela provient de la mauvaise conception et de la non-application, en droit canadien, du principe de liberté des peuples à disposer d'eux-mêmes à l'égard des Autochtones²⁹. De ce fait, le point de vue des Autochtones est

29. Le principe d'autodétermination est, selon Jean Salmon, un « principe de nature politique d'inspiration démocratique désignant la vocation des peuples à s'administrer librement ». Il dispose, en droit international, de deux dimensions qui résultent en deux mises en œuvre différentes. Dans sa dimension interne, l'autodétermination permet à tous les peuples de s'administrer librement à l'intérieur même des frontières déjà établies. Ce premier aspect favorise le transfert de compétence vers des paliers de gouvernements locaux, les formes de décentralisation et la création de statuts d'autonomie. Cette dimension ne porte donc pas atteinte au principe d'intégrité des frontières nationales. *A contrario*, dans sa dimension externe, le principe d'autodétermination autorise un peuple à exercer son droit de session, c'est-à-dire à se séparer de l'État sous la domination duquel il vit pour former son propre État. Cette seconde dimension a initialement été exercée pour justifier la décolonisation des États d'Afrique. Dans le cas des peuples autochtones, bien que la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (articles 3 et 46) ainsi que la doctrine reconnaissent le principe d'autodétermination dans son aspect interne, certains États comme le Canada, craignent qu'il soit mis en œuvre, à leur égard, dans son aspect externe. Sur ce principe, lire Théodore Christakis, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, Monde

souvent imperceptible, méconnu et dépassé par des intérêts plus puissants, tels que les intérêts économiques du pays. Une application réaliste du principe de liberté des peuples à disposer d'eux-mêmes va notamment dans le sens d'une écoute et d'une association plus importante des Autochtones à la prise de décisions et à la gestion des services³⁰. Le Canada et la province du Québec développent cette approche. Rappelons qu'ils ont signé avec diverses communautés autochtones de la province des ententes de principe et qu'un devoir de consultation a été imposé aux autorités par la Cour suprême³¹. Néanmoins, les ententes représentent un règlement casuistique, à l'instar d'une reconnaissance de l'autodétermination, entendue en tant que principe permettant une coexistence plus équitable et plus respectueuse de chacune des entités composant la société. Quant au devoir de consultation, celui-ci dispose encore d'un caractère plus théorique que pratique, dans la mesure où les consultations

européen et international, C.E.R.I.C., 1999; Antonio Cassese, *Self-determination of peoples: A legal Reappraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995; Jean Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001. Voir également la différence pertinente que fait Alexandra Xanthaki, *Indigenous Rights and United Nations Standards. Self-Determination, Culture and Land*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007 aux pp. 155-157 et James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004 aux pp. 98-105.

30. Le Secrétariat de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtone recommande : « All these experiences tell us that intercultural health systems must be based on building the autonomy and ensuring the empowerment of indigenous peoples, which derive from the full recognition and exercise of rights of indigenous peoples. The framework for an intercultural system therefore includes self-determination; sovereignty over land, territory and natural resources; full and effective participation in decision-making arenas (including processes based on the principle of free, prior and informed consent); the recognition of indigenous health definitions and norms; and the recognition and protection of collective traditional knowledge », Secrétariat de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, *State of the World's Indigenous Peoples*, ST/ESA/328 (2009), en ligne : United Nations <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP_web.pdf> aux pp. 179 et 180.
31. *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511.

de communautés autochtones, qui se déroulent antérieurement à l'autorisation d'exploiter un territoire, pérennisent souvent le rapport de force existant entre ces communautés et l'État. Dans un article récent sur les négociations entre l'État et les communautés autochtones en matière de gouvernance, Michael Coyle souligne :

[...] un certain nombre d'obstacles réduisent les probabilités que les négociations sur la gouvernance génèrent des résultats reflétant véritablement les besoins et les aspirations des autochtones. Le plus important d'entre eux provient sans doute du déséquilibre entre les capacités des parties à promouvoir leurs intérêts en dehors de la table de négociation, un élément qui donne à l'État un pouvoir de négociation disproportionné vis-à-vis des résultats espérés en matière de gouvernance. En outre, puisqu'il n'est pas assuré que les parties percevront leurs objectifs comme complémentaires, le contexte de rapports de force accroît le risque que les négociations ne débouchent pas sur une entente, ou que les ententes obtenues ne fassent guère avancer les intérêts des deux parties. Finalement, les défis systémiques, culturels et cognitifs tendent à diminuer plus encore l'effet des aspirations autochtones sur les résultats des négociations sur la gouvernance.

Les défis soulevés par les rapports de force entre les parties et par leurs relations culturelles sont très souvent exacerbés par leur histoire coloniale. Cette histoire, nourrie de la domination politique et juridique de l'État, laisse entendre que les négociations sur la gouvernance se dérouleront fréquemment dans une atmosphère de méfiance. Le manque de confiance entre les participants concourt à les prédisposer à l'emploi de tactiques défensives et agressives et à affaiblir d'autant l'efficacité des initiatives visant au partage de l'information, à une écoute attentive et à la résolution en commun des problèmes. Ces multiples écueils compromettent les négociations sur la gouvernance, dont le dessein, après tout, est la reconnaissance et la protection de la singularité identitaire autochtone, la création de modèles

inusités de gouvernance et le renouveau de la relation entre l'État et les peuples autochtones³².

Par conséquent, autodétermination et diminution du risque en santé ont une relation, dans la mesure où la mise en œuvre de ce principe implique à la fois l'instauration d'une relation de confiance entre l'État et les Autochtones, l'aboutissement du processus de reconnaissance et la consécration d'un accès sécurisé au territoire, trois éléments propres à établir un climat favorable au bien-être et à la diminution du risque³³. Par ailleurs, l'entretien du risque en santé ne se produit pas seulement par la non reconnaissance en droit interne d'un accès sécurisé aux territoires ancestraux, via le principe d'autodétermination. Il se produit également par d'autres mécanismes, touchant à l'élaboration et à la mise en œuvre du droit.

32. Michael Coyle, « Les négociations sur la gouvernance autochtone au Canada : pouvoir, culture et imagination » (2009) *Télescope* 15(3), en ligne : ENAP <<http://www.enap.ca/OBSERVATOIRE/fr/telescope-menus.aspx?sortcode=1.16.18.19>> à la p. 25.

33. À ce propos, le rapport du Secrétariat de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, *State of the World's Indigenous Peoples* 2009 indique, en effet, concernant le Canada que « Canada recognizes that key socio-economic indicators for Aboriginal people are unacceptably lower than for non-Aboriginal Canadians. [...] The restrictions put on Aboriginal peoples' ability to protect, meaningfully benefit from and freely dispose of their land and resources constitute the main obstacle to real economic development among First Nations, Métis and Inuit. As a result of land loss and severe limitations set by the various levels of government on the free use of and continuing benefit from their natural resources, Aboriginal people have become increasingly dependent on welfare measures undertaken by the federal or provincial governments. This accounts for the large disparities between Aboriginal people and other Canadians », Secrétariat de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, *State of the World's Indigenous Peoples*, ST/ESA/328, New York (2009), en ligne : United Nations <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP_web.pdf> aux pp. 24 et 25.

Entretien du risque en santé par d'autres mécanismes juridiques

L'élaboration et la mise en œuvre du droit ont des répercussions sur le risque en santé chez les peuples autochtones du Québec. Ceci nous confronte à la nécessité de transformer le droit afin de le rendre plus inclusif³⁴. La législation canadienne pérennise le risque en santé chez les populations autochtones et ce, à trois niveaux, d'abord, en niant ou en négligeant les identités autochtones, ensuite, par son manque de perspective holiste, enfin, par la faiblesse des droits économiques et sociaux en droit interne.

Premièrement, le législateur peut contribuer à la formation ou à l'entretien du risque en santé, en niant ou en négligeant les identités autochtones. D'abord, le droit interne canadien organise le processus d'assimilation et la fragmentation des communautés, à travers la *Loi sur les Indiens*³⁵, dans la mesure où il encadre l'attribution ou la non-attribution du statut d'Indien³⁶. Comme le rapport sur l'influence du milieu sur la santé des Premières nations le souligne, l'article 6 de cette loi retire le statut d'Indien à tout Autochtone qui serait le produit de deux générations de métissage³⁷. En d'autres termes, si un enfant Z provient d'un

34. Nous n'avons pas la prétention ici de proposer un modèle de transformation, mais seulement de cerner ce qui ne fonctionne pas.

35. *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985 c. I-5. [*Loi sur les Indiens*]

36. Malgré son caractère inadéquat et critiquable, nous utilisons le terme « statut d'Indien » parce que c'est celui qui est consacré par la *Loi sur les Indiens*.

37. *Loi sur les Indiens*, art. 6 : « (1) Sous réserve de l'article 7, une personne a le droit d'être inscrite si elle remplit une des conditions suivantes :
a) elle était inscrite ou avait le droit de l'être le 16 avril 1985;
b) elle est membre d'un groupe de personnes déclaré par le gouverneur en conseil après le 16 avril 1985 être une bande pour l'application de la présente loi;
c) son nom a été omis ou retranché du registre des Indiens ou, avant le 4 septembre 1951, d'une liste de bande, en vertu du sous-alinéa 12(1)a(iv), de l'alinéa 12(1)b) ou du paragraphe 12(2) ou en vertu du sous-alinéa 12(1)a(iii) conformément à une ordonnance prise en vertu du paragraphe 109(2), dans leur version antérieure au 17 avril 1985, ou en vertu de

parent Autochtone détenant le statut d'Indien (Y) et d'un parent non-autochtone (X) et que le parent autochtone(Y) est lui-même issu d'un couple métissé (c'est-à-dire dans lequel un seul des parents détenait le statut), l'enfant Z perdra le statut d'Indien définitivement et ne pourra le transmettre. Il ne pourra pas non plus résider sur la réserve, lieu de contact avec le territoire ancestral et les membres de sa communauté. Or, la fragmentation des communautés porte atteinte à la transmission de l'identité, et la loi empêche la reconnaissance officielle de celle-ci à l'égard de certaines personnes qui se considèrent pourtant comme Autochtones et qui sont reconnues en tant que tel par leur communauté d'appartenance. Cette loi encadre la détermination juridique de l'identité autochtone et dépossède en cela les

toute disposition antérieure de la présente loi portant sur le même sujet que celui d'une de ces dispositions;

d) son nom a été omis ou retranché du registre des Indiens ou, avant le 4 septembre 1951, d'une liste de bande, en vertu du sous-alinéa 12(1)a)(iii) conformément à une ordonnance prise en vertu du paragraphe 109(1), dans leur version antérieure au 17 avril 1985, ou en vertu de toute disposition antérieure de la présente loi portant sur le même sujet que celui d'une de ces dispositions;

e) son nom a été omis ou retranché du registre des Indiens ou, avant le 4 septembre 1951, d'une liste de bande :

(i) soit en vertu de l'article 13, dans sa version antérieure au 4 septembre 1951, ou en vertu de toute disposition antérieure de la présente loi portant sur le même sujet que celui de cet article,

(ii) soit en vertu de l'article 111, dans sa version antérieure au 1er juillet 1920, ou en vertu de toute disposition antérieure de la présente loi portant sur le même sujet que celui de cet article;

f) ses parents ont tous deux le droit d'être inscrits en vertu du présent article ou, s'ils sont décédés, avaient ce droit à la date de leur décès.

(2) Sous réserve de l'article 7, une personne a le droit d'être inscrite si l'un de ses parents a le droit d'être inscrit en vertu du paragraphe (1) ou, s'il est décédé, avait ce droit à la date de son décès.

(3) Pour l'application de l'alinéa (1)f) et du paragraphe (2) :

a) la personne qui est décédée avant le 17 avril 1985 mais qui avait le droit d'être inscrite à la date de son décès est réputée avoir le droit d'être inscrite en vertu de l'alinéa (1)a);

b) la personne visée aux alinéas (1)c), d), e) ou f) ou au paragraphe (2) et qui est décédée avant le 17 avril 1985 est réputée avoir le droit d'être inscrite en vertu de ces dispositions ».

communautés ainsi que leurs membres de ce rôle³⁸. À ce titre, la *Loi sur les Indiens* est le produit d'une vision homogène et décalée de l'identité.

De manière similaire, les dispositions relatives aux ordonnances de placement permanent contenues dans la *Loi sur la protection de la jeunesse* (projet de loi 125) ont un effet similaire³⁹. Cette loi entraîne le placement d'enfants autochtones dans des familles non-autochtones. Comme l'article 6 de la *Loi sur les Indiens*, elle a pour effet de diviser les communautés et de séparer leurs membres. Le placement d'enfants autochtones dans des familles non-autochtones provoque un déracinement et porte atteinte à la transmission de l'identité d'origine. L'enfant peut disposer du statut d'Indien, mais se trouve déconnecté de son identité. De plus, la *Loi sur la protection de la jeunesse* entérine une situation de discrimination, dans la mesure où les enfants autochtones sont davantage concernés par le placement en famille d'accueil. Or, cette situation est souvent due aux conditions de pauvreté dans lesquelles vivent les communautés autochtones, résultant des négligences de l'État⁴⁰. Conséquemment, tant

38. On peut s'interroger sur la légitimité de l'État à déterminer qui est autochtone et qui ne l'est pas.

39. Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador, Communiqué, « Traitement inéquitable réservé aux familles et aux enfants des Premières Nations – Les Premières Nations demandent une enquête à la Commission des droits de la personne et de la jeunesse » (20 juin 2008) [*Traitement inéquitable*].

40. À ce titre, le communiqué de l'Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador cite quelques chiffres révélateurs :

- Au cours des cinq dernières années, sur une population de 12 094 enfants, 1 404 enfants des Premières Nations sont annuellement placés.
- De ces 1 404 enfants placés annuellement, 429 d'entre eux ont cinq ans et moins.
- Ils auront passé 189 036 jours en ressource de placement, pour une durée moyenne de placement de 9,5 mois par enfant.
- Au Québec, en 2002-2003, les enfants des Premières Nations étaient 7 fois plus placés à l'extérieur de leur famille que les enfants québécois.
- On estime qu'en 2008-2009, ils seront neuf fois plus sujets à des placements et l'écart tend à augmenter de 0,33 fois par année.
- Les causes les plus fréquentes de placement sont directement liées à la pauvreté et au manque de ressources locales. C'est aussi pour les mêmes

l'article 6(3) de la *Loi sur les Indiens* que la *Loi sur la protection de la jeunesse* contribuent à la perte ou à l'amenuisement de l'identité autochtone, ce qui représente une source de risque psychosocial.

En outre, le partage des compétences tel qu'il est organisé par les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle du Canada* de 1867, crée un risque en santé, dans la mesure où la compétence sur les questions autochtones appartient au palier fédéral de gouvernement⁴¹ alors que la compétence en santé est attribuée au palier provincial⁴². Les provinces réglementent la santé et gèrent les services en la matière. Or, lorsqu'un problème intervient dans ce domaine et qu'il implique un membre d'une communauté autochtone, le palier fédéral s'en remet parfois à la compétence provinciale en santé et n'intervient pas lui-même et vice versa⁴³. La répartition des compétences est source de discrimination et de dysfonctionnements. En effet, les ressortissants autochtones ne peuvent bénéficier des mêmes droits d'accès aux services de santé, tels qu'ils sont organisés par la province, puisqu'en raison de leur identité, elle n'est pas compétente et ne les considère pas comme étant bénéficiaire de ses services. À travers ces exemples, on

raisons que la plupart des placements sont effectués à l'extérieur du milieu culturel et social de l'enfant », voir *Traitement inéquitable*, *supra* note 39.

41. *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, art. 91(24), reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, no 5 : « [...] il est par la présente déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi) l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir [...] Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens ».
42. *Ibid.*, art. 92 (7) : « Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir : [...] l'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, asiles, institutions et hospices de charité dans la province, autres que les hôpitaux de marine ».
43. Constance MacIntosh, « Jurisdictional Roulette: Constitutional and Structural Barriers to Aboriginal Access to Health », dans Colleen Flood (dir.), *Just Medicare*, Toronto, University of Toronto Press, 2006 aux pp. 196-198.

constate ainsi que le droit interne et son ordonnancement ont des lacunes qui sont autant de facteurs d'assimilation, de fragmentation et de discrimination.

Deuxièmement, la reproduction du risque sanitaire est accentuée par le manque de perspective juridique holiste aboutie quant aux identités autochtones⁴⁴. En d'autres mots, dans la perspective autochtone les droits aux territoires, aux ressources naturelles, à des modes de vie propres, à la spiritualité et à une identité sont interconnectés. Or, les systèmes juridiques internes ou supranationaux ne reconnaissent pas nécessairement l'ensemble de ces droits et les considèrent souvent de manière indépendante les uns des autres. Rappelons par exemple que l'ordre juridique canadien ne reconnaît pas de droit au territoire à chacune des communautés autochtones. Il néglige, en ce sens, l'importance de leur relation au territoire, pourtant, au fondement de la reconnaissance identitaire et du bien être des Autochtones. De fait, le droit a tendance à cloisonner les normes et à favoriser les intérêts majoritaires. Il reproduit en cela le risque en santé, dans la mesure où santé, reconnaissance identitaire et territoire sont interconnectés.

Cette relation a néanmoins été mise en exergue par certaines décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, par exemple, dans une affaire qui impliquait une communauté Maroons et le Suriname⁴⁵. La décision *Moiwana village v. Suriname* est pertinente, car elle reconnaît cette relation de manière très claire⁴⁶. En 1986, l'attaque par l'armée du

44. Bien qu'il faille nuancer cette affirmation concernant le droit international, puisque diverses organisations supranationales, notamment les Nations Unies et ses institutions spécialisées, discutent par exemple des effets des changements climatiques sur la santé des individus et des peuples autochtones. Voir *supra* notes 14 et 15.

45. *Moiwana Village v. Suriname*, requête no 11821, arrêt, (15 juin 2005), en ligne : Cour interaméricaine des droits de l'homme [C.I.D.H.] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_ing.pdf> [Suriname].

46. Néanmoins, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies [C.D.H.] avait également reconnu l'impact de l'exploitation du territoire sur le

Suriname du village Maroons de Moiwana cause la mort violente d'une grande partie de la population. Les corps des défunts sont brûlés. Les survivants fuient le village, en raison de craintes liées à une attaque ultérieure et des menaces de l'armée⁴⁷. Or, pour le peuple Maroons comme pour de nombreux autres, la conservation, par la communauté, des corps des défunts est fondamentale. L'accomplissement de cérémonies l'est aussi. Elles permettent la célébration des défunts, empêchent la rupture des liens entre vivants et morts, issus d'une conception du rapport au temps qui ne s'arrête pas à la vie, et démontre l'honneur que la communauté porte à ses défunts. En outre, la crémation est une offense. Dans le cas de la communauté Maroons de Moiwana, ces

mode de vie, les conditions de vie et la santé des membres du peuple Lubicon, mais de façon plus timide toutefois. Voir à ce titre, *Ominayak and the Lubicon Lake Band v. Canada*, (10 mai 1988), no 167/1984, en ligne : C.D.H. communication <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/750d146488937439c1256ac50051a3d3?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/750d146488937439c1256ac50051a3d3?Opendocument)>.

47. Les requérants appartiennent à la communauté Maroons N'djuka du Suriname. Celle-ci est originaire d'Afrique et fut conduite de force au Suriname lors de la colonisation européenne, au XVII^e siècle. Malgré cela, la relation qu'entretient la communauté avec la terre où elle demeure aujourd'hui est d'une importance culturelle, spirituelle et matérielle vitale (c'est pourquoi cet exemple nous semble appropriée et peut juridiquement servir de base à une comparaison avec les peuples autochtones). Les N'djuka fondent Moiwana au XIX^e siècle. En 1986, dix camps composent le village. Ses habitants vivent de la chasse, de la pêche et de l'agriculture traditionnelle. Il s'agit d'une société matriarcale. En 1980, un coup d'État se produit au Suriname et un régime militaire est établi. Entre 1986 et 1987 de nombreux civils sont tués, principalement des membres du peuple Maroons. En 1986, nombre d'entre eux rejoignent un commando : « The Jungle Commando ». Pour répondre à celui-ci, l'armée va conduire de nombreuses attaques dans la région de Moiwana. C'est dans ces circonstances que le village N'djuka est attaqué le 29 novembre 1986. L'armée et les agents du gouvernement tuent 39 civils, notamment des femmes, des enfants et des aînés. Ils en blessent également beaucoup d'autres. Ils brûlent ensuite le village, détruisent les habitations et contraignent les survivants à fuir leurs terres. Certains seront déplacés à l'intérieur même du pays et d'autres rejoindront les camps de réfugiés en Guyane française. Depuis, ils vivent dans la pauvreté et n'ont plus de moyens de subsistance. En outre, le village est à l'abandon et ils n'ont pu retrouver les dépouilles des membres de la communauté tués lors de l'attaque.

rituels n'ont pas pu être réalisés. Leur non-réalisation est ainsi vécue comme une transgression morale de la tradition et hante l'esprit des morts et des ancêtres, qui ne peuvent reposer en paix. Elle est également la cause de maladies « spirituelles » affectant les personnes qui ont survécu au massacre. Elles ont des conséquences sur la santé physique des descendants et des membres du lignage du défunt non inhumé.

Les faits de cette affaire marquent l'importance du rapport au territoire, au temps et aux autres et leur particularité. L'accès à la terre garantit l'intégrité et l'identité du peuple Maroons. La Cour reconnaît cette relation en condamnant l'État sur le fondement de l'article 5 de la *Convention américaine des droits de l'homme*⁴⁸, portant sur le droit à des traitements humains, mais aussi sur celui de l'article 21 de la Convention⁴⁹, sur le droit de propriété. La Cour impose également une obligation de délimiter et de démarquer le territoire, afin que la communauté puisse y exercer son droit de propriété collective. Elle reconnaît implicitement les conséquences en santé dues à l'absence d'accès au territoire et à la violation des coutumes, puisque celles-ci sont sources de

48. *Convention américaine des droits de l'homme*, art. : « 1. Every person has the right to have his physical, mental, and moral integrity respected. 2. No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman, or degrading punishment or treatment. All persons deprived of their liberty shall be treated with respect for the inherent dignity of the human person. [...] ».

49. *Ibid.*, art. 21 : « 1. Everyone has the right to the use and enjoyment of his property. The law may subordinate such use and enjoyment to the interest of society. 2. No one shall be deprived of his property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law. 3. Usury and any other form of exploitation of man by man shall be prohibited by law ». Depuis la décision *Mayagna (sumo) Awas Tingni community v. Nicaragua*, la Cour interaméricaine fait une interprétation extensive de cet article, qui lui permet de reconnaître le droit de propriété collective des territoires ancestraux, sur ce fondement, *The Mayagna (sumo) Awas Tingni community v. Nicaragua*, requête no 11577, arrêt, (31 août 2001), en ligne : C.I.D.H. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_ing.pdf> [Nicaragua]. Cette interprétation est confirmée par la décision *Moiwana village v. Suriname*, du 15 juin 2005 aux par. 131-135.

maladies dites « spirituelles »⁵⁰. La violation de l'identité, des conceptions profondes et des croyances d'un peuple, au fondement même de la socialisation de ses membres, a des conséquences en termes de souffrances émotionnelles, psychologiques et spirituelles, qui signalent toute l'étendue du risque en santé, dans ce cas d'espèce. La Cour semble y attribuer une grande importance en donnant gain de cause aux requérants. Toutefois, l'importance de cette relation et les enjeux qu'elle implique ne sont que rarement reconnus juridiquement.

Troisièmement, la situation actuelle des Premières nations du Québec, telle que décrite par l'enquête régionale longitudinale de la C.S.S.S.P.N.Q.L., met en évidence l'importance de la mise en œuvre, à l'égard des peuples autochtones du Québec, des droits économiques et sociaux reconnus sur le plan international. Le *Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels* reconnaît à tout individu le droit à la santé, le droit de ne pas faire l'objet de discrimination ou encore le droit à un niveau de vie suffisant. En particulier, son article 12 reconnaît le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre. Ce droit comprend les mesures nécessaires pour diminuer la mortalité infantile, favoriser le développement sain des enfants, améliorer les aspects de l'hygiène du milieu, renforcer le traitement des maladies épidémiques et endémiques, créer les conditions propres à assurer

50. « If the various rituals are not performed according to the traditional rules, it is considered a moral offense, which will not only anger the spirit of the individual who died, but also may offend other ancestors of the community. This leads to a number of "spiritually-caused illnesses" that become manifest as actual physical maladies; however, they cannot be healed by conventional or Western means. These illnesses can potentially affect the entire natural lineage, that is, the descent group to which the deceased belonged. These problems and illnesses do not go away on their own, but must eventually be resolved through social and ceremonial means; if not, they will persist through generations », *Moiwana village v. Suriname*, *supra* note 45 à la p. 26.

à tous des services médicaux et une aide médicale en cas de maladie⁵¹.

À la différence de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les droits économiques, sociaux et culturels sont reconnus au Québec par la *Charte des droits et libertés de la personne*⁵². Partant, ces droits sont intégrés à l'ordre juridique provincial, mais ne sont pas cependant contraignants⁵³. Quant au droit à la santé en particulier, il n'est pas consacré par ce texte.

Néanmoins, les droits économiques, sociaux et culturels et les droits civils et politiques sont indivisibles par principe⁵⁴. Or,

-
51. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, article 12. Le Canada a ratifié les deux Pactes des Nations Unies le 19 mai 1976, en ligne : Nations Unies <<http://www.unhchr.ch/pdf/reportfr.pdf>>.
 52. *Charte des droits et libertés de la personne*, Chapitre IV, voir le texte de la Charte, en ligne : <http://www.cdcdj.qc.ca/fr/commun/docs/charte.pdf>.
 53. Lucie Lamarche, « Le débat sur les droits sociaux au Canada respecte-t-il la juridicité de ces droits? », dans Joel Bakan et David Schneiderman, dir., *Social Justice and the Constitution*, Ottawa, Carleton University Press, 1992 aux pp. 32 et 33; Pierre Bosset, « Les droits économiques et sociaux : parents pauvres de la Charte québécoise? » (1996) 75 R. du B. can. aux pp. 583-603; David Robitaille, « Les droits économiques et sociaux dans les relations État-particuliers après trente ans d'interprétation : normes juridiques ou énoncés juridiques symboliques? », (2006) R. du B. hors série aux pp. 455-492.
 54. Le principe de l'indivisibilité des droits vise à remettre en cause la hiérarchie établie entre droits civils et politiques et droits économiques et sociaux, les seconds étant essentiels pour assurer des conditions de vie minimales aux individus ainsi que pour garantir l'effectivité des droits civils et politiques. À ce titre, la Conférence mondiale sur les droits de l'homme indiquait déjà en 1993 que « Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés », Conférence mondiale sur les droits de l'homme, *Déclaration et programme d'action de Vienne* (12 juillet 1993), en ligne : <[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.fr](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.fr)> au par. 5. La Fiche d'information no 16 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels explique également que « dans le droit international relatif aux droits de l'homme (comme dans son application au niveau national), les droits civils et politiques ont été privilégiés par rapport aux droits économiques, sociaux et culturels à bien des égards (moindre attention, codification du droit et interprétation judiciaire moins

l'absence de mise en œuvre des droits économiques et sociaux affecterait dans certains cas l'effectivité des droits civils et

poussées et prise de conscience moins aiguë du public). On pense donc parfois à tort que seuls les droits civils et politiques (droit à un procès équitable, droit à l'égalité de traitement, droit à la vie, droit de vote, droit de ne pas être soumis à discrimination, etc.) peuvent faire l'objet de violations, de mesures de réparation et d'examen au regard du droit international. Les droits économiques, sociaux et culturels sont souvent perçus comme des droits de "seconde classe", qui ne sont pas obligatoires ni susceptibles de recours judiciaire et qui ne peuvent être assurés que "progressivement" avec le temps.

Cette manière de voir fait toutefois abstraction de la globalité du système des droits de l'homme, postulat déjà formulé en 1948 lors de l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme : l'indivisibilité et l'interdépendance des droits civils et politiques et des droits économiques, sociaux et culturels sont des principes fondamentaux du droit international relatif aux droits de l'homme qui ont été réaffirmés à maintes reprises, dont dernièrement en 1993 à la Conférence mondiale sur les droits de l'homme », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Fiche d'information n° 16 (Rev.1), (août 1996), en ligne <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet16Rev.1fr.pdf>> à la p. 3.

La Résolution 32/130 de l'Assemblée générale des Nations Unies va dans le même sens en indiquant que : « a) Tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales sont indivisibles et interdépendants; une attention égale et une considération urgente devront être accordées à la réalisation, la promotion et la protection tant des droits civils et politiques que des droits économiques, sociaux et culturels. b) La jouissance complète des droits civils et politiques est impossible sans celle des droits économiques, sociaux et culturels; les progrès durables dans la voie de l'application des droits de l'homme supposent une politique nationale et internationale rationnelle et efficace de développement économique et social, ainsi que le reconnaît la Proclamation de Téhéran de 1968 », Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 32/130 (16 décembre 1977), en ligne : Nations Unies <http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/32/130&Lang=F> au par. 1.

Voir aussi Secrétariat de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, *State of the World's Indigenous Peoples*, ST/ESA/328, New York> à la p. 193 (2009), en ligne : United Nations <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP_web.pdf>.

Asbjorn Eide, « Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights », dans Asbjorn Eide, Catarina Krause et Allan Rosas, dir., *Economic, Social and Cultural Rights : A Textbook*, 2^e éd. , Boston, Martinus Nijhoff, 2001 aux pp. 9 et ss.

politiques, rompant l'égalité entre la majorité et certaines populations marginalisées du Québec, telle que les Autochtones. En effet, le caractère non contraignant des droits économiques et sociaux pourrait avoir des conséquences plus grandes sur certaines populations, en raison de leur marginalisation, telles que l'absence d'accès à l'eau potable ou aux services de santé. Or, cette situation n'est pas favorable à l'exercice de droits civils et politiques – nous pensons par exemple au droit de vote ou au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵⁵. De ce fait, la relation de cause à effet, entre le respect des droits économiques, sociaux et cultures et le risque en santé, est confirmée en milieu autochtone, puisque le non respect de ces droits entretient le risque sanitaire.

Ainsi, la production du droit et sa mise en œuvre ne sont pas neutres. Elles sont souvent déterminées par les besoins, conceptions et modèles majoritaires, ce qui a pour conséquence d'entretenir le risque en santé. En effet, l'élaboration et l'application du droit ont tendance à négliger les identités autochtones et à ignorer leur interconnexion avec la santé et l'accès au territoire. En outre, la hiérarchie des droits priorisée par les autorités peut avoir pour effet de rompre l'égalité entre les citoyens d'un même État, la valeur des droits économiques et sociaux au Québec et au Canada le démontre. De ce fait, la nécessité de travailler à une transformation du droit interne et des conceptions qui l'imprègnent est nécessaire, par exemple en ce qui a trait à l'interprétation du principe d'égalité tel que proposé par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Conclusion

En contexte autochtone, santé, identité, droit au territoire et aux ressources naturelles forment un tout interrelié. Cette équation, bien que présentée au sein de la Province du Québec,

55. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, art. 3, 7.

est, *a priori*, transférable pour l'ensemble des peuples autochtones.

Le fait de regarder la problématique autochtone sous l'angle du risque en santé permet de souligner et de renforcer l'importance de l'identité et du territoire. Cet angle d'approche dispose d'un intérêt majeur, puisqu'il met en exergue l'étendue des dangers dus aux négligences actuelles et l'urgence d'un changement de considération et de vision plus profond, quant à la manière d'aborder la question autochtone. Ce changement doit se produire au niveau politique et social. Il implique également des mutations juridiques, à savoir un changement en termes de regard porté sur la question autochtone (comment l'aborder juridiquement?) et une transformation dans la définition même du droit (qu'est-ce que le droit lorsque nous nous situons dans une perspective autochtone?).

Or, le droit tel qu'il est élaboré et appliqué actuellement n'est pas toujours adapté. De ce fait, il reproduit les schémas politiques et sociaux d'exclusion. Le droit pourrait contribuer à la réduction du risque en santé chez les peuples autochtones, si les schémas politiques et sociaux se transformaient et si le désir d'accommodement et de refondation d'un projet de société commun aux Autochtones et aux non-Autochtones voyait le jour. Dans ce contexte, la réconciliation, passant par le dialogue, la reconnaissance de la colonisation et de ses effets, est essentielle⁵⁶. En ce sens, la réalité contemporaine du risque en santé, au sein des communautés autochtones du Québec, nous ramène une fois encore à la relativité du droit. Sa transformation dépend de ceux qui ont le pouvoir de le produire et de le sanctionner⁵⁷, c'est-à-dire des acteurs politiques et sociaux.

56. Denise C. Breton, « Digging Deeper: Challenges for Restorative Justice », dans Wanda D. McCaslin, *supra* note 23 aux pp. 409-434.

57. Parmi eux se trouvent les communautés autochtones et leurs représentants, qui ne cessent de déployer leurs énergies en négociant avec les différents paliers de gouvernements, en revendiquant et en s'affirmant. Par ailleurs, l'État et ses institutions sont des acteurs puissants. Ils sont davantage représentatifs de la majorité non-

Bien qu'elle ne soit pas achevée et qu'elle ne se développe pas identiquement en droit interne et en droit international, cette transformation est actuellement à l'œuvre. En droit supranational, les décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme ainsi que l'adoption de la *Déclaration des Nations sur les droits des peuples autochtones* par 145 États⁵⁸, y contribuent. Elle passe premièrement par la reconnaissance de différentes normes juridiques, telles que le droit de propriété collective des territoires ancestraux⁵⁹ et les droits aux territoires et aux ressources⁶⁰, le droit au consentement préalable, libre et éclairé⁶¹, le droit au respect des modes de vie autochtones⁶², le droit d'association à

autochtone et conservent une grande puissance dans la détermination des normes, puisqu'ils les sanctionnent. Entre les deux se situent l'ensemble des acteurs non-étatiques (lobbying, militants, membres de la société civile, compagnies d'exploitation minières, forestières, etc.) qui exercent une pression fondamentale sur l'orientation des normes juridiques en fonction de leurs intérêts et idéaux propres, favorables ou non à une transformation du droit prenant en compte le point de vue des peuples autochtones.

58. La *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* a été signée par 144 États le 13 septembre 2007 à l'Assemblée générale des Nations Unies. Au total, 11 États se sont abstenus et 4 ont voté contre, à savoir les États-Unis, la Nouvelle-Zélande, l'Australie et le Canada. Depuis, l'Australie est revenue sur sa position et a adopté le texte le 03 avril 2009. Voir en ligne : Nations Unies : <<http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/fr/drip.html>>.
59. *Nicaragua*, *supra* note 49 ; *Suriname*, *supra* note 45; *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, requête no 12313, arrêt, (17 juin 2005) en ligne : CIDH <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_ing.pdf>.
60. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, art. 26. En ce qui concerne le droit aux ressources naturelles en contexte interaméricain, voir la décision *Saramaka People v. Suriname*, requête n° 12338, arrêt, (28 novembre 2007) en ligne : C.I.D.H. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_ing.pdf> [Saramaka People].
61. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, art. 28. Au sein du système interaméricain, voir aussi la décision *Saramaka People*, *supra* note 60.
62. Cette norme juridique émerge actuellement, pour les peuples autochtones, au sein des systèmes juridiques européen, interaméricain et onusien. Elle provient de l'interprétation évolutive et adaptée par les juges supranationaux des Conventions internationales sur les droits de

l'élaboration et à la définition des programmes de santé⁶³ et le droit à leurs propres pratiques médicales⁶⁴. La relation particulière des peuples autochtones avec leurs territoires ancestraux est également consacrée. Cela peut être favorable à la diminution du risque en santé. En effet, les droits aux territoires et aux ressources, d'une part, facilitent l'accès à la pratique de la médecine traditionnelle⁶⁵ et peuvent permettre une autodétermination. D'autre part, en rétablissant la dignité de ces peuples, les droits aux territoires pourraient diminuer le malaise identitaire, source de risque en santé. Ces normes représentent donc une reconnaissance juridique supranationale des identités autochtones, qui n'a cependant pas toujours de conséquence immédiate en droit interne⁶⁶. Deuxièmement, la transformation du droit se manifeste également par l'association des peuples autochtones à l'élaboration des normes les concernant. Ce fut le cas, au niveau international, pour la rédaction de la *Déclaration des Nations Unies sur le droit des peuples autochtones*. C'est aussi le cas, actuellement, pour l'élaboration du projet de *Déclaration américaine relative aux droits des peuples autochtones* et pour le projet de *Convention nordique samie*. Une forme d'association se produit également sur le plan interne en matière de gestion des services de santé, si l'on en croit les diverses ententes conclues. L'association des bénéficiaires des normes à leur détermination est un instrument essentiel à l'adoption de règles adéquates. On peut donc constater que le rôle du droit dans la diminution du

l'homme, telles que les conventions européenne et américaine des droits de l'homme ainsi que le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Cette norme est prétorienne en ce qu'elle se fonde sur diverses décisions et communications.

63. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, art. 23.

64. *Ibid.*, art. 24.

65. Les droits au territoire ainsi que la reconnaissance identitaire devraient permettre, d'une part, un accès aux ressources naturelles qui sont à la base de la médecine traditionnelle. Ils devraient permettre, ensuite, une certaine autonomisation ou du moins une coopération dans la gestion des services de santé. Sur ce point, voir *supra* note 34.

66. En effet, le Canada n'a pas signé la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* et n'a pas reconnu la juridiction de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

risque en santé chez les peuples autochtones ne passe pas uniquement par la réglementation en santé, mais davantage par l'acquisition de perspectives juridiques plus globales. Le processus de prise de pouvoir par les Autochtones eux-mêmes est une nécessité inhérente à cette transformation. Il va de pair avec le processus de reconnaissance sur le plan politique et la mise en œuvre du principe d'autodétermination en matière juridique. Néanmoins, cette prise de pouvoir ne peut aboutir seule et doit être accompagnée d'une volonté sociale de transformation à l'échelle de la société toute entière, puisque les Autochtones ne peuvent maîtriser seul les déterminismes sociaux conduisant à l'exclusion ou à la pauvreté. De plus, elle ne peut aboutir sans l'élaboration d'objectifs et de modalités réalistes de participation.

Enfin, la mutation des ordres juridiques n'est pas autonome, dans la mesure où elle dépend de la transformation des perspectives politiques et sociales. La méconnaissance des identités autochtones, la rigidité des normes juridiques internes, leur cloisonnement encore à l'œuvre et le manque de considération au regard des revendications autochtones par les États y sont autant d'obstacles⁶⁷.

Ainsi, la situation de non-reconnaissance, de pauvreté, d'exclusion et de discrimination, sources du risque en santé pour les peuples autochtones du Québec, a tendance à se perpétuer, sous la bienveillance d'un droit dépendant des intérêts sociopolitiques privilégiés. En ce sens, le grand principe de dignité, garanti à tous par de nombreuses conventions supranationales ainsi que par le droit canadien interne, tant fédéral que provincial, paraît être vidé de sa substance.

67. L'avènement d'un droit au respect des modes de vie autochtones pourrait, néanmoins, représenter un pas supplémentaire, puisqu'à la différence des autres normes déjà consacrées, il dispose d'une capacité englobante.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA VULNÉRABILITÉ AU VIH DES HOMOSEXUELS EN AFRIQUE : UNE ANALYSE BASÉE SUR LE DROIT À LA SANTÉ

Auteur(s) : Christine VÉZINA

Revue : RDUS, 2009-2010, volume 40, numéro 1-2

Pages : 131-197

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10387>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10387>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

LA VULNÉRABILITÉ AU VIH DES HOMOSEXUELS EN AFRIQUE : UNE ANALYSE BASÉE SUR LE DROIT À LA SANTÉ

par Christine VÉZINA**

La stigmatisation et la discrimination des personnes homosexuelles en Afrique, dont la criminalisation de l'homosexualité est une manifestation importante, sont largement répandues et contribuent à accroître leur vulnérabilité au VIH. Dans un tel contexte d'hostilité à l'égard de l'homosexualité et à la reconnaissance de leur droit à l'égalité, l'auteur suggère que le droit à la santé, qui connaît des percées significatives dans l'ordre juridique africain, constitue un outil normatif pertinent à mobiliser par les défenseurs des droits des homosexuels. Dans le but de soutenir cette position, elle démontre que le droit à la santé lorsqu'il est interprété à la lumière des lignes directrices, déclarations et autres textes normatifs émanant des instances internationales spécialisées, telle ONUSIDA, constitue un véritable vecteur d'inclusion des homosexuels.

The stigmatisation of, and discrimination against homosexuals is widespread in Africa, as manifested by laws criminalizing homosexuality. This contributes to some extent to their increased vulnerability to HIV. In a context marked by hostility towards homosexuality as well as towards the recognition of homosexuals' right to equality, the writer suggests that the right to health, which has benefited from significant positive developments in African law, constitutes a relevant normative tool for those advocating the rights of homosexuals. To this end, the writer posits that the right to health, when interpreted in the light of various directives, declarations and other normative documents including those adopted by the UNAIDS, represents a useful vehicle for promoting the inclusion of homosexuals.

*. L'auteur est doctorante au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal.

SOMMAIRE

Introduction	133
I. Les violations des droits des HRH : un déterminant du risque de transmission du VIH	137
II. Le cadre normatif du droit à la santé en Afrique	146
A. Le droit à la santé dans l'ordre juridique international.....	150
B. Le droit à la santé dans l'ordre juridique africain.....	162
III. La lutte au VIH au prisme du droit à la santé : une démarche d'inclusion des HSH	178
A. Les normes et standards de la lutte au VIH	178
B. L'inclusion des HSH à travers le respect, la protection, la promotion et la mise en œuvre du droit à la santé	183
Conclusion	192

Introduction

L'homosexualité est une réalité qui bien que « sans frontières »¹, suscite encore de vives oppositions à travers le monde. La stigmatisation et la discrimination à l'égard des

1. Il s'agit du thème de la Journée Internationale de lutte contre l'Homophobie du 17 mai 2009. Fondation Émergence, « L'homosexualité n'a pas de frontières, Campagne 2008-2009 », *Journée internationale contre l'homophobie, 17 mai 2009. Rapport d'activités 2008-2009*, 2009 (23 juin 2010), en ligne : Homophobie.org <http://www.homophobie.org/utilisateur/documents/rapport_2008-2009.pdf>. Le thème contre-carre l'idée encore répandue en Afrique que l'homosexualité est un mal de l'occident. Voir les déclarations publiques des présidents de la Namibie, du Zimbabwe et de la Zambie à l'effet que l'homosexualité est « un-african ». Human Rights Watch, International Gay and Lesbian Human Rights Commission, *More than a Name: State Sponsored Homophobia and its Consequences in Southern Africa*, USA, Human Rights Watch, 2003 aux pp. 12-50 (28 juin 2010), en ligne: [hrw.org](http://hrw.org/hrw.org/reports/2003/safrica) <hrw.org/reports/2003/safrica>. Voir aussi la déclaration du Ministre de la justice camerounais au sujet de la détention de 11 hommes pour sodomie en 2005 : « (...) by virtue of the African culture, homosexuality is not a value accepted in the Cameroonian society »; Cameroonian Ministry of Justice, Doc 2603/CD 05/022/PPE/DDHCI/MJ, 23 Jan. 2006, cité par Rachel Murray, Frans Viljoen, « Towards Non-Discrimination on the Basis of Sexual Orientation : The Normative Basis and Procedural Possibilities Before the African Commission on Human and Peoples's Rights and the African Union » (2007) 29:1 Human Rights Quarterly 86 à la p. 93, le document cité est en la possession des auteurs. Pourtant, de nombreuses études démontrent toutefois que l'homosexualité existe en Afrique. Le contraire, voir, par exemple, Stephen O. Murray et et Will Roscoe, dir., *Boy-Wives and Female Husbands: Studies of African Homosexualities*, New York, Saint Martin's Press, 1998; Wayne Dynes, « Homosexuality in Sub-Saharan Africa » (1983) Gay Books Bull 20; Cary Alan Johnson, « Hearing Voices: Unearthing Evidence of Homosexuality in Precolonial Africa », dans, Delroy Constantine-Simms, (dir.), *The Greatest Taboo: Homosexuality in Black Communities*, Alyson Books, 2000, 132. Voir aussi à titre d'exemple, l'introduction au Nigéria d'un projet de loi prévoyant que les pratiques homosexuelles sont « un Biblical, unnatural and definitely un-African », Leo Igwe, « On the Proposed Bill to Ban Same Sex Marriages in Nigeria », *The Guardian (Nigeria)* 2006 (28 juin 2010), 65, en ligne: Africa Regional Sexuality Ressource Centre <www.arsrc.org/resources/publications/sia/jan06/viewpoint.htm>.

homosexuels sont des phénomènes répandus dans de nombreux pays, notamment dans les pays d'Afrique. Cette situation est attribuable aux pressions sociales et religieuses, à l'institutionnalisation des pratiques homophobes, à la répression et à la criminalisation des relations sexuelles entre partenaires consentants de même sexe². Il résulte de ces pratiques et normes une marginalisation des hommes ayant des relations sexuelles avec d'autres hommes³ qui les confine au silence et à la clandestinité⁴. Alors que la prévalence du VIH chez les HSH est

-
2. Voir l'information accessible, en ligne : International Lesbian and Gay Association <http://www.ilga.org> <http://www.ilga.org> en ligne : International Gay and Lesbian Human Rights Commission <<http://www.iglhrc.org/site/iglhrc>>. La Cour Constitutionnelle Sud-Africaine a été appelée à se prononcer sur la constitutionnalité de l'infraction de sodomie en vertu de la *Common Law* et l'a déclarée inconstitutionnelle en 1998. *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. The Minister of Justice*, [1998] (12) BCLR 1517 (CC) (S.Afr.).
 3. « On entend par "hommes ayant des rapports sexuels avec des hommes" toute personne de sexe masculin qui a des rapports sexuels avec un homme - définition qui renvoie à diverses identités sexuelles ainsi qu'aux hommes pratiquant à l'occasion une sexualité homosexuelle, sans pour autant se considérer comme des homosexuels ou des "gays". » ONUSIDA, *Politique générale. VIH et sexualité entre hommes*, Genève, 2006 à la p. 1, [*Politique générale. VIH et sexualité entre hommes*]. La stigmatisation de l'homosexualité entraîne des effets pervers chez l'ensemble des hommes ayant des relations sexuelles avec d'autres hommes et pas seulement chez les homosexuels. Dans le présent texte, nous référerons indistinctement aux homosexuels et aux hommes ayant des relations sexuelles avec d'autres hommes [HSH]. Sur les effets pervers de cette désignation, voir Rebecca M. Young et Iain H. Meyer, « The trouble with "MSM" and "WSW": erasure of the sexual-minority person in public health discourse » (2005) 95 *Am J. Public Health* 1144.
 4. Suzan Timberlake parle d'un déni de l'existence des HSH. Suzan Timberlake, « Men Having Sex with Men and Human Rights, The UNAIDS Perspective », *ILGA World Conference, Pre-Conference: MSM & Gay Men's Health* Genève, 2006, 1 (28 juin 2010), en ligne : http://data.unaids.org/pub/Speech/2006/20060508_SP_Timberlake_1_LGA_en.pdf. *Politique générale. VIH et sexualité entre hommes*, *supra* note 3 à la p. 2. Voir *Toonen c. Australia*, Communication 488/92, Comité des droits de l'homme, Doc. NU CCPR/C/50/D/488/1992 (1994) [*Toonen*] au par. 8.5. Dans cette affaire, le Comité des droits de l'homme a endossé l'argument à l'effet que la criminalisation de l'homosexualité

généralement plus élevée que dans la population en général⁵, cette marginalité crée des obstacles dans l'accès au dépistage du VIH, à l'information, aux moyens de prévention, aux soins, aux traitements⁶ et aux services d'appui et, par conséquent, augmente les risques de transmission du VIH⁷.

Pour renverser cette situation attentatoire aux droits fondamentaux (I. Les violations des droits des hommes ayant des relations sexuelles avec des hommes : un déterminant du risque de transmission du VIH), nous suggérons que le droit à la santé est un outil normatif (II. Le cadre normatif du droit à la santé en Afrique) qui mérite d'être mobilisé par les défenseurs des droits des HSH. Le droit à la santé présente en effet un intérêt particulier

conduit les HSH à la clandestinité ce qui contribue à accroître leur vulnérabilité au VIH.

5. Dans de nombreux pays du monde, elle est jusqu'à vingt fois plus élevée que dans la population générale. ONUSIDA et PNUD, Communiqué, « Ripostes au sida: hommes ayant des relations sexuelles avec les hommes », 2009 (1er juillet 2010), en ligne : Programme des Nations Unies <<http://content.undp.org/go/newsroom/2009/may/aids-responses-failing-men-who-have-sex-with-men-and-transgenderpopulations.fr;jsessionid=aob-sr08DE97?categoryID=412141&lang=fr>>. ONUSIDA, Archives de reportages 2008, « ICASA 2008 : Hommes ayant des rapports sexuels avec des hommes et VIH en Afrique », 2008 (1er juillet 2010), en ligne : Unaid.org <www.unaids.org/fr/KnowledgeCentre/Resources/FeatureStories/archive/2008/20081207_msm.asp> [ICASA 2008 : Hommes ayant des rapports sexuels avec des hommes et VIH en Afrique]. ONUSIDA, *Rapport sur l'épidémie mondiale du sida 2008*, Genève, 2008 (ci-après [Rapport ONUSIDA, 2008]); Stefan Baral, Frangiscos Sifakis, Farley Cleghorn *et al.*, « Elevated risk for HIV infection among men who have sex with men in low- and middle-income countries 2000-2006: a systematic review » (2007) 4e PLoS Med. 339.
6. Lorsqu'ils sont disponibles. À la fin 2008, 44% des personnes en ayant besoin avaient accès aux antirétroviraux sur le continent africain. ONUSIDA, OMS, *Aide-mémoire. Afrique Subsaharienne 09* (1er juillet 2010, en ligne : Unaid.org <http://data.unaids.org/pub/FactSheet/2009/20091124_FS_SSA_fr.pdf>.
7. Tant pour les HRH que pour la population en général. En effet, les hommes ayant des relations sexuelles avec des hommes peuvent aussi avoir des partenaires féminins ou une épouse. *Politique générale. VIH et sexualité entre hommes*, *supra* note 3 à la p. 1.

parce que tout en prévoyant un arsenal de mesures⁸ destinées à protéger la santé des individus, il constitue un véritable vecteur d'inclusion pour les personnes vulnérables et marginalisées, en raison notamment de leur orientation sexuelle (III. La lutte au VIH au prisme du droit à la santé : une démarche d'inclusion des HSH).

En raison des récentes arrestations de personnes homosexuelles sur le continent africain⁹, nous concentrerons notre réflexion sur cette région du monde. Néanmoins, l'analyse est pertinente pour l'ensemble des pays faisant face à la

-
8. Il s'agit prioritairement de mesures prévoyant des obligations étatiques mais des acteurs privés offrant des services et soins de santé ou dont les activités ont un impact sur la santé peuvent aussi être visés par certaines de ces obligations. *Observation générale no. 14, infra* note 61 aux par. 63-65. Sur l'impact des nouveaux modes de gouvernance sur la mise en oeuvre des droits économiques, sociaux et culturels et notamment du droit à la santé, voir Lucie Lamarche, « Economic and Social Rights in an Era of Governance and Governance Arrangements in Canada : The Need to Re-visit the issue of Implementation of International Human Rights Law » dans *Canada and International Law : Is our House in Order?*, Kingston, Queen's McGill Press, publication à venir (l'auteur remercie la professeur Lamarche de lui avoir transmis une copie du texte).
 9. En juin 2010, un couple d'homosexuels a été condamné au Malawi à 14 ans de travaux forcés après avoir voulu célébrer publiquement leur union. Kathryn Senior, « HIV, Human Rights and men who have sex with men », (2010) 10 *The Lancet.com/ infection* 448. Le 7 janvier 2009, 9 homosexuels avaient été condamnés à 8 ans d'emprisonnement ferme au Sénégal pour « acte impudique et contre nature et association de malfaiteurs ». Après avoir été décriée par la France, la Cour d'appel de Dakar a annulé cette condamnation et exigé la libération des inculpés. « Les neuf Sénégalais condamnés pour homosexualité vont être libérés », *Têtu* 2009 (2 juillet 2010), en ligne : <http://www.tetu.com/actualites/international/les-neuf-senegalaiscondamnes-pour-homosexualite-vont-etre-liberes-14472> >. France Diplomatie, « La Cour d'Appel de Dakar annule la condamnation de neuf personnes pour homosexualité » 2009 (23 juin 2010), en ligne : http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/pays-zones-geo_833/Senegal_355/france-senegal_1239/presentation_3537/cour-appel-dakarannule-Condammation-neuf-personnes-pour-homosexualite-21.04.09_72355.html?xtor=RSS-1.

problématique et ayant adhéré au Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels¹⁰.

I. Les violations des droits des HRH : un déterminant du risque de transmission du VIH

Les hommes ayant des relations sexuelles avec d'autres hommes sont marginalisés et stigmatisés dans de nombreux pays à travers le monde¹¹. Selon une étude récente, 86 pays criminalisent les relations sexuelles entre partenaires consentant de même sexe¹². De ce nombre, 7 États prévoient la peine de mort¹³ et d'autres disposent de diverses peines pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement à vie et le travail forcé¹⁴. En Afrique, 38

10. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U 3 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976), [PIDESC].

11. Kathryn Senior, *supra* note 9.

12. amfAR, « MSM, HIV, and the Road to Universal Access—How Far Have We Come? » *Special Report*, USA, amfAR, 2008 (3 juillet 2010), en ligne : http://www.amfar.org/uploadedFiles/In_the_Community/Publications/MSM%20HIV%20and%20the%20Road%20to%20Universal%20Access.pdf. Voir aussi SIDA, *LGBTI issues in the world: A Study on Swedish policy and administration of Lesbian, Gay, Bisexual Transgender and Intersex issues in international development cooperation*, Stockholm, Government Offices of Sweden, 2005 (5 juillet 2010), en ligne : http://www.msc.st/Sidas_HBT-Arbete.pdf. En 2005, l'étude répertoriait 70 États criminalisant l'homosexualité.

13. Parmi lesquels figurent le Soudan, l'Arabie Saoudite, l'Afghanistan, le Pakistan, l'Iran et la Mauritanie, SIDA, *ibid.* à la p. 19.

14. Les pays qui pénalisent durement les actes homosexuels sont entre autres, l'Égypte, le Kenya, l'Ouganda, la Namibie, le Zimbabwe, le Bangladesh et la Tanzanie. Les sentences peuvent englober l'emprisonnement à vie, le travail forcé, les coups de fouets publics et divers châtiments corporels. Certains pays, tels le Nicaragua, l'Inde, le Mozambique, l'Angola, le Botswana, et l'Éthiopie, peuvent prévoir des peines allant jusqu'à 10 ans d'emprisonnement, le travail forcé, des amendes importantes et les châtiments corporels, SIDA, *ibid.* aux pp. 19-20.

États sur 53 criminalisent l'homosexualité¹⁵. Dans ces pays, les agressions commises à l'endroit des HSH ont lieu en toute impunité. Les victimes taisent les abus par crainte de dévoiler leur orientation sexuelle et d'être en retour poursuivies plutôt que protégées¹⁶.

L'absence de protection constitutionnelle contre la discrimination en raison de l'orientation sexuelle¹⁷ ou, lorsqu'elle est prévue, sa violation¹⁸, donne notamment lieu à une institutionnalisation de l'homophobie, au déni des besoins de santé des homosexuels et à une discrimination dans l'accès aux soins et services de santé¹⁹. De plus, la criminalisation et la discrimination rendent la tâche extrêmement ardue pour les hommes qui souhaitent se regrouper et travailler ouvertement à la prévention du VIH et au plaidoyer²⁰. Dans certaines situations, la

15. Stéphane Waffo, « L'Afrique dans le placard », *Quartier libre*, 2009 (1er juillet 2010), en ligne : Quartier libre <<http://quartierlibre.ca/LAfrique-dans-le-placard>>.

16. SIDA, *supra* note 12 à la p. 20.

17. Dans le cadre des négociations relatives au Protocole facultatif se rapportant au PIDESC, les États africains se sont opposés à une formulation large des motifs de discrimination prohibés dans le Préambule et ont insisté pour que la liste précise de la *DUDH* soit utilisée. Selon Claire Mahon, les États étaient réfractaires à l'idée d'introduire l'orientation sexuelle et le genre à titre de motifs prohibés de discrimination. Voir Claire Mahon, « Progress at the Front: the Draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights » (2008) 48 : 4 Human Rights Law Review 617 à la p. 639.

18. Bien que la Constitution sud-africaine interdise la discrimination en raison de l'orientation sexuelle et qu'elle ait autorisé les unions entre époux de même sexe en 2006, les homosexuels, les lesbiennes et les personnes transgenres en demeurent victimes. SIDA, *supra* note 12 aux pp. 39, 40 et 57.

19. SIDA, *ibid.* à la p. 19. Le manque de formation des travailleurs de la santé nuit également à la fourniture de soins et de services adaptés aux besoins des hommes ayant des relations sexuelles avec des hommes. Par exemple, au Kenya, les travailleurs chargés du counselling individuel dans les sites de dépistage du VIH n'ont aucune formation relative aux modes de transmission chez les HRH. *Politique générale. VIH et sexualité entre hommes*, *supra* note 3 à la p. 2.

20. SIDA, *ibid.*

promotion du condom et la possession de matériel d'information sur la prévention du VIH auprès des HSH ont été utilisés pour prouver la commission d'actes criminels par des HSH²¹. Cette situation est particulièrement problématique si l'on considère que l'expérience et les études démontrent la très grande pertinence de la prévention par les pairs dans le changement des comportements à risque²². Dans certains pays, le déni de l'homosexualité est si grand que les HRH ne sont tout simplement pas désignés à titre de populations cibles dans les stratégies de lutte au VIH²³.

En somme, la violation des droits fondamentaux des HRH contribue à augmenter leur vulnérabilité au VIH²⁴. De fait, des environnements sociaux et juridiques²⁵ répressifs à l'égard des

-
21. SIDA, *ibid.* à la p. 20 *Politique générale. VIH et sexualité entre hommes*, *supra* note 3 à la p. 2.
 22. *Politique générale. VIH et sexualité entre hommes*, *supra* note 3 à la p. 2; L. Williamson *et al.*, « The Gay Men's Task Force: the impact of peer education on the sexual health behaviour of homosexual men in Glasgow » (2001) 77 *Sex Transm Infect.* 427; J. Elford *et al.*, « Peer led HIV prevention among homosexual men in Britain » (2002) 78 *Sex Transm Infect.* 158.
 23. Voir par exemple, Cameroun, *Rapport de progrès sur la Déclaration d'engagement sur le VIH /sida*, *infra* note 46 Government of Uganda, *UNGASS Country Progress Report, Uganda 2006-2007, 2008* (1er juillet 2010), en ligne : <http://data.unaids.org/pub/Report/2008/uganda_2008_country_progress_report_en.pdf>. Par ailleurs, certains groupes non gouvernementaux travaillent sur le terrain sans désigner les HSH à titre de groupe vulnérable afin de ne pas attirer l'attention des autorités conservatrices.
 24. Le Comité des droits de l'homme a d'ailleurs endossé l'argument à l'effet que la criminalisation de l'homosexualité nuit aux programmes de prévention du VIH dans l'affaire *Toonen*. Aussi, l'ONUSIDA fait de la création d'un environnement juridique protecteur une des 10 priorités de son cadre de résultats 2009-2011. UNAIDS, *Joint Action for Results: UNAIDS Outcome Framework, 2009-2011*, UNAIDS, Genève, 2009, mis à jour en mars 2010 (1er juillet 2010), en ligne : [Unaids.org <http://data.unaids.org/pub/Report/2010/jc1713_joint_action_en.pdf>](http://data.unaids.org/pub/Report/2010/jc1713_joint_action_en.pdf).
 25. La récente création de la Commission mondiale sur le VIH et le droit dont le mandat consiste à approfondir la compréhension de l'impact de l'environnement juridique sur les réponses nationales au VIH témoigne de l'importance des enjeux juridiques en la matière. Voir PNUD,

homosexuels induisent une clandestinité qui se traduit, en pratique, par l'incapacité à rechercher un soutien médical adapté, par des obstacles au dépistage du VIH et par l'adoption de comportements sexuels à risque²⁶.

Cette situation explique en grande partie pourquoi il n'existe que très peu de données sur la prévalence du VIH chez les HRH en Afrique. Le déni des autorités fait en sorte que de nombreux États ne recueillent aucune donnée épidémiologique sur les HRH. Quant aux États qui procèdent à ce genre d'exercice, il n'est pas évident de dégager un portrait réaliste de la situation puisque les hommes qui fréquentent les ressources demeurent une minorité²⁷. Cela entraîne des conséquences néfastes sur la prévention du VIH. La méconnaissance des facteurs de risque, des comportements et des besoins²⁸ des HRH nuit en effet au développement de programmes de prévention et de soins adaptés à leurs besoins²⁹. Comme le précise Rachel Murray et Frans Viljoen :

An important consequence of non-recognition of the existence of gays and of a denial of their rights is that they are — despite increased biological vulnerability — excluded from HIV prevention strategies, educational campaigns, and other sex education. This may foreclose

Communiqué, « Lancement de la Commission mondiale sur le VIH et le droit : « Remédier aux lois punitives et aux violations des droits de l'homme qui entravent l'efficacité des réponses au SIDA » 2010 (2 juillet 2010), en ligne : <http://data.unaids.org/pub/PressRelease/2010/20100624_pr_lawcom_fr.pdf>.

26. ICASA 2008 : *Hommes ayant des rapports sexuels avec des hommes et VIH en Afrique*, *supra* note 5.

27. « In Africa, there is no data available but an estimate of HIV prevalence among gay men in Western Cape, South Africa by health professionals is that it is probably over 30% compared to approx 7% in the general adult population », *SIDA*, *supra* note 12 à la p. 22 *Politique générale. VIH et sexualité entre hommes*, *supra* note 3 à la p. 2.

28. *Politique générale. VIH et sexualité entre hommes*, *ibid*.

29. Richard Parker, Sharrif Khan, et Peter Aggleton, « Conspicuous by their absence? Men who have sex with men (MSM) in developing countries : implication for HIV prevention » (1998) 8: 4 *Critical Public Health* 329.

the possibility of those at risk having access to HIV education and prevention, further reinforcing internalized stigma, and thus placing them at greater risk of HIV infection³⁰.

Il en résulte qu'au niveau mondial, moins de un HSH sur vingt a accès aux services de prévention, de traitement et de prise en charge du VIH dont ils ont besoin³¹.

À l'échelle du continent africain, l'Organisation de l'Union Africaine s'est déjà prononcée sur l'impact de la stigmatisation et de la discrimination sur la pandémie de VIH :

[W]e are aware that stigma, silence, denial and discrimination against people living with HIV/AIDS [...] increase the impact of the epidemic and constitute a major barrier to an effective response to it³².

Les réticences des pays africains à accepter une formulation large des motifs de discrimination interdits au préambule du *Protocole facultatif au PIDESC*³³, laissent toutefois croire qu'il existe encore des embûches à la reconnaissance de l'impact négatif de ce type de discrimination³⁴. Par conséquent des réformes aux environnements juridiques hostiles aux homosexuels, tels qu'ils existent par exemple au Sénégal³⁵, au Cameroun et au Nigéria³⁶,

30. Rachel Murray et Frans Viljoen, *supra* note 1 à la p. 98.

31. ONUSIDA, *Rapport sur l'épidémie mondiale de SIDA*. *supra* note 4 à la p. 2.

32. OUA, *Déclaration d'Abuja sur le VIH/SIDA, la tuberculose et autres maladies infectieuses connexes*, Doc. off. OAU/SPS/ABUJA/3, (2001) au par. 12 [*Déclaration d'Abuja*].

33. *Infra* note 77; Claire Mahon, *supra* note 17.

34. Le fait de relier ces discriminations aux risques de santé encourus par la population en général peut peut-être renverser cette tendance, voir *infra* à la p. 48.

35. Julie Vandal, « À Dakar, les gays traqués », *Libération.fr* 2010 (10 juillet 2010), en ligne : *Libération.fr* <<http://www.liberation.fr/monde/0101635863-a-dakar-les-gays-traques>>).

36. Le Sénégal, le Cameroun et le Nigéria criminalisent l'homosexualité.

sont des projets qui requièrent une forte mobilisation pour se concrétiser.

Au Sénégal, l'article 319 (3) du Code pénal³⁷ criminalise les rapports homosexuels entre partenaires consentants et la Constitution ne prévoit aucune protection contre la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle³⁸. Paradoxalement, les autorités de santé reconnaissent et documentent de plus en plus la vulnérabilité au VIH des HRH³⁹. Des interventions spécifiques sont réalisées auprès de ces derniers et deux recherches importantes ont été menées afin, notamment, d'établir la prévalence chez ce groupe⁴⁰ et de connaître le pourcentage de HSH rejoints par les programmes de prévention⁴¹. Malgré certains résultats positifs, il est difficile de ne pas remettre en question ces résultats alors que le cadre légal, les perceptions hautement négatives de la population⁴² et la forte opposition de la religion musulmane à l'égard de l'homosexualité demeurent des barrières importantes à la prévention du VIH. Alors que, dans le Rapport de situation sur la riposte nationale à l'épidémie de VIH/sida,

37. Loi n° 66-16 du 12 février 1966.

38. *Constitution de la République du Sénégal du 22 janvier 2001*, [ci-après la *Constitution de la République du Sénégal du 22 janvier 2001*], [*Constitution de la République du Sénégal*] (3 juillet 2010), en ligne : Heinonline.org <<http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.cow/zzsn0001&collection=cow#1>>.

39. République du Sénégal, *Rapport de situation sur la riposte nationale à l'épidémie de VIH/sida, Sénégal, 2008-2009, Suivi de la session extraordinaire de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le VIH/sida (UNGASS), 2010* à la p. 27 [*Rapport de situation sur la riposte nationale à l'épidémie de VIH/sida, Sénégal*].

40. Selon l'enquête ELIHoS, la prévalence est estimée à 21,8%, (à 34,4% au sein des HRH de 25 ans et plus et de 12,7% au sein des HRH de moins de 25 ans). *Rapport de situation sur la riposte nationale à l'épidémie de VIH/sida, Sénégal* à la p. 17.

41. Selon les données fournies, 84,6% des HRH seraient rejoints par des programmes de prévention. *Rapport de situation sur la riposte nationale à l'épidémie de VIH/sida, Sénégal*.

42. The Pew Global Project Attitude, *World Publics Welcome Global Trade not Immigration*. 47-Nation Pew Global Attitudes Survey, Pew Research Center, 2007 (3 juillet 2010), en ligne: The Pew Global Attitudes Project <<http://pewglobal.org/files/pdf/258.pdf>>.

Sénégal, 2008-2009, les autorités de santé mentionnent expressément l'existence de la stigmatisation à titre d'obstacles aux efforts de prévention⁴³, elles demeurent silencieuses sur la criminalisation de l'homosexualité et sur le défaut de prohiber la discrimination sur le motif de l'orientation sexuelle.

Au Cameroun, l'article 347 du Code pénal⁴⁴ criminalise les rapports homosexuels et tout comme pour le Sénégal, la Constitution fait défaut de prohiber la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle⁴⁵. Le climat social est stigmatisant à l'égard des homosexuels⁴⁶ et le déni de l'homosexualité est si fort que les autorités ont reconnu pour la première fois, dans le *Rapport de progrès sur la Déclaration d'engagement sur le VIH /sida UNGASS*⁴⁷, grâce à une étude réalisée dans une ville du pays en 2008-2009, que l'homosexualité existe au Cameroun⁴⁸. Mis à part cette mention, le rapport fait défaut de considérer les HSH à titre de groupe vulnérable au VIH et aucune donnée relative à la prévalence du VIH au sein de ce groupe n'est fournie. Parmi les nouveaux défis à relever, on mentionne le besoin de mieux évaluer l'ampleur de l'épidémie chez les groupes marginalisés et les plus à risque et de développer des interventions spécifiques à leur intention⁴⁸, mais rien n'indique que les HSH sont expressément visés.

43. *Rapport de situation sur la riposte nationale à l'épidémie de VIH/sida, Sénégal* à la p. 51.

44. Loi 65-LF-24 du 12 Novembre 1965 et loi 67-LF-1 du 12 Juin 1967.

45. *Constitution de la République du Cameroun* du 2 juin 1972, refondue le 18 janvier 1996, [*Constitution de la République du Cameroun*] (3 juillet 2010), en ligne : Heinonline.org <<http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.cow/zzcm0004&collection=cow>>.

46. Voir Sandra Fontaine, « Cameroun : sortir du Nkuta » (placard), l'Afrique face aux gays », *Info Sud, tribune des droits humains*, 2010 (5 juillet 2010), en ligne : Info Sud, tribune des droits humains <<http://osi.bouake.free.fr/?Cameroun-sortir-du-Nkuta-placard-l>>.

47. République du Cameroun, *Rapport de progrès sur la Déclaration d'engagement sur le VIH /sida UNGASS*, Janvier 2008-décembre 2009, 2010 [*Rapport de progrès sur la Déclaration d'engagement, Cameroun*].

48. *Ibid.* Indicateur 19 à p. 11.

49. *Ibid.* à la p. 29.

Au Nigéria, les articles 214 et 217 du chapitre 21 du code pénal nigérian⁵⁰ criminalise l'homosexualité, la Constitution ne prévoit aucune protection contre la discrimination sur le motif de l'orientation sexuelle⁵¹ et de nombreux États de la République fédérale prévoient la lapidation en vertu de la charia⁵². Les perceptions sociales sont extrêmement négatives à l'égard de l'homosexualité⁵³. Le rapport de suivi des obligations du Nigéria découlant de la Déclaration d'engagement sur le VIH/sida⁵⁴ fait état des priorités fixées dans le cadre stratégique national 2005-2009⁵⁵. La priorité no. 8 va comme suit :

Objective 8: Create an enabling social, legal and policy environment by a 50% increase in the number of reviewed and operational gender-sensitive and human rights-friendly policies, legislations and the enforcement of laws that protect the rights of the general population, particularly PLWA, by the year 2009⁵⁶.

Pourtant, le 20 janvier 2009, une loi a été voté par la chambre basse du Parlement interdisant le mariage homosexuel et

50. *Criminal Code Act*, Nigeria, 1990.

51. *Constitution of the Federal Republic of Nigeria (Promulgation) decree 1999*, Decree no. 24, 5th May 1999 (3 juillet 2010), en ligne : Heinonline.org <<http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.cow/zzng0001&collection=cow#3>> [*Constitution of the Federal Republic of Nigeria*] .

52. Voir Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, *Nigéria : information sur le traitement réservé aux personnes homosexuelles par la société et les autorités gouvernementales de même que sur les recours et la protection dont peuvent se prévaloir les personnes homosexuelles ayant subi des mauvais traitements (2008-août 2009)*, (3 juillet 2010), en ligne : Unhcr.org <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b20efe43c.html>> [*Nigéria : informations sur le traitement réservé aux homosexuel*].

53. The Pew Global Attitudes Project, *supra* note 42.

54. Nigeria, *United Nations General Assembly Special Session (UNGASS) Country Progress Report, January 2008-December 2009*, 2010 [*Nigeria Country Progress Report*].

55. National Agency for the Control of AIDS (NACA), *National Strategic Framework (NSF), 2005-2009*, Nigeria.

56. *Nigeria Country Progress Report* à la p. 62.

toute association ou manifestation homosexuelle⁵⁷. Dans la mesure où les autorités nigérianes elles-mêmes ont affirmé au Conseil des droits de l'homme en 2009 que les minorités sexuelles étaient invisibles dans leur pays⁵⁸, il faut certainement s'interroger sur la capacité des autorités à rejoindre les HSH dans le cadre des stratégies de prévention⁵⁹.

De toute évidence, le respect des droits fondamentaux des HSH en Afrique est un objectif qui fait face à des nombreux obstacles. Au niveau international, la protection de leurs droits est fragmentée⁶⁰ et il n'existe aucune convention relative aux droits de homosexuels qui pourraient servir de levier à des transformations juridiques et sociales dans les pays⁶¹. Dans un tel contexte, nous

57. *Nigéria : informations sur le traitement réservé aux homosexuels, supra* note 52.

58. Compte rendu présenté au Conseil des droits de l'homme dans le cadre de l'examen périodique universel, Nigeria, « National Report Submitted in Accordance with Paragraph 15 (A) of the Annex To Human Rights Council Resolution 5/1 », Doc. NU A/HRC/WG.6/4/NGA/1, 2009 (17 juillet 2010), en ligne : Lib.ohchr.org <http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session4/NG/A_HRC_WG6_4_NGA_1_E.pdf>.

59. Selon les données du *Nigeria Country Progress Report*, la prévalence au VIH au sein de ce groupe serait de 13,5%.

60. Il n'existe aucune disposition à cet effet dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ni dans la Convention européenne des droits de l'homme mais une protection a été accordée par le Comité des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme sur la base d'une interprétation large du droit à la vie privée. Voir pour le Comité des droits de l'homme, *Toonen*. Voir aussi *Young c. Australia*, Communication 941/2000, Comité des droits de l'homme, Doc. NU CCPR/C/78/D/941/2000 (2003). Pour la Cour européenne des droits de l'homme, voir *Dudgeon c. Royaume-Uni*, (1981), 45A, C.E.D.H., 14; *Norris c. Ireland*, (1991) 142A C.E.D.H et *Modinos c. Cyprus*, (1993) 259A C.E.D.H. Rachel Murray, et Frans Viljoen, *supra* note 1 aux pp. 88 et ss.

61. Les principes de Yogyakarta adoptés par des experts internationaux en 2007, qui visent à lier les questions d'orientation sexuelle et de genre aux droits de la personne pallient d'une certaine manière à cette situation, bien que n'ayant aucune force contraignante. *Principes de Yogyakarta* sur l'application du droit international des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, Genève, mars 2007 (6 juillet 2010), en ligne : Yogyakartaprinciples.org <http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_fr.htm>. En décembre 2008, la France a

suggerons que le droit à la santé qui prohibe de manière explicite la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle « dans l'accès aux soins de santé et aux éléments déterminants de la santé ainsi qu'aux moyens et titres permettant de se les procurer »⁶², peut, au nom de la prévention du VIH, agir à titre de catalyseur des réformes juridiques et sociales. Voyons maintenant son objet et sa portée, tel que fixés dans l'ordre juridique international et africain.

II. Le cadre normatif du droit à la santé en Afrique

De par son objet, le droit à la santé pose des défis importants de définition. Les approches différentes de la santé à travers les disciplines de la médecine et de la santé publique contribuent à une certaine confusion. La médecine porte son attention sur l'accès à des soins de santé curatifs alors que la santé publique s'intéresse davantage à la protection de la santé des populations et les services de prévention⁶³. La définition large de la santé proposée par l'Organisation mondiale de la santé⁶⁴,

présenté, à la 63e session de l'Assemblée générale des Nations Unies et avec le soutien de 67 États, la première Déclaration relative aux droits des personnes homosexuelles. « Déclaration relative aux droits de l'Homme et à l'orientation sexuelle et l'identité de genre » (3 juillet 2010), en ligne : Ilga.org <http://www.ilga.org/news_results.asp?LanguageID=3&FileID=1213>.

62. L'observation générale n° 14 du Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels relative au droit à la santé prohibe toute discrimination sur la base de l'orientation sexuelle au par. 18. *Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), Observation générale n° 14*, Doc. off. CDESC NU, 22e sess., Doc. NUE/C.12/2000/4, (2000), [Observation générale n° 14] (5 juin 2010), en ligne : Uunhcr.ch <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument)>.
63. Audrey R. Chapman, « Core obligation related to the Right to Health » dans Chapman et Russell ((dir.)) *Core obligations : Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Antwerpen, 2002, 185 aux pp. 188-189.
64. *Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé*, 22 juillet 1946, R.T.N.U. 204 (entrée en vigueur le 7 avril 1948), préambule. Sur les

englobant le bien-être être physique mental et social, participe aussi au problème. En rapprochant le concept de santé de celui d'un état de bien-être complet, il devenait en effet ardu de le rattacher à des obligations étatiques réalistement réalisables⁶⁵. Cette définition n'a d'ailleurs pas été reprise dans les textes onusiens. On y a préféré une définition un peu plus restrictive, bien que suffisamment large pour englober à la fois les perspectives de la médecine et de la santé publique⁶⁶.

D'abord reconnu dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁶⁶, le droit à la santé est défini au *PIDESC* comme étant le « droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre »⁶⁸. On l'a longtemps désigné comme un droit programmatique trop imprécis pour être justiciable⁶⁹. Or, ce caractère vague apparaît principalement attribuable au déficit du système de contrôle mis en place par le *PIDESC*⁷⁰. En raison de l'absence de procédure de communications individuelles, l'article 12 du *PIDESC* a pendant longtemps été privé de l'interprétation que seule la confrontation

-
- débats entre une vision large de la santé, telle que celle de l'OMS, et une vision plus restrictive voir Audrey R. Chapman, *ibid.* aux pp. 187-188.
65. Voir Audrey R. Chapman, *ibid.*; Daniel Callahan, *What Kind of Life: A Challenging Exploration of the Goals of Medicine*, New York, Touchstone Books, 1990, aux pp. 34-40; Joseph M. Boyle, Jr., « The Concept of Health and the Right to Health » (1977) 3 *Social Thought* 5.
66. Toebes, *infra* note 109 à la p. 174. Voir l'*Observation générale* n° 14.
67. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 (III), Doc. Off. AG NU, 3^e sess., supp. No. 13, Doc NU A3810 (1948) 71 (ci-après la « *DUDH* »), art. 25.
68. Sur les imprécisions relatives à cette formulation, voir Audrey R. Chapman, *supra* note 63 à la p. 188; Magdalena Sepúlveda, *infra* note 70 à la p. 7.
69. Au même titre que les autres droits économiques, sociaux et culturels prévus au *PIDESC*. Pour un exposé critique de ces prétentions voir G.J.H. Van Hoof, « The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights : a Rebuttal of Some Traditional Views » dans Philip Alston et Katarina Tomasevski, dir., dir., *The Right to Food*, Utrecht, Martinus Nijhoff, 1984, 97 aux pp. 108-112.
70. Magdalena Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen, Oxford, New York, Intersentia, 2003 à la p. 7.

du droit aux faits rend possible. Cette situation a toutefois beaucoup changé au cours des dix dernières années. Les Observations générales du Comité sur les droits économiques sociaux et culturels⁷¹, les décisions des commissions régionales⁷², les jugements de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud⁷³, de la Cour suprême d'Inde⁷⁴ et d'Argentine⁷⁵ ont en effet précisé les jalons normatifs du droit à la santé. De manière plus prospective, il est possible de croire que ces avancées continueront de se développer lorsque le *Protocole facultatif se rapportant au PIDESC*⁷⁶, récemment adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies, entrera en vigueur⁷⁶.

71. *Observation Générale n° 14.*

72. Nous pensons entre autre à *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigéria*, Comm. no. 155/96, 2001 (10 juillet 2010), en ligne : <http://www.esrnet.org/usr_doc/serac.pdf>. [décision SERAC]. Voir aussi les décisions rendues par la Commission inter-américaine des droits de l'homme dans des cas relatifs à l'accès aux médicaments antirétroviraux au Chili (People living with HIV) et au Salvador (Jorge Odir Miranda Cortéz. Caso N° 12.249. Informe de admisibilidad N° 29/01.) (3 juillet 2010) en ligne : <http://www.esrnet.org/caselaw/caselaw_results.htm>.

73. *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others* (TAC) (2002) 5 SA 721 (CC) [décision « TAC »].

74. *C.E.S.C. Limited v. Subbash Chandra Bose*, [1992] AIR 573, 1991 SCR Supl. (2) 267 (7 juillet 2010), en ligne : <http://indiankanoon.org/doc/1510944/>; *Consumer Education and Research Centre and Others v. Union of India and Others* 1995 AIR 922, [1995] SCC (3) 42 JT 1995 (1) 636 1995 SCALE (1)354 (7 juillet 2010), en ligne : <http://www.rishabhdara.com/sc/view.php?case=12876>.

75. *Etcheverry, Roberto E. v. Omint Sociedad Anónima y Servicios*, [2001] S.C.J. Supreme Court of Justice, 13 March 2001; *Asociación Benghalensis y otros v. Ministerio de Salud y Acción Social*, [2000] S.C.J. Supreme Court of Justice, case 323:1339.

76. Doc. off. AG NU A/RES/63/117 (2008), [*Protocole facultatif se rapportant au PIDESC*], dont l'article 2 prévoit une procédure de communication individuelle.

77. À ce jour, 332 États ont signé le *Protocole facultatif se rapportant au PIDESC*. Il s'agit de l'Argentine, l'Arménie, l'Azerbaïdjan, la Belgique, la Bolivie, la Bosnie-Herzégovine, le Chili, le Congo, l'Équateur, l'Espagne, la Finlande, la France, le Gabon, le Ghana, le Guatemala, la Guinée-Bissau, les Îles Salomon, l'Italie, le Luxembourg, Madagascar, le Mali, la Mongolie, le Monténégro, le Paraguay, les Pays-Bas, le Portugal, le

Puisque nous nous intéressons aux obligations qui incombent aux États africains et plus particulièrement au Sénégal, au Cameroun et au Nigéria, qui ont tous trois signé et ratifié le *PIDESC*⁷⁸ et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples⁷⁹, nous concentrerons d'abord notre analyse sur l'article 12 du *PIDESC* et sur l'interprétation faite par le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels à travers ses Observations générales⁸⁰ (A. Le droit à la santé dans l'ordre juridique international). Nous nous attarderons ensuite sur l'article 16 de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* et sur les implications de la jurisprudence africaine relative au droit à la santé à l'échelle du continent africain (B. Le droit à la santé dans l'ordre juridique africain).

Salvador, le Sénégal, la Slovaquie, la Slovénie, le Timor-Leste, le Togo, l'Ukraine et l'Uruguay. De ce nombre, seul l'Équateur et la Mongolie ont ratifié le *Protocole*, alors que 10 ratifications sont requises aux fins de son entrée en vigueur, *Protocole facultatif se rapportant au PIDESC* art. 18. Voir Amnesty International, « L'Équateur, premier pays à ratifier le nouveau mécanisme de l'ONU pour l'application des droits économiques, sociaux et culturels ». 2010 (9 juillet 2010), en ligne : <<http://www.amnesty.org/fr/news-and-updates/ecuador-first-ratifynew-un-mechanism-enforce-economic-social-and-cultural-ights-2>>. Nations Unies, Collection des Traités, « Chapitre IV, Droits de l'Homme » (23 juillet 2010), en ligne : http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=fr>. Sur les obstacles à l'effectivité du *Protocole facultatif se rapportant au PIDESC* voir Arne Vandenberg et Wouter Vandenhoe, *infra* note 151.

78. Voir l'état des ratifications au 31 décembre 2004, « Status of ratification: International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights » (6 juillet 2010), en ligne : www2.ohchr.org/english/law/cesccratify.htm
79. *Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples*, adoptée le 27 juin 1981, Doc O.U.A. CAB/LEG/67/3 rev.5 (entrée en vigueur : 21 octobre 1986) [*Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples*] ou [*Charte africaine*].
80. Il s'agit de l'*Observation générale n° 14*, spécifique au droit à la santé et de l'*Observation générale n° 3* au par. 9 qui définit la nature et la portée des obligations à la charge des États en vertu du *PIDESC*. *La nature des obligations des États parties (art. 2 (1) du Pacte)* (1990), *Observation générale n° 3*, Doc. off. CDESC NU, 5e sess, Doc. NU E/1991/23 (1990) [*Observation générale n° 3*].

Tant les textes onusiens que la jurisprudence émanant des États africains sont pertinents à la mise en relief des obligations qui incombent aux États en vertu de la *Charte africaine*. L'article 60 de la *Charte* permet en effet à la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples de s'inspirer de ces sources, même si elles ne lient pas les États⁸¹, aux fins de l'interprétation des dispositions de la *Charte*. Tout en reconnaissant que la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* est l'instrument juridique le plus adapté aux valeurs africaines⁸², il y a lieu de souligner sa « texture ouverte »⁸³ à l'égard du droit international et africain.

A. Le droit à la santé dans l'ordre juridique international

Outre la *DUDH* et le *PIDESC*, le droit à la santé est reconnu dans de nombreuses conventions thématiques, telles la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*⁸⁴, la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁸⁵ et dans au moins 115 constitution nationales⁸⁶. En vue d'assurer

-
81. Rachel Murray, *The African Commission on Human and Peoples' Rights and International Law*, Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2000 à la p. 25.
 82. Eva Brems, *Human Rights : Universality and Diversity*, The Hague, Kluwer Law International, 2004 aux pp. 93-94; Nsongurua J. Udombana, « Between Promise and Performance : Revisiting States' Obligations Under The African Human Rights Charter » (2004) 40 *Stan. J. Int'l L* 105 à la p. 110.
 83. Nasila S. Rembe, « [O]pen-ended texture », *The System of Protection of Human Rights Under the African Charter on Human and Peoples' Rights: Problems and Prospects*, Lesotho, Inst. of S. Afr. Stud., Nat'l University of Lesotho, 1991 à la p. 4.
 84. 18 décembre 1979, 1249 R.T.N.U. 13, (entrée en vigueur : 3 septembre 1981), art.12.
 85. 20 novembre 1989, Rés. A.G. 44/24, Annexe, (entrée en vigueur : 2 septembre 1990), art. 24.
 86. En 2008, 115 États avaient intégré le droit à la santé dans leur constitution. United Nations High Commissioner on Human Rights and the World Health Organization, *The Right to Health*, Fact Sheet n° 31 (8 juillet 2010), en ligne : United Nations High Commissioner on Human Rights and the World Health Organization <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/48625a742.html>>.

l'exercice de ce droit, les États s'engagent à mettre en œuvre toute mesure adéquate, dont notamment, « la prophylaxie et le traitement des maladies épidémiques, endémiques [...] ainsi que la lutte contre ces maladies »⁸⁷. L'interprétation du droit à la santé par le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels, dans *l'Observation générale n° 14*, établit les paramètres des obligations étatiques appelées à être précisées en fonction des problématiques propres aux États parties.

La nature des obligations et le contenu minimum du droit à la santé

Bien que le droit à la santé soit en partie réalisable de manière progressive au maximum des ressources disponibles⁸⁸, il impose aussi des obligations à réalisation immédiate⁸⁹. Il s'agit d'abord de l'obligation de garantir que le droit à la santé sera exercé sans aucune discrimination⁹⁰, notamment en raison de

87. PIDESC, art.12 (2) c).

88. PIDESC, art. 2 (1).

89. *L'Observation générale n°14* au par. 30.

90. PIDESC, art.2 (2) et (3), art. 3; *Observation générale n° 3*, par., 2.2, *Observation générale n° 14* par. 30 « The Committee has interpreted these provisions as requiring measures to prevent discrimination as well as positive affirmative action initiatives to compensate for past discrimination that go beyond the enactment of legislation » voir: Audrey R. Chapman et Sage Russell, « Introduction » dans Audrey R. Chapman et Sage Russell, dir., *Core obligations : Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 1 à la p. 6. Si l'interdiction de discrimination requiert, en plus des mesures législatives destinées à prévenir la discrimination, des mesures positives destinées à compenser pour les discriminations, doit-on alors considérer que ces dernières sont aussi à réalisation immédiate? Voir sur cette question, Matthew Craven, « Assesment of the Progress on Adjududication of Economic, Social and Cultural Rights » dans John Squires, Malcolm Langfod et Bret Thiele, dir., *The Road to a Remedy. Curent issues in the Litigation of Economici, Social and Cultural Rights*, Sydney, UNSW Press, 2005, 27. Bruce Porter, « The Crisis of Economic, Social and Cultural Rights and Strategies for Adressing it », in John Squires, Malcolm Langfod et Bret Thiele, dir., *The Road to a Remedy. Curent issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*, Sydney, UNSW Press, 2005, 43.

l'orientation sexuelle⁹¹, en accordant une attention prioritaire aux personnes vulnérables et marginalisées⁹². Il s'agit ensuite, de l'obligation d'adopter les mesures nécessaires, telles des mesures législatives ou plans d'action, dans le but d'atteindre la pleine réalisation du droit à la santé⁹³.

Des obligations visant la réalisation du *noyau dur*⁹⁴ du droit à la santé sont aussi prévues au PIDESC. Ce qu'on désigne comme le « noyau dur » vise à établir un contenu minimum du droit⁹⁵, un seuil qui ne doit en aucun cas être franchi, sous peine de violation du PIDESC⁹⁶. Aux fins de sa réalisation, il impose au minimum :

-
- 91. Ce motif n'apparaît pas au *PIDESC* mais est expressément mentionné à l'*Observation générale n° 14* au par. 18.
 - 92. *Observation générale n° 3* au par. 12. Même en temps de grave pénurie de ressources, les éléments vulnérables de la société doivent être protégés. *Observation générale, n° 14* au par. 18. Cette obligation fait aussi partie du noyau dur du droit à la santé, *infra* à la p. 15.
 - 93. *PIDESC*, art. 2, (1); *Observation générale n° 14* au par. 30.
 - 94. *Observation générale n° 3* au par. 10; *Observation générale n° 14* au par. 43. A.P.M. Coomans, dir., « Clarifying the Core Element of the Right to Education » dans A.P.M. Coomans, G.J.H. van Hoof, (dir.), *The Right to Complaint about Economic, Social and Cultural Rights*, (1995), SIM Special n° 18 (7 juillet 2010), en ligne: Universiteit Utrecht <<http://www.uu.nl/NL/faculteiten/rebo/organisatie/departementen/departementrechtsgelerdheid/organisatie/onderdelen/studieeninformatiecentrummenserechten/publicaties/simspecials/18/Documents/18-03.pdf>>.
 - 95. Sur les imprécisions de ce concept de « minimum core », voir Matthew Craven, *supra* note 90 à la p. 39.
 - 96. La Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud a développé, dans l'affaire *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* [2001] (1) SA 46 (CC) [*Grootboom*], un test de raisonnabilité qui serait moins exigeant que celui du « contenu minimum noyau dur » en laissant une marge de manoeuvre à l'État dans la hiérarchisation des besoins, en fonction des ressources disponibles et des besoins des personnes les plus vulnérables. Voir Sandra Liebenberg, « Enforcing Positive Socio-Economic Rights Claims : The South African Model of Reasonableness Review » dans Malcolm Langford, Bret Thiele et John Squires, dir., *The Road to a Remedy*, Sydney, Australian Human Rights Centre, 2005, 73; Sandra Liebenberg, « The value of human dignity in interpreting socio-economic rights » (2005) 21 *South African Journal of Human Rights* 1; David Robitaille, « Non-universalité, illégitimité et surcomplexité des droits

- a) De garantir le droit d'avoir accès aux équipements, produits et services sanitaires sans discrimination aucune, notamment pour les groupes vulnérables ou marginalisés;
- b) D'assurer l'accès à une alimentation essentielle minimale qui soit suffisante et sûre sur le plan nutritionnel, pour libérer chacun de la faim;
- c) D'assurer l'accès à des moyens élémentaires d'hébergement, de logement et d'assainissement et à un approvisionnement suffisant en eau salubre et potable;
- d) De fournir les médicaments essentiels, tels qu'ils sont définis périodiquement dans le cadre du Programme d'action de l'OMS pour les médicaments essentiels;
- e) De veiller à une répartition équitable de tous les équipements, produits et services sanitaires;
- f) D'adopter et de mettre en oeuvre au niveau national une stratégie et un plan d'action en matière de santé publique, reposant sur des données épidémiologiques et répondant aux préoccupations de l'ensemble de la population dans le domaine de la santé; cette stratégie et ce plan d'action seront mis au point et examinés périodiquement dans le cadre d'un processus participatif et transparent; ils comprendront des méthodes (telles que le droit à des indicateurs et des critères de santé) permettant de surveiller de près les progrès accomplis; la mise au point de la stratégie et du plan d'action, de même que leur contenu, doivent accorder une attention particulière à tous les groupes vulnérables ou marginalisés⁹⁷.

La *Déclaration d'Alma Ata*⁹⁸ et la *Stratégie mondiale de la santé pour tous d'ici l'an 2000*⁹⁹ offrent un éclairage encore actuel

économiques et sociaux? Des préoccupations légitimes mais hypertrophiées : regard sur la jurisprudence canadienne et sudafricaine » (2008) 52 R.D. McGill 243.

97. *Observation générale n°14* au par. 43.

98. Organisation mondiale de la santé, *Déclaration d'Alma-Ata sur les soins de santé primaires*, 12 septembre 1978 (7 juillet 2010), en ligne : OMS <http://www.who.int/topics/primary_health_care/alma_ata_declaration/fr/index.html>.

99. Organisation mondiale de la santé, *Stratégie mondiale de la santé pour tous d'ici l'an 2000*, Genève, 1981, Chapitre c. 3 à la p. 31 au par. 1.

sur les soins et services de santé primaires qui sont au cœur du concept de noyau dur du droit à la santé¹⁰⁰, lequel ne peut subir aucune dérogation, et ce, sans égard aux ressources disponibles de l'État¹⁰¹. En plus des obligations fondamentales précédemment décrites, le noyau dur du droit à la santé comprend d'autres obligations prioritaires¹⁰². Il s'agit, pour les États : 1) d'« offrir des soins de santé génésique, maternelle (pré et postnatales) et infantile »¹⁰³; 2) de « vacciner la communauté contre les principales maladies infectieuses »¹⁰⁴; 3) de « prendre des mesures pour prévenir, traiter et maîtriser les maladies épidémiques et endémiques »¹⁰⁵; 4) d'« assurer une éducation et un accès à l'information sur les principaux problèmes de santé de la communauté, y compris des méthodes visant à les prévenir et à les maîtriser »¹⁰⁶ et 5) d'« assurer une formation appropriée au personnel de santé, notamment sur le droit à la santé et les droits de l'homme »¹⁰⁷. Ces dernières ne sont toutefois pas indérogeables en cas de pénurie de ressources financières¹⁰⁷. Le fait de ne pas atteindre ces seuils impose plutôt un renversement du fardeau de preuve à la charge de l'État qui doit démontrer que toutes les ressources à sa disposition ont été mobilisées pour réaliser en priorité son obligation minimum.

La question du noyau dur du droit à la santé et, en général, des droits économiques, sociaux et culturels, soulève de nombreuses interrogations dans la littérature¹⁰⁹. Certains craignent que les États perçoivent dans les seuils minimums, des

100. Voir Brigit Toebes, *infra* note 109 aux pp. 176-177.

101. *Observation générale n° 14* au par. 48.

102. *Ibid.* au par. 44.

103. *Ibid.* au par. 44a).

104. *Ibid.* au par. 44b).

105. *Ibid.* au par. 44c).

106. *Ibid.*, au par. 44d).

107. *Ibid.* au par. 44e).

108. *Observation générale n° 14*, aux par. 47, 44; *Observation générale n° 3* au par. 10.

109. Brigit Toebes, « The Right to health » dans Asbjorn Eide, Catarina Krause et Allan Rosas, dir., *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, 2^e éd., Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, 169 à la p. 177.

cibles qui, une fois atteintes, les déresponsabilisent à l'égard des autres obligations à leur charge¹¹⁰. Le débat porte aussi sur la question de savoir si un contenu minimum universel devrait être établi, ce qui imposerait l'identification du plus petit dénominateur commun à tous les États, ou si des seuils différents devraient être déterminés en fonction des ressources¹¹¹. Certains soutiennent qu'une approche universaliste pourrait avoir pour effet de nuire à la reconnaissance des victimes vivant dans des conditions indignes dans les pays les plus riches¹¹². Pour pallier cette difficulté, des auteurs évoquent la pertinence d'élaborer des seuils minimums adaptés à chaque pays¹¹³. Cette suggestion n'est pas sans soulever des questions sur sa faisabilité qui nécessiterait un travail colossal à l'échelle internationale¹¹⁴.

Au plan de la de réalisation progressive du droit à la santé, seul le manque de ressources peut justifier la stagnation¹¹⁵. À cet égard, il est certainement utile de préciser que la performance dépend parfois davantage des priorités qui sont fixées en termes de politiques publiques et des allocations des ressources existantes plutôt que de l'augmentation des dépenses¹¹⁶. Audrey R. Chapman démontre d'ailleurs avec éloquence, en s'appuyant sur les résultats d'une étude de l'Organisation mondiale de la

110. Voir par exemple, Bruce Porter, *supra* note 90 à la p. 55.

111. *Ibid.* à la p. 185, A.P.M. Coomans, « Economic, Social and Cultural Rights » (1995) SIM Special n° 16, 3 aux pp. 17-19 (7 juillet 2010), en ligne: Universiteit Utrecht <[http : //www.uu.nl/NL/faculteiten/rebo/organisatie/departementen/ddepartementrechtsgeleerdheid/organisatie/onderdelen/studieeninformatiecentrummensenrechten/publicaties/simspecials/16/Documents/16-2.pdf](http://www.uu.nl/NL/faculteiten/rebo/organisatie/departementen/ddepartementrechtsgeleerdheid/organisatie/onderdelen/studieeninformatiecentrummensenrechten/publicaties/simspecials/16/Documents/16-2.pdf)>.

112. Malcolm Langford et Bret Thiele, « Introduction : The Road to a Remedy », dans John Squires, Malcolm Langford et Bret Thiele, dir., *The Road to a Remedy. Current issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*, Sydney, UNSW Press, 2005, 1 à la p.7.

113. Voir à ce sujet B. Toebes, *supra* note 109 à la p. 185.

114. *Ibid.* Qui consisterait à fixer les seuils, collecter les données et à élaborer un système capable de les analyser.

115. *Observation générale n° 14* au par. 47.

116. Audrey R. Chapman, *supra* note 63 à la p. 196.

santé¹¹⁷ qu'il n'y a pas toujours de corrélation directe entre les ressources étatiques et les résultats en santé ou dans l'équité dans l'accès aux soins de santé¹¹⁸.

L'exigence de progressivité dans la réalisation du droit implique aussi, *a contrario*, une obligation de protéger les acquis en proscrivant l'adoption de mesures rétrogrades¹¹⁹.

Le besoin de suivi-évaluation est sous-jacent à la notion de progressivité propre au droit à la santé. La lecture du paragraphe 43 f) de l'*Observation générale n° 14* nous laisse d'ailleurs croire que le suivi de la réalisation du droit à la santé sur la base d'indicateurs consiste en une obligation minimum pour l'État. Il est vrai que sans l'adjonction de tels mécanismes, l'objectif de réalisation progressive perd tout son sens¹²⁰. Des outils doivent donc permettre de mesurer les avancées en fonction des ressources disponibles. Eitan Felner a soulevé, dans un article récent, le sous-développement chronique de ce volet des droits économiques, sociaux et culturels pourtant essentiel à leur réalisation et propose une méthodologie d'évaluation reposant sur

117. José Luis Bobadilla *et al.*, « Design, content and financing of an essential national package of health services » dans C.J.L. Murray et A.D. Lopez, dir., *Global Comparative Assessments in the Health Sector: Disease Burden, Expenditures and Intervention Packages*, Genève, World Health Organization, 1994, 171.

118. Virginia Leary, « The right to health », *Working Paper prepared for the day of general discussion on the right to health, 6 Dec. 1993*, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 9^e Session, E/C.12/1993/WP20.

119. *Observation générale. n° 14* au par. 32.

120. Sur cette question, les propos de Robert E. Robertson qui suggère de recourir à des indicateurs de conformité, même s'ils remontent à 1994, sont toujours pertinents. Robert E. Robertson, « Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the « Maximum Available Resources » to Realizing Economic, Social and Cultural Rights » (1994) 16 *Human Rights Quarterly* 693. Sur l'implication possible des organisations non gouvernementales dans le suivi des obligations progressives, voir Leonard S. Rubenstein, « How Can Human Rights International Organizations can advance Economic, Social and Cultural Rights: A Response to Kenneth Roth » (2004) 26 *Human Rights Quarterly* 845.

des comparaisons entre différents indicateurs et cibles (*benchmarks*)¹²¹.

Le contenu normatif du droit à la santé

Le droit à la santé vise à assurer le droit de contrôler sa propre santé et le droit à l'intégrité, à la liberté sexuelle et génésique, le droit d'avoir accès à des installations, des biens, des services, des programmes en matière de soins de santé et en santé publique ainsi que le droit d'avoir accès aux déterminants de la santé, tels que l'alimentation, la nutrition, le logement¹²². Quatre principes directeurs visent à étayer son contenu. Il s'agit de l'accessibilité, de la disponibilité, de la qualité et de l'acceptabilité des services de santé¹²³, étant entendu que ces services englobent les soins de santé et les services requis dans l'accès aux déterminants de la santé¹²⁴. L'accessibilité fait référence à l'accessibilité physique et économique ainsi qu'à l'accès à l'information relative aux questions de santé¹²⁵. Cette exigence réfère aussi à l'obligation de garantir l'accès aux installations, biens, services sans discrimination aucune, notamment à l'égard des personnes marginalisées ou vulnérables. La disponibilité implique que les installations, biens et services soient disponibles en quantité suffisante pour toute la population et en état fonctionnel. La qualité vise à ce que les installations, biens et services en matière de santé, soient scientifiquement et médicalement appropriés et de bonne qualité. Enfin, l'acceptabilité signifie que les installations, biens et services soient respectueux de l'éthique médicale, de la culture, notamment des minorités, qu'ils soient adaptés au sexe, au stade de la vie et conçus de manière à respecter la confidentialité et à améliorer l'état de santé. À ces éléments s'ajoute le principe de la participation qui implique

-
121. Eitan Flener, « Closing the 'Escape Hatch': A Toolkit to Monitor the Progressive Realization of Economic, Social, and Cultural Rights » (2009) 1:3 *Journal of Human Rights Practice* 402.
122. *Observation générale n° 14* au par. 8.
123. *Ibid.* au par. 12.
124. Brigit Toebes, *supra* note 109 à la p. 177.
125. *Ibid.* au par. 12.

pour les citoyens, et notamment les personnes concernées par les problématiques, de pouvoir participer à la prise des décisions en matière de santé¹²⁶.

Les obligations imposées par le droit à la santé s'analysent sous trois volets : le respect, la protection et la mise en œuvre¹²⁷. Ce cadre analytique a l'avantage de mettre en lumière les obligations tant positives que négatives qui incombent aux États aux fins de la réalisation d'un droit de la catégorie des droits dits programmatiques¹²⁸.

Le respect du droit à la santé réfère à l'obligation d'éviter d'intervenir d'une manière à porter atteinte au droit en s'abstenant, notamment de « refuser ou d'amoindrir l'égalité d'accès de toutes les personnes, dont les détenus, les membres de minorités, les demandeurs d'asile et les immigrants en situation irrégulière, aux soins de santé prophylactiques, thérapeutiques et palliatifs »¹²⁹, « d'ériger en politique d'État l'application de mesures discriminatoires »¹³⁰ et, « d'empêcher la participation de la population aux affaires en relation avec la santé »¹³¹.

L'obligation de protection impose de prévenir les atteintes au droit à la santé par des tiers. Cela englobe, entre autres, « [...]

126. *Observation générale n° 14* au par. 11.

127. L'utilisation de cette typologie contribue à clarifier le contenu normatif du droit à la santé. Voir Magdalena Sepúlveda, *supra* note 70 à la p. 12. C'est à Asbjorn Eide qu'il faut attribuer l'adaptation du cadre analytique développé par Henry Shue aux DESC. Voir Henry Shue, *Basic Rights*, Princeton University Press, 1980; Asbjorn Eide, *A Right to Adequate Food as a Human Right*, Human Rights Study Series n° 1, Publication Sales n° E.89XIV.2, UN NewYork, 1989. Ce cadre a par la suite été repris par le Comité sur les DESC tel qu'en atteste le paragraphe 33 de l'*Observation générale n° 14*. Sur la remise en question de la pertinence du cadre analytique aux fins de la mise en œuvre et de la justiciabilité des DESC, voir Ida Elizabeth Coch, « Dichotomies, Trichotomies or Waves of Duty » (2005) 5 HRLR 81.

128. Brigit Toebes, *supra* note 109 à la p. 179

129. *Observation générale n° 14* au par. 34.

130. *Ibid.*

131. *Ibid.*

les devoirs incombant à l'État d'adopter une législation ou de prendre d'autres mesures destinées à assurer l'égalité d'accès aux soins de santé et aux soins en rapport avec la santé fournis par des tiers »¹³² et de « prendre des mesures destinées à protéger tous les groupes vulnérables ou marginalisés de la société [...] »¹³³. De plus, « [l]es États devraient veiller à ce qu'aucun tiers ne limite l'accès de la population à l'information relative à la santé et aux services de santé »¹³⁴.

Finalement, l'obligation de mise en œuvre implique d'adopter toute mesure nécessaire, quelle soit législative, administrative, budgétaire, judiciaire ou de tout autre ordre, afin d'assurer la pleine réalisation du droit à la santé. Il s'agit plus précisément de faire au droit à la santé « [...] une place suffisante dans le système politique et juridique national (de préférence par l'adoption d'un texte législatif) et de se doter d'une politique nationale de la santé comprenant un plan détaillé tendant à lui donner effet »¹³⁵. Les États doivent également, au fin de la mise en œuvre, « assurer la fourniture de soins de santé [...] contre les grandes maladies infectieuses »¹³⁶ et « [...] garantir l'égalité d'accès à tous les éléments déterminants de la santé tels qu'une alimentation sûre sur le plan nutritif et de l'eau potable, un assainissement minimum et des conditions de logement et de vie convenables »¹³⁷. Les États doivent aussi « [...] veiller à ce que les médecins et les autres personnels médicaux suivent une formation appropriée » et promouvoir « [...] la mise en œuvre de campagnes d'information, concernant en particulier le VIH/sida »¹³⁸.

132. *Ibid.* au par. 35.

133. *Ibid.*

134. *Ibid.*

135. *Ibid.* au par. 36.

136. *Ibid.*

137. *Ibid.*

138. *Ibid.*

L'obligation de mise en œuvre englobe celle de faciliter et de promouvoir le droit à la santé¹³⁹. Cela impose, en particulier,¹⁴⁰ de « mener des actions tendant à assurer, maintenir ou rétablir la santé de la population »¹⁴¹. À cette fin, les États doivent « améliorer la connaissance des facteurs favorisant l'obtention de résultats positifs en matière de santé, c'est-à-dire appuyer la recherche et la diffusion d'informations »¹⁴² et « veiller à ce que les services de santé soient adaptés au contexte culturel et que le personnel dispensant les soins de santé reçoive une formation lui permettant de déterminer et de satisfaire les besoins particuliers de groupes vulnérables ou marginalisés »¹⁴³.

Puisque l'état de santé est tributaire de nombreux facteurs socio-économiques, le droit à la santé est intimement relié à la réalisation des autres droits fondamentaux, tels le droit à l'intégrité physique, à la vie, à la dignité humaine, à la nourriture, au logement et à l'éducation. En raison de ce caractère *global*¹⁴⁴, le respect des autres droits de la personne en constitue des déterminants. Cela atteste de la portée horizontale du droit à la santé. Nous entendons par horizontalité une propension à influencer sur les autres sous-systèmes qui composent avec lui, le système social¹⁴⁵ interne d'un État. Cette horizontalité vise une certaine harmonisation avec les autres sous-systèmes, dans le but d'éviter

139. *Ibid.* au par. 37.

140. *Ibid.*

141. *Ibid.*

142. *Ibid.*

143. *Ibid.*

144. *Ibid.* au par. 11.

145. Sur cette idée de débordement des frontières de l'ordre juridique des droits de la personne vers d'autres sphères : « Pour commencer nous pouvons affirmer que le sous-système des droits fondamentaux occupe une place hiérarchiquement élevée dans l'ensemble de l'ordre juridique : il déborde de son propre cadre pour aller influencer les autres normes et les autres sous-systèmes. Il est en outre situé aux frontières extérieures de l'ordre juridique, en contact direct avec la réalité sociale avec les intérêts les fins et les valeurs qui y sont défendues ainsi qu'avec la réflexion morale qui est l'un des traits les plus importants d'un système culturel. » Gregorio Peces Barba Martinez, *Théorie générale des droits fondamentaux*, coll. Droit et société, Paris, LGDJ, 2004 à la p. 322.

que des lois, politiques, règlements, pratiques et autres mesures portent atteinte au droit à la santé des individus¹⁴⁶.

Les mécanismes de contrôle du droit à la santé

Les articles 16 et 17 du *PIDESC* prévoient le mécanisme de contrôle et de suivi du *PIDESC*, dont le Comité sur les droits économiques sociaux et culturels a la charge¹⁴⁷. C'est sur cette base que les États ont l'obligation de faire rapport sur les mesures adoptées et les progrès accomplis dans la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels au Comité. À la lumière des rapports étatiques, le Comité engage un dialogue constructif avec les représentants étatiques et formulent des observations finales¹⁴⁸, composées de suggestions et de recommandations. Cet exercice, même s'il ne lie pas les États, contribue à préciser les obligations qui leur incombent¹⁴⁹. Par exemple, en matière de droit à la santé, le Comité s'est déjà déclaré préoccupé, dans le cadre de

146. Au Québec, l'article 54 de la *Loi sur la santé publique* (L.R.Q., c. S-2.2) illustre ce caractère horizontal qui cristallise le rôle de conseiller spécial du ministre de la santé, lui octroyant ainsi le pouvoir de donner des avis aux autres ministres dans le but de promouvoir la santé et favoriser le bien-être de la population.

147. Sur le renforcement de la procédure de contrôle et de suivi depuis la création du Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels en 1986, institué par le Conseil économique et social des Nations Unies, voir Olivier De Schutter, *Le protocole facultatif au PIDESC*, Cellule de Recherche Interdisciplinaire en Droits de l'Homme, CRIDHO Working Paper 2005/3; Raphael Sodini, *Le comité des DESC*, CEDIN Paris X-Nanterre, Perspectives internationales, Monchrestien, 2000; Daniel Turp, « Le contrôle du respect du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », dans *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Mélanges Michel Virally, Paris, Éditions A. Pedone, 1991, 465.

148. Art Hendricks, « The Close Connection Between Classical Rights and the Right to Health with Special Reference to the Right to Sexual and Reproductive Health » (1999) 18 *Medicine and Law* 225 à la p.231.

149. C'est en analysant les Observations finales du Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels que Matthew Craven fait ressortir toute la portée normative de ce travail. Matthew Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Development*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

l'examen du rapport du Canada de 2006, par les disparités entre autochtones et le reste de la population en matière d'accès aux services de santé ainsi que sur les risques de santé encourus par les jeunes filles sans abris et le besoin d'adopter des mesures destinées à leur assurer l'accès aux services sociaux et de santé¹⁵⁰.

À ce mécanisme viendra s'adjoindre une procédure de communication individuelle pour les victimes de violations de leur droit à la santé lorsqu'au moins dix États auront ratifié le *Protocole facultatif se rapportant au PIDESC*¹⁵¹. L'adjonction de ce mécanisme dans le système international des droits de la personne représente une avancée importante vers la pleine reconnaissance de l'indivisibilité des droits civils et politiques et des droits économiques, sociaux et culturels¹⁵². À cet égard, la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, par son approche globale de tous les droits de la personne, était largement en avance dès son adoption en 1981.

B. Le droit à la santé dans l'ordre juridique africain

La *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* affirme sans aucune ambiguïté l'interrelation et l'interdépendance des droits civils et politiques et des droits économiques sociaux et culturels en son sein¹⁵³. Cette philosophie se traduit jusque dans

150. Committee on Economic Social and Cultural Rights, *Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Canada*, Doc NU E/C.12/CAN/CO/5 (2006).

151. *Protocole facultatif se rapportant au PIDESC*, art. 18. *Supra* à la p. 14; Claire Mahon, *supra* note 17. Pour une analyse de l'effectivité attendue du *Protocole*, voir Arne Vandebogaerde et Wouter Vandenhoe, « The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: an Ex Ante Assessment of its Effectiveness in Light of the Drafting Process » (2010) 10:2 Human Rights Law review 207.

152. Louise Arbour, Allocution au groupe de travail à composition non limitée sur le *Protocole facultatif se rapportant au PIDESC*, 5^e session, 31 mars 2008. Cette avancée est toutefois à considérer avec certaines réserves, voir Vandebogaerde et Wouter Vandenhoe, *ibid*.

153. *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, préambule au par. 8. Thoko Kaime, « Beyond Social Programs : The Right to Health under

les procédures de protection et de contrôle qui, en plus de mettre en place un mécanisme de rapports périodiques et de promotion, prévoient des recours individuels¹⁵⁴ et interétatiques, en cas de violation des droits civils et politiques et des droits économiques, sociaux et culturels¹⁵⁵. Ainsi, la *Charte africaine* offre un cadre normatif et opératoire holistique propice à un développement des droits économiques sociaux et culturels¹⁵⁶.

Le contenu normatif du droit à la santé

L'article 1 de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* prévoit l'obligation générale à la charge des États, qui consiste à adopter des mesures législatives, ou autres, destinées à appliquer les droits, devoirs et libertés qui s'y trouvent énoncés. Les obligations spécifiques relatives au droit à la santé imposent quant à elles l'adoption des mesures nécessaires en vue de protéger la santé des populations et de leur assurer l'assistance médicale en cas de maladie¹⁵⁷. Les lignes directrices¹⁵⁸ élaborées par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples servent à préciser la portée normative de ces dispositions¹⁵⁹. Elles

the African Charter on Human and Peoples' Rights » (2004) 10:2 *East African Journal of Peace & Human Rights* 192 à la p. 193. Chidi Anselm Odinkalu, « The Role of Case and Complaints Procedures in the African Regional System » (2001) 2 *Afr. Hum. Rts. L. J.* 255 aux pp. 336-337.

154. Qui permet aussi l'*actio popularis*, art. 55 (1). En vertu de cette disposition, les organisations non gouvernementales bénéficiant d'un statut d'observateur auprès de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples peuvent déposer des plaintes.

155. *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, art. 45 (1) (2), art. 47-59. Sur le mécanisme des rapports étatiques Voir George William Mugwanya, « Examination of State Reports by the African Commission : A Critical Appraisal » (2001) *Afr. Hum. Rts L. J.* 268. Sur les procédures de plaintes, voir Chidi Anselm Odinkalu, *supra* note 153.

156. Thoko Kaime, *supra* note 153 à la p. 197.

157. *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, art. 16.

158. Pour plus de détails sur le contenu de ces lignes directrices voir, Chidi Anselm Odinkalu, *supra* note 153 aux pp. 356 et ss.

159. ACHPR, *Guidelines for National Periodic Reports, 2nd Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples Rights 1988-89*, Annex XII (1990). Réimprimé dans Gino Naldi, dir., *Documents of the*

prévoient notamment que les États doivent prendre toute mesure appropriée pour prévenir les maladies et assurer l'accès aux services de santé pour toutes les catégories de la population¹⁶⁰. À l'occasion de l'examen des rapports étatiques, la Commission africaine a aussi affirmé que les États ont le devoir d'inclure le droit à la santé dans leur Constitution nationale et d'adopter des politiques publiques destinées à assurer l'accès « to basic utilities, health and electricity »¹⁶¹.

La réalisation immédiate vs la réalisation progressive

Une des différences textuelles entre la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le PIDESC réside dans l'absence de renvois à l'obligation d'adopter « des mesures au maximum des ressources disponibles » aux fins de la réalisation des droits prévus à la Charte. Pour cette raison, certains soutiennent que la Charte africaine impose des obligations irréalistes, qui portent atteinte à la légitimité du document¹⁶². Selon d'autres, une lecture holistique de la Charte, à la lumière de la jurisprudence de la Commission africaine et des principes de droit international¹⁶³, permet de soutenir que les obligations de

Organization of African Unity, London, Mansell, 1992, 155 [Guidelines for National Periodic Reports].

160. *Guidelines for National Periodic Reports*, *ibid.* au par. 35 (a)-(f).

161. African Commission on Human and Peoples' Rights, *Examination of State Reports*, 12^e sess., Octobre 1992 (1993) aux pp. 17-43 (contenant l'examen des rapports de la Gambie, du Zimbabwe et du Sénégal); African Commission on Human and Peoples' Rights, *Examination of State Reports*, 23^e sess., Mai 1998, (1998) à la p. 16 (contenant l'examen du rapport initial de la Namibie).

162. Christof Heyns, « The African Regional Human Rights System : In Need for Reform? (2001) 2 Afr. Hum. Rts L. J. 155 à la p. 161; voir aussi Thoko Kaime, *supra* note 153 à la p. 204.

163. L'article 60 de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* est à l'effet que «[l]a Commission s'inspire du droit international relatif aux droits de l'homme et des peuples, notamment des dispositions des divers instruments africains relatifs aux droits de l'homme et des peuples, des dispositions de la Charte des Nations Unies, de la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine, de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, des dispositions des autres instruments adoptés par les Nations Unies et par les pays africains dans le domaine des droits de

mise en œuvre doivent, tout comme en vertu du PIDESC, se réaliser de manière progressive au maximum des ressources disponibles¹⁶⁴. En fonction des circonstances, nous croyons aussi qu'il n'est pas exclu que la Commission puisse avoir recours à ce test de la progressivité des mesures, à tout le moins en ce qui concerne le droit à la santé. En ce qui concerne le texte, l'emploi des mots « les États parties [...] s'engagent à prendre les mesures nécessaires en vue de protéger la santé de leurs populations et de leur assurer l'assistance médicale en cas de maladie »¹⁶⁵ sous entend selon nous une notion de progressivité. Combiné aux prescriptions de l'article 60 de la Charte africaine¹⁶⁶ et parce que cette option permet de prendre en considération les obstacles structurels et financiers qui marquent le développement social et économique des pays africains¹⁶⁷, l'argument nous apparaît en effet bien fondé¹⁶⁸. Tout comme le souligne Chidi Anselm

l'homme et des peuples ainsi que des dispositions de divers instruments adoptés au sein d'institutions spécialisées des Nations Unies dont sont membres les parties à la présente Charte. », *supra* à la p. 13.

164. Thoko Kaime, *supra* note 153 à la p. 204. Voir la décision *SERAC* dans laquelle la Commission déclare qu'elle ne souhaite pas retenir la faute des gouvernements qui déploient des efforts « under difficult circumstances to improve lives of their people », tout en reconnaissant tout de même qu'il existe en vertu de la *Charte* un contenu minimum, décision *SERAC* au par. 69. Voir aussi Chidi Anselm Odinkalu, *supra* note 152 aux pp. 349-351. Selon cet auteur, le fait que les obligations soient à réalisation immédiate rend possible le recours par la Commission à une approche basée sur la violation des droits (sur la « violation approach » voir Audrey R. Chapman, « A 'Violation Approach' for Monitoring the International Covenant on Economic Social and Cultural rights » (1996) 18 Hum. Rts Q. 23).
165. *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, art. 16 (nous soulignons).
166. Qui permet à la Commission africaine de s'inspirer notamment du droit international des droits de l'homme, *supra* note 163.
167. Des millions d'africains ne jouissent pas de leur droit à la santé. Cette situation est notamment attribuable à la pauvreté à laquelle sont confrontés les pays africains. Voir *Purohit c. La Gambie*, Comm. No. 241/2001 au par. 48. Voir aussi l'impact des programmes d'ajustement structurels sur la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels Chidi Anselm Odinkalu, *supra* note 153 à la p. 357.
168. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, lorsqu'elle affirme qu'il s'agit d'une « positive expectation » impliquant pour les États

Odinkalu, le fait que les États africains aient massivement ratifié le PIDESC permet à la Commission d'avoir recours, en toute légitimité, aux standards de la réalisation immédiate et de la réalisation progressive en fonction des faits soumis devant elle¹⁶⁹.

L'interdiction de discrimination

Au plan de la discrimination¹⁷⁰, il est intéressant de s'arrêter un instant sur les motifs prohibés en vertu de la Charte africaine et de songer à l'impact potentiel de l'article 60 de la Charte en la matière. La Charte africaine interdit la discrimination en raison, notamment, de la race, de l'ethnie, de la couleur, du sexe, de la langue, de la religion, de l'opinion politique ou de toute autre opinion, de l'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation¹⁷¹, mais ne prévoit rien sur l'orientation sexuelle. Puisque la liste de motifs de discriminations prohibés est non exhaustive et dans la mesure où l'article 60 de la Charte africaine peut légitimement renvoyer à l'*Observation générale n° 14*, il serait certainement possible, du moins au point de vue formel, de voir la Commission ajouter l'orientation sexuelle à cette liste. La question est fort pertinente puisqu'elle met en scène la tension qui peut exister entre l'ouverture de la Charte africaine et la morale et les valeurs plus traditionnelles qu'elle

« [to] move its machinery towards the actual realisation of the rights » semble sous-entendre la notion de progressivité dans la réalisation des droits. Ce raisonnement est toutefois mis en doute lorsqu'elle précise, dans le même paragraphe, « It could consist in the direct provision of basic needs such as food or resources that can be used for food (direct food aid or social security) » au par. 47. (Nous soulignons). La question de la réalisation progressive des droits rattachée à l'obligation de mise en oeuvre n'est pas longuement analysée dans *SERAC* parce que la Cour met une emphase sur les défauts de respect et de protection des droits économiques, sociaux et culturels de l'État Nigérian qui a lui-même contribué par ses actions et celles de ses militaires, aux violations des droits du peuple Ogoni.

169. Chidi Anselm Odinkalu, *supra* note 153 à la p. 354.

170. *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, art. 2 et 3.

171. *Ibid.*, art. 2.

valorise par ailleurs¹⁷². Mais dans la mesure où ces valeurs doivent être interprétées conformément aux droits protégés par la Charte, il y a certainement place à une interprétation large des motifs de discriminations interdits. Et ce, même si en dépit de la discrimination importante dont sont victimes les personnes homosexuelles en Afrique¹⁷³, l'homosexualité n'a jamais réussi, jusqu'à présent, à pénétrer l'arène de la Charte africaine¹⁷⁴.

Les obligations de respect, de protection, de promotion et de mise en oeuvre

Aux fins de l'analyse des droits économiques, sociaux et culturels prévus à la *Charte africaine*, la typologie des obligations détaillée dans *l'Observation générale n° 14*, s'impose aussi aux États africains. La Commission africaine l'a clairement endossé dans la décision *SERAC*. La description des obligations de respect et de protection n'ajoute rien de particulièrement nouveau aux catégories existantes, mais permet de les envisager dans des circonstances concrètes. Ainsi, l'obligation de respect implique pour les États de devoir s'abstenir d'interférer dans la jouissance des droits fondamentaux: « The state should respect right-holders, their freedoms, autonomy, resources, and liberty of their action »¹⁷⁵. L'obligation de protection, quant à elle, en tant qu'obligation positive, fait référence, selon la décision *SERAC*, aux

172. *Ibid.*, art. 17. Sur ce thème du conflit entre moralité, valeurs et traditions et les droits et la question des femmes et de leur rôle au sein de la famille, voir Chidi Anselm Odinkalu, *supra* note 153 aux pp. 342-343 qui fait valoir que « [...] the Charter requires the Commission in interpreting the Charter to take account of « African practices consistent with international norms on human and peoples' rights » en citant l'article 1^{er} de la *Charte africaine*.

173. Voir par exemple, Human Rights Watch, « More than a Name : State Sponsored Homophobia and its consequences in Southern Africa », 2003 (3 juillet 2010), en ligne: <hrw.org/reports/2003/safrica>; Amnesty International, « Crimes of Hate: Conspiracy of Silence, Torture and Ill-Treatment Based on Sexual Identity », AI Index ACT 40/016/2001, 2001 (3 juillet 2010), en ligne : <<http://web.amnesty.org/library/index/engact400162001>>.

174. Rachel Murray et Frans Viljoen, *supra* note 1.

175. Décision *SERAC* au par. 45.

obligations d'adopter des mesures dans le but de protéger les bénéficiaires des droits contre toute « interférence politique, sociale ou économique »¹⁷⁵. Eu égard aux obligations de promotion et de mise en œuvre, la Commission apporte une contribution originale à la typologie en les interprétant, pour la première, d'une manière particulièrement adaptée à la réalité africaine et, pour la seconde, de façon large¹⁷⁷.

Ainsi, l'obligation de promotion vise à promouvoir la tolérance, la vigilance et la mise sur pied d'infrastructures de droits de la personne¹⁷⁸. La Commission s'est prononcée à plusieurs reprises sur cette obligation, particulièrement importante en Afrique où les États contrôlent souvent les moyens de communication¹⁷⁹. Elle a noté que l'ignorance est l'obstacle majeur au respect des droits de l'homme et des peuples en Afrique¹⁸⁰. Dans cet esprit, la Commission a encouragé et supporté la création d'institutions nationales dédiées à la promotion et à protection des droits dans les pays africains¹⁸¹.

En raison des faits de l'affaire *SERAC* qui portent sur la participation directe de l'État dans des actions ayant entraîné des violations aux droits économiques, sociaux et culturels et non, comme dans la décision *TAC*¹⁸², sur la gestion d'un programme destiné à donner effet à ces droits, l'obligation de mise en œuvre, n'a pas été envisagée dans toute sa dimension programmatique. La Commission a tout de même souligné que l'obligation de mise

176. *Ibid.* au par. 46.

177. Nsongurua J. Udombana, *supra* note 82 à la p. 136.

178. Décision *SERAC* au par. 46.

179. Nsongurua J. Udombana, *supra* note 82 à la p. 134.

180. *Ibid.* à la p. 135, citant « Recommendation on Modalities for Promoting Human and Peoples' Rights » dans *Recommendations and Resolutions adopted by the African Commission on Human and Peoples' Rights, 1998-2002, 2002*.

181. *Ibid.* à la p. 135.

182. *Infra* aux pp. 37 et ss.

en œuvre requiert d'adopter des mesures raisonnables¹⁸³ pour prévenir la pollution et la dégradation environnementale, de promouvoir la conservation de la nature et d'assurer un développement durable et une utilisation des ressources écologiques¹⁸⁴. Elle a aussi déclaré qu'elle impose l'adoption de mesures larges destinées à protéger la santé, telles un suivi-évaluation (monitoring) scientifique des activités qui peuvent détruire l'environnement et la réalisation d'études d'impact avant de permettre des projets de développements industriels pouvant affecter la santé. Les résultats de telles études devraient être publiés et des procédures devraient permettre aux citoyens d'être entendus et de participer aux décisions qui affectent leur communauté¹⁸⁵. L'obligation de fournir de l'information relative aux risques de santé a aussi été soulignée par la Commission.

Au-delà de sa contribution significative à la précision de la typologie des obligations à la charge des États, la décision *SERAC* est particulièrement importante parce qu'elle est la première décision de la Commission à porter exclusivement sur les droits économiques, sociaux et culturels¹⁸⁶. Plus particulièrement, elle vient mettre en exergue les liens¹⁸⁷ entre les violations du droit à un environnement satisfaisant et global¹⁸⁸ et le droit à la santé¹⁸⁹.

183. Sans toutefois faire mention d'une réalisation progressive au maximum des ressources disponibles. Voir, sur les obligations à réalisation immédiate prévues dans la *Charte africaine*, *supra* aux pp. 28 et ss.

184. Décision *SERAC* au par. 52.

185. *Ibid.* au par. 53.

186. Nsongurua J. Udombana, *supra* note 82 aux pp. 129 et 130. Selon Chidi Anslem Odinkalu, sur plus de 45 communications ayant donné lieu à des décisions, au moins 15 avaient invoqué différentes facettes des droits économiques, sociaux et culturels et plusieurs communications pendantes (en 2001) faisaient ressortir avec prédominance les droits économiques, sociaux et culturels. Odinkalu, *supra* note 153 à la p. 359.

187. Alexander Kiss évoque ces liens entre l'environnement et la santé dans: Alexander Kiss, « Concept and Possible Implications of the Right to Environment » dans Kathleen E. Mahoney et Paul Mahoney, dir., *Human Rights in the Twenty first Century: A Global Challenge*, Dordrecht, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, 553.

188. *Charte africaine*, art. 24.

189. *Ibid.*, art. 16.

Dans cette affaire, le Social and Economic Rights Action Center et le Center for Economic and Social Rights ont déposé, en mars 1996, une plainte contre le Nigéria à la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples en vertu des articles 55, 56 et 58 de la *Charte africaine*¹⁹⁰. Dans cette plainte, il était reproché à l'État nigérian de s'être impliqué, aux côtés d'un consortium de compagnies, dans l'exploitation d'activités pétrolières abusives et criminelles dans le delta du Niger ayant entraîné des problèmes environnementaux et de santé importants pour le peuple Ogoni. Des violations aux droits à un environnement satisfaisant et global, à la santé, à un logement et à la nourriture, protégés par la *Charte africaine* et par les textes internationaux correspondant, dont la *DUDH* et le PIDESC, étaient alléguées. Selon la plainte, les activités pétrolières de la compagnie Shell en Ogoniland se déroulaient sans aucune considération pour l'environnement et la santé des communautés locales et des déchets toxiques étaient régulièrement déversés dans les cours d'eau et l'environnement, en violation des standards environnementaux internationaux. Il était aussi allégué que les défauts d'entretien des équipements par les corporations multinationales ont entraîné des déversements qui auraient pu être évitables, près des villages, lesquels ont contaminé l'eau, le sol et l'air. Cette contamination a par la suite entraîné de sérieux problèmes de santé, incluant, des infections de la peau, des troubles gastro-intestinaux et respiratoires, un accroissement des risques de cancer ainsi que des problèmes neurologiques et reproductifs. Les plaignants ont également reproché au gouvernement de ne pas avoir effectué un suivi adéquat des activités pétrolières, d'avoir fait défaut d'exiger que les standards de sécurité communément admis dans l'industrie soient respectés par les compagnies et de ne pas avoir exigé la production d'évaluations d'impact des activités pétrolières sur l'environnement et la santé. Selon les plaignants, le gouvernement a aussi failli à ses obligations en n'exigeant pas que les communautés soient consultées avant le début des opérations, en cachant à ces communautés les informations relatives aux

190. Décision SERAC.

dangers associés aux activités pétrolières et en refusant l'accès au lieu aux scientifiques et aux organisations environnementales.

À la lumière de ces faits, la Commission africaine a reconnu des violations aux droits à un environnement satisfaisant et global et à la santé du peuple Ogoni. Le droit des peuples à la disposition de leurs richesses et ressources naturelles¹⁹¹ ainsi que les droits implicites à un logement et à la nourriture, ont aussi été déclarés violés par le gouvernement nigérian.

La décision SERAC a marqué le développement juridique du droit à la santé sur le continent africain, et ce, malgré les difficultés liées à faire exécuter le jugement au Nigéria¹⁹². La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a aussi contribué à cette avancée, avec la décision *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign & Others*¹⁹³, rendue en 2002. Bien que cette décision émane d'un tribunal étatique et qu'elle découle des dispositions de la Constitution sud-africaine¹⁹⁴, sa pertinence à

191. *Charte africaine*, art. 21. Il est intéressant de noter que les plaignants ont, malgré l'incorporation des dispositions de la *Charte africaine* en droit interne nigérian, saisi en premier lieu la Commission sans épuiser les voies de recours internes en alléguant la futilité de tels recours en raison d'un décret adopté sous le régime militaire retirant des tribunaux la compétence de se pencher sur des questions relatives aux droits de la personne. Dans de telles circonstances, la Commission a estimé qu'aucun recours utile n'était effectivement disponible (décision SERAC au par. 41).

192. Voir « Enforcement of the decision and other outcomes » dans « Social and Economic Rights Action Center & the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria. Cited as: Communication No. 155/96 », *ESCR-Net* (10 juillet 2010), en ligne: <http://www.escr-net.org/caselaw/caselaw_show.htm?doc_id=404115>.

193. 2002 (10) BCLR 1033 (CC) [TAC], en ligne : (2010) <<http://www.tac.org.za/Documents/MTCTCourtCase/ConCourtJudgmentOrderingMTCTP-5July2002.pdf>>.

194. Les article 27 (1) a) et (2) de la Constitution sud-africaine reconnaissent la justiciabilité du droit à la santé en ces termes: « everyone has the right to have access to [...]health care services, including reproductive health care right » et « the state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights ».

l'échelle du continent est non négligeable en raison, comme nous l'avons déjà vu, de l'article 60 de la *Charte africaine* qui permet à la Commission de s'inspirer de la jurisprudence des États du continent.

Dans cette affaire, il était question du choix effectué par le gouvernement sud-africain, dans le cadre de son programme de prévention du VIH de la mère à l'enfant, de limiter l'accès à la névirapine, un médicament antirétroviral permettant de prévenir la transmission du VIH, à deux sites pilotes par province. En prenant cette décision, le gouvernement se trouvait à empêcher les mamans et leur bébé, n'ayant ni les moyens de se procurer le médicament dans le réseau privé et ni accès aux sites pilotes, d'avoir accès à la névirapine dans les cliniques et hôpitaux publics du pays. Afin de se prononcer sur la constitutionnalité du programme, la Cour s'appuie sur le critère de raisonnablement élaboré dans la décision *Grootboom*, à l'effet que :

[t]o be reasonable, measures cannot leave out of account the degree and extent of the denial of the right they endeavour to realise. Those whose needs are the most urgent and whose ability to enjoy all rights therefore is most in peril, must not be ignored by the measures aimed at achieving realisation of the right¹⁹⁵.

Sur cette base, la Cour décide que le choix de restreindre l'accès à la névirapine, par ailleurs offert gratuitement par le fabricant, alors qu'il pourrait sauver des vies et éviter des transmissions, est déraisonnable¹⁹⁶. Afin de renforcer l'effectivité de son jugement, la Cour va plus loin que dans la décision *Grootboom*, où elle s'était limitée à un jugement déclaratoire, et ordonne au gouvernement de modifier son programme. Le fait de rattacher les violations des droits économiques, sociaux et

195. *Grootboom* au par. 44.

196. La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a élaboré dans les décisions *Grootboom* et *TAC* le critère de la raisonnablement pour évaluer les obligations positives à la charge des États destinées à donner effet aux droits économiques, sociaux et culturels. Voir *supra* note 96.

culturels à une sanction juridiquement contraignante est particulièrement nouveau et constitue un « apport jurisprudentiel majeur »¹⁹⁷.

Au-delà de la reconnaissance du fait que le défaut d'accès aux antirétroviraux porte atteinte au droit d'accès à des soins et services de santé, la décision TAC vient confirmer le test de la raisonnabilité élaboré précédemment dans la décision *Grootboom*¹⁹⁸. En vertu de cette approche, le noyau dur du droit à la santé, qui consiste en un droit d'accès à certains biens et services de santé primaires, n'est pas directement invocable par toute personne dans le besoin¹⁹⁹. L'accès aux biens et services est plutôt tributaire des ressources disponibles de l'État, dans la perspective de la réalisation progressive des droits²⁰⁰.

It is also made clear that “[s]ection 26 does not expect more of the State than is achievable within its available resources” and does not confer an entitlement to “claim shelter or housing immediately upon demand” and that as far as the rights of access to housing, health care, sufficient food and water, and social security for those unable to support themselves and their dependants are concerned, “the State is not obliged to go beyond available resources or to realise these rights immediately”²⁰¹.

Le test de raisonnabilité en est donc un de *moyens*, « [i]n its basic structure, this reasonableness standard is a means-end test

197. David Robitaille, *supra* note 96 à la p. 259.

198. *Ibid.*

199. TAC aux par. 26, 34-35.

200. Cette approche découle de la lecture des paragraphes 26 (2) et 27 (2) de la Constitution sud-africaine qui prévoient, respectivement, que les droits au logement et à la santé sont réalisables à travers l'adoption par l'État de mesures raisonnables, en fonction des ressources disponibles et en vue de la réalisation progressive desdits droits. Danie Brand, « Socio-Economic Rights and Courts in South Africa : Justiciability on a Sliding Scale » dans Fons Coomans, dir., *Justiciability of Economic and Social Rights. Experiences from Domestic Systems*. Antwerpen, Oxford, Intersentia, 2006 aux pp. 220-221.

201. TAC au par. 32.

– the court asks whether or not the measures in question are reasonably capable of achieving the realisation over time of the right in question, taking account of resource limit»²⁰². En utilisant ce test, les tribunaux se trouvent à évaluer la raisonnable des mesures positives et cherchent à déterminer si elles sont capables de faciliter la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels²⁰³. En ce faisant, ils agissent, avec légitimité dans les limites de leurs pouvoirs judiciaires²⁰⁴.

Là où le test de raisonnable se rapproche le plus du concept du noyau dur des droits réside dans l'idée qu'un gouvernement raisonnable doit prendre en compte les besoins urgents des personnes privées des besoins essentiels dans la société²⁰⁵. Selon Sandra Liedenbergh, le fait que la preuve du

202. Danie Brand, *supra* note 200 à la p. 221. En plus de la structure des articles 26 et 27 de la Constitution, de nombreuses autres considérations ont été analysées par la Cour dans *Grootboom* pour ne pas opter pour une approche basée sur le noyau dur du droit à la santé. Il s'agissait des difficultés de définir un seuil minimum du droit dans un contexte de besoins sociaux variés, de l'impossibilité pour la Cour de donner un accès universel immédiat, même à des services minimums et à l'incompatibilité de ce genre d'exercice avec les fonctions judiciaires. La Cour a toutefois reconnu qu'il n'était pas exclu que dans certaines circonstances, la preuve démontre que le seuil minimum d'un service particulier doit être pris en compte aux fins de l'évaluation du caractère raisonnable d'une mesure étatique. Sandra Liedenbergh, *supra* note 96 à la p. 78.

203. *Grootboom* au par. 41.

204. TAC aux par. 36-38. Voir au sujet de la capacité et de la légitimité des tribunaux à rendre des décisions sur la mise en oeuvre des droits économiques, sociaux et culturels: Danie Brand, *supra* note 200 aux pp. 225-227. L'auteur est toutefois d'avis que, dans les limites des textes constitutionnels applicables, le cas échéant, des formes d'interventions judiciaires reposant sur d'autres types d'approches pourraient aussi s'avérer légitimes et respectueuses du partage des pouvoirs judiciaires, législatifs et exécutifs.

205. *Grootboom* au par. 49. Pour une analyse critique du test de la raisonnable dans la perspective des besoins des personnes les plus vulnérables, voir Sandra Liedenbergh, *supra* note 96 aux pp. 82 et ss.; David Bilchitz, « Giving Socio-Economic Rights Teeth : The Minimum Core and its Importance » (2002) 118 South African Law Journal 484 à la p. 490; David Bilchitz, « Towards a Reasonable Approach to the Minimum

caractère déraisonnable des mesures étatiques incombe aux plaignants impose aux personnes vulnérables privées d'accès aux biens et services essentiels, un fardeau extrêmement lourd. Pour remédier à cet obstacle, elle suggère, premièrement, la création d'une présomption de déraisonnabilité au profit des personnes les plus vulnérables. Cela aurait pour effet de renverser le fardeau de preuve à la charge de l'État qui se trouverait dans l'obligation de démontrer que l'exclusion dont font les frais les individus est raisonnable²⁰⁶. Deuxièmement, Liedenberg est d'avis que le test développé par le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels au paragraphe 10 de l'*Observation générale n° 3* devrait être utilisé dans les cas où des groupes vulnérables n'ont pas accès à des biens et services essentiels. Ainsi, l'État devrait démontrer que le défaut d'assurer de tels biens et services est strictement attribuable au manque de ressources²⁰⁷. Finalement, l'évaluation des tribunaux devrait reposer sur une analyse de la proportionnalité des mesures choisies par rapport aux atteintes aux droits. Concrètement, cela impliquerait pour les États de démontrer qu'aucune mesure moins attentatoire aux droits économiques, sociaux et culturels des personnes les plus vulnérables ne peut être mise en œuvre aux fins des objectifs poursuivis²⁰⁸.

À la lumière de ce qui précède, il est intéressant de s'interroger sur la potentielle ouverture de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples à l'endroit du test de raisonabilité confirmé dans la décision *TAC*. Le concept du noyau dur des droits²⁰⁹ provenant de l'interprétation du droit à la santé par le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels²¹⁰ aura-t-il préséance sur le test de raisonabilité développé par une

Core : Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence » (2003) 19 South African Journal of Human Rights 1, aux pp. 11-14.

206. Sandra Liedenberg, *supra* note 96 à la p. 83.

207. *Ibid.* à la p. 83.

208. *Ibid.* à la p. 84.

209. *Supra* aux pp. 16 et ss.

210. *Observation générale n° 14*.

cour africaine? Peut-on considérer qu'il existe une communauté de valeurs plus forte entre la Commission et la Cour constitutionnelle sud-africaine qui ferait pencher la balance en faveur de son approche? Cela ne semble pas évident à déterminer, en raison notamment des différences notables entre la formulation de l'article 26 de la Constitution sud-africaine, qui met une emphase particulière sur la progressivité et celle de l'article 16 de la *Charte africaine*, beaucoup plus subtile à ce niveau. Cela nous laisse supposer que la Commission, dans la mesure où elle décidait d'adopter une approche de réalisation progressive, puisse être l'instance appropriée pour appliquer un test « renforcé » de la raisonnable, telle que le propose Sandra Liedenbergh.

Le droit à la santé au sein des États

De nombreux États ont intégré le droit à la santé dans leur constitution. Certains utilisent les termes « droit à la santé », le « droit à des services de santé », le « droit à la protection de la santé », certains lui reconnaissent une pleine justiciabilité, d'autres l'intègre à titre de principes directifs. Au Nigéria, le droit aux services de santé est prévu au chapitre II de la Constitution qui porte sur les « Fundamental Objectives and Directive Principles of state policy »²¹¹. Sous cette forme, les tribunaux nigériens refusent de lui accorder toute justiciabilité²¹². Toutefois, en raison de l'incorporation de la Charte africaine dans le droit interne du Nigéria²¹³, les dispositions de la Charte et notamment l'article 16 « shall be given full recognition and effect and be applied by all authorities »²¹⁴. Sur cette base, il devrait y avoir une certaine complémentarité entre les deux régimes guidant vers la

211. *Constitution of the Federal Republic of Nigeria.*

212. En raison de l'article 6 (6) c) de la Constitution qui prévoit expressément que la juridiction des tribunaux ne peut s'exercer sur les Principes directifs de la Constitution. Obiajulu Nnamuchi, « Kleptocracy and its Many Faces : The Challenges of Justiciability of the Right to Health Care in Nigeria » (2008) 52:1 *Journal of African Law* 1 à la p. 5.

213. *African Charter on Human and Peoples' Rights (Ratification and Enforcement) Act*, c. 10, LFN 1990 [*African Charter on Human and Peoples' Rights (Ratification and Enforcement) Act*].

214. *Ibid.*, art. 1.

justiciabilité des droits économiques et sociaux et notamment, du droit à la santé²¹⁵. Au Sénégal et au Cameroun, deux pays de tradition moniste, les dispositions de la Charte africaine et du PIDESC se trouvent à être directement applicables en droit interne. Au Sénégal, l'article 16 de la Charte africaine s'ajoute à l'article 8 de la Constitution sénégalaise²¹⁶ qui prévoit l'existence d'un droit à la santé « dans la mesure prévue par la loi ». Au Cameroun, même si la Constitution est silencieuse sur le droit à la santé, la ratification de la Charte africaine et du PIDESC se trouve, en vertu de la Constitution, à ajouter le droit à la santé au bloc de constitutionnalité²¹⁷. Il en résulte que dans les deux cas, des recours judiciaires peuvent, en principe, s'appuyer sur le droit à la santé²¹⁸.

Comme nous l'avons démontré, le droit à la santé a une véritable portée sur le continent africain et ce, qu'il soit ou non intégré dans les constitutions nationales. En effet, dans la mesure où l'État a ratifié le *PIDESC* et/ou la *Charte africaine*, il est tenu de respecter, de protéger, de promouvoir et de mettre en œuvre le droit à la santé dans son pays²¹⁹. Le fait de rendre justiciable ce droit au plan interne constitue une mesure fondamentale essentielle aux fins de sa mise en œuvre²²⁰ mais n'est pas la seule. Voyons maintenant la portée de ces obligations étatiques dans le contexte de la prévention du VIH auprès des hommes ayant des

215. Obiajulu Nnamuchi, *supra* note 212 à la p. 22.

216. *Constitution de la République du Sénégal*.

217. Zbigniew Paul Dime Li Nlep, « La garantie des droits fondamentaux au Cameroun » (3 juillet 2010), en ligne : Mémoire Online <http://www.memoireonline.com/03/07/396/m_la-garantie-des-roitsfondamentaux-au-cameroun9.html>.

218. En l'absence de précision législative, il n'est pas exclu que les juges puissent avoir des réticences à s'appuyer sur un droit dont le champ d'application n'est pas clairement défini et ce même si les décisions *SERAC* et *TAC* et l'*Observation générale no 14* offrent pourtant des précisions importantes.

219. Conformément aux paragraphes 38 et 45 de l'*Observation générale no 14*, il existe aussi, aux fins de la réalisation du droit à la santé, des obligations de coopération internationale, mais nous n'en traiterons pas ici.

220. *Supra* aux p. 23, 28.

relations sexuelles avec des hommes au Nigéria, au Cameroun et au Sénégal.

III. La lutte au VIH au prisme du droit à la santé : une démarche d'inclusion des HSH

Comme pour tout droit, le contenu normatif du droit à la santé se précise au contact des réalités qu'il chevauche. Dans le domaine de la lutte au VIH, on ne peut passer sous silence la contribution normative importante d'organisations telles l'ONUSIDA et le Haut Commissariat aux droits de l'homme, à la définition des obligations destinée à concrétiser le droit à la santé (A. Les normes et standards de la lutte au VIH). Ces textes contribuent en effet à contextualiser et à clarifier les obligations qui découlent du droit à la santé aux fins de la prévention du VIH auprès des HSH. Leur analyse démontre à quel point le droit à la santé est un vecteur d'inclusion des HSH dans la société (B. L'inclusion des HSH à travers le respect, la protection, la promotion et la mise en œuvre du droit à la santé).

A. Les normes et standards de la lutte au VIH

Les lignes directrices²²¹, résolutions²²², politiques²²³ qui émanent d'ONUSIDA, du Haut Commissariat aux droits de

221. Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme et ONUSIDA, *Le VIH/sida et les droits de l'homme : Directives internationales, version consolidée 2006*, Genève, ONUSIDA, 2007 (7 juillet 2010), en ligne : <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HIVAIDSGuidelinesfr.pdf>> [Directives internationales].

222. À titre d'exemple, Commission des droits de l'homme des Nations Unies, « Accès aux médicaments dans le contexte de pandémies, telles que celle de VIH/sida », *Résolution de la Commission des droits de l'homme 2001/33* (7 juillet 2010), en ligne : www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/4d665e1bd12dc662c1256a3b00458d3f?Opendocument. La Commission des droits de l'homme a à plusieurs reprises enjoint les États de se conformer aux *Directives internationales*, en révisant leurs lois et en se dotant de mécanismes pour appliquer les mesures contre la discrimination fondée sur la séropositivité au VIH. Voir, par exemple, Commission des droits de l'homme des Nations Unies, « Protection des droits fondamentaux des personnes infectées par le virus de

l'homme et d'autres instances onusiennes, le cas échéant, n'ont pas de valeur contraignante mais sont des outils utiles tant pour orienter les États dans l'adoption de politiques que pour le plaidoyer des organismes de défense des droits des personnes vivant avec le VIH et vulnérables au VIH. De plus, en 2001, l'Assemblée Générale des Nations Unies a adopté, dans le cadre de sa session extraordinaire consacrée au VIH/sida, la *Déclaration d'engagement sur le VIH/sida*²²⁴ en vertu de laquelle les États membres se sont engagés à développer des réponses au VIH respectueuses des droits de la personne. En 2006, les États ont réitéré à l'unanimité leur engagement en adoptant la *Déclaration politique sur le VIH*²²⁵. Tout en renouvelant les engagements souscrits en 2001 dans la *Déclaration d'engagement sur le VIH/sida*, « [c]ette déclaration constitue un mandat solide devant permettre une meilleure riposte au sida, en particulier en matière d'accès universel à la prévention du VIH, au traitement, à la prise en charge et au soutien »²²⁶. En vertu de ce « droit mou »²²⁷, les pays doivent rendre compte périodiquement des progrès effectués dans le cadre de la mise en œuvre des *Déclarations*. À cette fin,

l'immunodéficience (VIH) ou atteintes du syndrome de l'immunodéficience acquise (sida) », *Résolution de la Commission des droits de l'homme* 2003/47, 2003 (7 juillet 2010, en ligne : www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/9fa825e076b72017c1256d1f00562e3c?Opendocument). Voir Joanne Csete, « VIH/sida et droits humains : ce n'est qu'un début », (2005) 10 :1 *Revue VIH/sida, droit et politiques* 1 à la p. 11 (7 juillet 2010), en ligne : <<http://www.aidslaw.ca/publications/interfaces/downloadFile.php?ref=1143>>.

223. À titre d'exemple, *Politique générale. VIH et sexualité entre hommes*, supra note 3.

224. Doc. off. AG NU A/Res/S-26/2 (2001) [*Déclaration d'engagement sur le VIH/sida*].

225. Doc off. AG NU, A/RES/60/262, 2006 (3 juillet 2010) en ligne : <http://www.unaids.org/fr/AboutUNAIDS/Goals/2006Declaration/default.asp> [*Déclaration politique*].

226. *Ibid.*

227. Mireille Delmas-Marty, « Le Flou du droit », Paris, Presses universitaires de France, 1986.

ONUSIDA a développé des indicateurs qui traduisent les engagements souscrits²²⁸.

Bien que silencieuse sur la problématique spécifique des HRH, la *Déclaration politique* cristallise de nombreux engagements ayant une pertinence toute particulière dans la réalisation de leur droit à la santé. À ce chapitre, soulignons que les États se sont engagés à : 1) assurer la participation des personnes vulnérables, des communautés les plus touchées et de la société civile dans les activités de prévention, de traitement et de soins, dans le but de réaliser l'objectif de l'accès universel à la prévention, au traitement et aux soins et services d'appui d'ici 2010²²⁹; 2) mettre la prévention au cœur de l'action nationale, régionale et internationale en « assurant un accès élargi à des articles indispensables, tels que les préservatifs masculins »²³⁰; 3) « à surmonter les barrières d'ordre juridique, réglementaire ou autre qui entravent l'accès à la prévention, au traitement, aux soins et aux services d'appui, aux médicaments, aux biens et aux services »²³¹; 4) « à intensifier les efforts visant à promulguer, renforcer ou appliquer [...] des lois, règlements et autres mesures afin d'éliminer toute forme de discrimination contre [...] les membres des groupes vulnérables²³²; et 5) « à veiller à ce [que les membres des groupes vulnérables] jouissent pleinement de tous leurs droits et libertés fondamentaux » et notamment de leur « assurer l'accès à [...] aux soins de santé, aux services sociaux et sanitaires, à la prévention, au soutien, au traitement, à l'information et à la protection juridique tout en respectant leur intimité et des conditions de confidentialité;...] »²³³.

228. UNUSIDA, « Système de suivi par pays » (7 juillet 2010), en ligne : Unids.org <<http://www.unids.org/fr/KnowledgeCentre/HIVData/CRIS/default.asp>>.

229. *Déclaration politique* au par. 20.

230. *Ibid.* au par. 22.

231. *Ibid.* au par. 24.

232. *Ibid.* au par. 29.

233. *Ibid.*

Quant à la problématique particulière des HRH, ONUSIDA a formulé en août 2006, une série de recommandations à l'intention des États, des acteurs de la société civile et des partenaires internationaux. Bien qu'aucune de ces entités ne soit liée par ces recommandations, elles sont importantes à considérer puisque ce sont les premières à concerner expressément la situation des HRH. Les recommandations à l'intention des États sont les suivantes :

- Évaluer empiriquement la mesure dans laquelle la sexualité entre hommes intervient dans l'épidémie nationale de VIH.
- Respecter, protéger, et faire en sorte que s'exercent les droits des hommes ayant des rapports sexuels avec des hommes, et s'attaquer au problème de la stigmatisation et de la discrimination au sein de la société ainsi que sur le lieu de travail, en amendant les lois qui interdisent les actes sexuels entre adultes consentants, en privé; en faisant appliquer le principe de non-discrimination; en offrant des services d'aide juridique, et en contribuant aux campagnes dénonçant l'homophobie.
- Dans les plans nationaux pour la santé et la lutte contre le SIDA, fixer des priorités en matière de stratégies et de budgets destinés à répondre aux besoins des hommes ayant des rapports sexuels avec des hommes.
- Faire participer les hommes ayant des rapports sexuels avec des hommes, en particulier ceux qui vivent avec le VIH, à la conception, à la mise en oeuvre, et au suivi des programmes, ainsi qu'aux Conseils nationaux sur le SIDA.
- Adapter les stratégies nationales, des États, et locales relatives aux hommes ayant des rapports sexuels avec des hommes, aux données épidémiologiques et sociales, en tenant compte de la diversité de ces hommes ainsi que de la spécificité du contexte socioculturel et des risques auxquels ils sont confrontés.
- Cautionner la mise en place de programmes pour les hommes ayant des rapports sexuels avec des

hommes qui sont peut-être particulièrement vulnérables à l'infection à VIH, tels que les professionnels du sexe, les consommateurs de drogues injectables, et ceux qui vivent dans des structures militaires ou en milieu carcéral, où la violence et les rapports sexuels sous la contrainte peuvent avoir cours.

- Soutenir les organisations non gouvernementales et à assise communautaire, notamment les organisations de personnes vivant avec le VIH, qui abordent les questions en rapport avec la sexualité entre hommes²³⁴.

Dans la mesure où ces recommandations visent ultimement l'adoption de mesures destinées à assurer l'accès à la prévention, aux soins, au traitement et aux services d'appui pour les HSH, elles apportent un éclairage significatif sur le contenu des obligations découlant du droit à la santé dans la perspective de la lutte au VIH. Ces précisions doivent être prises en considération afin d'actualiser le contenu normatif du droit à la santé à la lumière des enjeux contemporains :

certaines maladies auparavant inconnues, comme le virus de l'immunodéficience humaine et le syndrome d'immunodéficience humaine acquise (VIH/sida) [...] ont créé de nouveaux obstacles à la réalisation du droit à la santé, qu'il faut prendre en considération dans l'interprétation de l'article 12.

Ces recommandations reposent sur une appréhension holistique du droit à la santé pouvant dépasser les approches de la médecine et de la santé publique et englober celles développées en sciences sociales. Cela illustre bien, tout comme dans la décision *SERAC* où la violation du droit à un environnement satisfaisant a entraîné des atteintes au droit à la santé²³⁵, que tous les droits de la personne sont interreliés aux fins de leur mise

234. *Politique générale. VIH et sexualité entre hommes, supra* note 3 à la p. 3.

235. *Supra* à la p. 30.

en œuvre et surtout qu'ils sont « des composantes intrinsèques du droit à la santé »²³⁶.

En partant de ces normes et standards, tentons maintenant de proposer une lecture pragmatique du droit à la santé, dans le contexte de la lutte au VIH auprès des hommes ayant des relations sexuelles avec d'autres hommes, en s'intéressant plus particulièrement au cas du Sénégal, du Cameroun et du Nigéria.

B. L'inclusion des HSH à travers le respect, la protection, la promotion et la mise en œuvre du droit à la santé

Aux fins des présentes, nous faisons le choix de recourir à la typologie classique des obligations découlant du droit à la santé, pour réfléchir à leur portée dans le contexte de la prévention du VIH auprès des HSH. Puisque nous limiterons notre réflexion aux obligations à réalisation immédiate, nous référerons indistinctement au non-respect des États de leurs obligations et à l'atteinte ou à la violation du droit à la santé des HSH²³⁷.

L'obligation de respecter le droit à la santé

Nous l'avons vu, l'obligation de respecter le droit à la santé implique pour l'état de s'abstenir d'intervenir d'une manière à porter atteinte au droit. Une interprétation restrictive de cette obligation pourrait signifier que seules les interventions affectant directement la santé des HSH, en prévoyant par exemple des sanctions criminelles telles les châtiments corporels, sont prohibées²³⁷. Dans le même sens, le fait pour un État d'ériger en

236. *Observation générale n°14* au par. 3.

237. Il peut exister des décalages entre le non-respect d'une obligation de la part de l'État et la violation du droit de l'individu et *vice versa* mais le phénomène est rattaché aux obligations à réalisation progressive au maximum des ressources disponibles. Voir sur les distinctions entre une approche basée sur les « violations » et sur les « obligations », Matthew Craven, *supra* note 90 aux pp. 32 et ss. Voir aussi Kitty Arambulo, *Strengthening the Supervision of the International Covenant : Theoretical and Procedural Aspects*, 1999, Antwerpen, Intersentia à la p. 250.

238. Décision *SERAC*, où la Commission affirme qu'en vertu de l'obligation de respect « The State is under an obligation to respect the just noted rights

politique institutionnelle formelle le refus d'offrir des biens et services de santé²³⁹ aux homosexuels serait aussi proscrit. Au-delà de ces interprétations, qui mettent en évidence un lien causal direct et unique entre l'intervention de l'État et l'atteinte au droit, d'autres schémas sont envisageables. En effet, l'*Observation générale n° 14* prévoit une interprétation large de l'obligation de respecter en précisant qu'il s'agit pour l'État de s'abstenir d'entraver directement ou indirectement l'exercice du droit. Dans cette perspective, nous voyons des liens clairs entre la criminalisation de l'homosexualité, telle qu'elle existe au Sénégal, au Cameroun et au Nigéria et les violations du droit à la santé des HRH. Le consensus relatif aux effets néfastes de la criminalisation de l'homosexualité sur la prévention du VIH²⁴⁰, confirmé par les consultations réalisées par ONUSIDA²⁴¹, apparaît en effet suffisamment important pour tirer certaines conclusions.

Lorsque la criminalisation des rapports sexuels entre partenaires masculins les confine à la clandestinité et les rend inatteignable par les autorités de santé, il y a atteinte au droit à la santé. Lorsque la criminalisation nuit à la diffusion d'information relative au VIH auprès des HSH, il y a atteinte au droit à la santé. Lorsque la criminalisation empêche les HRH de se dévoiler par crainte d'être poursuivis et qu'en raison de cette situation, ils refusent de se faire dépister, de rechercher des services de santé et d'appui, de participer à l'élaboration des stratégies de

and this entails largely non-interventionist conduct from the State for example, not from carrying out, sponsoring or tolerating any practice, policy or legal measures violating the integrity of the individual » au par. 52.

239. Nous entendons par « biens et services de santé », les soins de santé, les traitements, les moyens et services de prévention, et les services d'appui, qui sont tous visés dans l'*Observation générale n° 14*.

240. *Supra* section I.

241. Ces consultations ont confirmé que la stigmatisation, la discrimination et la criminalisation vécues par les HSH constituent des obstacles à l'accès universel aux services de prévention du VIH, aux traitements, aux soins et au support. *Assessment by UNAIDS to the General Assembly on Scaling up HIV Prevention, Treatment, Care and Support*, (2006) Doc. NU A/60/737.

prévention et de se regrouper en association de lutte au VIH²⁴², il y a atteinte au droit à la santé. Récemment, ces effets négatifs de la criminalisation de l'homosexualité sur l'accès aux services de prévention du VIH, de soins, de traitement et d'appui ont été reconnus par la Haute Cour de New Delhi. Dans un jugement du 2 juillet 2009, le tribunal a en effet déclaré inconstitutionnel l'article 377 du Code pénal qui criminalise les relations homosexuelles consenties et a estimé que cette disposition portait atteinte à la dignité, à la vie privée et au droit à la santé²⁴³. Le Comité des droits de l'homme avait lui aussi endossé cet argument dans la décision *Toonen*²⁴⁴. Même si la décision indienne ne lie ni la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples ni les États africains, ce jugement mérite d'être connu et mobilisé par les HSH et les groupes de défense des droits. Le transjudicialisme, en tant que mode de dialogue entre les juges²⁴⁵, peut rendre les juges de la Commission africaine et des tribunaux africains réceptifs aux décisions des cours étrangères.

En maintenant en vigueur et en appliquant des mesures législatives qui discriminent les HSH et qui ont pour effet de limiter l'accès au droit à la santé des personnes vulnérables au

242. D'autant plus qu'il est documenté que la prévention par les pairs a un impact positif sur les comportements sexuels dans une communauté, J. Elford *et al.*, *supra* note 22; LM Williamson *et al.*, « Peer led HIV prevention among homosexual men in Britain » (2002) 78 Sex Transm Infect. 158.

243. *NAZ Foundation v. Government of NCT of Delhi and Others*, High Court of Delhi, WP(C) No.7455/2001, 2 juillet 2009 (7 juillet 2010), en ligne: <http://www.nazindia.org/judgement_377.pdf>. Voir ONUSIDA, Communiqué, « Michel Sidibé félicite les communautés de minorités sexuelles indiennes de s'être unies contre l'article 377 du Code pénal », 2009 (2010), en ligne : Unaid.org http://www.unaids.org/fr/KnowledgeCentre/Resourcess/FeatureStories/archive/2009/20091009_EXD_377.asp.

244. La décision a toutefois été rendue sur la base du droit à la vie privée. L'argument avait été retenu par le Comité pour s'opposer aux prétentions de la Tasmanie à l'effet que la criminalisation de la sodomie contribuait à prévenir le VIH, *supra* note 4. Voir sur la question, Rachel Murray et Frans Viljoen, *supra* note 1 à la p. 97.

245. Karim Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008 à la p. 837.

VIH et particulièrement marginalisées, l'État fait défaut de respecter le noyau dur du droit à la santé²⁴⁶. Cette obligation étant à réalisation immédiate, le Cameroun, le Nigéria et le Sénégal sont tous trois tenus, en vertu de la *Charte africaine* et du *PIDESC*, d'abroger leur code criminel sans aucune forme de conditionnalité. Les ressources financières des pays n'ont ici en effet aucune incidence sur les mesures concernées. Les obstacles, comme nous l'avons vu, sont plutôt d'ordre social, moral, religieux et politique. Ni la *Charte africaine*, ni le *PIDESC* ne permet la réalisation progressive d'un droit protégé sous prétexte que les valeurs requises aux fins de son actualisation ne sont pas encore en place. Pour atténuer les clivages entre droit et valeurs, l'État est plutôt tenu de promouvoir le droit et de le protéger contre toute atteinte.

L'obligation de protéger et de promouvoir le droit à la santé

L'obligation de protéger le droit à la santé impose aux États d'adopter des mesures destinées à protéger les bénéficiaires des droits contre toute « interférence politique, sociale ou économique »²⁴⁷. Dans le contexte qui nous intéresse, l'obligation de protection consiste à prohiber toute forme de discrimination basée sur l'orientation sexuelle dans l'accès aux mesures de prévention du VIH, aux soins, traitements, services d'appui et de permettre des recours au HSH victimes de discrimination. Les Constitutions du Nigéria, du Cameroun et du Sénégal font toutes trois défaut d'interdire la discrimination sur le motif de l'orientation sexuelle²⁴⁸. Ce faisant, les États acceptent que cette forme de discrimination se manifeste en toute impunité, le tout en violant le droit à la santé des HSH.

Le fait que le Nigéria ait intégré dans son droit interne la *Charte africaine*²⁴⁹, et qu'au Cameroun et au Sénégal, elle soit

246. *Obligation générale* n° 14 au par. 43 a).

247. *Obligation générale* n° 14 au par. 46.

248. *Supra* aux pp. 8-10.

249. *African Charter on Human and Peoples' Rights (Ratification and Enforcement) Act*.

directement justiciable²⁵⁰, ne permet pas, du moins à ce jour, de bonifier la protection antidiscriminatoire pour les HSH puisqu'elle fait aussi défaut de prévoir l'orientation sexuelle à titre de motif de discrimination interdit²⁵¹. Il n'est toutefois pas exclu de voir un jour la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples reconnaître ce motif de discrimination²⁵². La création récente, par la Commission africaine, du Comité de protection des personnes vivant avec le VIH et des personnes vulnérables au VIH²⁵³, dont le mandat consiste notamment à interpeller les gouvernements sur les violations des droits des personnes vulnérables au VIH, permet d'envisager une certaine ouverture de la Commission à l'égard des droits des HSH²⁵⁴. En raison de l'ordonnancement juridique découlant des systèmes monistes, l'interdiction de discrimination sur la base de l'orientation sexuelle découlant des paragraphes 18, 19 et 43a) de *l'Observation générale n° 14*, pourrait aussi être invoqué devant les tribunaux sénégalais et camerounais. Si un tel cas de figure se présentait, l'obligation de protection du droit à la santé imposerait au juge un devoir de donner effet à cette

250. *Supra* aux pp. 34-35.

251. *Charte africaine*, art. 2. Voir sur cette question Rachel Murray et Frans Viljoen, *supra* note 1.

252. Sur la base d'un droit implicite à la vie privée ou en raison du fait que la criminalisation de l'homosexualité viole le droit à la dignité, à l'intégrité, à la liberté et à la sécurité ou encore, sur la base du droit à l'égalité. Voir Rachel Murray et Frans Viljoen, *supra* note 1 aux pp. 89-92.

253. *Résolution sur la création d'un comité sur la protection des droits des personnes vivant avec le VIH (PVVIH) et les personnes à risque*, (2010), Doc. off CADHP, Res163(XLVII).

254. Témoigne de cette potentielle ouverture, le commentaire de la Commissaire Taklula d'Afrique du Sud, lors de la procédure d'examen oral du rapport soumis par le Cameroun en 2006 et suite à l'arrestation et l'emprisonnement de 11 homosexuels en 2005, en réponse à des arguments soulevés par les organisations non gouvernementales, à l'effet que la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle est incompatible avec l'article 2 de la *Charte Africaine*. Bien qu'ils s'agissent là de signes d'ouverture il n'est pas dit qu'ils puissent influencer les décisions dans le cadre d'un processus de communication individuelle. Voir Rachel Murray et Frans Viljoen, *supra* note 1 à la p. 103, sur les limites inhérentes à la procédure d'examen oral aux pp. 104-105 et sur les obstacles à voir ce type d'idée retenu dans le cadre des procédures de communications individuelles, pp. 105 et ss.

disposition. Mais, en l'absence de soutien constitutionnel et législatif et compte tenu du climat social et institutionnel homophobe, il est probable que les juges seraient réticents à intégrer de tels principes en droit interne.

L'Observation générale n° 14 réfère explicitement au contenu de l'obligation de protection dans des situations où il y a interférence entre « des pratiques sociales ou traditionnelles nocives » aux femmes et l'accès aux soins de santé adaptés au besoin des femmes²⁵⁵. En transposant ce raisonnement à la situation des HSH et sachant qu'il existe une stigmatisation de la part des autorités de santé qui les incitent à fuir les services de santé²⁵⁶, il semble clair que les États sont tenus d'adopter des mesures (lois, stratégie ou plan d'action) destinées à faire cesser les pratiques homophobes qui nuisent à l'accès aux services de prévention du VIH, aux soins, au traitement et à l'appui. À mi-chemin entre l'obligation de protection et de promotion du droit à la santé, l'élaboration et la mise en œuvre d'un plan national de lutte à l'homophobie²⁵⁷ permettrait précisément de travailler au changement des perceptions sociales²⁵⁸, ce qui pourrait entraîner des effets positifs dans l'accessibilité aux biens et services de santé.

255. *Observation générale n° 14* au par. 35.

256. *Rapport de situation sur la riposte nationale à l'épidémie de VIH/sida, Sénégal* à la p. 33.

257. Voir par exemple, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *De l'égalité juridique à l'égalité sociale. Vers une stratégie nationale de lutte contre l'homophobie*, (2007), en ligne : <http://www.cdpdj.qc.ca/fr/publications/docs/rapport_homophobie.pdf>.

258. Ce travail pourrait incomber aux institutions nationales de droits de la personne qui existent dans chacun des trois pays. Voir pour le Sénégal, le Comité sénégalais aux droits de l'homme (15 juillet 2010), en ligne : <<http://www.csdh.sn/>>. Voir pour les coordonnées des institutions nationales de droits de la personne au Nigéria et au Cameroun (le 15 juillet 2010), en ligne : <<http://www.nhri.net/NationalData.asp?ID=25>>. Au Nigéria, l'indépendance de la Commission des droits de l'homme inquiète Amnesty International. « Nigeria: Independence of National Human Rights Commission under threat » (20 mars 2009), en ligne : <<http://www.amnestyusa.org/document.php?id=ENGAFR440092009&lang=e>> (le 15 juillet 2010).

L'obligation de mettre en œuvre le droit à la santé

Considérant ces violations importantes aux obligations de respect, de protection et de promotion, qui mettent clairement en exergue les causes fondamentales des atteintes au droit à la santé des HSH, une question importante se pose relativement à l'obligation de mise en œuvre. Peut-on considérer qu'un État qui criminalise l'homosexualité, qui tolère, voire cautionne la discrimination à l'endroit des HSH et qui, paradoxalement, met en place des mesures de prévention du VIH destiné aux HSH s'acquitte réellement de son obligation de mise en œuvre? Dans la mesure où l'environnement juridique crée, en amont, des barrières endogènes²⁵⁹ et exogènes²⁶⁰ à l'accessibilité aux biens et services de santé et, qu'en raison de cette situation, les données relatives à la prévalence des HSH peuvent être faussées, comment évaluer réalistement l'efficacité des mesures de lutte au VIH mises en place par l'État? Les obligations de respect et de protection ne sont-elles pas de véritables pré-requis à la réalisation de l'obligation de mise en œuvre?

La portée horizontale²⁶¹ du droit à la santé nous incite à penser que le respect de l'obligation de mise en œuvre peut influencer le respect et la protection du droit. En poursuivant l'objectif de prévention du VIH, il est possible que les autorités de santé d'un pays développent des mesures donnant effet à l'obligation de mise en œuvre en dépit de l'environnement juridique et social stigmatisant. En agissant ainsi, elles peuvent constituer de véritables catalyseurs d'inclusion des HSH et influencer les autres sous-systèmes social, religieux, juridique et politique. Évidemment, cela n'est pas sans soulever des questions éthiques importantes. Par exemple, au Sénégal, un des rares pays

259. Qui proviennent de la crainte de l'individu de se dévoiler. Voir Cheikh I. Niang, Placide Tapsoba, Ellen Weiss *et al.*, « 'It's raining stones': stigma, violence and HIV vulnerability among men who have sex with men in Dakar, Senegal » (2003) 5 *Cult Health Sex* 499.

260. Qui proviennent des attitudes stigmatisantes et discriminantes des acteurs de la santé. *Ibid.*

261. *Supra* à la p. 21.

africains dont la stratégie de lutte au VIH vise expressément les HSH²⁶², les autorités de santé encouragent la réalisation de programmes de prévention à base communautaire par des associations de la société civile²⁶³. Ce faisant, contribuent-elles à accroître les risques de poursuites criminelles de ces travailleurs²⁶⁴ et, plus généralement, l'accroissement des perceptions négatives à l'égard des HSH²⁶⁵? Pour répondre à ce type de problème, certains groupes au Nigéria agissent sur le terrain tout en se gardant d'identifier précisément et ouvertement les HSH comme cibles, mais en les confondant dans la désignation « groupes vulnérables » afin de ne pas attirer l'attention des ailes conservatrices du parlement et du gouvernement²⁶⁶.

Quoi qu'il en soit, et sans nous pencher sur la réelle portée des stratégies de lutte au VIH qui s'adressent aux HSH dans des

262. Adrian D. Smith *et al.*, « Men who have sex with men and HIV/AIDS in sub-Saharan Africa », (2009) 374:9687 *The Lancet* 416, en ligne : <http://www.sciencedirect.com/science?_ob=ArticleURL&_udi=B6T1B4WSSBH3-1&_user=789722&_coverDate=08%2F07%2F2009&_rdoc=1&_fmt=high&_orig=search&_sort=d&_docanchor=&view=c&_acct=C000043357&_version=1&_urlVersion=0&_userid=789722&md5=b6772eced529edfcda2103f7507bdbd4#secx7>. Selon les données fournies au *Rapport de situation sur la riposte nationale à l'épidémie de VIH/sida, Sénégal*, pour les années 2008-2009, 84,6 % des HRH étaient rejoints par les programmes de prévention. Il sera fort intéressant de comparer ce pourcentage avec celui des années 2010 et 2011 pour mesurer l'impact de l'arrestation de 9 homosexuels en 2009, *supra* note 9.

263. *Rapport de situation sur la riposte nationale à l'épidémie de VIH/sida, Sénégal*.

264. Voir à titre d'exemple le cas des 9 travailleurs de Aides Sénégal qui ont été arrêtés en 2009, *supra* notes 9 et 35. Les autorités de santé font d'ailleurs état d'un dispositif d'accompagnement des neuf personnes emprisonnées, *Rapport de situation sur la riposte nationale à l'épidémie de VIH/sida, Sénégal* à la p. 52.

265. Adrian D. Smith *et al.*, *supra* note 261.

266. « "There will be no specific intervention response that targets this group," said the researcher, who works for a major funding agency. "It will be a package to address the most at-risk groups, and we'll reach them that way, but not as a population cohort themselves." ». « NIGERIA: Gays hesitate at the closet door », *PlusNews Global HIV/AIDS news and analysis*, 22 juillet 2010 (7 juillet 2010), en ligne: <<http://www.plusnews.org/report.aspx?ReportID=79810>>.

contextes sociaux stigmatisant, certains faits sont par ailleurs, à leur face même, révélateurs de violations à l'obligation de mise en œuvre. Par exemple, en faisant défaut d'identifier les HSH à titre de groupe vulnérable au VIH dans son rapport de suivi de la *Déclaration d'engagement sur le VIH/sida*²⁶⁷ et en n'évaluant pas la prévalence du VIH dans ce groupe de la population, le Cameroun révèle l'absence de prise en compte des besoins de ces personnes vulnérables dans ses efforts de prévention. Ce faisant, le pays fait défaut d'assumer une composante du noyau dur de son obligation de mise en œuvre du droit à la santé qui consiste à accorder une attention prioritaire aux besoins des personnes vulnérables dans sa stratégie nationale²⁶⁸. Au Nigéria, en priorisant les campagnes d'information destinées au grand public, qui sont non adaptées aux particularités des rapports sexuels entre hommes, de nombreux HSH se voient privés d'informations essentielles qui les aideraient pourtant à réduire les risques de transmission du VIH²⁶⁹. En se voyant privés d'une éducation et d'un accès à l'information relative aux modes de transmission du VIH et aux mesures de prévention, les homosexuels nigériens voient le noyau dur de leur droit à la santé violé par leur gouvernement.

Dans l'éventualité où les États cherchaient à imputer leur défaillance au manque de ressources financières, rappelons que l'insuffisance de ressources permet difficilement de déroger à l'obligation d'assurer un accès non discriminatoire aux soins et services de santé²⁷⁰. Concrètement, en matière de prévention, cette

267. *Rapport de progrès sur la Déclaration d'engagement sur le VIH /sida, Cameroun.*

268. *Observation générale n° 14* au par. 43 f).

269. « The vast majority of MSM believe you cannot contract STIs [sexually transmitted infections] from anal sex. In Nigeria we don't talk about anal sex, and all the [AIDS] interventions are targeted at heterosexuals and vaginal sex. The perception of gay people not using condoms is not because we don't want to, but because we are not well informed. », « NIGERIA: Gays hesitate at the closet door », *PlusNews Global HIV/AIDS news and analysis*, 22 juillet 2010 (le 7 juillet 2010), en ligne: <<http://www.plusnews.org/report.aspx?ReportID=79810>>.

270. *Observation générale n° 14* au par. 18.

obligation impose l'adoption de mesures spécifiquement adaptées aux besoins des HSH²⁷¹, ce qui requiert d'abord de reconnaître ces personnes et de documenter les problématiques auxquelles elles sont confrontées. Rappelons aussi que, selon la Cour constitutionnelle sud-africaine, même dans les cas de pénurie financière, le fait de laisser des segments de la population ayant des besoins urgents sans services essentiels est inconstitutionnel en vertu du test de raisonabilité. Dans ce sens, faire défaut de prévoir des stratégies de prévention spécifiquement adaptées aux HSH, alors qu'ils sont particulièrement vulnérables au VIH, et ainsi laisser libre cours à des transmissions qui pourraient être évitées au sein de ce groupe et dans la population en général²⁷² est certainement déraisonnable.

Il ressort de ce qui précède que les obligations de respect, de protection, de promotion et de mise en œuvre du droit à la santé possèdent une texture commune qui consiste en une volonté d'inclusion des HSH dans la société. Comme nous l'avons vu, cette inclusion passe à la fois par une reconnaissance formelle de leur égalité et une réalisation matérielle de celle-ci.

Conclusion

Alors que le droit à l'égalité des homosexuels demeure un sujet tabou et que peu d'assises juridiques sont envisageables aux fins de sa réalisation en Afrique²⁷³, le droit à la santé représente une avancée importante pour les HSH. Il constitue en effet, en vertu de *l'Observation générale n° 14*, un des premiers cadres juridiques internationaux à proscrire, au nom de l'intérêt supérieur de la santé, la discrimination sur le motif de

271. Des programmes de prévention exclusivement dédiés au grand public et qui ne sont pas adaptés aux besoins spécifiques des HSH peuvent avoir pour effet de créer de la discrimination indirecte dans l'accès aux services de prévention en raison de l'orientation sexuelle.

272. En raison du déni, les HSH sont souvent clandestins. La très grande majorité d'entre eux se marient ou ont des partenaires sexuels féminins, *supra* note 7.

273. Rachel Murray et Frans Viljoen, *supra* note 1 aux pp. 100 et ss.

l'orientation sexuelle. Dans des environnements juridiques, politiques et sociaux hostiles à l'homosexualité, le droit à la santé permet de valoriser l'égalité des HSH non pas en tant que finalité, mais plutôt en tant que moyen destiné à limiter les risques de transmission du VIH.

Les groupes de HSH ont donc intérêt, dans le contexte africain actuel, à saisir ce droit à la santé, dont les développements récents ont contribué à affirmer sa justiciabilité²⁷⁴, pour s'attaquer aux causes de leur vulnérabilité au VIH. La forme normative du droit à la santé permet en effet de s'attaquer tant aux causes structurelles qu'aux symptômes des problèmes de santé. Sous couvert d'arguments de santé publique, dont l'importance est par ailleurs indéniable, ils peuvent se dégager, sous l'ombrelle du droit à la santé, un champ d'action destiné à susciter les changements sociaux et législatifs requis aux fins de leur inclusion dans la société.

À cette fin, diverses formes de mobilisation du droit sont envisageables. Il s'agit, plus traditionnellement, de la mobilisation judiciaire et du plaidoyer, mais aussi, dans une perspective plus novatrice, de la structuration des activités sur la base du droit à la santé par les acteurs non gouvernementaux qui offrent des services de santé sur le terrain.

Comme nous l'avons vu, la justiciabilité du droit à la santé est possible au Nigéria, au Cameroun et au Sénégal tant, théoriquement, en droit interne, qu'auprès de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. *L'actio popularis* étant reconnue par la Commission africaine, les groupes de défense des droits des HSH peuvent en toute légitimité déposer

274. Nous pensons à la décision *SERAC* qui en plus d'affirmer la justiciabilité du droit à la santé dans l'ordre normatif régional africain, devrait aussi induire cette justiciabilité dans les ordres juridiques internes du Nigéria, qui a intégré la *Charte africaine* dans son droit interne et du Sénégal et du Cameroun, tout deux de tradition moniste. Nous pensons aussi à la décision *TAC* qui bien que sud-africaine, peut avoir une réelle influence sur les systèmes juridiques voisins.

des recours sur la base de la violation du droit à la santé. Il reste à voir toutefois si au plan stratégique, la mobilisation judiciaire dans des cas d'atteintes au droit à la santé découlant de pratiques discriminatoires et stigmatisantes, est une option envisageable ou si elle fait l'objet des mêmes réticences que celle reposant sur d'autres fondements juridiques. L'International Gay and Lesbian Human Rights Commission s'est prononcée sur ce point sensible en 2000:

[W]e do not recommend sending formal complaints about violations based on sexual orientation or gender identity to the African Commission. . . . A complaint coming to it without prior preparation or lobbying might actually end with the Commission endorsing the idea that homosexuality is opposed to "African values." Such a precedent would be extremely difficult to reverse. . . . Instead we recommend that African LGBT activists begin to lobby the Commission where possible—doing so respectfully and politely, since these are values to which the Commission attaches great importance²⁷⁵.

La même réserve est certainement aussi applicable à l'égard des tribunaux internes. À cet égard, le droit à la santé permet peut-être de réconcilier les valeurs africaines et l'égalité des homosexuels en mettant l'emphasis sur la nécessité de prévenir le VIH chez les HSH dans le but ultime de protéger la population dans son ensemble²⁷⁶. Dans ces cas où le « nous » prend le dessus, il est possible de croire que les entités plus conservatrices seraient moins promptes à s'opposer au respect des autres droits fondamentaux des HSH.

275. Scott Long, *Making the Mountain Move: An Activists Guide to How International Human Rights Mechanisms can Work for You*, International Gay and Lesbian Human Rights Commission, San Fransisco, 2000 (10 juillet 2010), en ligne : <http://www.hrea.org/erc/Library/display_doc.php?url=http%3A%2F%2Fwww.hrea.org%2Ferc%2FLibrary%2Fmonitoring%2Funguide.html&external=N>.

276. En raison du fait que les HSH sont souvent mariés et ont aussi des relations sexuelles avec des femmes, *supra* note 7.

D'autres voies de recours seront aussi accessibles lorsque le *Protocole facultatif se rapportant au PIDESC* sera ratifié par ces pays²⁷⁷ et entrera en vigueur. Pour l'heure toutefois, un conflit normatif semble poindre à l'horizon. Dans le cadre des négociations relatives au *Protocole facultatif se rapportant au PIDESC*, les États africains se sont opposés à ce que le Préambule rappelle que tous les êtres humains sont titulaires des droits sans distinction aucune et ont préféré reprendre la liste des motifs prohibés de la *DUDH*, qui, en 1948, n'incluait pas l'orientation sexuelle²⁷⁸. Malgré cette tentative de limiter la portée de la non-discrimination, nous voyons difficilement comment le droit à la santé pourrait être interprété, dans le cadre d'une communication individuelle en vertu du Protocole, sans tenir compte des éléments fondamentaux qui le composent en vertu de l'*Observation générale n° 14*, dont notamment l'interdiction de discrimination sur la base de l'orientation sexuelle²⁷⁹.

Pour les groupes de défense des droits, la mobilisation judiciaire représente bien souvent un volet de stratégies plus larges destinées à entraîner des changements de lois, de politiques et de pratiques. De telles activités de plaidoyer peuvent aussi se développer sur la base du droit à la santé, tant auprès des pays ayant ratifié le *PIDESC* et la *Charte africaine* qu'auprès de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples²⁸⁰. Et, dans l'éventualité où le test de la réalisation progressive du droit à la santé en venait à être endossé par la Commission africaine ou par les pays, de nouvelles méthodologies de plaidoyer, axées sur

277. En date du 23 juillet 2010, ni le Cameroun, ni le Nigéria n'ont signé le *Protocole*. Le Sénégal quant à lui l'a signé le 29 septembre 2009, Nations Unies, Collection des Traités, « Chapitre IV, Droits de l'Homme », en ligne : <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=fr>. Certaines réserves sur l'effectivité des mécanismes sont toutefois à considérer, voir Arne Vandenhoege et Wouter Vandenhoege, *supra* note 151.

278. Claire Mahon, *supra* note 17.

279. *Observation générale n° 14* au par. 18.

280. Qui semble offrir des pistes d'action porteuses pour des revendications relatives aux droits des homosexuels. Voir Rachel Murray et Frans Viljoen, *supra* note 1 aux pp. 102 à 105.

l'utilisation d'indicateurs et de cibles mériteraient d'être développées²⁸¹.

Finalement, le droit à la santé présente aussi un intérêt aux fins de la structuration des programmes et services offerts par les organisations non gouvernementales qui oeuvrent à la base, auprès des HSH. Ces dernières peuvent en effet développer leurs programmes en s'appuyant sur les prescriptions normatives du droit à la santé et ainsi, participer à sa concrétisation²⁸², à l'aide d'une approche du bas vers le haut. Cela pourrait, par exemple, induire une prise en compte des besoins des différentes catégories de HSH, telles les prisonniers, les travailleurs du sexe et les utilisateurs de drogue injectables dans le but de développer des approches de prévention adaptées à leurs besoins spécifiques. Cette idée d'une mise en œuvre du droit à la santé à travers les programmes et services des organisations non gouvernementales ne manque d'ailleurs pas de pertinence dans le contexte africain où ces acteurs se trouvent souvent à assurer à eux seuls les efforts de lutte au VIH.

En guise de conclusion, il apparaît fondamental de soulever un dernier point. Si à la lumière de notre analyse nous pouvons affirmer que le droit à la santé est un outil pertinent pour limiter et prévenir les risques de santé découlant de la marginalité, une seconde équation semble aussi émerger. Il ressort en effet de cette réflexion que si la dignité humaine ne suffit pas à elle seule à donner effet aux droits des HSH, le risque de santé, analysé sous le prisme du droit à la santé, peut constituer un levier d'inclusion des personnes marginalisées dans la société. Cette affirmation peut paraître cynique, mais elle ne l'est pas. Elle vise plutôt à

281. *Supra* notes 119 et 120. Voir par exemple le travail effectué par Phil Rights, *Les droits ESC. Exigences de la société civile. Responsabilité de l'État*, France, Terre des Hommes, 2003 à la p. 22.

282. En s'inspirant de l'analyse développée par Sofia Gruskin et ses collègues, relativement à l'implication des professionnels de la santé dans la réalisation du droit à la santé. Voir Sofia Gruskin, Edwards J. Mills, et Daniel Tarantola, « History, Principles and Practices of Health and Human Rights » (2007) 370:9585 *The Lancet* 449.

défricher des voies pragmatiques qui à terme pourront permettre le respect des hommes ayant des relations sexuelles avec d'autres hommes dans toute leur dignité.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : PERSONNES VULNÉRABLES ET CITOYENNETÉ : ÉVOLUTION ET PERSPECTIVES AUTOUR DE L'ACCESSIBILITÉ AU PROCESSUS DE VOTE

Auteur(s) : Virginie MESGUICH

Revue : RDUS, 2009-2010, volume 40, numéro 1-2

Pages : 199-228

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10388>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10388>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

PERSONNES VULNÉRABLES ET CITOYENNETÉ : ÉVOLUTION ET PERSPECTIVES AUTOUR DE L'ACCESSIBILITÉ AU PROCESSUS DE VOTE

par Virginie MESGUICH*

Les personnes handicapées et celles souffrant de maladie mentale font encore aujourd'hui l'objet d'une certaine stigmatisation qui limite leur accès à l'emploi, à l'éducation et même à la citoyenneté. Néanmoins, depuis la Loi électorale canadienne de 1970, qui refusait, le droit de vote aux élections fédérales à « toute personne restreinte dans sa liberté de mouvement ou privée de la gestion de ses biens pour cause de maladie mentale », il faut admettre que de nombreux efforts, d'ordre législatif notamment, ont été réalisés. Ce texte a donc pour objectif de présenter l'évolution de l'accessibilité au processus de vote pour ces personnes dites vulnérables. Nous avons opté pour une présentation en deux temps. D'abord, le cadre international qui se justifie par le fait que le droit international joue un rôle de première importance dans la reconnaissance des droits de la personne dans le monde. Ensuite, le cadre national grâce auquel nous avons souhaité mettre en lumière les évolutions au Canada et évoquer les perspectives d'avenir.

Today, persons with disabilities, including those suffering from mental illness, remain subject to certain forms of stigmatization which limit their access to employment, to education and even to citizenship. Since the Canada Elections Act of 1970, which prohibited the right to vote in federal elections for «every person who is restrained of his liberty of movement or deprived of the management of his property by reason of mental disease», it must be acknowledged that numerous efforts, notably by the legislative branch to counter certain effects of this Act, have been put in place. The goal of this text is to describe the evolution of voting rights of those characterized as «vulnerable». This paper is divided into two parts, the first of which examines the international context, since international law plays a role of primary importance in the recognition of human rights worldwide. In the second part, the focus is on the national framework in order to emphasize the evolution of law in Canada and to suggest future developments.

* . Doctorante en droit, Centre de recherche en droit public (CRDP) de l'Université de Montréal. L'auteure remercie Emmanuelle Bernheim et Christine Vézina de lui avoir proposé de participer à leur colloque intitulé « Risques et populations marginalisées : une perspective de santé », organisé dans le cadre du 77^e Congrès annuel de l'ACFAS, le 13 mai 2009. S'il est vrai que le thème n'était pas a priori en rapport direct avec la recherche doctorale de l'auteure, la discussion, présentée ici, ne manquait pas d'intérêt. Il s'agissait de réfléchir sur le thème général de la protection des droits fondamentaux dans la perspective du handicap et tenter de sensibiliser le lecteur à cette problématique. L'auteure tient également à remercier Arnaud Decroix, chercheur postdoctoral au CRDP et Emmanuelle Bernheim pour leurs précieux conseils. Les propos tenus dans cet article n'engagent que leur auteure.

200	<i>Personnes vulnérables et citoyenneté : évolution et perspectives (2009-10) 40 R.D.U.S. autour de l'accessibilité au processus de vote</i>
-----	--

SOMMAIRE

I.	Le cadre international	204
A)	L'énoncé des grands principes de droit	205
B)	Les difficultés d'application.....	215
II.	Le cadre national	219
A)	Les changements apportés par la décision de la Cour fédérale du Canada	219
B)	Les projets de réforme législative et les perspectives d'avenir	222
Conclusion		226

« Les luttes pour la reconnaissance dans l'État de droit démocratique ont seulement une force de légitimation dans la mesure où tous les groupes peuvent avoir accès à l'espace public politique, peuvent y faire écouter leur voix, peuvent y articuler leurs besoins et qu'en outre personne n'est marginalisé ou exclu ».
Jürgen Habermas¹

Jusque dans les années 1980, les personnes atteintes de maladie mentale, de déficience intellectuelle, les détenus et les personnes sans domicile fixe² ne disposaient pas du droit de vote au Canada. La *Loi électorale du Canada* de 1970 refusait précisément le droit de vote aux élections fédérales à « toute personne restreinte dans sa liberté de mouvement ou privée de la gestion de ses biens pour cause de maladie mentale »³. Les raisons invoquées, à l'époque, pour justifier une telle interdiction reposaient sur une approche paternaliste. En effet, la tendance était bien plus orientée vers la protection des personnes vulnérables que vers leur participation pleine et entière à la société pour la simple raison qu'elles en étaient jugées incapables. Par ailleurs, un rapport direct était établi entre l'état de santé (physique ou mental) d'un individu et sa capacité à voter. Les personnes souffrant de troubles mentaux ou d'un handicap ont ainsi dû franchir de nombreux obstacles pour accéder aux conditions matérielles leur permettant de voter. Aujourd'hui encore nous observons un clivage entre l'état de santé et la

-
1. Jürgen Habermas, *Textes et contexte : essai de reconnaissance théorique*, Paris, Éditions du Cerf, 1994 tel que cité par Maria de los Angeles Yanuzzi, « Marginalisation sociale et perte des droits fondamentaux » dans Michel Coutu, Pierre Bosset, Caroline Gendreau, D. Villeneuve, dir., *Droits fondamentaux et citoyenneté, une citoyenneté fragmentée, limitée ou illusoire?*, Montréal, Thémis, 2005, à la p. 540.
 2. Cette liste n'est pas exhaustive et le présent texte met l'accent sur les personnes atteintes d'un handicap physique ou mental et celles souffrant de maladie mentale.
 3. *Loi électorale du Canada*, S.R.C. 1970, c. 14, art. 14 (4) [*Loi électorale de 1970*].

perception d'une personne comme un électeur potentiel. Il est bien clair pourtant que l'interdiction de voter revient à isoler l'individu de la société, à lui retirer son droit d'expression, de participation à la vie sociale et démocratique.

Partant de la *Loi électorale de 1970*, nous avons souhaité comprendre l'évolution du droit au regard de ces populations que sont les personnes handicapées et celles souffrant de maladie mentale. Précisons immédiatement qu'il existe une distinction entre les personnes souffrant de troubles mentaux (paranoïa, schizophrénie, troubles bipolaires, dépression, etc.) et celles atteintes d'une déficience intellectuelle⁴. Pour cette seconde catégorie d'individus, il s'agit d'un état et non d'une maladie comme c'est le cas pour les personnes souffrant de problème de santé mentale. Il n'en demeure pas moins que les personnes concernées par l'une ou l'autre de ces situations méritent, tout autant, le bénéfice d'une accessibilité réelle au vote, sur la base notamment de la *Charte canadienne des droits et libertés* en respect de l'article 15 (1)⁵. Notons que la *Déclaration des droits du déficient mental* de l'Assemblée générale des Nations Unies de 1971⁶ utilisait l'expression « handicap mental » non seulement pour les personnes atteintes d'une déficience, mais aussi pour celles souffrant de maladies mentales graves. À l'époque, plusieurs experts prétendaient que, dans un certain nombre de cas, une

-
4. Concernant le statut particulier des personnes présentant une déficience intellectuelle, lire l'article de Jocelyn Lecomte, « L'impact juridique réel et potentiel du droit international pour les personnes présentant une déficience intellectuelle au Québec », École du Barreau du Québec, *Justice, société et personnes vulnérables*, Collection de droit, vol. hors série, Cowansville, Yvon Blais, 2008-2009.
 5. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, art. 15 (1) [Charte canadienne] : « La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur (...) les déficiences mentales ou physiques ».
 6. *Déclaration des droits du déficient mental*, Rés. AG 2856 (XXVI), Doc. off. AG NU, 26^e sess., supp. n° 29, doc. NU A/8429 (1971) 99 (2 août 2009), en ligne : <http://dcalin.fr/internat/droits_deficient_mental.html>.

personne, en raison de sa maladie mentale, pouvait manquer de capacité juridique (c'est-à-dire sa capacité à exercer ses droits) et qu'en conséquence, certains de ses droits pouvaient être limités, ou même niés, afin de protéger ses intérêts grâce à des procédures judiciaires appropriées⁷. À partir de 1991, les principes onusiens *pour la protection des personnes atteintes de maladies mentales et pour l'amélioration des soins de santé mentale*⁸ ont offert des garanties légales de protection à la fois aux personnes atteintes de maladies mentales et à celles ayant une déficience intellectuelle⁹. Les personnes déficientes intellectuelles étaient alors considérées comme ayant la capacité juridique d'exercer tous les droits de leurs concitoyens même si quelques-unes d'entre elles avaient des besoins spéciaux nécessitant une assistance particulière. Il paraissait, de fait, injuste de distinguer les personnes requérant des besoins particuliers et de restreindre leurs droits fondamentaux¹⁰.

-
7. Voir Klaus Lachwitz et Nancy Breitenbach, *Droits de l'Homme et Déficience Intellectuelle*, Londres, Inclusion International, 2002.
 8. *Principes pour la protection des personnes atteintes de maladies mentales et pour l'amélioration des soins de santé mentale*, Rés. AG 46/119, Doc. off. AG NU, supp. n° 49, Doc. NU A/46/49 (1991) (12 août 2009), en ligne : <http://www.icrpd.net/ratification/documents/fr/Extras/Principles%20for%20protection%20of%20persons%20with%20mental%20illness.pdf>.
 9. *Ibid.* Selon le paragraphe 6 du Principe 1 intitulé *Libertés fondamentales et droits de base* : « Toute décision selon laquelle, en raison de sa maladie mentale, une personne n'a pas la capacité juridique et toute décision selon laquelle en conséquence de cette incapacité, un représentant personnel sera nommé, ne sera prise qu'après que la cause aura été entendue équitablement par un tribunal indépendant et impartial institué par la législation nationale ». Dans le rapport rendu par Lachwitz et Breitenbach, *supra* note 7 à la p. 12, il est souligné que « Toutes les personnes handicapées mentales sont des citoyens de leur pays et ont le même droit que leurs concitoyens à la considération, au respect et à la protection par la loi (...) Une déficience intellectuelle ne justifiera en soi aucune forme de discrimination ».
 10. Aujourd'hui, les Nations Unies considèrent que « l'incapacité peut consister en des déficiences d'ordre physique, intellectuel ou sensoriel, ou tenir à un état pathologique ou à une maladie mentale; elle peut être temporaire ou permanente » dans *Règles pour l'égalisation des chances des handicapés*, Rés. AG 48/96, Doc. off. AG NU, 48^e sess., Doc. NU (1993), art. 17, en ligne : <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca>.

Au-delà de l'importante question de la participation de tous, y compris des personnes souffrant d'un handicap ou de troubles mentaux, aux décisions et aux orientations d'une société, ce texte a également pour objectif de souligner la reconnaissance juridique des droits de ces personnes – dont l'accès à la citoyenneté – sur le plan international (I), puis sur le plan national, c'est-à-dire au Canada (II).

I. Le cadre international

Depuis 1993, date qui marque l'accessibilité universelle du vote au Canada, plusieurs pays ont reconnu le droit des personnes handicapées à l'intégration et à l'égalité dans la société dans laquelle ils vivent. L'existence d'un droit international de la santé a favorisé le développement de normes et de principes tendant à assurer le respect des droits fondamentaux, particulièrement pour les personnes vulnérables (A). Les Nations Unies ont notamment élaboré des *Règles pour l'égalisation des chances des handicapés*¹¹ qui, bien que n'ayant pas de caractère contraignant, peuvent inspirer les pouvoirs publics dans la détermination de leurs politiques et leurs interventions donnant aux personnes handicapées les mêmes droits et les mêmes obligations qu'aux autres citoyens. Il n'empêche que l'application de ces règles et autres principes n'est pas toujours évidente et demande bien souvent des efforts de la part des États parties (B).

nsf/TestFrame/802558b7b5f9dc608025670c003c8adf?Opendocument.>
[Règles pour l'égalisation des chances]. Notre exposé sera sensiblement différent selon que l'on s'intéressera à l'une ou l'autre de ces catégories d'individus.

11. *Ibid.* Voir aussi Canada, Ministère Ressources humaines et Développement des compétences du gouvernement du Canada, *L'évaluation des politiques et des programmes destinés aux personnes handicapées : études – bilan – janvier 1999*, en ligne : Ressources humaines et Développement des compétences Canada <<http://www.rhdcc.gc.ca/fra/sm/ps/edd/rapports/1999-000363/page03.shtml>>.

A) L'énoncé des grands principes de droit

Le droit international joue un rôle de première importance dans l'essor des droits de la personne dans le monde depuis de nombreuses années¹². Plusieurs normes internationales invitent les États signataires à prendre des mesures favorisant le plein épanouissement des droits et libertés des personnes, dans leur ensemble. Ce qui signifie, en outre, que les États doivent éviter d'entraver l'exercice de ces mêmes droits et libertés. Certaines de ces normes ont un caractère contraignant (les conventions et le droit coutumier international dès lors qu'ils ont été ratifiés), d'autres non-contraignant (avis d'experts ou d'organisations non gouvernementales). Le caractère contraignant est important en ce qu'il crée, en droit, une obligation pour l'État. La violation d'une telle norme soumet l'État en cause à un risque de sanction, de condamnation et à une réparation éventuelle. Toutefois, en fait, la situation n'est pas aussi radicale. Pour que la norme internationale ait force de loi, chaque État signataire doit légiférer. La situation du Canada, à cet égard, est particulière en raison du principe de partage de compétences entre le provincial et le fédéral, sur lequel nous reviendrons.

Sous la houlette du Haut-Commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies, les professeurs Gerard Quinn et Theresia Degener, tous deux spécialisés dans le droit des personnes handicapées, ont produit un rapport, en 2002, intitulé *Droits de l'homme et invalidité. L'utilisation actuelle et l'usage potentiel des instruments des Nations Unies relatifs aux droits de*

12. Lire en ce sens la contribution de Caroline Gendreau, « Nouvelles normes internationales et droits fondamentaux : un problème d'effectivité du droit dans la création du droit » dans Michel Coutu, Pierre Bosset, Caroline Gendreau, Daniel Villeneuve, dir., *Droits fondamentaux et citoyenneté, une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire?*, Montréal, Thémis, 2005, 483. Gendreau met l'accent sur le droit créé sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies relativement à la définition des droits fondamentaux en fonction de catégories particulières d'êtres humains (déficients mentaux, personnes handicapées, malades mentaux et personnes âgées).

*l'homme dans la perspective de l'invalidité*¹³. Cette étude, de plus de trois cents pages, complète et documentée, a favorisé le débat sur les droits des personnes handicapées et a proposé des solutions pour « maximiser le potentiel des instruments des droits de l'homme des Nations Unies dans la perspective de l'invalidité ». Nous y ferons référence à plusieurs reprises.

Au point de départ des principaux instruments internationaux de protection des droits fondamentaux, se trouvent la *Déclaration universelle des droits de l'homme*¹⁴ (1948) et les *Pactes internationaux relatifs aux droits civils et politiques*¹⁵, d'une part, et *aux droits économiques, sociaux et culturels*¹⁶ (1966), d'autre part. Ils constituent la *Charte internationale des droits de l'homme*. Le Comité des droits de l'homme assure l'application du *Pacte des droits civils et politiques* dans les différents pays grâce à l'examen des rapports périodiques présentés par les États parties. Ce Pacte consacre des droits politiques classiques dont le droit à la liberté de pensée (art. 18), le droit à la liberté d'opinion (art. 19), le droit de prendre part à la direction des affaires publiques (art. 25), le droit à l'égalité (art. 2, 3 et 26), etc.

L'article 25 nous intéresse au premier chef puisqu'il énonce ce qui suit :

-
13. Gerard Quinn et Theresia Degener, *Droits de l'homme et invalidité. L'utilisation actuelle et l'usage potentiel des instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme dans la perspective de l'invalidité*, New York et Genève, Nations Unies, 2002, en ligne : Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme <<http://www2.ohchr.org/french/about/publications/docs/disability.pdf>>.
 14. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217(III), Doc. off. AG NU, 3^e sess., Doc. NU A/810 (1948) 71 (19 août 2009), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/fr/documents/udhr/>>.
 15. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 (19 août 2009), en ligne : Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme <<http://www2.ohchr.org/French/law/ccpr.htm>>.
 16. *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 943 R.T.N.U. 13, en ligne : Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme <<http://www2.ohchr.org/french/law/cescr.htm>>.

Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables :

- a) De prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis;
- b) De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs;
- c) D'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays.

On note, dès 1966, une véritable volonté d'intégrer *tous* les citoyens au processus démocratique et même de leur permettre « d'accéder aux fonctions publiques de [leur] pays ». Pour Gerard Quinn, l'article 25 peut s'interpréter « (...) de manière à assurer que tous puissent prendre part aux obligations civiques associées à la citoyenneté, le droit d'être juré d'assises étant un bon exemple »¹⁷. Ainsi les principes de non-discrimination fondée sur l'invalidité et le droit à l'égalité marquent de leur empreinte le *Pacte des droits civils et politiques*. Ils sont, certainement, parmi les principes les plus anciens et les plus fondamentaux des droits de l'homme. Les *Règles d'égalisation des chances* de 1993 y font expressément référence en disposant que :

25. Le principe de l'égalité de droits signifie que les besoins de tous ont une importance égale, que c'est en fonction de ces besoins que les sociétés doivent être planifiées et que toutes les ressources doivent être employées de façon à garantir à chacun des possibilités de participation dans l'égalité.

26. Les handicapés font partie de la société et ont le droit de rester dans leur collectivité d'origine. Ils doivent recevoir l'assistance dont ils ont besoin dans le cadre des structures ordinaires d'enseignement, de santé, d'emploi et de services sociaux¹⁸.

17. *Supra* note 13 à la p. 69.

18. *Supra* note 10.

L'*Observation générale* N°25 de 1996 du Comité des droits de l'homme nuance ce propos en soulignant que les conditions s'appliquant à l'exercice des droits protégés par l'article 25 devraient être fondées sur des critères objectifs et raisonnables. Ainsi, l'*Observation* précise qu'il puisse être justifié de refuser le droit de vote ou celui d'occuper une fonction publique à une personne dont l'incapacité mentale est établie (art. 4)¹⁹. En conséquence, on ne peut ici refuser ou restreindre légitimement le droit de vote à une personne souffrant d'une invalidité physique ou intellectuelle, mais on le justifie dans l'hypothèse d'une incapacité mentale établie. Il n'est pas précisé, dans le texte, ce que le Comité entend par « incapacité mentale établie » et l'on ne peut s'empêcher de remarquer que cela constitue une limite au droit à l'égalité. Ce bémol crée, selon nous, une distinction qui n'a pas lieu d'être. Il ne peut y avoir deux poids deux mesures dans l'exercice du droit de vote. Une personne dont les facultés quelles qu'elles soient sont altérées peut toujours bénéficier de l'aide d'un préposé au vote ou d'une personne dont elle dépend. Cela pose cependant la question de l'autonomie et de la confidentialité du vote. Quelles sont les limites à ne pas franchir pour que le vote soit validé? Quels sont les risques de manipulation?

Bien que l'*Observation* ne donne pas de réponse *stricto sensu* à ces questions, elle précise tout de même au paragraphe 11 : « Les États doivent prendre des mesures efficaces pour faire en sorte que toutes les personnes qui remplissent les conditions pour être électeurs aient la possibilité d'exercer ce droit (...) »²⁰.

Les principes de non-discrimination et d'égalité des droits sont donc à la base du *Pacte des droits civils et politiques*. On les retrouve également dans le *Pacte des droits économiques, sociaux et culturels*. En effet, aux termes de l'article 2, paragraphe 2 :

Les États parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le

19. *Supra* note 13 à la p. 75.

20. *Ibid.* à la p. 76.

sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation²¹.

Remarquons la précision qui est ajoutée à la fin du paragraphe « ou de toute autre situation » qui offre tout un éventail de possibilités et laisse supposer que toute personne atteinte d'un handicap, ou d'une invalidité, n'a pas à souffrir de discrimination en raison de sa condition. À ce titre, donc, les États doivent élaborer et appliquer une législation antidiscriminatoire complète dans le sens de l'article 16 du *Pacte des droits économiques, sociaux et culturels*²².

En conclusion, « [l]es principes de non-discrimination et du droit des personnes handicapées de jouir, sur un pied d'égalité avec les autres citoyens, de tous les droits de l'homme sont donc le souci majeur qui inspire les réformes, attendues depuis longtemps, sur la façon de considérer l'invalidité et les personnes handicapées partout dans le monde »²³, et ce, tel qu'ont su l'exprimer Quinn et Degener dans l'introduction de leur étude. Évidemment, d'autres instruments internationaux viennent étayer la théorie selon laquelle les personnes handicapées, ou dites « vulnérables », sont en droit de jouir des mêmes droits et des mêmes libertés que les autres citoyens. Nous avons sélectionné plusieurs conventions desquelles ressortent les principes déjà énoncés et s'en ajoutent d'autres, tels la participation politique et publique ainsi que le plein accès aux équipements de toute nature (équipements physiques, sociaux, économiques et culturels, mais aussi ceux relatifs à la santé, à l'éducation et à l'information). Nous avons également volontairement fait le choix de réduire notre analyse aux principes ci-dessus évoqués puisqu'ils nous semblent

21. *Supra* note 16.

22. *Pacte des droits économiques, sociaux et culturels, ibid.*, art. 16 : « Les États parties au présent Pacte s'engagent à présenter, conformément aux dispositions de la présente partie du Pacte, des rapports sur les mesures qu'ils auront adoptées et sur les progrès accomplis en vue d'assurer le respect des droits reconnus dans le Pacte ».

23. *Supra* note 13 à la p. 10.

fondamentaux relativement aux personnes visées et au sujet abordé.

Comme nous l'avons mentionné auparavant, l'Organisation des Nations Unies a adopté, en 1991, les *Principes pour la protection des personnes atteintes de maladie mentale et pour l'amélioration des soins de santé mentale*²⁴ qui, comme le précisait Gendreau, créent « un cadre de référence à partir duquel les gouvernements pourront adapter leur législation conformément aux normes minimales énoncées pour la protection des patients des services de santé mentale »²⁵. Ils s'appliquent aux personnes atteintes de maladie mentale, qu'elles soient ou non placées dans des établissements psychiatriques.

Il est fait mention, dès les premiers paragraphes du Principe 1, « qu'aucune discrimination fondée sur la maladie mentale n'est admise » et que « toute personne atteinte de maladie mentale a le droit d'exercer tous les droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels (...) ». Cette résolution comprend une énumération de vingt-cinq principes. Bien qu'essentielle, elle ne crée pourtant qu'un cadre formel servant de guide aux gouvernements et autres organismes de protection. Elle représente un standard minimum pour les personnes atteintes de maladie mentale. Et pourtant, les principes qui y sont énumérés sont difficiles à mettre en œuvre, selon les professionnels de la santé mentale qui y voient des « limitations et restrictions des droits des patients plutôt que l'expression d'une intention réelle de protection et [de] reconnaissance de [leurs] droits »²⁶. En effet, dès lors qu'une intervention médicale s'avère nécessaire ou obligatoire, le principe de non-discrimination passe au second plan.

24. *Supra* note 8.

25. *Supra* note 12 à la p. 508.

26. Voir Faculté de Médecine de l'Université de Genève, « Santé mentale et droits humains – Un compendium pédagogique » (19 août 2009), en ligne : Santé mentale et droits de l'homme <http://www.dhsantementale.net/cd/pat_intro.php>.

En juin 1999, une autre organisation, celle des États Américains, adopte la *Convention interaméricaine sur l'élimination de toutes formes de discrimination envers les personnes handicapées*²⁷ qui affirme que ces dernières sont dotées des mêmes droits humains et jouissent des mêmes libertés fondamentales que les autres. Cette règle permet donc de réaffirmer le fait que les personnes handicapées peuvent s'intégrer pleinement dans la société sans être injustement exclues à cause de leur handicap. L'article 2 de la Convention énonce, en ce sens, que « [l]es objectifs de la présente Convention sont la prévention et l'élimination de toutes les formes de discrimination contre la personne handicapée et la création des conditions favorables à son insertion totale dans la société »²⁸. Elle propose également, explicitement, la coopération et la collaboration active des États parties afin de prévenir et d'éliminer la discrimination. Elle suggère le développement de moyens et de ressources destinés à faciliter l'insertion des personnes handicapées, dans des conditions d'égalité (article 4). Nous retrouvons donc dans cette convention, le principe d'égalité des droits et de son corollaire, celui de non-discrimination.

Quinn et Degener font du principe d'égalité une étude des plus intéressantes montrant qu'il faut « valoriser la différence » et accorder plus de « visibilité et jouissance de tous les droits fondamentaux dans l'égalité ». Ils rappellent que :

(...) tous les êtres humaines (*sic*) ont une valeur intrinsèque inestimable, mais qu'ils sont intrinsèquement égaux, quelles que soient leurs différences. (...) Cela ne veut pas dire qu'il n'existe pas de différences entre les individus. (...) cela signifie qu'une société hautement égalitaire est une société qui adopte une attitude tolérante et constructive à l'égard des différences humaines²⁹.

27. Organisation des États Américains, *Convention interaméricaine sur l'élimination de toutes formes de discrimination envers les personnes handicapées*, 1999, en ligne : Commission interaméricaine des droits de l'homme <<http://www.cidh.org/Basicos/French/o.handicapees.htm>>.

28. *Ibid.*, art. 2.

29. *Supra* note 13 à la p. 24.

Selon ces auteurs, le concept d'égalité s'explique selon trois interprétations : la première repose sur l'équité (c'est l'égalité formelle ou juridique) qui ne tient pas suffisamment compte des différences et qui, en bout de ligne, crée des droits illusoires; la seconde est celle qui postule « l'égalité des chances » selon laquelle « tout être humain a quelque chose à offrir à l'humanité et que les structures sociales devraient être conçues sur la base de l'intégration, avec pour principal objectif la responsabilisation de l'être humain »³⁰; enfin, la troisième postule « l'égalité de résultats » grâce à laquelle chacun a droit à un minimum de droits peu importe son apport ou sa contribution à l'effort collectif. Par conséquent, le principe d'égalité vise à garantir la jouissance effective des droits fondamentaux de tout être humain indépendamment de ce qu'il reçoit ou offre lui-même à la société. Ce principe est un remède contre l'invisibilité dont pâtiennent les personnes handicapées puisqu'il place tous les individus sur un même plan et leur reconnaît à tous un rôle actif dans la société.

Plus récemment, l'Organisation panaméricaine pour la Santé et l'Organisation mondiale de la Santé ont adopté une résolution intitulée *Le handicap : prévention et réhabilitation dans le contexte du droit de la personne de jouir du niveau le plus élevé possible de santé physique et mentale et autres droits connexes*³¹, en septembre 2006, dans laquelle elles prient les États membres :

d'envisager de ratifier ou d'approuver la Convention interaméricaine pour l'élimination de toutes les formes de discrimination des personnes handicapées [et les incitent] à sensibiliser l'ensemble du public aux questions de promotion et de protection des droits humains et des libertés fondamentales des personnes handicapées (art. 1 a).

30. *Ibid.* à la p. 26.

31. Organisation mondiale de la Santé et Organisation panaméricaine pour la Santé, *Le handicap : prévention et réhabilitation dans le contexte du droit de la personne de jouir du niveau le plus élevé possible de santé physique et mentale et autres droits connexes*, Rés. CD47.R1, Washington (D.C.), 2006, en ligne : Organisation panaméricaine pour la Santé <<http://www.paho.org/French/GOV/CD/CD47.r1-f.pdf>>.

Cette résolution est donc le pendant de la *Convention interaméricaine* mentionnée ci-dessus puisqu'elle cherche à rallier le plus grand nombre d'États et à sensibiliser les populations à la cause des handicapés.

Enfin, les deux conventions adoptées par l'Organisation des Nations Unies, respectivement en décembre 2006, la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*³², et en mars 2007, la *Convention internationale pour la promotion et la protection des droits et de la dignité des personnes handicapées*³³, soulignent le fait que les droits des personnes handicapées font l'objet de plus en plus des préoccupations internationales. Ceci permet de diminuer peu à peu le caractère « invisible » dont souffrent ces personnes, mais aussi de développer des expertises favorisant la reconnaissance des droits en matière d'invalidité.

La première convention reprend l'ensemble des principes habituellement reconnus que sont la non-discrimination, la participation et l'intégrité pleines et actives à la société, l'égalité des chances, l'accessibilité, etc. Selon le site web des Nations Unies *ONU Enable*³⁴ :

La Convention se veut un instrument des droits de l'homme comportant une dimension sociale explicite. Elle effectue un large classement des personnes handicapées par catégories et réaffirme que toutes les personnes qui souffrent d'une quelconque infirmité doivent bénéficier de tous les droits et libertés fondamentaux. Elle éclaire et précise la façon dont toutes les catégories de droits

32. *Convention relative aux droits des personnes handicapées* (19 août 2009), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/french/disabilities/default.asp?id=1413>>.

33. *Convention internationale pour la promotion et la protection des droits et de la dignité des personnes handicapées*, 2006, en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/convtextf.htm>>.

34. *Département de l'information* (19 août 2009), en ligne : Secrétariat de la Convention relative aux droits des personnes handicapées du Département des affaires économiques et sociales des Nations Unies, en collaboration avec la Section du site Internet de l'ONU <<http://www.un.org/french/disabilities/index.asp>>.

s'appliquent aux handicapés et désigne les domaines où des adaptations permettraient à ces personnes d'exercer effectivement leurs droits, ainsi que les domaines où il y a eu violation de droits et où il convient de renforcer la protection de ces droits.

La seconde convention est un traité qui a été négocié pendant six ans pour être finalement approuvé par l'Assemblée générale des Nations Unies en mars 2007. Les organisations non gouvernementales actives dans le domaine du handicap y ont participé. La société civile s'est également impliquée dans son élaboration. Elle est entrée en vigueur en mai 2008 et a fait l'objet d'une consultation en ligne, sur sa ratification et son exécution, auprès d'organisations canadiennes, de personnes résidant au Canada et de Canadiens à l'étranger³⁵. Cette Convention ne crée pas de nouveaux droits, elle consolide les droits existants. En fait, « elle est unique de par sa portée et son amplitude puisqu'elle recoupe tous les droits fondamentaux des personnes présentant un handicap »³⁶. Dans le contexte qui nous intéresse plus particulièrement, remarquons qu'elle reconnaît le droit à la participation politique et à la vie publique (art. 29). Dans son préambule, elle « estim[e] que les personnes handicapées devraient avoir la possibilité de participer activement aux processus de prise de décisions concernant les politiques et programmes, en particulier, ceux qui les concernent directement »; elle « reconna[ît] qu'il importe que les personnes handicapées aient pleinement accès aux équipements physiques, sociaux, économiques et culturels, à la santé et à l'éducation ainsi qu'à l'information et à la communication pour jouir pleinement de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales ». Elle prévoit également, en son article 3 c) « la participation et l'intégration pleines et effectives à la société ».

35. Pour en savoir plus, voir Ressources humaines et Développement des compétences Canada, « Consultations publiques » (26 juillet 2010), en ligne : Ressources humaines et Développement des compétences Canada <http://www.hrsdc.gc.ca/fra/consultations_publicques/index.shtml> .

36. *Supra* note 4.

L'élaboration et l'application de ces normes internationales créent un corpus de règles qui tend à diminuer les inégalités entre les personnes « valides » et celles souffrant d'un handicap ou d'une incapacité entendue dans le sens des Nations Unies. Elles indiquent que la communauté internationale n'est pas indifférente au sort de ces personnes. La reconnaissance juridique de celles-ci n'a cependant pas toujours été aisée à mettre en œuvre.

B) Les difficultés d'application

C'est aux États qu'il appartient de veiller au respect des droits des personnes handicapées. Ils doivent réaliser les réformes nationales nécessaires au plein épanouissement des droits reconnus internationalement. Lorsqu'un État accepte de ratifier une convention internationale, il assume, en principe, les obligations qui en découlent. Il en dépend de la réputation de celui-ci auprès de la communauté internationale. Cela étant dit, comme le souligne Jocelyn Lecomte, les obligations internationales contractées, par exemple, par le Canada auprès des traités des Nations Unies dans le domaine des droits de la personne n'auront de valeur que si elles sont utilisées par les juristes au niveau national. L'étude de Gerard Quinn et Theresia Degener concernant les Nations Unies n'a, par ailleurs, pas manqué de souligner que :

[...] c'est aux États qu'il appartient au premier chef de veiller au respect des droits des personnes handicapées. C'est dire que la mise en œuvre et l'efficacité des mécanismes de l'ONU dans le domaine des droits de l'homme doivent être soutenues par des réformes nationales cohérentes. Les instruments relatifs aux droits de l'homme ne sont pas seulement une source d'inspiration, ils font obligation aux États de procéder à des réformes³⁷.

Il est donc essentiel que les pays améliorent ou appliquent correctement leur législation en matière de santé mentale et de politiques d'aide aux personnes handicapées dans le respect des

37. *Supra* note 13 à la p. 11.

droits fondamentaux des individus, car « les droits légaux sont des cadeaux vides (...) si ceux à qui ils sont accordés n'ont pas les moyens de les exercer »³⁸. Les pays ont intérêt à respecter les instruments internationaux car, par le fait, ils assurent le respect, la protection et la promotion des droits ainsi définis.

Et pourtant, on remarque, selon l'Organisation mondiale de la Santé, qu'en 2005 de nombreux pays ne parviennent pas à mettre en place des politiques et des lois relatives à la santé mentale : 40 % des pays ne possèdent pas de telles politiques et 64 % n'ont pas de législation relative à la santé mentale ou en ont une qui date de plus de 10 ans³⁹. Une autre étude menée en 2004 sur la législation électorale de 63 pays démocratiques, énonce, quant à elle, que seuls quatre d'entre eux – le Canada, l'Irlande, l'Italie et la Suède – n'imposaient pas de restrictions, à l'échelon national, au droit de vote des personnes ayant un handicap mental⁴⁰. En conséquence, sans mesure d'adaptation, ces personnes n'ont pas accès aux mêmes opportunités que les autres, elles sont isolées et marginalisées.

Au surplus, il est important de faire preuve de prudence et de vigilance face à la multiplication de normes toujours plus complexes et détaillées qui produirait une réaction inverse à l'effet voulu. Autrement dit, l'hypernormativité peut nuire parce qu'elle

38. Michael McCubbin et David Cohen, « Les droits des usagers de services en santé mentale : Le nœud étroit du pouvoir, de la loi et de l'éthique » (1998) 23:2 Santé mentale au Québec 218.

39. Organisation mondiale de la Santé, *Promouvoir et protéger les droits des personnes souffrant de troubles mentaux*, note d'information n° 1, 7 décembre 2005, en ligne : Organisation mondiale de la Santé <http://www.who.int/mental-health/policy/Promoting_and_protecting_rights_French.pdf>.

40. Louis Massicotte, André Blais et Antoine Yoshinaka, *Establishing the rules of the Game : Elections Laws in Democracies*, Toronto, University of Toronto Press, 2004 à la p. 27. Voir aussi l'analyse très documentée de Diane R. Davidson et Miriam Lapp, « L'évolution du droit de vote des Canadiens handicapés aux élections fédérales » (avril 2004), Perspectives électorales, en ligne : Élections Canada <http://www.elections.ca/eca/eim/article_search/article.asp?id=17&lang=f&firmPageSize=&textonly=false> [L'évolution du droit de vote des handicapés].

offre des solutions à des problèmes qui sont de plus en plus éloignées des buts recherchés. L'affluence de réglementations crée aussi, comme certains l'ont déjà remarqué, « l'illusion d'une citoyenneté élargie enfin reconnue », alors qu'en réalité, elle la fragmente⁴¹.

Quelle conclusion peut-on tirer de tout cela? Que seuls, les États n'ont peut-être pas les moyens de parvenir à résoudre les problèmes. En participant au mouvement des organisations non gouvernementales ou aux institutions nationales vouées à la défense des droits de l'homme, il n'y a pas de doute que les décideurs politiques sont sensibilisés à la reconnaissance des droits des personnes handicapées. La création de différentes commissions de défense des droits, à travers le monde, participe au changement des mentalités mais les procédures menées à l'intérieur de chaque État, qu'il s'agisse, par exemple, de réformes législatives, rendent parfois difficile l'application du principe d'égalité.

La mise en œuvre de ces différentes règles de droit international, par exemple au Canada, crée une difficulté qui tient au fait de l'application du principe du partage de compétences entre le provincial et le fédéral en vertu des articles 91 et suivants de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁴². Une fois ratifié, un traité lie le Canada en droit international mais n'est pas contraignant en droit interne. Pour pouvoir produire ses effets en droit interne, une mesure législative doit être adoptée ou une décision des tribunaux canadiens doit être rendue. En principe, les traités internationaux

41. *Supra* note 12.

42. Le partage de compétences est l'une des principales caractéristiques d'un régime fédératif. C'est le partage des pouvoirs entre le gouvernement central et les gouvernements des États membres. Les constituants canadiens ont confié les affaires d'importance nationale ou d'intérêt général au fédéral (Parlement central) et les affaires d'intérêt locales aux Provinces (*Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30&31 Vict., c.3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n°5 aux art. 91 et s.). Voir Réjean Pelletier, « Constitution et fédéralisme » dans Manon Tremblay, Réjean Pelletier et Marcel R. Pelletier, dir., *Le parlementarisme canadien*, 2^e éd., Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 2000 à la p. 55.

portant sur les droits de la personne ratifiés par le Canada sont présentés à l'Assemblée nationale du Québec pour fins d'approbation, avant l'adhésion du Canada. Il n'en demeure pas moins que, pour la communauté internationale, c'est Ottawa, c'est-à-dire le fédéral, qui représente l'interlocuteur en matière de négociation et de mise en œuvre des traités. Ceci étant dit, le Canada a adopté des dispositions législatives garantissant le droit à l'égalité et l'obligation de prendre des mesures d'adaptation. Il s'agit, notamment, à l'échelon national, de la *Charte canadienne*, de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁴³ et de la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*⁴⁴. Dans le même sens, ont été mis sur pied le plan d'action intitulé *Orientations futures du gouvernement du Canada concernant les personnes handicapées – la pleine citoyenneté : une responsabilité collective*⁴⁵ et la *Commission canadienne des droits de la personne*. À l'échelon provincial, on retrouve différents organismes à but non lucratif. Au Québec, ont été créés l'*Office des personnes handicapées du Québec*⁴⁶ et la *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*⁴⁷. Enfin, à l'échelon international, le Canada est signataire de plusieurs conventions internationales. Avant d'en arriver à un tel stade, les organismes de défense des personnes handicapées ont dû mener combat. C'est donc, peu à peu,

43. *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6, en ligne : Ministère de la Justice du Canada <<http://lois.justice.gc.ca/fr/H-6/>>.

44. *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, c. 44, en ligne : Ministère de la Justice du Canada <<http://lois.justice.gc.ca/fr/E-5.401/index.html>>.

45. Canada, Ministère des Ressources humaines et Développement des compétences du gouvernement du Canada, *Orientations futures du gouvernement du Canada concernant les personnes handicapées – la pleine citoyenneté : une responsabilité collective – janvier 1999*, en ligne : Ressources humaines et Développement des Compétences Canada <<http://www.rhdcc-hrsdc.gc.ca/fra/sm/ps/dsc/polsoc/publications/rapports/1999-000046/page00.shtml>>.

46. *Office des personnes handicapées du Québec*, en ligne : <<http://www.ophq.gouv.qc.ca/index.htm>>.

47. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, en ligne : <<http://www.cdpedj.qc.ca/>>

franchissant une marche après l'autre, que le pays a reconnu les droits de ces personnes vulnérables.

II. Le cadre national

Il a fallu plus de vingt ans pour que les personnes handicapées et déficientes obtiennent la qualité d'électeurs au même titre que les autres citoyens canadiens. Un changement radical s'est opéré avec la décision de la Cour fédérale, en 1988, faisant des personnes handicapées de véritables sujets, titulaires de droits (A). À partir de là, toute une série de projets de réforme législative ont vu le jour, garantissant la jouissance de l'ensemble des droits de l'homme aux personnes handicapées sans pour autant empêcher une certaine stigmatisation à leur égard (B).

A) Les changements apportés par la décision de la Cour fédérale du Canada

En 1981, année internationale des personnes handicapées, un Comité spécial de la Chambre des communes concernant les invalides et les handicapés publie un rapport intitulé *Obstacles*. Il est alors recommandé au gouvernement canadien d'élaborer un système de vote postal, semblable à celui du Manitoba, et de former des préposés aux bureaux de scrutin capables de répondre aux besoins des électeurs handicapés; en bref, de rendre le processus de vote plus accessible. En 1982, la *Charte canadienne* appuie cet avis en offrant à tous, nonobstant une déficience mentale ou physique, les droits à l'égalité prévus dans la *Constitution*⁴⁸. Elle énonce également, en son article 3, que « tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales » et fait ainsi du droit de vote un droit fondamental. Le directeur général des élections au Canada incite le Parlement, à l'appui du rapport précité, à se pencher sur l'alinéa 14 (4) *ff*⁴⁹ de la *Loi électorale* de 1970 compte

48. *Charte canadienne*, *supra* note 5.

49. *Loi électorale de 1970*, *supra* note 3.

tenu de sa contestation possible fondée sur la *Charte canadienne*⁵⁰.

Le rapport *Obstacles* est considéré comme le point de départ du débat sur les questions touchant les personnes handicapées au Canada. Il proposait d'élargir l'éventail de leurs droits. En effet, ceux-ci ne portaient plus seulement sur la santé et l'aide sociale, mais également sur les droits de la personne et la citoyenneté. En 1983, année qui marque le début de la décennie des Nations Unies pour les personnes handicapées, est nommé un ministre, au fédéral, responsable de la Condition des personnes handicapées. Le *Bureau de la condition des personnes handicapées* est également créé⁵¹. Le *Comité permanent des droits de la personne et de la condition des personnes handicapées*, est, quant à lui, créé en 1987. C'est donc en raison de ce contexte que l'accès égal, l'intégration économique et la participation concrète des personnes handicapées à la société canadienne sont encouragés.

C'est dans ce mouvement en faveur des droits des personnes handicapées et souffrant de déficience que la Cour fédérale du Canada a rendu sa décision. Dans la décision *Conseil canadien des droits des personnes handicapées c. Canada*, le 17 octobre 1988⁵², elle a déclaré inconstitutionnel le fameux article 14 (4) f) de *La loi électorale de 1970* refusant le droit de vote à une personne « privée de la gestion de ses biens pour cause de maladie mentale ». Le juge Reed a estimé que cette disposition enfreignait l'article 3 de la *Charte canadienne* garantissant le droit de vote à tous les citoyens canadiens. Bien que l'article 1 de la Charte permette des restrictions – à la loi – dont la justification puisse se

50. Canada, Directeur général des élections du Canada, *Rapport statutaire de 1984 du directeur général des élections du Canada*, Ottawa, Approvisionnement et Service Canada, 1984 à la p. 19.

51. Canada, Ministère des Ressources humaines et Développement des compétences du gouvernement du Canada, *Bureau de la condition des personnes handicapées*, en ligne : Ressources humaines et Développement des compétences Canada <http://www.hrsdc.gc.ca/fra/condition_personnes_handicapees/mandat/index.shtml>.

52. *Conseil canadien des droits des personnes handicapées c. Canada*, [1988] 3 C.F. 622.

démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique⁵³, la disposition visée ne respectait pas cette exigence et, dès lors, elle a été jugée « arbitraire ». En effet, comme le soulignait le juge « il est possible qu'une personne souffrant d'un handicap mental ou d'un trouble de la personnalité vive chez elle ou que ses biens soient assurés par sa propre famille. Or, cette personne qui ne serait visée par aucune des deux catégories mentionnées à l'alinéa 14 (4) f) serait admissible à voter »⁵⁴. En conséquence, l'argument avancé par la défense selon lequel « il est (...) erroné de présumer qu'une personne souffrant d'une incapacité mentale quelconque est incapable à tous points de vue, et notamment incapable de voter »⁵⁵ a été retenu. D'ailleurs, « une personne incapable de prendre certaines décisions particulières peut être parfaitement capable d'en prendre d'autres »⁵⁶. À l'appui de cet argument, le renvoi à l'ouvrage de Gerald B. Robertson, *Mental Disability and the Law in Canada*⁵⁷ selon lequel « il est tout simplement erroné de présumer que les patients psychiatriques sont nécessairement incapables de voter. En effet, des recherches empiriques indiquent que le vote chez les patients psychiatriques se compare à celui du public en général »⁵⁸. En conclusion, cette décision vient attester que le droit de vote ne peut être amputé aux personnes auxquelles il est fait référence.

53. Il s'agit de ce que les juristes appellent le *test de Oakes* à la suite de l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, rendu par la Cour suprême du Canada, interprétant l'article premier de la *Charte canadienne* et les critères de justification des limites aux droits constitutionnels. On peut lire en ce sens le récent ouvrage publié aux Éditions Thémis : Luc B. Tremblay et Grégoire Charles N. Webber, *La limitation des droits de la Charte : Essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes / Critical Essays on R. v. Oakes*, Montréal, Thémis, 2009. Parmi les limites raisonnables aux droits de l'individu, on retrouve, par exemple, l'interdiction de différents comportements répréhensibles comme les propos haineux (*R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697) et l'obscénité (*R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452).

54. *Supra* note 52.

55. *Ibid.*

56. *Ibid.*

57. Gerald B. Robertson, *Mental Disability and the Law in Canada*, 2^e éd., Carswell, 1987.

58. *Ibid.* aux pp. 240-242.

Il s'agit, bien évidemment à l'époque, d'une grande victoire pour les groupes de défense des personnes handicapées, mais il faut attendre 1992 et 1993 pour que des changements concrets interviennent.

B) Les projets de réforme législative et les perspectives d'avenir

L'approche à la fois philanthropique et juridique à l'égard des personnes handicapées, entendu de manière globale, a contribué au développement de politiques de protection au profit de ces populations ainsi que des modifications concrètes à la loi.

En juin 1992, le projet de loi C-78 est adopté. Il accorde des changements législatifs majeurs garantissant l'accessibilité au processus de vote. Il incorpore à la *Loi électorale du Canada* plusieurs dispositions dont les suivantes : bureaux de vote itinérants dans les établissements où vivent des personnes âgées ou des personnes handicapées et programme d'information et d'éducation du public axé sur les personnes et les groupes de personnes susceptibles d'avoir des difficultés à exercer leur droit de vote.

Le Rapport *Pleine participation 1992* permet également aux autorités provinciales et fédérales d'adopter le principe de la « vie autonome » et de présenter la vision, les principes et l'orientation stratégique devant permettre aux personnes handicapées de devenir membres, à part entière, de la collectivité et d'être davantage maîtres des décisions qui les concernent. Concrètement, des centres de vie autonome sont créés à travers tout le pays « pour fournir aux personnes handicapées de l'information, des services d'aiguillage, (...) un soutien à la défense des droits individuels et au développement des services »⁵⁹.

59. Bulletin d'actualité du Gouvernement du Canada, division des affaires politiques et sociales, *Les personnes handicapées : profil socio-économique et changements proposés* par William R. Young, Canada, division des affaires politiques et sociales, 1997, en ligne : Gouvernement du Canada <<http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/CIR/954-f.htm>>.

Bien que des progrès significatifs soient apportés par le projet de loi C-78, il n'en demeure pas moins que certaines catégories d'individus ne peuvent accéder au vote. Il leur faudra encore attendre plusieurs semaines voire plusieurs années pour y parvenir. Le projet de loi C-114 réforme, de nouveau, la loi électorale, en mai 1993, et procure une accessibilité universelle au vote⁶⁰. Il supprime les mesures qui privaient du droit de vote plusieurs groupes dont les personnes atteintes de déficience intellectuelle. La loi permet également à tous les électeurs de voter par bulletin spécial. Les personnes handicapées ou hospitalisées, les vacanciers ou les étudiants éloignés de leur domicile peuvent ainsi voter par la poste. Cette mesure vient remplacer le vote par procuration jugé trop complexe en raison notamment de la nécessité de présenter un certificat médical pour obtenir un certificat de procuration.

La situation des personnes handicapées a, de cette manière, largement contribué à l'adoption de changements à la loi. Les discussions avec les comités parlementaires chargés d'étudier les projets de loi (dont le *Comité permanent des droits de la personne et de la condition des personnes handicapées*) et avec le *Conseil canadien des droits des personnes handicapées* ont abouti à la rédaction d'un ensemble de propositions de réformes législatives détaillées⁶¹.

60. La Cour suprême du Canada accorde le droit de vote d'abord aux personnes condamnées à une peine de prison de moins de deux ans dans son arrêt *Sauvé c. Canada (P.G.)*, [1993] 2 R.C.S. 438, puis à tous les détenus, peu importe la durée de leur peine : *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519. Quant aux sans-abris, ils obtiennent le droit de vote et de se présenter comme candidat à la suite des modifications de la Loi électorale, en 2000.

61. Conseil canadien des droits des personnes handicapées, *Réforme législative pour les personnes handicapées – propositions de modifications*, Winnipeg, Conseil canadien des droits des personnes handicapées, septembre 1991. Voir aussi les rapports rédigés par le Comité permanent des droits de la personne et de la condition des personnes handicapées tels que Comité permanent des droits de la personne et de la condition des personnes handicapées, *S'entendre pour agir*, Ottawa, juin 1990; Comité permanent des droits de la personne et de la condition des personnes handicapées, *Les personnes handicapées, une réalité*, Ottawa,

Malgré les progrès importants accomplis, la situation n'est pas totalement satisfaisante et il demeure nécessaire d'améliorer la législation concernant les droits des personnes souffrant de maladie mentale ou d'un handicap⁶². Gostin soulignait, en ce sens, qu'« il est temps de concevoir les problèmes auxquels doivent faire face les personnes atteintes d'incapacité mentale non seulement sous l'angle social mais aussi comme impératif des droits de l'homme »⁶³. Il faut donc assurer une égalité et une participation entière des personnes considérées dans les sociétés démocratiques contemporaines. Les politiques et les programmes gouvernementaux doivent éliminer les obstacles et continuer de fournir des programmes spéciaux et des mesures spéciales d'aide conformes à cet objectif. Mais la simple existence d'une législation ne garantit pas, en elle-même, la non-violation des droits et en dépit de toute bonne volonté, il n'empêche qu'une question reste toujours en suspend : la maladie mentale et le handicap sont-ils des facteurs d'exclusion?

Il existe, aujourd'hui encore, une stigmatisation à l'égard des personnes souffrant de troubles mentaux qui limite leur accès à l'emploi, à l'éducation, au logement, à la citoyenneté. Elles sont,

mars 1993; Comité permanent des droits de la personne et de la condition des personnes handicapées, *Des choix rentables pour tous*, Ottawa, août 1993; *supra* note 59.

62. En 2007, « un demi-million de Canadiens avec des déficiences [devaient] (...) compter sur des programmes provinciaux d'aide sociale, ou des programmes analogues » selon le rapport Conseil des Canadiens avec déficiences, *Le nouveau modèle opérationnel que tente d'instaurer la Commission canadienne des droits de la personne : les implications pour les personnes avec des déficiences* par Yvonne Peters, Winnipeg, Conseil des Canadiens avec déficiences, 1^{er} novembre 2007, en ligne : Conseil des Canadiens avec déficiences <<http://www.ccdonline.ca/fr/humanrights/promoting/new-business-model>>.

63. Lawrence O. Gostin, « International human rights law and mental disability » *The Hastings Center Report* 34:2 (2004) 11 tel que cité dans Organisation mondiale de la Santé, *Législation de la santé mentale. Conférence ministérielle européenne de l'OMS sur la santé mentale, Helsinki, 12-15 janvier 2005 : Relever les défis, trouver des solutions*, en ligne : Organisation mondiale de la Santé <http://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0008/98918/E88538.pdf>.

par voie de conséquence, limitées dans leur capacité de s'intégrer dans la société. Il s'agit là de ce que certains appellent la « violence structurelle » qui est une « forme pernicieuse et insidieuse de discrimination et d'abus, qui se traduit par une privatisation des droits »⁶⁴. De sorte que les personnes vivant, notamment, avec des troubles mentaux ont rarement de voix politique, et ce, pour plusieurs raisons. D'une part, leurs propres difficultés mentales consomment leur énergie et ébranlent toute intention de participer à l'arène politique. Comme le mentionnent Weisstub et Arboleda-Flórez :

Les patients gravement malades sont préoccupés par leurs délires et leurs hallucinations; plusieurs sont trop paranoïaques pour simplement penser faire confiance à quelque forme que ce soit d'action de groupe, ils sont désorganisés à cause de leur comportement maniaque, ou trop déprimés pour simplement s'en préoccuper.

D'autre part, le sort de ces personnes ne fait pas débat en politique. Leur manque de visibilité restreint leurs chances de se faire entendre et les réglementations, quant à elles, sont axées bien plus souvent sur l'accès aux soins et aux traitements que sur la protection des droits fondamentaux. Leur participation insuffisante au débat démocratique donne lieu à l'élaboration de politiques qui les concernent directement mais auxquelles ils n'ont pas ou peu contribué. En conséquence, cela se traduit par un sentiment de rejet qui peut conduire à une désaffection vis-à-vis du processus démocratique et qui renforce certains stéréotypes.

Nous alléguons donc que la maladie mentale, au premier chef, mais aussi le handicap (physique ou intellectuel), dans une autre mesure, sont effectivement des facteurs d'exclusion, tant et si bien que les personnes qui en sont atteintes sont encore, parfois, considérées comme n'ayant pas la capacité de prendre de décisions dans leur propre intérêt, et par ricochet, encore moins

64. David Norman Weisstub et Julio Arboleda-Flórez, « Les droits en santé mentale au Canada : une perspective internationale » (2006) 31:1 Revue Santé mentale au Québec 19.

dans l'intérêt collectif. Comme le soulignait Caroline Gendreau, « sans aucun doute, il est capital d'investir les différentes problématiques telles que l'âge, le handicap, la santé mentale et de prendre en considération les conditions matérielles nécessaires à la réalisation concrète des droits de la personne. Sans un tel investissement, ces droits demeureront inévitablement le privilège de quelques-uns malgré leur prétention à l'universalité (...) »⁶⁵. Dans le même sens, l'État a une fonction primordiale qui tient au rétablissement des conditions rendant possible la citoyenneté. Cela signifie qu'au-delà de sa politique d'assistance, « l'État doit se montrer le régulateur ultime des intérêts existants dans la société (...) et aussi le dernier garant d'une conciliation qui part de la reconnaissance effective des droits fondamentaux pour tous les citoyens »⁶⁶. Nonobstant, depuis l'adoption de la *Charte canadienne*, la loi électorale fédérale est l'une des plus souvent contestées au nom des droits et libertés dès lors que l'on met de côté le Code criminel. Ce qui tend à prouver que des aménagements à la loi sont encore nécessaires afin de coordonner droits fondamentaux et application légale.

Conclusion

Pour conclure, nous souhaitons souligner que plusieurs solutions tendant à faire évoluer cette situation ont déjà été mises en place. Le processus électoral au Canada est devenu progressivement plus accessible, notamment du fait de l'engagement des groupes de défense des personnes handicapées qui ont proposé et obtenu l'application d'un éventail de méthodes dans la lutte pour l'égalité électorale. Leur volonté d'action a finalement porté ses fruits et s'est concrétisée par l'application de mesures législatives et administratives au cours des trente dernières années. Concernant le vote, en particulier, des réformes significatives appliquées par Élections Canada ont permis aux handicapés de participer pleinement aux prises de décision. La

65. *Supra* note 12 à la p. 524.

66. *Supra* note 1 à la p. 539. Yannuzzi discute de l'égalité et des droits entre « ceux qui se considèrent et ceux qui ne sont pas effectivement reconnus par l'État comme dignes d'être acceptés en tant que sujets de droits ».

fourniture d'une trousse d'information en braille et en gros caractère, la production d'une vidéo en langage des signes, l'utilisation du service téléphonique par télécopieur, etc. en sont quelques exemples.

Le développement des nouvelles technologies d'information et de communication invite aussi à renouveler nos manières de voter. D'abord, Internet facilite l'accès aux informations et stimule la participation des citoyens en offrant la possibilité de débats et de forums virtuels. Ces forums sont des espaces de discussion, d'échange, entre groupes hétérogènes qui facilitent l'expression d'idées multiples. Ensuite, Internet est un moyen technique qui permet d'associer les citoyens à l'élaboration des politiques publiques. En effet, il est facile, de nos jours, de consulter les internautes et d'obtenir leur avis sur la mise en place d'une mesure spécifique, via un site Web. Enfin, le vote électronique apparaît comme le volet moderne d'une nouvelle forme d'expression. La perspective de voter via Internet obtenait, en 2004, un taux d'appui de 64 % chez les groupes représentant les personnes handicapées, comparativement à 47 % seulement chez le grand public⁶⁷. Il s'agit là d'une voie à explorer bien qu'elle se heurte à de multiples difficultés dont celles de la sécurité absolue des réseaux, de la confidentialité du vote et de l'authentification des électeurs⁶⁸.

Nous suggérons, enfin, plusieurs améliorations tendant à accroître la visibilité des personnes handicapées et par conséquent à leur reconnaître une véritable place dans la société : engager un dialogue continu avec les bénéficiaires afin qu'ils participent directement aux prises de décision qui les concernent; sensibiliser l'opinion aux droits des personnes handicapées et celles atteintes de maladie mentale afin d'éviter les rejets nés de l'ignorance; aider les organisations vouées à la défense de ces droits à faire le meilleur usage de la législation existante; faciliter les actions en justice à l'endroit des personnes handicapées; encourager la

67. *L'évolution du droit de vote des handicapés*, supra note 40.

68. Voir Denis Monière, *Internet et la démocratie*, Québec, Monière et Wollank Éditeurs, 2002 aux pp. 159 et ss.

désignation des personnes handicapées comme candidats aux élections (principalement dans les domaines qui les concernent); soutenir la recherche et développer l'expertise en matière de droit des personnes handicapées.

Afin de terminer sur une note optimiste, nous présumons qu'à l'appui des grands principes de droit international et sous la pression exercée par les organismes de promotion des droits de l'homme, les États auront la volonté d'améliorer la situation des personnes vulnérables vivant sur leur territoire. Depuis ces dernières années, des progrès ont été réalisés et il n'est pas illusoire d'espérer que la situation s'améliore plus encore, faisant des personnes handicapées et celles souffrant de maladie mentale des citoyens ordinaires.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE STATUT JURIDIQUE DU CORPS HUMAIN OU L'OSCILLATION
ENTRE L'OBJET ET LE SUJET DE DROIT

Auteur(s) : Marie-Ève ARBOUR
Mariève LACROIX

Revue : RDUS, 2009-2010, volume 40, numéro 1-2

Pages : 231-268

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10451>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10451>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

LE STATUT JURIDIQUE DU CORPS HUMAIN OU L'OSCILLATION ENTRE L'OBJET ET LE SUJET DE DROIT*

par Marie-Ève ARBOUR**

Mariève LACROIX***

Les auteures s'interrogent sur le statut juridique du corps humain, lequel apparaît hybride, exigeant une approche sui generis et se situant dans une position médiane entre les catégories d'objet et de sujet de droit. Un positionnement – certes nécessaire – sur le statut juridique du corps humain engage une réflexion bioéthique contemporaine sur deux aspects. Dans un premier temps, la détermination des pôles de l'existence juridique peut poser problème en raison du « décalage » des temps juridique et biologique : on plaide en vain pour anticiper l'avènement de la personnalité juridique, d'une part, et pour la prolonger au-delà de la mort, d'autre part. Si l'acquisition de la personnalité juridique doit être considérée en conjonction avec la procréation assistée et les projets scientifique et parental, son extinction ne peut qu'être tributaire des technosciences qui tendent à une prolongation de l'ultime fatalité. Dans un second temps, le traçage des pourtours de l'intégrité du corps humain se révèle dans une protection de l'intégrité du corps humain vivant, durant l'existence humaine, et se poursuit par un respect du cadavre, au moment de sa mort, et du prolongement de ses volontés par les vivants. Cette inviolabilité de la personne humaine, sujet de droit, se meut en un respect du cadavre, objet de droit, fondé sur le respect dû à la dépouille mortelle.

The writers examine the legal status of the human body, which appears to be hybrid in nature and which thus requires a sui generis approach, due to its emergent nature as both a subject and an object of law. Clarifying its status calls for bioethical considerations pertaining to two aspects. The first relates to a determination of the ultimate limits to human existence, which underscores a conceptual disparity between legal and biological existence. It seems illusory, on the one hand, to grant legal personality before birth, yet prolong personality after death, on the other. If the acquisition of legal personality is to be considered in relation to assisted procreation, scientific evolution and parental choices, the extinction of personality must inevitably depend upon modern scientific technology capable of delaying death. The second aspect relates to a determination of the parameters of protection surrounding the living human body, not only during its existence, but also as a form of respect of the human cadaver and of a person's wishes post mortem. The inviolability of the human person, as a subject of law, is transformed into respect of the human cadaver, an object of law, based on the reverence surrounding human remains.

*, Ce texte constitue une version partielle et largement remaniée du rapport québécois intitulé *Le statut juridique du corps humain* présenté par les auteures aux Journées de l'Association Henri Capitant tenues en Suisse au mois de juin 2009.

**, Professeure aux Facultés de droit de l'Université Laval et de l'Università del Salento (Italie)

***, Chargée de cours à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, chercheuse au Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec de l'Université McGill et doctorante à la Faculté de droit de l'Université Laval.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	233
SECTION I La détermination des pôles de l'existence juridique.....	239
A. L'acquisition de la personnalité juridique : « naître ou ne pas être? »	240
(1) La procréation assistée et le projet scientifique.....	246
(2) La procréation assistée et le projet parental	249
B. L'extinction de la personnalité juridique : « de l'être à l'avoir... été? »	251
SECTION II Les pourtours de l'intégrité du corps humain	254
A. L'inviolabilité d'une personne humaine sujet de droit.....	255
B. Le respect d'un cadavre objet de droit.....	262
CONCLUSION	267

INTRODUCTION

Il serait sans doute possible de déterminer les paramètres du statut juridique du corps humain pour peu que l'on définisse préalablement au moins trois notions : celles de *personne*, de *sujet de droit* et d'*être humain*. Prétendre y parvenir relèverait de la témérité intellectuelle ou de la banalisation d'un débat millénaire¹, voire – pire encore – d'un aveuglement méthodologique volontaire destiné à occulter leur inhérente polysémie; non seulement parce qu'il n'est pas certain que la tâche échût au juriste², mais aussi parce que les idiosyncrasies propres à l'interprète du droit relèguent la neutralité scientifique à laquelle il aspire au rang d'un vœu pieux³. Doit-on pour autant renoncer, tout court, à appréhender le sujet? Non pas. Le statut du corps humain comporte une dimension normative qui se prête à l'analyse, si l'on fait amende honorable de renoncer à toute forme d'objectivité épistémologique, et après avoir accepté – dans le sillage tracé par le doyen Carbonnier – « [...] de pivoter sur des nuages »⁴.

Pour les civilistes québécois, le point de départ se situe dans un droit positif qu'éclaire la trajectoire conceptuelle franco-allemande, mais qui s'en démarque par la symbiose qu'il propose

-
1. C'est ce que rappelle notamment François Terré, « Génétique et sujet de droit » (1989) 34 Arch. phil. dr. 159.
 2. C'est ici la problématique de la perte de contact entre les choix bioéthiques, le débat démocratique et l'espace décisionnel dévolu à la science qui est soulevée.
 3. Selon certains, le relativisme et l'émotivisme inhérents à la réflexion bioéthique moderne expliquent « [...] l'incapacité [de la littérature bioéthique] d'élaborer des théories capables de produire une entente rationnellement motivée autour des normes à imposer », voir Yvette Lajeunesse et Lukas K. Sosoe, *Bioéthique et la culture démocratique*, Montréal, L'Harmattan, 1996 à la p. 14 [*Bioéthique et la culture démocratique*]. Pour un premier contact avec la matière, voir Guy Durand, *Introduction générale à la bioéthique : histoire, concepts et outils*, Saint-Laurent, Fides, 2005; Marie-Hélène Parizeau, « Bioéthique », dans Monique Canto-Sperber, dir., *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris, PUF, 1996 aux pp. 184-190.
 4. Jean Carbonnier, « Sur les traces du non-sujet de droit » (1989) 34 Arch. phil. dr. 197.

entre le *Code civil du Québec*⁵ et la *Charte des droits et libertés de la personne*⁶ et, dans une moindre mesure, la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷, éclipsant la dialectique des droits subjectifs et des droits objectifs qui a longtemps tourmenté la doctrine⁸. À vrai dire, le droit civil québécois s'accommode plutôt bien de principes malléables et poreux – ces « épigones des *Droits de l'Homme* »⁹ – qu'hébergent les Chartes québécoise et canadienne ou les toutes premières dispositions du Code civil¹⁰.

On sait que la *personne*, en son sens étymologique *persona*, révèle le « masque de théâtre »¹¹ qui tend à se détacher de l'acteur

-
5. L.Q. 1991, c. 64 [C.c.Q.].
 6. L.R.Q., c. C-12 [Charte québécoise].
 7. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [Charte canadienne].
 8. En témoigne la disposition préliminaire du C.c.Q. Depuis environ trois décennies, une approche symbiotique au C.c.Q. et à la Charte québécoise a permis en quelque sorte de réconcilier le jusnaturalisme et le *ius positivum*. Montesquieu observerait que le juge québécois n'a jamais incarné l'image métaphorique de la bouche de la loi : habile jongleur, il est plutôt appelé à conjuguer des principes généraux du droit avec des raisons politiques et des règles de droit posé.
 9. L'expression est empruntée à Adrian Popovici, « Le rôle de la Cour suprême en droit civil » (2000) 34 R.J.T. 607 à la p. 615.
 10. Beaucoup a été écrit sur les rapports unissant le droit civil et le droit constitutionnel. À titre indicatif, voir Jean-Louis Baudouin, « L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada » (1975) 53 R. du B. can. 715; H. Patrick Glenn, « La Cour suprême du Canada et la tradition de droit civil » (2001) 80 R. du B. can. 151. Un auteur évoque même une « contamination sournoise et pernicieuse » du droit privé par le droit constitutionnel, voir *supra* note 9 à la p. 612.
 11. Oscar Bloch et Walther von Wartburg, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, 11^e éd., Paris, PUF, 1996; Jacqueline Picoche, *Dictionnaire étymologique du français*, Paris, Le Robert, 1997; Rémy Cabrillac, « Libres vagabondages à propos de la notion de personne », dans *Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005 à la p. 720. Sur cette même notion, voir notamment Anne Lefebvre-Teillard, « Personne », dans Denis Alland et Stéphane Rials dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF/LAMY, 2003; Pierre Basile Mignault, *Le droit civil canadien basé sur les « Répétitions écrites sur le Code civil » de Frédéric Murlon avec revue de la jurisprudence de*

et à traduire le rôle qu'il joue dans la société. Sous cet angle, elle prend la forme d'une notion métajuridique¹². Au Québec comme ailleurs, la *personne*¹³ ne coïncide pas toujours avec la notion plus philosophique de *sujet de droit*, laquelle englobe d'autres entités, dont les associations, les États ou les sociétés par actions. Gravitant autour de la notion d'*être humain*¹⁴, elle recoupe la personnalité juridique¹⁵, c'est-à-dire une *aptitude générale* à

nos tribunaux, t. I, Montréal, C. Théoret, 1895 à la p. 129; Jean-Marc Trigaud, « La Personne » (1989) 34 Arch. phil. dr. 103.

12. Fidèle au *Code Napoléon* [C.N.], le C.c.Q. énonce à sa disposition préliminaire qu'il régit les « principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens ». Il est notamment complété de la *Loi sur le curateur public*, L.R.Q., c. C-81; *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1; *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui*, L.R.Q., c. P-38.001.
13. Sur le sujet, voir Aude Bertrand-Mirkovic, *La notion de personne : étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003.
14. Ici, le droit québécois prend ses distances de l'approche séculière proposée aux États-Unis, voir H. Tristram Engelhardt Jr., *The Foundations of Bioethics*, New York, Oxford University Press, 1986 aux pp. 104 et 105, qui dissocie les concepts d'*être humain* et de *personne* afin de pouvoir soutenir l'idée de l'inégalité entre les hommes et, de manière corollaire, leur traitement différent. Cette conclusion est partagée par Peter Singer, *Rethinking Life and Death. The Collapse of our Traditional Ethics*, New York, St-Martin's Press, 1994 à la p. 190.
15. L'article 1 C.c.Q., qui reprend la lettre de l'article 18 du *Code civil du Bas-Canada*, L.Q. 1980, c. 39 [C.c.B.-C.] adopté en 1971, ne souffre d'aucune ambiguïté en ce sens. Il édicte : « Tout être humain possède la personnalité juridique; il a la pleine jouissance des droits civils ». Il en va de même du Préambule et de l'article 1 de la Charte québécoise : « Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne. Il possède également la personnalité juridique. » L'article 16 C.N. assure : « [...] la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». L'apparition de la locution « être humain » au sein du C.c.Q. semble être le fruit du mariage de deux disciplines historiquement isolées (les rapports entre personnes et ceux les opposant à l'État). De son côté, la personnalité est entendue dans un sens empirique et évolutif, soit l'« ensemble des caractéristiques inhérentes et spécifiques de la personne qui la distingue de toute autre personne », voir Édith Deleury et Dominique Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 4e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2008 au n° 81 [*Le droit des personnes*

devenir sujet de droit, à avoir la pleine jouissance des droits civils (objectifs)¹⁶. Les prérogatives qui se rattachent à la personnalité juridique sont également reflétées par la reconnaissance de droits fondamentaux (subjectifs, cette fois) pour lesquels toute atteinte est sanctionnée par une contrainte juridique¹⁷. De tels droits revêtent des caractères propres : ils sont extrapatrimoniaux (car dépourvus de valeur pécuniaire en soi), intransmissibles¹⁸, incessibles¹⁹, insaisissables²⁰ et imprescriptibles²¹. Ces caractéristiques ne possèdent pas un caractère absolu et invitent à la nuance. Certains attributs de ces droits peuvent, en diverses circonstances, faire l'objet de conventions à caractère patrimonial, dont l'exploitation commerciale du nom ou de l'image²². Un tel phénomène de contractualisation ne s'étend toutefois pas à toutes les parties détachées du corps humain, qui demeurent généralement hors commerce²³. Le Code civil tend ainsi à un équilibre par l'arbitrage de l'ordre public et de l'autonomie de la

physiques]. La personne humaine est donc considérée dans sa globalité et sa réalité à la fois biologique, psychologique et sociale.

16. Il importe de distinguer la jouissance de l'exercice des droits civils, voir Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec : un mouvement de société*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993 aux pp. 3 et 4.
17. Charte québécoise, *supra* note 6, art. 49; art. 1457 C.c.Q. À titre indicatif, voir Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile*, 7e éd., vol. 1, Cowansville, Yvon Blais, 2007 au n° 1-266.
18. Art. 625, al. 3 C.c.Q.; art. 1610, al. 2 C.c.Q.
19. Art. 3, al. 2. C.c.Q.
20. *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25 [C.p.c.], art. 552 et ss.
21. Art. 2876 C.c.Q.
22. *Le droit des personnes physiques*, *supra* note 15 n° 83. Sur la renonciation à l'exercice des droits de la personnalité, voir notamment Maxime Lamothe, *La renonciation à l'exercice des droits et libertés garantis par les chartes*, collection Minerve, Cowansville, Yvon Blais, 2007.
23. Art. 25 C.c.Q. À ce propos, voir Suzanne Gascon, *L'utilisation médicale et la commercialisation du corps humain*, collection Minerve, Cowansville, Yvon Blais, 1993 aux pp. 51 et ss. [*Utilisation médicale et commercialisation du corps humain*]; Marie-Ange Hermitte, « Le corps hors du commerce, hors du marché » (1988) Arch. phil. dr. 339.

volonté; des intérêts individuels et de ceux collectifs : c'est du moins ce qu'enseignent les manuels de droit privé.

Mais l'évolution de la science et de la technique a modulé les rapports entre individus à telle enseigne²⁴ que le couple autonomie de volonté/ordre public ne suffit plus à arbitrer entre les intérêts divergents qui entrent en conflit, parce qu'ils ne sont plus réductibles à une simple affaire privée. En tiennent pour preuve les processus de fusion homme-animal et d'homme-machine, qui ébranlent plusieurs idées reçues au fur et à mesure que l'Homme s'approprie l'Homme – dans l'optique d'une « auto-instrumentalisation » et d'une « auto-optimisation »²⁵ – et que la nature prend la forme d'un simple événement contingent. À elle seule, cette nouvelle prospective ne marque pas la désuétude *hic et nunc* d'une tradition civiliste qui a survécu à plusieurs révolutions, mais elle contribue à tout le moins à embrouiller la dialectique des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux, et, plus généralement, à ébranler les catégories propres au droit civil. Sous cet angle, les mutations scientifiques et techniques forcent un rééquilibrage des composantes collective et individuelle qui sous-tendent le droit privé québécois, à travers le prisme de la notion évanescence – et kantienne²⁶ – de dignité de la personne²⁷. De ce contexte, émerge la problématique suivante : dans quelle mesure l'évolution de la science et de la technologie infléchit-elle les paramètres du statut juridique du corps humain?

24. À propos, plus généralement, de l'impact de la science sur le droit, voir Guy Bourgault, « L'éthique et le droit, quand les fondations sont ébranlées » (1993) 34 C. de D. 517; Guy Bourgault, *L'éthique et le droit face aux nouvelles technologies biomédicales*, Montréal, PUM, 1990.

25. Jürgen Habermas, *L'avenir de la nature humaine : vers un eugénisme libéral?*, trad. par Christian Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 2002 à la p. 37.

26. À ce sujet, sur le versant philosophique, voir Thomas De Koninck, *De la dignité humaine*, Paris, PUF, 1995.

27. Cette dichotomie a déjà été mise en relief dans Marie-Josée Bernardi, « Diversité génétique humaine : éléments d'une politique » (2001) 35 R.J.T. 327.

Une intervention récente du Parlement fédéral avec la *Loi sur la procréation assistée*²⁸ reconfigure le cadre législatif flexible et minimaliste que propose le Code civil, alors qu'elle pose avec grande minutie de nouvelles balises à la procréation assistée, la recherche scientifique et l'autonomie des personnes²⁹. Tel que reconfiguré par le Parlement fédéral, le statut juridique du corps humain se trouve propulsé aux confins de trois courants épistémologiques convergents : le positivisme juridique et son double, la méthode exégétique³⁰, la philosophie libérale anglo-américaine, et un jusnaturalisme de matrice constitutionnelle, perméable au développement de droits fondamentaux³¹. Deux aspects de la réflexion bioéthique contemporaine tendent à confirmer cette hypothèse : soit la détermination des pôles de

28. L.C. 2004, c. 2 [LPA]. La LPA est entrée en vigueur le 22 avril 2004, à l'exception des articles 8, 12, 14 à 19, 21 à 59, 72 et 74 à 77. Les articles 21 à 24 (sauf les alinéas 24(1) a), e) et g)), 25 à 39, 72, 74, 75 et 77 sont entrés en vigueur le 12 janvier 2006. À ce jour, les articles 12, 14 à 19, 24(1) a), e) et g), 40 à 59 et 76 ne sont toujours pas en vigueur et aucun règlement n'a été adopté sous son égide.

29. La Cour d'appel a toutefois conclu à son caractère partiellement anticonstitutionnel, bien que les dispositions les plus pertinentes à la présente étude ne soient pas visées. À ce sujet, voir *Renvoi fait par le gouvernement du Québec en vertu de la Loi sur les renvois à la Cour d'appel, L.R.Q., ch. R-23, relativement à la constitutionnalité des articles 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 de la Loi sur la procréation assistée, L.C. 2004, ch. 2*, [2008] R.J.Q. 1551 (C.A.). Sur l'aspect du partage des compétences, voir notamment Guy Tremblay, « La compétence fédérale et le projet de loi sur la procréation assistée » (2003) 44 C. de D. 519 qui exprime des doutes quant à la constitutionnalité de certains articles; *contra* Jocelyn Grant Downie, Jennifer Llewellyn et Françoise Baylis, « A Constitutional Defence of the Federal Ban on Human Cloning for Research Purposes » (2005) 31 Queen's L.J. 353.

30. Soulignons que Kelsen ne considèrerait pas la notion de sujet de droit comme étant indispensable au droit, mais plutôt comme étant une notion auxiliaire qui en facilite la description, voir Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962 à la p. 225 [Kelsen]. Kelsen préconisait par ailleurs la dissolution du concept de personne, afin d'exprimer une « attitude pleinement universaliste et objectiviste », voir *ibid.* à la p. 253.

31. Alfred Dufour, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire : droit, individu et pouvoir de l'École du droit naturel à l'École du droit historique*, Paris, PUF, 1991 aux pp. 236 et ss.

l'existence juridique (Section I) et le traçage des pourtours de l'intégrité du corps humain (Section II).

SECTION I LA DÉTERMINATION DES PÔLES DE L'EXISTENCE JURIDIQUE

Si nul ne conteste désormais que la personne humaine jouit de droits de la personnalité jusqu'à sa mort par le fait même de son existence, le point de départ de cette existence demeure en revanche ambigu³². À l'image du pendule de Foucault, d'un questionnement sur la qualité de *sujet de droit* (naissance) se meut une interrogation sur la détermination de l'*objet de droit* (mort)³³. Les repères immuables de la naissance et de la mort posent problème, se complexifient et se détachent de cette simplicité jadis affirmée et fortement imprégnée de la morale religieuse³⁴. Au royaume des vivants et à celui des morts – la cloison est parfois mince³⁵ – se juxtapose un « troisième royaume »³⁶, qui oscille entre les « morts vivants » et les « morts en sursis »³⁷. Le décalage qui sépare les temps juridique et biologique oblige-t-il à questionner les rapports entre l'être humain et le sujet de droit? Alors que l'existence juridique tend à se distancier de

-
32. Robert P. Kouri, « Réflexions sur la nécessité d'une définition de la mort » (1983) 13 R.D.U.S. 447 [Kouri]. Selon Kouri : « La personne humaine, de son vivant titulaire de droits et d'obligations, traverse une frontière et devient cadavre – un objet de respect certes mais tout de même un objet », voir *ibid.* à la p. 448.
33. Ce questionnement avait déjà retenu l'attention d'Édith Deleury, en 1976, dans le cadre des travaux de l'Association Henri-Capitant, voir Édith Deleury, « Naissance et mort de la personne humaine ou les confrontations de la médecine et du droit » (1976) 17 C. de D. 265.
34. Ces tensions ont été abordées dans Henri Mbulu, « Le clonage humain et les usages polémiques de la dignité humaine » (2003) 44 C. de D. 237.
35. Jean-Louis Baudouin, « Rapport général », dans Travaux de l'Association Henri-Capitant, *Le corps humain et le droit (Journées Belges)*, t. 26, Paris, Dalloz, 1975 aux pp. 175 et ss.
36. Jean-Louis Baudouin, « L'incidence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil » (1970) 5 R.J.T. 217 à la p. 230.
37. Jean-Louis Baudouin et Danielle Blondeau, *Éthique de la mort et droit à la mort*, Paris, PUF, 1993 à la p. 27.

l'existence humaine suivant son acception purement biologique, on plaide en vain pour anticiper l'avènement de la personnalité juridique, d'une part (Sous-section A), et pour la prolonger au-delà de la mort, d'autre part (Sous-section B).

A. L'acquisition de la personnalité juridique : « naître ou ne pas être? »

Naître vivant³⁸ et viable³⁹ emporte l'acquisition de la personnalité juridique et, avec elle, l'attribution de droits subjectifs⁴⁰. Cela recouvre notamment les cas de successions⁴¹, de substitutions⁴², de fiducies⁴³, de donations⁴⁴ et de bénéfices

38. Pour naître vivant, l'enfant sorti du sein de sa mère doit avoir respiré complètement, et ce, même s'il meurt peu de temps après la naissance. Une présomption *juris tantum* prévaut : il sera présumé viable. Repose alors sur la personne qui conteste cet état de fait le fardeau d'établir la preuve de la non-viabilité. Voir par ex. *Allard c. Monette*, (1928) 66 C.S. 291.

39. La viabilité se définit comme étant « l'aptitude à survivre par soi-même, ce qui n'exclut toutefois pas la présence de soutien extérieur ». Elle se rattache au potentiel de survie, sujet aux progrès de la périnatalité, et déterminé par expertise médicale. Voir Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2005 au n° 98.

40. Une fois la personnalité juridique acquise, elle rétroagit par l'effet d'une fiction du droit civil à la date de sa conception; fiction à laquelle on a recours pour protéger les intérêts patrimoniaux futurs du fœtus. Elle matérialise en droit positif la maxime latine « *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* », c'est-à-dire : « L'enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu'il s'agit de l'intérêt de celui-ci », voir Albert Mayrand, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2007 à la p. 225. Voir également *ibid.* aux n°s 103 et ss.; *supra* note 15 aux n°s 10-16. D'application générale cette fiction juridique octroie à l'enfant né vivant et viable, outre la pleine jouissance de ses droits civils dès la naissance, le bénéfice de ses droits d'action acquis pendant sa vie intra-utérine. Par exemple, voir *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456.

41. Art. 617, al. 1 C.c.Q.

42. Art. 1239, al. 1; 1242, al. 1 C.c.Q.

43. Art. 1279, al. 1 C.c.Q.

44. Art. 439; 1814, al. 1; 1840, al. 1 C.c.Q.

d'assurances⁴⁵, de même que les actions en responsabilité civile pour le préjudice causé *in utero*⁴⁶. À la différence du versant criminel⁴⁷ et devant l'absence d'un positionnement législatif clair⁴⁸ quant au moment de la naissance, la Cour suprême a dû, lors de l'arrêt *Tremblay c. Daigle*⁴⁹ rendu dans le sillage des affaires *R. c.*

45. Art. 2447, al. 1 C.c.Q.

46. Louise Langevin, « Entre la non-reconnaissance et la protection : la situation juridique de l'embryon et du fœtus au Canada et au Québec » (2004) 56 R.I.D.C. 39; Marie-Josée Bernardi, *Le droit à la santé du fœtus au Canada*, Montréal, Thémis, 1995; Robert P. Kouri, « Réflexions sur le statut juridique du fœtus » (1980-81) 15 R.J.T. 193 [*Statut juridique du fœtus*]. Dans le contexte de la common law, voir l'intéressante décision *Dobson (Tuteur à l'instance) c. Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 753 [*Dobson (Tuteur à l'instance) c. Dobson*], où la Cour a statué qu'un enfant ne peut poursuivre sa mère pour les dommages subis *in utero* par la faute de celle-ci. Voir également Sandra Rosier et Denis Boivin, « L'affaire *Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson* : un conflit entre la réalité et la théorie » (1999-2000) 31 R.D. Ottawa 283; Suzanne Philips-Nootens, « La Cour suprême face à la vie, face à la mort : de valeurs et de droits » (2000) 79 R. du B. can. 145 [*Cour suprême face à la vie, la mort*]; Alexandre-Philippe Avard et Bartha Maria Knoppers, « L'immunité légale de la femme enceinte et l'affaire *Dobson* » (2000) 45 R.D. McGill 315.

47. Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004 [*Dictionnaire de droit québécois*] (sous « naissance »). Voir également Gérard Cornu, dir., *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, PUF, 2007 [*Vocabulaire juridique*] (sous « naissance »).

48. Le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 223(1) [C.Cr.] définit le moment où un enfant devient un être humain : « Un enfant devient un être humain au sens de la présente loi lorsqu'il est complètement sorti, vivant, du sein de sa mère : a) qu'il ait respiré ou non; b) qu'il ait ou non une circulation indépendante; c) que le cordon ombilical soit coupé ou non ».

49. [1989] 2 R.C.S. 530 [*Daigle c. Tremblay*]. Voir Keyserlingk EW, « The Unborn Child's Right to Prenatal Care », McGill Legal Studies, No.5, Quebec Research Centre of Private and Comparative Law, Montreal, 1984; Donna Greschener, « Abortion and Democracy for Women : A Critique of *Tremblay v. Daigle* », (1989-90) 35 R.D. McGill 633; Monique Ouellette, « Et maintenant... le fœtus? », dans S.F.P.B.Q., *Droit et enfant*, vol. 13, Cowansville, Yvon Blais, 1990 à la p. 39; Jean Rhéaume, « *Daigle* : un oubli des questions de droit civil et constitutionnel? » (1990) 21 R.G.D. 151; Suzanne Philips-Nootens, « Être ou ne pas être... une personne juridique : variations sur le thème de l'enfant conçu », dans Ernest Caparros, dir., *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993 à la p. 197; Paul-André Crépeau, « L'affaire *Daigle* et la

*Morgentaler*⁵⁰ et *Roe v. Wade*⁵¹, poser les paramètres du sujet de droit. L'affaire est née des doléances d'un père ayant tenté, pour sauver sa progéniture d'une mort certaine, d'empêcher son ex-conjointe de subir un avortement. Afin de déterminer si le fœtus est un « [...] être humain [qui] a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne » au sens de l'article premier de la Charte québécoise, la Cour préconise une approche résolument téléologique. Elle écarte explicitement les instruments interprétatifs métaphysiques, philosophiques ou théologiques qui auraient pourtant permis de préciser la portée du vocable anthropologique *être humain*, se refusant par ailleurs d'abandonner le sort du litige à une analyse terminologique ou linguistique trop simpliste⁵². Elle préfère plutôt dégager l'intention du législateur en recentrant le débat autour du contexte sociojuridique qui a présidé à l'adoption, en 1975, de la Charte québécoise. En substance, elle infère du silence du législateur quant au moment de l'acquisition de la personnalité juridique une absence de volonté d'attribuer au fœtus un droit à la vie⁵³; une solution qu'étaierait, du reste, le tissu normatif découlant de la maxime *Infans conceptus pro nato abetur quoties de commodis ejus agitur*, laquelle ne reconnaît à l'enfant à naître que certains droits de nature purement patrimoniale (sous la condition suspensive qu'il naisse vivant et viable). Il faut dire que la mise en relation des concepts de *personne* et d'*être humain* tend à confirmer cette hypothèse, pour peu que l'on prenne acte du fait qu'une *personne* peut être *physique* ou *morale*. Cette subtilité n'a pas échappé à feu le juge Tourigny, dissidente en Cour d'appel, qui constatait ce qui suit : « [...] si toute personne n'est pas un être humain, parce qu'il peut y avoir des personnes morales et des personnes

Cour suprême du Canada ou la méconnaissance de la tradition civiliste », dans Ernest Caparros, dir., *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993 à la p. 217.

50. [1988] 1 R.C.S. 30.

51. (1973) 410 U.S. 113.

52. *Daigle c. Tremblay*, *supra* note 49 à la p. 544.

53. Voir notamment Michèle Rivet, « La situation juridique de l'enfant non encore né au Canada (Droit civil) », dans *Travaux du treizième Colloque international de droit comparé*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1978 à la p. 73.

physiques, tout être humain est cependant une personne »⁵⁴. Et parce seule une *personne* possède la personnalité juridique, un fœtus n'est pas une personne; il ne détient aucun droit extrapatrimonial à la protection de sa vie⁵⁵. Compléter ce syllogisme porte à affirmer que si un fœtus n'est pas une personne, il n'est pas non plus un *être humain*; une conclusion qui n'est possible qu'au prix de l'extraction complète de la locution de son contexte anthropologique. La quadrature du cercle est ici révélée : le droit s'isole et se suffit à lui-même.

L'exégèse de la toute première disposition du Code civil aurait pu porter à un résultat opposé, si l'on eût agréé l'idée qu'un fœtus est bien un *être humain* (à tout le moins en formation). Cette clef de lecture anthropojuridique lui aurait permis de revendiquer un droit extrapatrimonial et « naturel à la vie »⁵⁶ attaché à sa personnalité juridique et opposable à sa mère. C'est d'ailleurs l'interprétation qu'avaient préconisée la Cour supérieure⁵⁷ et la Cour d'appel⁵⁸, en procédant – à l'instar, paradoxalement, de la Cour suprême – à un renvoi analogique au domaine de la protection des droits patrimoniaux (dont la double condition de vie et de viabilité portant sur les qualités pour succéder⁵⁹), afin de reconnaître au fœtus la personnalité juridique. Ici encore, la thèse présente une double faiblesse méthodologique : d'abord, parce qu'elle suggère que la reconnaissance d'un droit patrimonial emporte la qualité de sujet de droit – ce qui apparaît tout à fait incertain⁶⁰ –; et ensuite, parce qu'elle semble réfractaire à l'idée

54. *Daigle c. Tremblay*, [1989] R.J.Q. 1735 à la p. 1756 (C.A.) (j. Tourigny, dissidente).

55. *Ibid.*

56. *Ibid.* à la p. 1739 (j. Bernier).

57. *Tremblay c. Daigle*, [1989] R.J.Q. 1980 (C.S.).

58. *Supra* note 54.

59. Art. 617, al. 1 C.c.Q. Sur une réitération de la double condition de vie et de viabilité, voir art. 1840, al. 1 C.c.Q. (donation par contrat de mariage ou d'union civile); art. 2373 et 2374 C.c.Q. (rente viagère); art. 2447, al. 1 C.c.Q. (assurances).

60. Une opinion différente est exprimée par Patrice Garant, « Droits fondamentaux et justice fondamentale », dans Gérald Armand Beaudoin et Edward Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd.,

(trop orthodoxe?) de faire coïncider le moment de l'acquisition de la personnalité juridique avec celui de la conception, une interprétation qui se serait d'ailleurs posée en porte-à-faux des conclusions dégagées de l'arrêt *Morgentaler*. Il faut donc conclure que la solution jurisprudentielle compromissaire esquissée par la Cour s'effectue en marge des constructions doctrinales sur lesquelles s'érigent les théories portant sur le sujet de droit.

À l'issue de l'arrêt *Daigle c. Tremblay*, il appert plutôt que l'acquisition de la personnalité juridique est tributaire du temps, entendu comme étant un moment juridique qui n'est pas réductible à l'existence biologique, ni même à la séquence zygote-embryon-fœtus. Sous cet angle, l'*infans conceptus* prend la double forme d'un non-sujet de droit qui existe pourtant ou d'un objet de droit singulier, qui échappe aux règles relatives à la propriété ou au droit des contrats. Mais ce statut juridique vaporeux emporte une conséquence redoutable sur le plan constitutionnel, puisqu'il faudra admettre que l'*infans conceptus* évolue, au Canada comme aux États-Unis, en marge des Chartes des droits et libertés⁶¹ : il n'est pas une « personne constitutionnelle »⁶². Profitant du

Montréal, Wilson & Lafleur, 1989 à la p. 383; *Statut juridique du fœtus*, *supra* note 46.

61. Sur l'aspect éthique de la question de l'autonomie de la femme enceinte, voir Michel Morin, « Les confins du droit civil et du droit pénal : l'avortement et les droits de l'enfant conçu » (1997) 42 R.D. McGill 199; Hugues Létourneau, « Le fœtus, une question de droit ou de bon sens? », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit de la jeunesse* (1998), vol. 101, Cowansville, Yvon Blais à la p. 59; Michel T. Giroux, « L'autonomie de la femme enceinte et la protection de l'enfant à naître : une perspective éthique », dans S.F.C.B.Q., *Autonomie et protection* (2007), vol. 261, Cowansville, Yvon Blais à la p. 33. Sur une application (critiquable) de l'arrêt *Daigle c. Tremblay*, *supra* note 49 et de la non-reconnaissance au fœtus du statut de personne, la Cour suprême du Canada, dans *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925, a conclu qu'elle n'avait pas compétence pour ordonner la garde en établissement d'une femme enceinte qui inhalait des vapeurs de solvant pour la faire traiter et protéger conséquemment le fœtus.

62. Ronald Dworkin, *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, Knopf, 1993 aux pp. 109 et ss.

bénéfice d'un sain recul historique, confessons que la relecture de l'arrêt *Daigle* induit le sentiment que les conclusions auxquelles parvient la Cour sont davantage dictées par la condition de la mère que par celle du fœtus. Si la Cour suprême canadienne n'a pas – à la différence de sa consœur américaine – proclamé un droit des femmes à la libre procréation, voire « à la liberté » (un oxymoron dérivé de la *privacy*), en revanche elle ne peut avoir été insensible aux revendications féministes qui expliquent et sous-tendent les affaires *Roe v. Wade* et *R. c. Morgentaler* comme d'autres décisions⁶³. Le contexte est donc plus étroit qu'il n'y paraît, parce qu'il demeure confiné à l'hypothèse du fœtus *in utero*.

Cette digression permet de comprendre pourquoi le défi contemporain porte plutôt sur la détermination du statut juridique du fœtus *ex utero*. Comment protéger de l'appétit scientifique un non-sujet de droit demain brevetable⁶⁴, conçu *in*

63. La nature particulière du lien unissant la mère à son enfant a quelquefois été évoquée par les tribunaux dans le contexte des actions intentées par les enfants contre leur mère pour le préjudice subi *in utero* : voir par ex. aux États-Unis, *Stallman c. Youngquist*, 531 N.E. 2d 355 (1988), où la Cour précise que : « The relationship between a pregnant woman and her fetus is unlike the relationship between any other plaintiff and defendant. [...] No other defendant must go through biological changes of the most profound type, possibly at the risk of her own life, in order to bring forth an adversary into the world. It is, after all, the whole life of the pregnant woman which impacts on the development of the fetus », et, en common law canadienne, *Dobson (Tuteur à l'instance) c. Dobson*, *supra* note 46 au par. 25, où la Cour énonce ce qui suit : « La relation singulière entre la future mère et le fœtus permet de trancher le présent pourvoi. Aucune autre relation dans la vie d'un être humain ne peut servir d'élément de comparaison. C'est pour cette raison qu'il ne peut y avoir aucune analogie entre l'action exercée par un enfant pour négligence commise avant sa naissance contre le tiers auteur d'un délit et celle qu'il dirige contre sa mère » [italiques ajoutées].

64. Ceci évoque l'affaire *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45. En doctrine, sur ce thème, voir E. Richard Gold, « Biomedical Patents and Ethics : A Canadian Solution » (2000) 45 R.D. McGill 413; Bartha Maria Knoppers, « Status, Sale and Patenting of Human Genetic Material: An International Survey » (1999) 22 *Nature Genetics* 23; Richard Gold et Timothy A. Caulfield, *Human Genetic*

vitro, susceptible d'être fusionné, implanté, congelé, modifié, abandonné? Dans quelle mesure? Le cadre législatif lacunaire entourant le diagnostic prénatal ou préimplantatoire (Paragraphe 2), ainsi que l'interdiction de choix eugéniques (Paragraphe 1) témoignent du statut hybride d'un objet-sujet graduellement titulaire d'un droit à l'intégrité inchoatif et partiel, configuré par les droits, libertés et intérêts d'autrui; ceux des chercheurs⁶⁵ et des parents.

(1) La procréation assistée et le projet scientifique

N'eût été de l'intervention du Parlement fédéral, le droit québécois et canadien demeurerait, en matière de procréation assistée, confiné à une zone de droit gris⁶⁶. Inspiré du *Human Fertilisation and Embryology Act*⁶⁷, le préambule de la LPA énumère les principes qui président à son adoption, c'est-à-dire la protection et la promotion de la santé *in primis* celle des femmes, la sécurité, la dignité, le respect du consentement libre et éclairé, l'absence de discrimination entre les personnes qui souhaitent recourir aux techniques de procréation assistée⁶⁸, l'interdiction de la commercialisation des fonctions reproductives, la préservation

Inventions, Patenting and Human Rights, Edmonton, Health Law Institute, 2003 à la p. 26; Canada, Comité consultatif canadien de la biotechnologie, *Brevetabilité des formes de vie supérieures et enjeux connexes : Rapport adressé au Comité de coordination ministériel de la biotechnologie du Gouvernement du Canada*, Ottawa, juin 2002.

65. Voir notamment Barbara Billingsley et Timothy A. Caulfield, « The Regulation of Sciences and the Charter of Rights : Would a Ban On Non-Reproductive Human Cloning Unjustifiably Violate Freedom of Expression? » (2004) 29 *Queen's L.J.* 647.

66. Celui-ci est délimité, en matière de recherche financée par l'État, par le document suivant : IRSC, CRSH, SRSNG, *Énoncé de politique des trois conseils : Éthique de la recherche avec des êtres humains*, Canada, 2005, de même que par le *Règlement modifiant le Règlement sur les aliments et drogues (1024 – essais cliniques)* D.O.R.S./2001-203. Sur le sujet, voir Mathieu Gagné, « Réflexions sur l'ensemble normatif dans lequel s'organise la régulation des médicaments » (2006) 37 *R.D.U.S.* 59 aux pp. 102 et ss.

67. (U.K.) 1990, c. 37.

68. Ce qui permet, par exemple, aux couples homosexuels d'avoir accès à de tels services.

et la protection de l'individualité et de la diversité humaines, de même que l'intégrité du génome humain.

Bien qu'elle soumette certains actes à l'obtention d'une autorisation préalable délivrée par une agence créée à cette fin (Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée)⁶⁹, la LPA préconise une technique législative qui sied fort mal à l'étude en question, mais qui s'explique probablement au regard de la compétence qui la légitime. À l'instar du *Code criminel*, elle énumère de manière exhaustive les pratiques interdites, s'exposant à devenir graduellement désuète au fil des découvertes scientifiques⁷⁰. La pondération entre les valeurs collectives et individuelles incite le législateur à encadrer la recherche scientifique dans le but d'assurer la pérennité des générations futures à travers la protection du génotype naturel. Avalisant les principes cristallisés dans certains instruments internationaux⁷¹ et les conclusions présentées par la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction – la « Commission Baird »⁷² –, la LPA interdit plusieurs formes de manipulations génétiques, dont le clonage à des fins reproductives, la création d'hybrides⁷³ ou de chimères⁷⁴ dans le but de les transplanter dans

69. *Supra* note 28, art. 10 : La modification, la manipulation, le traitement, l'utilisation d'un embryon *in vitro* ou de matériel reproductif humain dans le but de créer un embryon est conditionnel à l'obtention d'une autorisation, de même que les actes qui visent à obtenir, conserver, céder, éliminer, importer ou exporter tout ou partie d'un ovule ou d'un spermatozoïde dans le but de créer un embryon; ou un embryon *in vitro* dans n'importe quel but. De même, la transgénèse est-elle également soumise à l'obtention d'une autorisation préalable (art. 11).

70. Sylvie Border, Sabrina Felman et Bartha Maria Knoppers, « Legal Aspects of Animal-Human Combinations in Canada » (2007) 1 McGill Health L. Publication 83 à la p. 86.

71. Parmi eux, voir la *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme* (art. 11), signée sous l'égide des Nations unies en 1997.

72. C.P. 1989-2150, 25 octobre 1989.

73. *Supra* note 28, art. 3. La LPA définit l'hybride comme étant : « a) Ovule humain fertilisé par un spermatozoïde d'une autre forme de vie; b) ovule d'une autre forme de vie fertilisé par un spermatozoïde humain; c) ovule humain dans lequel a été introduit le noyau d'une cellule d'une autre forme de vie; d) ovule d'une autre forme de vie dans lequel a été introduit

un être humain ou encore dans une autre espèce que celle humaine⁷⁵, la création d'embryons *in vitro* à des fins autres que la création d'un être humain.

De vastes domaines de recherche demeurent en dehors du champ d'application *rationae materiae* de la LPA, notamment quant aux modalités de fusion homme-animal. Par exemple, la LPA prévoit l'interdiction « [d]'utiliser du matériel reproductif humain ou un embryon *in vitro* qui est ou a été transplanté dans un individu d'une autre forme de vie [de] transplanter l'ovule, le spermatozoïde, l'embryon ou le fœtus d'une autre forme de vie dans un être humain »⁷⁶ *dans l'intention de créer un être humain*. Parce que la prohibition ne cible que les techniques visant la création d'un être humain, elle laisse le champ libre à la xénotransplantation⁷⁷. S'agissant de l'interdiction de « créer une chimère ou [de] la transplanter dans un être humain ou dans un individu d'une autre forme de vie »⁷⁸, Sylvie Bordet *et al.* notent que l'interdiction ne vise que le stade de développement embryonnaire et ne s'étend pas à la thérapie cellulaire, aux greffes ou aux transplantations à des stades de développement ultérieurs⁷⁹. Enfin, l'interdiction de créer un hybride en vue de la reproduction ou de la transplantation dans un être humain ou

le noyau d'une cellule humaine; e) ovule humain ou d'une autre forme de vie qui, de quelque autre façon, contient des compléments haploïdes de chromosomes d'origine humaine et d'une autre forme de vie ».

74. *Ibid.*, art. 3. La LPA définit la chimère comme étant : « a) Embryon dans lequel a été introduite au moins une cellule provenant d'une autre forme de vie; b) embryon consistant en cellules provenant de plusieurs embryons, fœtus ou êtres humains ».

75. *Ibid.*, art. 5(1) a); art. 60-64. La LPA rend passible de sanctions pénales allant de l'amende (maximum de 500 000 \$) à l'emprisonnement (maximum de 10 ans) et à toute contravention.

76. *Ibid.*, art. 5 h).

77. *Supra* note 70 à la p. 87.

78. *Supra* note 28, art. 5(1) i).

79. *Supra* note 70 à la p. 87. Du reste, elles observent ce qui suit : « [...] because embryos are defined as *human* embryos [...] only animal-to-human chimeras or human-to-human chimeras are prohibited. Human-to-animal combinations such as introducing human cells into embryonic animals *are not targeted by this provision* » [italiques ajoutés].

dans un individu d'une autre forme de vie⁸⁰ n'exclut pas la création d'un hybride poursuivant une finalité autre que celle reproductive, laquelle demeure permise. Le compromis normatif s'effectue au prix de l'éclatement de la dialectique objet-sujet par la récupération du paradigme de la dignité – des sujets de droit comme des objets de droit – que l'on met au profit de la création de nouvelles catégories scientifiques, dont, notamment, les chimères, les hybrides, les fœtus, les embryons. L'interdiction demeure toutefois circonscrite au domaine de la recherche scientifique. Dans le contexte des projets parentaux, les choix bioéthiques relèvent en général de la sphère privée, tendant à confirmer la thèse de l'émergence d'un nouvel eugénisme libéral, si l'on admet que « [...] tous les citoyens doivent disposer des mêmes chances de façonner leur vie de manière autonome » : voilà ce que dénonce, parmi d'autres, Jürgen Habermas⁸¹.

(2) La procréation assistée et le projet parental

Le droit privé québécois avalise plusieurs idées héritées du Siècle des Lumières, dont l'autonomie de la volonté et son corollaire, l'autodétermination des personnes, qui y occupent une place centrale. Devant les nouvelles technologies de reproduction (NTR), ces paradigmes se manifestent, notamment, par le libre choix des individus à une procréation désormais affranchie de la sexualité. Si le recours aux techniques de procréation assistée – sous toutes ses formes, *in vitro* ou non, voire posthume – n'avait jamais fait l'objet d'une intervention législative au Québec, la LPA et son Règlement d'application⁸² aménagent désormais un cadre législatif destiné à formaliser la manifestation du consentement exprimé par les donneurs⁸³ et les receveurs et à réduire le spectre

80. *Supra* note 28, art. 3. Voir également *ibid.*

81. *Supra* note 25 aux pp. 42 et 114.

82. *Règlement sur la procréation assistée* D.O.R.S./2007-137.

83. *Supra* note 28, art. 3 b) : « Toute personne doit, avant d'utiliser du matériel reproductif humain dans le but de créer un embryon, avoir un document signé par le donneur attestant que celui-ci a été informé par écrit des faits ci-après avant de fournir son consentement à cette utilisation ».

des destinataires du matériel humain. À ce titre, elle rompt avec une tradition civiliste québécoise exempte d'un quelconque formalisme en même temps qu'elle contourne l'épineuse question du diagnostic préimplantatoire ou prénatal, lequel demeure assujéti aux dispositions normatives provinciales : ici... le vide.

La chose est connue : le diagnostic préimplantatoire ou prénatal préalablement prescrit par le médecin⁸⁴ porte avec lui les germes de la sélection génétique⁸⁵, d'une nouvelle forme d'eugénisme médical⁸⁶. Outre l'identification de pathologies génétiques mortelles, légitime-t-il pour autant les parents à choisir le sexe de l'embryon, ou encore à le sélectionner sur la base de purs caprices? La LPA pose un frein à la première hypothèse⁸⁷,

84. Emmanuelle Lévesque, Bartha Maria Knoppers et Denise Avard, « La génétique et le cadre juridique applicable au secteur de la santé : examens génétiques, recherche en génétique et soins innovateurs » (2004) 64 R. du B. 57.

85. Voir Julie Cousineau, *Enjeux éthiques et légaux des applications du diagnostic préimplantatoire au Canada*, mémoire de maîtrise, Université de Montréal, 2006 [non publié] [*Enjeux éthiques et légaux*]; Julie Cousineau « L'autonomie reproductive: un enjeu éthique et légal pour le diagnostic préimplantatoire » (2007) 86 R. du B. can. 421; Ghislaine Cleret de Langavant, *Bioéthique : méthode et complexité*, Sainte-Foy, PUQ, 2001 aux pp. 24 et 25; Chantal Bouffard, « Jusqu'où ira la volonté de développer une éthique citoyenne en matière de développement génétique? », dans Suzanne Philips-Nootens, Béatrice Godard, Bartha Maria Knoppers et Marie-Hélène Régner, dir., *La recherche en génétique et en génomique: droits et responsabilités*, Montréal, Thémis, 2005 à la p. 215. Voir également Québec, Commission de la santé et du bien-être, *Consultation sur les enjeux éthiques du dépistage prénatal de la trisomie 21, ou Syndrome de Down, au Québec*, Québec, 2008; Québec, Collège des médecins du Québec, *L'interruption volontaire de grossesse. Lignes directrices*, Québec, 2004; Canada, Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, *Un virage à prendre en douceur*, Ottawa, 1993. Voir aussi S.T. c. Dubois, (2008) QCCS 1431, où la demanderesse allègue (en vain) la responsabilité d'un médecin ayant omis de diagnostiquer le Syndrome de Down dans le suivi de la patiente.

86. Le Canada n'y a pas échappé, voir *Enjeux éthiques et légaux*, *ibid.* aux pp. 73 et ss.

87. *Supra* note 28, art. 5 e), sauf, tel que le précise la disposition : « [...] pour prévenir, diagnostiquer ou traiter des maladies ou des anomalies liées au sexe ».

mais la seconde soulève certaines incertitudes. Quels éléments peuvent faire l'objet d'une sélection? Doivent-ils être circonscrits aux seules motivations médicales⁸⁸? Bien que certains auteurs soulignent un potentiel de discrimination qui comporterait en soi une dimension constitutionnelle⁸⁹, il semble que l'intervention ponctuelle du législateur en amont du test génétique lui-même s'avère préférable en l'absence de toute applicabilité des Chartes canadienne et québécoise à la vie *in utero* ou *in vitro*⁹⁰. À défaut, la décision d'agréer ou non les doléances des parents est dévolue au corps médical. Un autre exemple témoigne d'une véritable crise du sujet de droit : celui de l'extinction de la personnalité juridique.

B. L'extinction de la personnalité juridique : « de l'être à l'avoir... été? »

L'anéantissement de la personnalité juridique a lieu au moment de la mort, sous réserve des règles relatives à l'absence et à la disparition⁹¹. Énoncé simple, mais qui tend à être des plus périlleux dans son application, en raison des techniques de réanimation et de survie artificiellement prolongée, ainsi que de la transplantation d'organes prélevés sur le cadavre⁹². La mort n'est plus considérée comme un phénomène naturel, mais artificiel, car tributaire des technos-sciences qui prolongent l'ultime fatalité.

En l'absence de positionnement législatif en droit privé québécois sur le concept de mort naturelle⁹³, le législateur défère

88. *Enjeux éthiques et légaux*, *supra* note 85 à la p. 58.

89. *Ibid.* aux pp. 59-67.

90. Soumis à la tentation par la disponibilité du test, les parents sont plus susceptibles d'appréhender la procréation assistée en tant qu'acte de consommation. Voir *supra* note 25 à la p. 51.

91. Art. 84-91 C.c.Q. Voir Hervé Roch, *L'absence*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1951.

92. *Le droit des personnes physiques*, *supra* note 15, nos 24 et 25.

93. *Dictionnaire de droit québécois*, *supra* note 47 (sous « décès » : « Mort naturelle d'une personne »). Voir également *Vocabulaire juridique*, *supra* note 47 (sous « décès »).

compétence à la science médicale⁹⁴, laquelle fixe les critères de détermination de la mort. Le rôle des médecins consiste essentiellement à établir plutôt qu'à définir la mort. La médecine distingue, à cet égard, trois étapes dans le processus de la mort : la mort clinique correspondant à l'arrêt des fonctions cardiaque et respiratoire, la mort biologique par la cessation fonctionnelle et irréversible de récupération des organes vitaux et la mort cellulaire, soit la désintégration et la dégénérescence des cellules corporelles⁹⁵. Pour l'heure, l'établissement de la mort correspond à la détermination physique liée à la perte irréversible des fonctions cérébrales de la personne⁹⁶. Celle-ci peut être observée par l'absence prolongée des fonctions respiratoire et cardiaque spontanées. Dans le cas spécifique de la personne maintenue artificiellement en vie, la détermination se fait plutôt par la constatation de l'irréversibilité de toutes les fonctions du cerveau, incluant le tronc cérébral, par des moyens cliniques reconnus. Sur le plan strictement juridique, l'effet le plus important de la mort demeure la perte de la personnalité juridique et des droits qui y

94. Art. 122 et 123 C.c.Q. sur la constatation de la mort par un médecin ou, à défaut, par deux agents de la paix. Sur le bien-fondé d'une définition législative, voir *supra* note 36 aux pp. 227-230; *supra* note 33 aux pp. 309-314; Kouri, *supra* note 32; Germain Brière, « La jouissance et l'exercice des droits civils : nouvelle version » (1989) 20 R.G.D. 265 aux pp. 273 et 274; Canada, Commission de réforme du droit du Canada, *Les critères de détermination de la mort*, Rapport n° 23, Ottawa, 1979; Canada, Commission de réforme du droit du Canada, *Les critères de détermination de la mort*, Rapport n° 15, Ottawa, 1981. Voir également *supra* note 16 à la p. 40 : « Il n'a pas été jugé opportun de donner une définition de la mort; celle-ci est un fait dont l'appréciation relève de critères autres que juridiques. D'ailleurs, *une telle définition n'aurait pu qu'être provisoire, compte tenu de l'évolution de la science.* » [italiques ajoutées] En revanche, au Manitoba, la *Loi sur les statistiques de l'état civil*, C.P.L.M., c. V-60, art. 2, définit la mort d'une personne comme suit : « Pour tout ce qui relève de la compétence législative de la Législature du Manitoba, le décès d'une personne a lieu au moment où se produit une cessation irréversible de toutes les fonctions cérébrales de cette personne. »

95. *Supra* note 36 aux pp. 217 et 228.

96. Sur la détermination de la mort au regard de la médecine, des tribunaux et des lois, voir *supra* note 39, nos 141 et ss.

sont associés⁹⁷. Cette affirmation appelle la nuance. Une protection posthume du défunt subsiste au regard de ses dernières volontés, de sa mémoire et de son cadavre⁹⁸.

Devant le respect dont fait preuve le législateur québécois à l'égard de la science médicale, une interrogation se pose d'emblée : les zones de compétence relatives aux deux sciences requièrent-elles une intervention législative? Mais ne serait-ce là qu'un placebo, un geste juridiquement stérile dont la seule utilité serait de calmer les inquiétudes de la profession médicale? Le droit civil québécois se confine à constater « le passage de l'être humain sur terre »⁹⁹ et à enregistrer la naissance et la mort au sein des registres de l'état civil¹⁰⁰. La médecine contemporaine détermine, pour sa part, ces moments. Tel que l'énonce Jean-Louis Baudouin : « La frontière entre la médecine et le droit semble donc clairement définie. La science médicale *dit*, la science juridique *constate* et déduit des faits constatés les conséquences juridiques qui s'imposent »¹⁰¹. Chacun est appelé à jouer son rôle : « l'un de frein, l'autre d'accélérateur. La poussée de la médecine lui a assuré un mieux vivre; la retenue du droit lui a conservé son auréole »¹⁰². Le législateur québécois n'a donc pas jugé bon de s'enfermer dans des définitions arrêtées quant aux différentes étapes du statut juridique de l'être humain, privilégiant ainsi un

97. En outre, la mort est dotée d'effets qui sont tantôt extinctifs —dissolution du régime matrimonial (art. 465(1^o) C.c.Q.) — tantôt dévolutifs — ouverture de la succession et saisine des héritiers (art. 613, al. 1 et 625 C.c.Q.).

98. Voir la Section II, Sous-section B du présent texte.

99. *Supra* note 36 à la p. 230.

100. Art. 111-117 C.c.Q. : « Des actes de naissance »; art. 122-128 C.c.Q. : « Des actes de décès ». Sur la rédaction des constats de naissance et de décès, voir en particulier Louise Rolland, « Les tiers, vecteurs du réseau social. Les personnes et les biens dans le *Code civil du Québec* » (2006) 40 R.J.T. 75 aux pp. 82-86.

101. *Supra* note 36 à la p. 225 [italiques ajoutés, en caractères gras dans la version originale]. Sur une réitération de ce principe, voir *supra* note 33 à la p. 271; *Le droit des personnes physiques*, *supra* note 15, n^o 24.

102. François Héline, *Le dogme de l'intangibilité du corps humain et ses atteintes normalisées dans le droit des obligations du Québec contemporain*, Montréal, Université de Montréal, 1975 à la p. 79.

climat d'échange et visant à favoriser le progrès médical, le tout articulé dans l'intérêt de la personne et le respect des valeurs propres à la société.

Entre ces deux extrêmes biologiquement imposés de l'existence juridique, le droit québécois protège la dimension concrète, biologique, de la personne. Est ainsi consacrée la protection de l'intégrité physique¹⁰³ autour de laquelle gravite l'intégrité morale du sujet, qui relève de son intimité et de sa façon de se présenter à autrui quant au nom, à l'image, à la voix, à la réputation.

SECTION II LES POURTOURS DE L'INTÉGRITÉ DU CORPS HUMAIN

L'examen de l'intégrité du corps humain nécessite un positionnement spécifique sur la considération du droit envers la personne en son être physique, que ce soit dans son entité unique ou dans le statut des éléments et des produits du corps humain. Plus particulièrement, une scission est opérée entre l'intégrité du corps humain vivant, durant l'existence humaine (Sous-section A), et le respect du cadavre, au moment de la mort (Sous-section B), fondé sur la tradition du respect dû à la dépouille mortelle.

Le postulat de l'intangibilité de la personne humaine se révèle ainsi dans la protection de l'intégrité de la personne vivante

103. L'intégrité *physique* doit être distinguée de l'intégrité *psychologique, morale et sociale*. Sur une reconnaissance de ces diverses facettes de l'intégrité, édictée à l'article 1 de la Charte québécoise, voir *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211 aux par. 95 et ss. (j. L'Heureux-Dubé) [*Hôpital St-Ferdinand*]. Sur la notion de préjudice corporel eu égard à une atteinte à l'intégrité, voir *Montréal (Ville de) c. Tarquini*, [2001] R.J.Q. 1405 (C.A.) (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée; demande de réexamen de la requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée). Voir également, dans *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, où la Cour suprême distingue entre l'intégrité et la sécurité de la personne, la première comportant une portée plus large.

et se poursuit par le respect du cadavre et du prolongement de ses volontés par les vivants dont les intérêts moraux sont habités par les ombres défuntés. Du « sujet à l'intégrité », mutation vers un « objet de respect »¹⁰⁴? Une réalité concrète, le corps, et une idée abstraite, la personnalité, se fusionnent en effet suivant le discours de la consubstantialité. L'« homme biotech »¹⁰⁵ n'est-il pas révélateur de cette réalité? Ou encore l'apparition du néologisme référant aux « bio-droits »¹⁰⁶? Personnification du corps-objet? Objectivation de la personne-sujet?

A. L'inviolabilité d'une personne humaine sujet de droit

Devant le triomphe de l'individualisme, le droit civil québécois établit dans des textes organiques le principe de l'intangibilité du corps humain. Suivant la création de brèches dans ce « mur de l'inviolabilité de la personne humaine »¹⁰⁷, l'évolution de la société, la laïcisation des mœurs et le développement technique et médical, le législateur québécois¹⁰⁸, en 1971, consacre expressément la règle de l'inviolabilité de la personne humaine à l'article 19 du *Code civil du Bas-Canada*¹⁰⁹. Pour l'époque, cette disposition est, selon Albert Mayrand : « [...]

104. Édith Deleury, « Une perspective nouvelle : le sujet reconnu comme objet de droit » (1972) 13 C. de D. 529 [*Perspective nouvelle*]; Édith Deleury, « La personne en son corps : l'éclatement du sujet » (1991) 70 R. du B. can. 448 [*La personne en son corps*].

105. L'expression est empruntée à Jean-Pierre Béland, dir., *L'homme biotech : humain ou posthumain?*, Sainte-Foy, PUL, 2006.

106. Jean-Louis Baudouin, « Introduction », dans *Droits de la personne : « Les bio-droits ». Aspects nord-américains et européens*, Cowansville, Yvon Blais, 1996 à la p. 1.

107. *Supra* note 39, n° 8.

108. *Loi modifiant de nouveau le Code civil et modifiant la Loi abolissant la mort civile*, L.Q. 1971, c. 84, art. 2 (sanctionnée le 1er décembre 1971).

109. Art. 19 C.c.B.-C. À titre indicatif, voir Marcel Guy, « Le Code civil du Québec : un peu d'histoire, beaucoup d'espoir » (1993) 23 R.D.U.S. 453 aux pp. 470 et 471. Sur une description de l'histoire législative des modifications menant à l'article 19 C.c.B.-C., voir W.F. Bowker, « Experimentation on Humans and Gifts of Tissue : Articles 20-23 of the Civil Code » (1973) 19 R.D. McGill 161; Monique Ouellette, *Droit des personnes et de la famille*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1980 aux pp. 35-37.

d'autant plus heureuse qu'on reproche souvent au Code de s'intéresser beaucoup aux biens et très peu à la personne »¹¹⁰. Le droit à l'inviolabilité est par ailleurs érigé au rang de droit fondamental à la Charte québécoise¹¹¹ et réaffirmé à l'article 10 du Code civil¹¹². Son principe s'inscrit dans la reconnaissance de la nature *extracommercium* du corps humain¹¹³ et résout en apparence le problème de patrimonialisation et de disposition de la personne sur son propre corps.

Le « dogme de l'intangibilité »¹¹⁴ est ainsi posé comme principe général fondamental en droit québécois. La portée civile de l'inviolabilité de la personne humaine est néanmoins atténuée par la loi et la nécessité d'obtenir un consentement libre et éclairé, avant qu'un acte quelconque de nature médicale ou autre ne soit accompli, sous réserve de donner lieu à un droit de réparation¹¹⁵. Des conventions concernant l'expérimentation, le don de tissus et d'organes peuvent dès lors être licites suivant certaines conditions¹¹⁶. Il s'agit là d'un principe relatif, à l'instar des autres droits de la personnalité. Qu'il soit donc permis de se questionner sur un possible passage du dogme de l'intangibilité du corps humain à un mythe par l'établissement d'actes juridiques portant sur celui-ci.

110. Albert Mayrand, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1975, n° 1.

111. Charte québécoise, *supra* note 6, art. 1. Voir également Charte canadienne, *supra* note 7, art. 7 et 12; C.Cr., *supra* note 48, art. 244 et ss.

112. Art. 10 C.c.Q. Voir Lucie Laflamme, « Le Livre des personnes : dix ans après » (2003) 105 R. du N. 155.

113. Jacques Fierens, « Critique de l'idée de propriété du corps humain ou le miroir de l'infâme belle-mère de Blanche-Neige » (2000) 41 C. de D. 383, repris dans (2001) 42 C. de D. 647.

114. L'expression est empruntée à Louis Baudouin, « La personne humaine au centre du droit québécois » (1966) 26 R. du B. 66; Louis Baudouin, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, Paris, Dalloz, 1967.

115. Confluent en cette matière des principes du droit des personnes, des biens et des obligations. Voir *supra* note 102 à la p. 5.

116. Voir la Section II, Sous-section B.

Le droit à l'intégrité illustre la valeur tantôt *abstraite*, tantôt *subjective* de la personne humaine. La protection de l'intégrité de la personne oscille, par conséquent, entre son inviolabilité et l'indisponibilité de son corps, d'une part, et l'autonomie de sa volonté ou le contrôle qu'elle exerce sur son corps, d'autre part. Droit à l'intégrité physique et droit à l'autodétermination¹¹⁷, succédant à un paternalisme médical suranné, s'entrechoquent en cette matière.

Au regard de la volonté dans le régime de protection de la personne et de son corps, d'un rôle silencieux, elle devient maîtresse¹¹⁸. Certes essentielle, l'emprise de la volonté privée ne doit pas être absolue. Le droit ne peut pas jouer les « Ponce Pilate »¹¹⁹; il doit préciser les balises qui encadrent cette volonté afin d'éviter que, sous un prétexte d'autonomie et de libre arbitre, la personne ne s'aliène elle-même. En particulier, la délicate question du respect des volontés de fin de vie, qui se traduit par la volonté de la personne de s'opposer à la poursuite d'un traitement médical de soutien nécessaire à son maintien en vie, ou encore par celle autorisant l'acte interruptif de cette assistance médicale vitale, est approuvée par la jurisprudence¹²⁰. Dans le contexte des règles actuelles de droit positif : « toute personne adulte, capable et consciente a un droit fondamental de refuser tout traitement quel qu'il soit, même si ce refus doit l'amener à la mort »¹²¹, sans

117. Jean-Louis Baudouin, « La liberté du patient devant le traitement et la mort », dans Daniel Turp et Gérard-Armand Beaudoin, dir., *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne. Actes des Journées Strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 1984*, Cowansville, Yvon Blais, 1986 à la p. 508 [*Liberté du patient et la mort*]; *Utilisation médicale et commercialisation du corps humain*, *supra* note 23 à la p. 14.

118. Grégoire Loiseau, « Le rôle de la volonté dans le régime de protection de la personne et de son corps » (1992) 37 R.D. McGill 965 à la p. 968.

119. *Ibid.* à la p. 988.

120. *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361 (C.S.). Voir également *Manoir de la Pointe bleue (1978) inc. c. Corbeil*, [1992] R.J.Q. 712 (C.S.).

121. Jean-Louis Baudouin, « Situation légale et jurisprudentielle entourant les volontés de fin de vie » (1995) 3 Repères 70 aux pp. 70 et 71; *Liberté du patient et la mort*, *supra* note 117 à la p. 514. Voir *ex plurimis* Paul-André

que cette volonté soit soumise à des impératifs de forme. En revanche, avec le tempérament apporté par l'ordre public au regard de l'absolutisme du pouvoir décisionnel¹²², l'euthanasie et l'aide au suicide, comme gestes actifs et non passifs de fin de vie – la distinction est parfois artificielle –, sont prohibées¹²³. Dès lors, seule une *liberté* devant la mort prévaut, soit celle de ne pas être empêché de mourir ou contraint de vivre contre sa volonté, mais non un véritable *droit* à la mort¹²⁴.

Le Code civil réglemente tout particulièrement le régime des atteintes à l'intégrité dans le cadre des soins¹²⁵. Ceux-ci

Crépeau, « Prolonger le mourir – qui décide? » (1979) 46 Assurances 281; Suzanne Philips-Nootens, « Face à la maladie mortelle, deux décisions possibles et leurs implications juridiques » (1982) 12 R.D.U.S. 432; Jean-Louis Baudouin, « Le droit de refuser d'être traité », dans Rosalie Silberman Abella et Melvin L. Rothman, dir., *Justice beyond Orwell*, Cowansville, Yvon Blais, 1985 à la p. 207; Pauline Lesage-Jarjoura, *La cessation de traitement. Au carrefour du droit et de la médecine*, collection Minerve, Cowansville, Yvon Blais, 1990. Sur le cas particulier du refus des témoins de Jéhovah d'accepter des transfusions sanguines, voir Robert P. Kouri, « Blood Transfusions, Jehovah's Witnesses and the Rule of Inviolability of the Human Body » (1974) 5 R.D.U.S. 156; Robert P. Kouri et Charlotte Lemieux, « Les Témoins de Jéhovah et le refus de certains traitements : problèmes de forme, de capacité et de constitutionnalité découlant du *Code civil du Québec* » (1995-96) 26 R.D.U.S. 77, de même que Marie-Ève Arbour, « L'incidence des refus de traitement sur le droit à la réparation du préjudice corporel : pour une interprétation conforme au respect des libertés de conscience et de religion » (2000) 41 C. de D. 627.

122. Cela peut notamment heurter la finalité poursuivie par la profession médicale, voir Louise Bélanger-Hardy, « Le consentement aux actes médicaux et le droit à l'autodétermination : développements récents » (1993) 25 R.D.Ott. 485 [*Consentement aux actes médicaux*]; Christian Byk, « Médecine et droit : le devoir de conscience » (1996) 27 R.G.D. 323.

123. C.Cr., *supra* note 48, art. 14 et 224; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.

124. *Liberté du patient et la mort*, *supra* note 117 à la p. 520.

125. Art. 11 C.c.Q. Voir la division opérée au sein du C.c.Q. : art. 11 C.c.Q. (majeur apte); art. 15, 16 et 18 C.c.Q. (majeur inapte); art. 14, al. 2, 16, al. 2 et 17 C.c.Q. (mineur de 14 ans et plus); art. 14, al. 1, 16, al. 1 et 18 C.c.Q. (mineur de moins de 14 ans); Monique Ouellette, « De la jouissance et de l'exercice des droits civils et de certains droits de la personnalité » (1988) 1 C.P. du N. 11 aux pp. 21 et ss. [*Jouissance et*

consistent, dans un sens générique, en « toutes espèces d'examens, de prélèvements, de traitements ou d'interventions, de nature médicale, psychologique ou sociale, requis ou non par l'état de santé, physique ou mental. Il[s] couvre[nt] également, comme acte[s] préalable[s], l'hébergement en établissement de santé lorsque la situation l'exige »¹²⁶. En outre, l'aliénation d'une partie du corps du vivant de la personne et l'expérimentation sont considérées comme des soins¹²⁷, suivant une interprétation téléologique du terme « soins » au Code civil.

Le rôle du consentement apparaît primordial, car il rend légitime l'atteinte à l'intégrité de la personne¹²⁸. Il requiert deux caractères : il doit être libre et éclairé¹²⁹. Cela signifie que la personne doit préalablement obtenir l'information nécessaire quant aux soins qui lui seront fournis afin de pouvoir former un consentement valable. Ces critères et le devoir corrélatif d'information qui les sous-tend ont été discutés dans deux arrêts de la Cour suprême du Canada, soit *Hopp c. Lepp*¹³⁰ et *Reibl c. Hugues*¹³¹. Bien qu'issus de la tradition juridique de *common law*¹³², leur *ratio decidendi* s'applique *mutatis mutandis* à la

exercice des droits civils]; Monique Ouellette, « Livre premier : Des personnes », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil : personnes, successions, biens*, t. 1, Sainte-Foy, PUL, 1993 aux pp. 20 et ss. [*Livre premier : des personnes*].

126. *Supra* note 16 à la p. 12.

127. Ils obéissent à un régime particulier, voir art. 19-25 C.c.Q. Sur des applications particulières du régime de l'expérimentation, voir notamment Jean-Louis Baudouin, « L'expérimentation sur l'embryon et le fœtus : quelques aspects du droit positif », dans Gérald-Armand Beaudouin, dir., *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés. Actes des Journées Strasbourgeoises 1988*, Cowansville, Yvon Blais, 1989 à la p. 469; Isabelle Bastien, *L'expérimentation chez les malades mentaux : l'adéquation du Code civil*, Montréal, Thémis, 1996.

128. Robert P. Kouri, « Le consentement aux soins médicaux à la lumière du Projet de loi 20 » (1987) 18 R.D.U.S. 27; *Consentement aux actes médicaux*, *supra* note 122; *supra* note 15, nos 105 et ss.

129. Art. 10, al. 2 et 1399, al. 1 C.c.Q. Voir également *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2, art. 8, al. 1 et 9, al. 1.

130. [1980] 2 R.C.S. 192.

131. [1980] 2 R.C.S. 880.

132. *Cour suprême face à la vie, la mort*, *supra* note 46.

situation québécoise en raison de la centralité du paradigme de la rationalité des personnes. Le test doit néanmoins être appliqué avec circonspection au Québec où prédomine une volonté réelle et non abstraite dont est tributaire la validité du consentement¹³³. Le Code civil ne prévoit qu'une seule exception à l'exigence du consentement, soit lorsque l'urgence de la situation le justifie¹³⁴.

La coexistence des droits à l'inviolabilité et à l'autodétermination de la personne et leur traitement juridique par le Code civil révèlent que le corps humain pénètre dans le droit des obligations et témoigne désormais d'un phénomène de croissante contractualisation¹³⁵. À cet égard, il est possible de s'interroger sur la qualification juridique du corps humain : sujet ou objet de droit¹³⁶? En droit civil classique, l'inviolabilité de la personne sous-tend que le corps humain, qui se confond avec la personne, bénéficie de la protection accordée à celle-ci, bien qu'il ne soit que le support de l'homme, son signalisateur¹³⁷. Par essence, le corps est distinct de la chose. Étant indisponible et

133. Voir notamment *Chouinard c. Landry*, [1987] R.J.Q. 1954 (C.A.); *Pelletier c. Roberge*, [1991] R.R.A. 726 (C.A.); *Parenteau c. Drolet*, [1994] R.J.Q. 689 (C.A.).

134. Art. 13 C.c.Q.

135. À titre général, voir Pierre-Gabriel Jobin, « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans Benoît Moore, dir., *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003 à la p. 357; Pierre-Olivier Laporte, « La Charte des droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle » (2006) 40 R.J.T. 287; Pierre-Gabriel Jobin, « L'application de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne aux contrats : toute une aventure » (2007) RTD civ. 33.

136. Jean-Christophe Galloux, « La distinction entre la personne et la chose », dans Ejan Mackaay, dir., *Nouvelles technologies et propriétés. Actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, les 9 et 10 novembre 1989*, Montréal, Thémis, 1989 à la p. 213; Jean-Pierre Baud, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, Seuil, 1993.

137. *Supra* note 39, n° 10; *supra* note 15, n° 100. Voir également Jean-Louis Baudouin et Catherine Labrusse-Riou, *Produire l'homme : de quel droit? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, PUF, 1987.

hors commerce, il ne peut, en principe, faire l'objet de conventions ni être susceptible d'appropriation¹³⁸.

Or, cette vision de la corporalité humaine ne reflète plus la réalité quotidienne où le corps humain se meut en un objet scientifique ou même un produit du marché. La « serviabilité du corps humain »¹³⁹, juxtaposée à l'intérêt social, humanitaire et pécuniaire qu'il représente, notamment par la transformation et l'utilisation de ses composantes, suscite une réflexion au plan de son objectivation d'ailleurs exploitée sur la scène artistique¹⁴⁰. Dans un schème qui scinde la réalité corps-sujet, la réification du corps humain peut-elle être constatée? Le corps humain peut-il ainsi, comme l'enfant conçu, transgresser les frontières entre les personnes et les choses, osciller entre le sujet et l'objet? Comment donc concilier l'être – corps que l'on est – et l'avoir – corps que l'on a –? Cela soulève une interrogation sur le statut propre du corps humain en tant que « patrimoine biologique »¹⁴¹, qu'ignore à ce jour le droit positif¹⁴². Au surplus, à cette qualification (déficiente) du corps humain, le questionnement se complexifie lorsque l'on considère les multiples et diverses utilisations du corps humain, non seulement dans sa globalité, mais également dans ses composantes. Doit-on, dès lors, emprunter une logique binaire entre le corps humain envisagé dans sa globalité (identifié au *sujet*) et le corps humain observé dans ses composantes (accolé à un *objet*)?

138. Voir *supra* note 28, art. 7, qui interdit l'achat et la vente de gamète. Voir également *ibid*, art. 6; art. 541 C.c.Q. (qui prohibent les contrats de mère porteuse).

139. *Utilisation médicale et commercialisation du corps humain*, *supra* note 23 à la p. 1.

140. Ce phénomène est d'ailleurs présent sur la scène littéraire contemporaine, voir Éric-Emmanuel Schmitt, *Lorsque j'étais une œuvre d'art*, Paris, Albin Michel, 2002.

141. Sur le statut de certains éléments et produits du corps humain, voir *supra* note 39 aux n^{os} 14 et ss. Sur les parties artificielles du corps humain, voir notamment *supra* note 110, n^o 4.

142. Voir toutefois le *Règlement sur les déchets biomédicaux*, R.R.Q., c. Q-2, r. 3.001.

Cette vision manichéenne est réductrice et pêche par excès d'incohérence. En revanche, n'est-il pas préférable de créer une catégorie intermédiaire (conciliatrice) entre les choses et les personnes propre à désigner les « produits du corps humain », les « choses d'origine humaine », le « matériel humain » ou « génétique », les « éléments humains », les « produits d'origine humaine », les « biens de nature humaine » ou encore les « composantes du corps humain »? Cette solution apparaît souhaitable. Qu'il soit permis de proposer, à l'instar d'Édith Deleury, ce qui suit : « le corps humain est bien tout à la fois sujet et objet, sujet dans l'expression de sa liberté, mais objet aussi quand des impératifs de santé publique sont en cause et qu'il s'infiltré dans les mécanismes du marché sous la forme de choses »¹⁴³.

Le droit à l'inviolabilité de la personne humaine ne vise peut-être que la personne vivante, puisque la personnalité juridique s'éteint au moment du décès. Or, si la personnalité juridique disparaît à la mort, le souvenir de la personne décédée persiste dans les mémoires. La mort représente alors ce passage de « *l'être au ne plus être*, ce qui implique que l'on *ait été* »¹⁴⁴. Reconnaissance du culte des morts dans le champ des croyances et de la tradition religieuse qui se projette dans le système juridique?

B. Le respect d'un cadavre objet de droit

Le législateur québécois, qui protège l'homme depuis sa naissance et jusqu'à sa mort, ne l'abandonne pas pour autant au moment où il cesse de vivre. L'empreinte juridique du défunt prévaut : « Le principe de l'inviolabilité du corps humain subsiste

143. *La personne en son corps*, supra note 104 à la p. 472.

144. Générosa Bras Miranda, « La protection posthume des droits de la personnalité » (2007) 19 C.P.I. 795 à la p. 819 [*Protection posthume*]; Générosa Bras Miranda, « Les fantômes ont-ils des droits? », dans *Regards croisés sur le droit privé – Cross-Examining Private Law*, Cowansville, Yvon Blais, 2008, 83 à la p. 98 [*Les fantômes ont-ils des droits?*].

même au-delà de la mort »¹⁴⁵. D'ailleurs, le *Code criminel* sanctionne rigoureusement toute indignité commise envers le cadavre et érige le défaut de sépulture en un délit. Le droit privé, quant à lui, consacre le principe de l'inviolabilité du corps humain au-delà de la mort et réprime les atteintes au cadavre¹⁴⁶. L'intangibilité de la dépouille mortelle, fondée sur la sacralité du cadavre, est néanmoins relativisée.

Le Code civil affirme, d'une part, le respect des volontés du défunt quant à la disposition de son corps¹⁴⁷. Souveraine au regard de la disposition de ses biens par testament, la volonté du défunt l'est également pour la disposition de son cadavre. Ainsi, le majeur peut déterminer ses funérailles¹⁴⁸ et le mode de disposition de son corps¹⁴⁹. Quant au mineur, il le peut également avec le consentement écrit du titulaire de l'autorité parentale ou de son tuteur. À défaut de volontés exprimées par le défunt, on s'en remet à la volonté des héritiers ou des successibles¹⁵⁰. Ce n'est qu'en vertu d'un intérêt supérieur ou pour des raisons de santé publique que les volontés du défunt ou de ses proches ne sont pas respectées¹⁵¹.

Le même Code renvoie, d'autre part, au respect des volontés du défunt quant à l'utilisation de son corps¹⁵² et réglemente le don

145. *Perspective nouvelle*, supra note 104 à la p. 541.

146. *Supra* note 16 à la p. 37.

147. *Jouissance et exercice des droits civils*, supra note 125 aux pp. 39 et 40; *Livre premier : des personnes*, supra note 125 aux pp. 51 et 52.

148. Albert Mayrand, « Problèmes de droit relatifs aux funérailles », dans Adrian Popovici, dir., *Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, PUM, 1974 à la p. 119.

149. Art. 42, 48 et 49 C.c.Q.; *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, L.R.Q. c. A-23.001; *Loi sur les inhumations et les exhumations*, L.R.Q. c. I-11.

150. Art. 42 C.c.Q.

151. *Loi sur les laboratoires médicaux, la conservation des organes, des tissus, des gamètes et des embryons et la disposition des cadavres*, L.R.Q. c. L-0.2; *Loi sur la recherche des causes et des circonstances des décès*, L.R.Q. c. R-0.2.

152. *Jouissance et exercice des droits civils*, supra note 125 aux pp. 40-42; *Livre premier : des personnes*, supra note 125 aux pp. 52-55.

et le prélèvement d'organes ou de tissus¹⁵³. Le cadavre peut ici être perçu comme une « mine de pièces de rechange anatomiques pour les vivants »¹⁵⁴. Avant que le prélèvement ne puisse être effectué, il convient de signaler que le décès du donneur doit être constaté par deux médecins qui ne participent ni au prélèvement ni à la transplantation¹⁵⁵. Le majeur ou le mineur âgé de 14 ans et plus peut, dans un but strictement médical ou scientifique, donner son corps ou autoriser sur celui-ci le prélèvement d'organes ou de tissus; le mineur de moins de 14 ans le peut également, avec le consentement du titulaire de l'autorité parentale ou de son tuteur¹⁵⁶. Cette volonté est exprimée soit verbalement devant deux témoins, soit par écrit, et elle peut être révoquée de la même manière¹⁵⁷. En l'absence de volontés exprimées ou connues, le prélèvement d'organes peut être effectué avec le consentement de la personne qui pouvait ou aurait pu consentir aux soins. L'urgence de l'intervention et l'espoir sérieux de sauver une vie humaine ou d'en améliorer sensiblement la qualité justifient néanmoins une dérogation à la nécessité du consentement lorsque deux médecins attestent par écrit l'impossibilité de l'obtenir en temps utile¹⁵⁸.

Par ailleurs, la jurisprudence québécoise sanctionne des cas de responsabilité civile pour outrage au cadavre. Les héritiers peuvent, à titre personnel, agir en justice pour une atteinte portée au respect de leur vie privée ou de leur honneur en raison de la violation à l'image, à la mémoire ou encore à la dignité du cadavre.

153. Art. 43-45 C.c.Q.; *Loi facilitant les dons d'organes*, L.Q. 2006, c. 11. Sur l'autopsie, voir art. 46 et 47 C.c.Q.

154. *Supra* note 35 à la p. 188. Voir également Jean-Marie Mantz, « Transplantations et greffes d'organes et de tissus : le point de la question », dans *Droits de la personne : « Les bio-droits », Aspects nord-américains et européens*, Cowansville, Yvon Blais, 1996 à la p. 91.

155. Art 45 C.c.Q. Voir également *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q. c. M-9, r. 4, art. 82 : « Le médecin qui doit procéder à une greffe ou à une transplantation d'organe ne doit pas participer à la constatation ni à la confirmation du décès de la personne chez laquelle l'organe doit être prélevé. »

156. Art. 43, al. 1 C.c.Q.

157. Art. 43, al. 2. C.c.Q.

158. Art. 44 C.c.Q. Voir également art. 15 C.c.Q.

À titre indicatif, dans l'affaire *Robert c. Cimetière de l'Est de Montréal Inc.*¹⁵⁹, les demandeurs reprochent au cimetière défendeur d'avoir égaré l'urne qui contenait les cendres de leur père. Sur cette réclamation, visant l'obtention de dommages moraux pour atteinte à la sépulture du père, la Cour supérieure a conclu que le respect dû aux morts requiert une attention particulière et que ce manquement constitue une faute susceptible d'engager la responsabilité du cimetière.

Une autre voie de recours est également permise aux héritiers pour redresser des situations où il y a violation d'un droit de la personnalité avant le décès de la personne. En principe intransmissible, les héritiers ne peuvent invoquer de leur propre chef une atteinte à un droit de la personnalité du défunt. Le Code civil permet cependant la transmissibilité des droits d'action du défunt contre l'auteur d'une violation à l'un de ses droits de la personnalité, que ce droit ait été ou non exercé par le défunt avant son décès¹⁶⁰. Deux précisions s'imposent à cet égard. Premièrement, l'atteinte au droit de la personnalité doit être portée *avant* le décès et non après. Dans ce dernier cas, on ne saurait

159. [1989] R.R.A. 124 (C.S.). Dans cette affaire, un montant forfaitaire de 1000 \$ a été accordé à chacun des demandeurs. Une telle décision a été mentionnée dans *Raïcu-Moroca c. Complexe funéraire Fortin* (12 mai 2005), Joliette 705-17000667-038, J.E. 2005-1156 (C.S.). Sur une autopsie non autorisée, voir *Philipps c. The Montreal General Hospital*, (1908) 33 C.S. 483; *Ducharme c. Hôpital Notre-Dame*, (1933) 71 C.S. 377. Sur une diffamation de la mémoire du défunt, voir *Decelles c. International Shows, Limited*, (1921) 59 C.S. 374. Sur une atteinte à la mémoire du défunt, voir *Bernier c. Yager*, [1946] C.S. 360. De façon générale, sur une transmission des droits extrapatrimoniaux aux héritiers, voir *Torrito c. Fondation Lise T. pour le respect du droit à la vie et à la dignité des personnes lourdement handicapées*, [1995] R.D.F. 429 (C.S.). (règlement hors cour). En l'espèce, la Cour supérieure décide que les héritiers d'une enfant décédée jouissent des droits que l'enfant possédait à l'égard de sa vie privée, de l'usage de son nom, de son image et le reste; *contra* sur ce point : *Coulombe c. Montréal (Ville de)*, [1996] R.R.A. 1224 (C.S.) (requête pour exécution de jugement accueillie; désistement d'appel).

160. Art. 625, al. 3 et 1610, al. 2 C.c.Q.

invoquer ni la transmission du droit, ni celle du droit d'action¹⁶¹. Deuxièmement, c'est la *protection* de certains droits de la personnalité qui subsiste après la mort et non les *droits* qui persistent au-delà de la mort. En ce sens, Pierre Blondel affirme ce qui suit : « la protection des intérêts moraux de l'individu doit être assurée même après le décès de celui-ci : il ne doit pas être calomnié impunément sous prétexte qu'il n'est plus là pour rétablir la vérité. Sa vie intime ou ses secrets doivent être respectés, assurément d'une façon moins rigide que de son vivant, mais la protection doit demeurer efficace. Enfin, les vestiges qu'il a laissé [sic] de sa personnalité doivent être conservés intacts, à l'abri des déformations ou des usurpations »¹⁶².

En somme, c'est l'empreinte laissée par la personne, soit la représentation sociale qui perdure et appelle une protection qu'il importe de sauvegarder, et, à travers elle, une composante individuelle et posthume de la dignité humaine¹⁶³.

161. Sous réserve d'une action en rétablissement de la légalité exercée par autrui. Voir *Protection posthume*, *supra* note 144 à la p. 808.

162. Pierre Blondel, *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*, collection Bibliothèque de droit privé, t. 95, Paris, LGDJ, 1969, n° 64. Voir également François Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 1990, nos 178-9 et 262-3. Sur la notion de droits de la personnalité et de leur protection générale, voir notamment Raymond Lindon, *La création prétorienne en matière de droits de la personnalité et son incidence sur la notion de famille. La vie privée et l'image, le nom, la sépulture, les souvenirs de famille, les lettres missives, la défense de la considération, le droit moral de l'auteur*, Paris, Dalloz, 1974; Raymond Lindon, *Les droits de la personnalité*, collection Dictionnaire juridique, Paris, Dalloz, 1983; François Rigaux, *La vie privée : une liberté parmi les autres?*, collection Travaux de la Faculté de droit de Namur, Bruxelles, Maison F. Larcier, 1992; Peter Gauch, Franz Werro et Jean-Baptiste Zufferey, dir., *La protection de la personnalité : bilan et perspectives d'un nouveau droit. Contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans*, Fribourg, Éditions universitaires, 1993; Pierre Kayser, *La protection de la vie privée par le droit : protection du secret de la vie privée*, 3^e éd., Aix-en-Provence, Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 1995.

163. *Protection posthume*, *supra* note 144 à la p. 819. Voir également *Les fantômes ont-ils des droits?*, *supra* note 144 à la p. 98.

CONCLUSION

Malgré l'absence d'un consensus clairement défini autour du statut juridique du corps humain, l'analyse de la doctrine et de la jurisprudence québécoises dans certains domaines démontre une approche normative hybride et *sui generis* à la détermination du statut juridique du corps humain. Celle-ci repose sur les caractères laïque, pragmatique et individualiste d'une société perméable aux quatre principes matriciels de bioéthique à l'américaine mis en relief en 1979 par Beauchamp et Childress (autonomie, bienfaisance, non-malfaisance et « justice »¹⁶⁴), appréhendés à l'aide d'une dialectique de l'objet et du sujet de droit que l'on recentre autour de la notion de dignité. Le résultat est insolite : le statut juridique du corps humain procède à la fois d'une tradition civiliste personnifiée par Portalis, de l'esprit d'un libéralisme qu'Henry S. Maine a capturé en une phrase « a movement from *Status to Contract* »¹⁶⁵, de traces d'utilitarisme (les xénogreffes, par exemple), d'une forme d'humanisme néokantien (la pénétration de la dignité dans l'ordre normatif¹⁶⁶) et d'un constitutionnalisme anglo-américain dworkinien, le tout revisité toutefois à la lumière des droits de la personnalité.

Or, dans une perspective qui se voudrait unificatrice de la protection du corps humain (vivant et de la dépouille mortelle), il est possible d'affirmer que le corps est d'abord relation à autrui, ce

164. Dont l'édition la plus récente est la suivante : Tom L. Beauchamp et James F. Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, 6^e éd., New York, Oxford University Press, 2009. Pour une critique de ces principes, voir notamment *Bioéthique et la culture démocratique*, *supra* note 3 aux pp. 107 et ss.

165. La célèbre formule est d'Henry Sumner Maine, *Ancient Law : Its Connection with the Early History of Society, and its Relation to Modern Ideas*, New Brunswick, Transaction Publisher, 2002 à la p. 170 [édition originale de 1866, italiques du texte original]. Un auteur évoque les vicissitudes du libéralisme dans le contexte d'une étude de la notion de personne, voir Louis Lachance, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1959 à la p. 161.

166. Charte québécoise, *supra* note 6, art. 4. Par exemple, voir *Hôpital St-Ferdinand*, *supra* note 103.

qui justifie la protection contre des relations réifiantes¹⁶⁷. C'est dans cette relation même, et non dans un impossible lien de soi à soi, que doit être cherché le fondement ultime de la protection du corps. Celui-ci tend à prendre la forme, dans la sphère juridique québécoise et sa doctrine contemporaine, du paradigme de la dignité humaine, entendue dans ses deux acceptions de principe fondateur et de droit fondamental¹⁶⁸. Convenons toutefois que la situation est bien plus floue lorsqu'il s'agit de déterminer le statut juridique des parties détachées du corps humain et celui de l'*infans conceptus*, lesquels, n'étant ni choses ni personnes, font éclater les catégories juridiques qui ont longtemps structuré la pensée civiliste. Il faudra bien convenir, avec certains auteurs, que : « [l']impression générale qui se dégage d'une connaissance globale de la littérature bioéthique [...] est son incapacité d'élaborer des théories capables de produire une entente rationnellement motivée autour des normes à imposer »¹⁶⁹. Si la LPA offre une solution partielle à ce problème, elle exacerbe toutefois un clivage suranné entre les sphères privée et publique, entre le droit « de la famille » et une forme de moralisme scientifique incapable de nourrir le débat contemporain, transportée par des « sous-marins éthiques »¹⁷⁰ qui ébranlent sérieusement l'unicité théorique à laquelle aspire l'objet de cette contribution.

167. François Terré exprime une idée similaire dans François Terré, « Génétique et sujet de droit » (1989) 34 Arch. phil. dr. 161 (La personne humaine doit être traitée comme une fin et non comme un moyen).

168. Christian Brunelle, « La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne* : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale » (2006) R. du B. numéro thématique hors série 143.

169. *Bioéthique et la culture démocratique*, supra note 3 à la p. 14 [italiques du texte original].

170. L'expression est empruntée à Bjarne Melkevik, « Les concepts de personne et de dignité : la question de droit », dans Jacques-Henri Robert et Stamatios Tzitzis, dir., *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, Paris, LGDJ, 2003 aux pp. 78 et ss.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'ACCÈS AUX SOINS ET AUX MÉDICAMENTS AU QUÉBEC;
ENTRE L'IDÉAL ET LA RÉALITÉ

Auteur(s) : Catherine RÉGIS
Anne-Marie SAVARD

Revue : *RDUS*, 2009-2010, volume 40, numéro 1-2

Pages : 269-303

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10452>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10452>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

L'ACCÈS AUX SOINS ET AUX MÉDICAMENTS AU QUÉBEC; ENTRE L'IDÉAL ET LA RÉALITÉ

par Catherine RÉGIS*
Anne-Marie SAVARD**

Dans cet article, les auteurs dressent un bref portrait de l'organisation des soins de santé au Québec (et dans une moindre mesure au Canada) et discutent de certains enjeux liés à l'accès aux soins et aux médicaments dans le système de santé. D'une part, la question de l'existence d'un droit à la santé est abordée et, d'autre part, les auteurs passent en revue les mesures particulières adoptées récemment par le législateur québécois et ayant pour objectif d'améliorer l'accès aux soins et services de santé. Ces mesures touchent tant la structure organisationnelle du système de santé que la qualité et la sécurité des soins et les délais d'attente. Enfin, les auteurs explorent certaines mesures de contrôle disponibles dans le système de santé au Québec pour faciliter le respect des droits des usagers et assurer, du moins en partie, une réduction de l'écart existant entre l'idéal de l'accès aux soins et la réalité.

In this article, the writers briefly outline the organization of health care in Quebec (and to a certain extent in Canada), and discuss some issues relating to access to care and to medication in the health care system. To begin with, the question of the existence of a right to health is addressed. Then the writers review various specific measures recently adopted by the Quebec legislature, intended to improve access to health care and services. These measures relate not only to the organizational structure of the health care system, but also to the quality and safety of care as well as wait times. Finally, the writers explore certain control measures available within the Quebec health care system which facilitate the respect of users' rights and which ensure, at least to some extent, a reduction in the disparity which exists between the ideal of timely access to care and the current reality.

* . Professeure et Directrice des programmes d'études supérieures en droit et politiques de la santé, Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

** . Professeure, Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

Introduction	271
1. L'organisation des soins de santé au Canada et au Québec : portrait et enjeux.....	272
2. L'accès aux services de santé et aux médicaments ...	280
2.1 Existe-t-il un droit à la santé au Canada et au Québec?	280
2.2 Mesures particulières prises par le Québec pour favoriser l'accès	283
2.2.1 Sur le plan organisationnel	283
A) Le droit d'accès aux services de santé en fonction du mode d'organisation des services.....	283
B) Le droit d'accès aux services de santé en fonction de l'encadrement des pratiques professionnelles	285
2.2.2 Sur le plan de la qualité et de la Sécurité.....	288
A) Les établissements.....	288
B) Les professionnels.....	291
2.2.3 Sur le plan des délais d'attente	292
3. Les mécanismes de contrôle	296
3.1 L'exercice des droits au sein des établissements de santé.....	296
3.2 Le régime des plaintes prévu par le <i>Code des professions</i>	299
Conclusion	300

Introduction

Sujet de préoccupation universel, l'accès aux soins et aux médicaments soulève des questions de dignité humaine, d'égalité, même dans sa conception la plus étroite, et de priorisation de valeurs par rapport aux choix sensibles qu'implique la répartition de ressources limitées dans la société. Certes, le sujet affecte les individus à différents degrés à travers le globe et les priorités d'actions varient suivant les pays; certains sont d'abord préoccupés par les coûts d'accès, d'autres le sont par les temps d'attente, la qualité des services offerts ou la possibilité même d'avoir accès à des soins de base.

Alors que le Québec (et plus généralement le Canada) fait habituellement bonne figure sur la scène internationale en ce qui a trait à l'égalité d'accès qu'offre son système de santé publique — amoindrie néanmoins par la mauvaise presse liée aux délais d'attente dans les salles d'urgence —, il demeure que les citoyens sont soucieux de l'obtention de soins et services en temps opportun, sur l'ensemble de leur vaste territoire. La préoccupation des décideurs publics de maintenir un accès sur la base des besoins (par opposition à la capacité de payer des personnes) ainsi que d'améliorer la disponibilité des services a mené à des modifications régulières -- et force nous est d'admettre pas toujours réussies -- de l'organisation administrative, structurelle et professionnelle du système de santé au fil des ans. Parallèlement au secteur de la santé, un acteur externe a suivi avec de plus en plus d'attention cette mouvance : les tribunaux. L'affaire *Chaoulli*¹, rendue en 2005 par le plus haut tribunal du pays, en lien avec les délais d'attente dans le système de santé est une illustration patente du rôle plus interventionniste que s'est donné le juge dans ce domaine.

Le droit et ses acteurs jouent un rôle dans la mise en œuvre du droit à l'accès aux soins et quant au contrôle de la légalité des décisions et comportements des acteurs dans le système de santé.

1. *Chaoulli c. Québec (P.G.)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791 [*Chaoulli*].

Comme nous le constaterons, le droit, plus petit dénominateur commun des intervenants dans le système, demeure toutefois limité dans sa capacité de garantir l'application, dans la vie de tous les jours, des meilleures conditions d'accès possible. Dans une organisation aussi complexe et interdépendante que le système de santé, la collaboration de tous les acteurs et intervenants est essentielle à l'atteinte de l'objectif commun, c'est-à-dire garantir un accès adéquat à tous les citoyens, en favorisant le respect d'un pacte de solidarité envers les plus démunis.

Dans cet article, nous aborderons trois thèmes liés à l'accès aux soins et aux médicaments au Québec, avec une brève incursion dans la situation canadienne. Dans un premier temps, afin de situer le lecteur, nous dresserons un portrait général de l'organisation des soins de santé et des principaux enjeux y afférant. Dans un deuxième temps, nous aborderons le sujet de l'accès aux soins proprement dit, en nous attaquant d'abord à l'épineuse question concernant l'existence ou non d'un droit d'accès aux soins, pour ensuite étudier les mesures particulières prises par le Québec dans le but de favoriser l'accès à la fois sur les plans organisationnels, de la qualité et de la sécurité, ainsi que des délais d'attente. Enfin, nous terminerons avec un regard sur les mécanismes de contrôle mis en place pour assurer la qualité des soins offerts au sein des établissements de santé et par les professionnels de la santé.

1. L'organisation des soins de santé au Canada et au Québec : portrait et principaux enjeux

Le système de santé au Canada², devenu un symbole identitaire reconnu au fil des ans³, a été une source de fierté pour les Canadiens et de curiosité pour la communauté internationale.

2. Nous verrons les limites de l'expression : « système de santé au Canada » dans la discussion sur le *premier mythe* ci-dessous.

3. Voir notamment : Canada, Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, *Guidé par nos valeurs : l'avenir des soins de santé au Canada – Rapport final*, Saskatoon, 2002 (Commissaire : Roy J. Romanow); Chaoulli, *supra* note 1.

Le pacte de justice que ce système incarne, en principe, est un accès universel aux soins de santé basé sur les besoins et non sur la capacité de payer des individus. De façon plus marquée depuis les dernières années, ce système a toutefois fait l'objet de vives critiques de façon régulière en provenance de plusieurs acteurs de la société, qu'il s'agisse des citoyens, des médias, des associations professionnelles, des partis politiques, des tribunaux ou autres. Certes, le système se trouve à une période de redéfinition importante en raison de l'évolution des besoins des patients, du développement de la médecine et de la pharmacologie, de la pression économique exercée sur le système de santé et de la tension existant entre les valeurs de solidarité et de liberté.

De par l'intérêt qu'il suscite, le système de santé est sujet à divers mythes. En voici deux.

*Premier mythe : il existe un système de santé unique à travers le pays*⁴. En réalité, il n'existe pas de système de santé « canadien » comme tel, mais autant de systèmes qu'il y a de provinces et de territoires au pays puisque la santé est principalement un domaine de compétence provinciale (et non fédérale) en vertu de la Constitution canadienne⁵. La fédération canadienne est basée sur un partage de compétences entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux/territoriaux. Ainsi, chaque province ou territoire est libre d'établir les règles de financement, d'allocation et de gestion des soins de santé qui lui semblent appropriées eu égard à sa population et ses besoins. La référence souvent faite à un système canadien vient de l'existence d'une loi fédérale, la *Loi canadienne sur la santé*⁶, qui a jeté les bases et établi les critères généraux et nationaux de l'organisation des soins de santé, lesquels ont, par la suite, été incorporés au sein de la législation provin-

4. Cette section s'inspire de l'article suivant : Catherine Régis, « La valeur de l'imputabilité dans l'allocation des ressources au Canada » (2008) 2 *Revue de droit et santé de McGill* 47.

5. *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c.3, art. 92, al. 7, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, no 5.

6. L.R.C., 1985, c. C-6 [LCS].

ciale/territoriale. Par l'adoption de cette loi, le gouvernement fédéral a utilisé son « pouvoir de dépenser » afin de s'immiscer dans le domaine de la santé, un secteur d'activité provincial. Cette ingérence alimente d'ailleurs des tensions récurrentes entre les deux paliers de gouvernements⁷. Considérant la pression financière que les systèmes de santé exercent sur la trésorerie publique⁸, les provinces et territoires ont généralement choisi de se conformer aux critères fédéraux en vue de recevoir ce financement supplémentaire.

Les cinq critères mentionnés à la LCS sont les suivants : la gestion publique, l'intégralité, l'universalité, la transférabilité, et l'accessibilité⁹. Le critère de l'intégralité (article 9) est particulièrement important dans la détermination du panier de soins publics, soit l'offre de soins disponibles à tous les Canadiens sans égard à leur capacité de payer. Succinctement, ce critère requiert que soient assurés par les provinces et territoires les services de santé « médicalement nécessaires » fournis par les

-
7. Voir la discussion dans Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, *Strengthening the Foundations: Modernizing the Canada Health Act*, Étude no 13 (Document de travail de la Commission) par Colleen M. Flood et Sujit Choudhry, Saskatoon, 2002 aux pp. 18-19. Les auteurs ont recommandé l'implantation d'une procédure de résolution des conflits afin de solutionner de manière efficace et efficiente les conflits entre les deux paliers de gouvernements.
 8. Le secteur de la santé et des services sociaux constitue le plus important poste de dépense du Gouvernement du Québec en occupant 44,8 % du budget. Voir Québec, Secrétariat du conseil du trésor, «Budget de dépenses» (2009), en ligne : <<http://www.tresor.gouv.qc.ca/fr/publications/budget>>.
 9. LCS, *supra* note 5, art. 7. Brièvement (et sans faire état de l'ensemble des précisions utiles), la condition de la gestion publique requiert que le régime provincial d'assurance-santé soit géré sans but lucratif par une autorité publique, la condition d'universalité suppose que 100 % des assurés de la province aient droit aux services assurés, le critère de la transférabilité implique que les services de santé soient fournis aux assurés temporairement absents de la province et que tous aient accès aux services de santé assurés à l'intérieur d'un délai de trois mois de résidence et, enfin, la condition de l'accessibilité demande que l'offre de services assurés soit faite selon des modalités uniformes et un accès raisonnable, sans obstacles financiers pour les assurés.

hôpitaux et les médecins. La LCS ne donne aucune définition du concept de « médicalement nécessaire »; il revient donc à chaque province/territoire de le développer. Ce critère a des répercussions notables sur les champs privilégiés d'allocation de ressources dans le système de santé, tel que nous le verrons avec le deuxième mythe.

Outre ces cinq conditions, la LCS énonce deux interdictions qui doivent être respectées pour l'octroi des transferts fédéraux. Les gouvernements ne peuvent permettre la surfacturation¹⁰ ni les frais modérateurs¹¹. Sur la base de la première interdiction, les médecins n'ont pas la possibilité de demander aux patients un montant plus élevé pour leurs services que ce qui est autrement autorisé par le régime public. La deuxième interdiction empêche que les services couverts par le régime d'assurance santé provincial ou territorial fassent l'objet d'une contribution directe complémentaire des usagers; il n'est donc pas possible de requérir un « ticket modérateur ». Ce sont principalement ces deux interdictions qui déterminent la spécificité des systèmes de santé au Canada.

Deuxième mythe : les soins de santé au Québec et au Canada sont financés par le réseau public. Cette affirmation se doit d'être nuancée, car le secteur privé joue un rôle important à l'échelle du pays. La proportion de financement privé dans les soins de santé représente environ 30 % du total des services fournis¹² et 52 % des dépenses liées aux médicaments prescrits¹³. Aussi, les soins de santé sont offerts aux citoyens à travers un partenariat privé-public. La division entre la participation des domaines public et privé au Québec et au Canada est sectorielle, c'est-à-dire qu'elle n'est pas définie par des groupes de populations -- comme aux États-Unis par exemple où les plus

10. *Ibid.*, art. 18.

11. *Ibid.*, art. 19.

12. Institut canadien d'information sur la santé, *Tendances des dépenses nationales de santé, 1975 à 2007*, Ottawa, 2007 à la p. 10. Ce pourcentage peut toutefois varier selon les provinces.

13. *Ibid.* aux pp. 21-22.

pauvres et les personnes âgées bénéficient d'une couverture publique --, mais suivant des secteurs de soins¹⁴. La LCS a eu pour conséquence de concentrer l'allocation publique des ressources au Québec et au Canada autour des soins médicaux et hospitaliers, laissant ainsi au privé certains secteurs des soins de santé fournis en dehors des murs de l'hôpital ou par d'autres professionnels que les médecins tels que les médicaments, les soins dentaires, les services psychologiques, diététiques, esthétiques, optométriques, etc. C'est donc principalement la sphère des soins médicaux et hospitaliers qui est assortie d'une garantie d'accès universelle; pour le Québec, cet accès est prévu et défini dans *Loi sur l'assurance maladie*¹⁵ et la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*¹⁶. Pour les soins et services offerts par le secteur privé, l'accès demeure basé sur la capacité de payer des individus et la possibilité d'adhérer à un régime d'assurances par un employeur ou un regroupement professionnel; des inégalités d'accès sont conséquemment inévitables.

L'arrêt *Chaoulli*¹⁷ rendu en 2005 par le plus haut tribunal du pays est cependant venu ébranler cette division traditionnellement sectorielle entre le public et le privé. Cette décision fera l'objet de plus amples discussions dans la sous-section 2.2.3. Il suffit de dire ici que ce litige a impliqué une contestation constitutionnelle des articles 15 de la *Loi sur l'assurance maladie*¹⁸ et 11 de la *Loi sur l'assurance-*

14. Colleen Flood, Mark Stabile et Sasha Kontic, « Finding Health Policy Arbitrary: The Evidence on Waiting, Dying, and Two-Tier Systems » dans Colleen Flood, Kent Roach et Lorne Sossin dir., *Access to Care, Access to Justice : the Legal Debate over Private Health Insurance in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2005.

15. L.R.Q. c. A-29.01 [LAM].

16. L.R.Q. c. A-28 [LAH].

17. *Chaoulli*, *supra* note 1.

18. LAM, *supra* note 16. Le texte de l'article se lisait comme suit : «Nul ne doit faire ou renouveler un contrat d'assurance ou effectuer un paiement en vertu d'un contrat d'assurance par lequel un service assuré est fourni ou le coût d'un tel service est payé à une personne qui réside ou est réputée résider au Québec ou à une autre personne pour son compte, en totalité ou en partie.»

*hospitalisation*¹⁹, lesquels prohibaient la possibilité d'obtenir des assurances privées pour des services de santé dispensés dans le réseau public. Le tribunal a indiqué au gouvernement qu'il ne pouvait interdire l'accès à l'assurance privée dans la mesure où il ne remplissait pas ses obligations, notamment d'offrir un accès aux soins en temps opportun, dans le réseau public. La nouveauté de cette décision n'est donc pas de permettre l'introduction du financement privé, déjà présente dans le secteur des soins de santé au Canada, mais d'ouvrir la porte à un système parallèle privé/public dans un domaine auparavant réservé au public. La réponse du gouvernement à l'ultimatum lancé par la cour, et qui sera discutée plus loin, laisse présager l'introduction d'un nouvel acteur et d'un groupe d'intérêt dans une sphère auparavant exclusive au gouvernement, soit les compagnies d'assurances. Dans la mesure où le secteur privé parallèle s'accroîtrait, les Québécois développeraient une relation de contractant dans l'offre de soins médicalement requis. Des enjeux d'accès propres à la relation assureur-assuré pour des soins médicalement requis sont à prévoir dans le futur.

Si l'accent mis dans la LCS sur les soins médicaux et hospitaliers reflétait la réalité de la pratique de la médecine à l'époque de l'adoption de cette loi, ce secteur a subi depuis des transformations importantes, dont le développement des soins et traitements par les produits pharmaceutiques. Les médicaments sont devenus le deuxième plus important poste de dépense des systèmes de santé au Canada, déclassant ainsi les dépenses liées aux hôpitaux²⁰. Au pays, 10 % de la population ne bénéficierait

19. LAH, *supra* note 17. Le texte de l'article contesté est le suivant : « Nul ne doit faire ou renouveler un contrat ou effectuer un paiement en vertu d'un contrat par lequel

a) un service hospitalier compris dans les services assurés doit être fourni à un résident ou le coût doit lui en être remboursé;

b) l'hospitalisation d'un résident est la condition du paiement; ou

c) le paiement dépend de la durée du séjour d'un résident comme patient dans une installation maintenue par un établissement visé dans l'article ».

20. Institut canadien d'information sur la santé du Canada, *Dépenses en médicaments au Canada de 1985 à 2007*, Ottawa, 2008 à la p. 13.

d'aucune couverture pour les médicaments et un autre 10 % serait sous-assuré pour ses besoins²¹. Un enjeu notable d'accès aux soins se pose ici. Cette évolution du secteur des soins de santé appelle une adaptation corrélative de la LCS pour s'assurer de sa pertinence et d'une utilisation toujours plus efficace et efficiente des deniers publics en santé.

La solution retenue par le Québec pour pallier ce constat a été d'instaurer, d'une part, un régime public d'assurance médicament en 1997²² et, d'autre part, d'exiger la couverture obligatoire pour tous les Québécois, soit en souscrivant au régime public ou en accédant à une police d'assurance privée par le biais d'un employeur, un syndicat ou un ordre professionnel par exemple. L'adhésion obligatoire à une forme ou l'autre d'assurance médicament pour chaque citoyen fournit ce que l'on appelle la couverture « mur à mur ». Une prime annuelle ainsi qu'une franchise mensuelle doivent être payées par les adhérents au régime public, bien que certains groupes moins nantis puissent en être exemptés. Pour les couvertures privées offertes par les employeurs, les coûts d'adhésion varient selon le choix de plan retenu par ceux-ci et les employés. Les Québécois payent donc des montants variables pour avoir accès à une assurance

21. Applied Management «Canadian's Access to Insurance for Prescription Medicines: Executive Summary», A Report Submitted to Health Canada, March 2000 à la p. 8, tel que cité dans Colleen Flood, «The Anatomy of Medicare», dans *Canadian Health Law Policy*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 2002, 1 aux pp. 31-33.

22. Le but du régime général d'assurance médicament est mentionné à l'article 2 de la LAM, *supra* note 17:

Le régime général a pour objet d'assurer à l'ensemble de la population du Québec un accès raisonnable et équitable aux médicaments requis par l'état de santé des personnes. À cette fin, il prévoit une protection de base à l'égard du coût de services pharmaceutiques et de médicaments et exige des personnes ou des familles qui en bénéficient une participation financière tenant compte notamment de leur situation économique.

Pour des informations complémentaires sur le fonctionnement de ce régime, voir : «Le régime d'assurance médicament» (2009), en ligne : Régie de l'assurance maladie du Québec <<http://www.ramq.gouv.qc.ca/fr/citoyens/assurancemedicaments/index.shtml>>.

médicament²³. Les autres provinces et territoires canadiens offrent une couverture qui diffère à l'échelle du pays bien qu'ils assurent généralement une couverture minimale pour les groupes les plus démunis.

Le Québec fait face à plusieurs défis d'accès en raison, entre autres, de la grande superficie de son territoire et de la pénurie de ressources humaines, dont les médecins et les infirmières. Le défi lié au territoire pose la question de la répartition des ressources de manière à garantir un accès adéquat à des soins de santé pour tous les Québécois, indépendamment de leur lieu de résidence. La population résidant dans des régions éloignées des grands centres urbains a régulièrement des difficultés d'accès à des médecins et des ressources spécialisées²⁴. Le deuxième enjeu lié à la disponibilité des ressources humaines pose la difficulté de l'accès à des professionnels et traitements en temps opportun et du transfert de ressources humaines du secteur public au secteur privé à l'heure d'une redéfinition des rôles de ces secteurs. À titre d'illustration, sur la base de ces difficultés d'accès, le Québec fait face à une problématique importante pour l'accès à un médecin de famille²⁵. La possibilité d'établir une relation de soins avec un médecin de famille, cet acteur étant la porte d'entrée du système de santé, est une préoccupation importante qui perdure depuis des années.

Gardant en tête l'existence de la loi fédérale, nous insisterons pour la suite de ce rapport sur les enjeux et caractéristiques d'accès dans le système de santé au Québec. Le but ici n'est pas de comparer les particularités propres à chaque système de santé au Canada, mais d'expliquer avec plus de détails celles afférentes au Québec.

23. Notons que tous les plans, incluant celui du régime public, offrent généralement des incitatifs à la consommation de produits génériques lorsque le produit d'origine n'est plus protégé par le brevet.

24. Commissaire à la santé et au bien-être, gouvernement du Québec 2009.

25. *Ibid.*

2. L'accès aux services de santé et aux médicaments

2.1 Existe-t-il un droit à la santé au Canada et au Québec?

D'emblée, précisons que, par l'expression « droit à la santé », nous faisons référence à la *conception positive* des droits, selon laquelle l'État doit non seulement n'exercer aucune coercition sur l'individu (conception négative), mais a en plus l'obligation de l'aider activement, notamment en adoptant des mesures en vue d'assurer le plein exercice de ces droits²⁶. À cet égard, ni la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁷, texte à valeur prépondérante²⁸ intégré à la constitution canadienne, ni la *Charte des droits et libertés de la personne*²⁹, loi quasi-constitutionnelle québécoise, également à valeur prépondérante³⁰, ne protègent un droit distinct à la santé³¹. Quant à eux, les instruments internationaux auxquels le Canada a adhéré³² ne

26. Voir Leon E. Trakman, *Reasoning with the Charter*, Toronto, Butterworths, 1991 aux pp. 7 et ss.; voir aussi Groupe de travail sur les soins de santé de l'Association du Barreau canadien, *Un droit à la santé ? Réflexions en vue d'une réforme canadienne*, Ottawa, 1994 aux pp. 21 et ss. [GTSS].

27. Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, c. 11 [Charte canadienne].

28. *Ibid.*, art. 52.

29. L.R.Q. c. C-12 [Charte québécoise].

30. *Ibid.*, art. 52.

31. En ce qui a trait à la Charte canadienne, trois juges majoritaires de la Cour suprême ont signalé, dans l'arrêt *Chaoulli*, *supra* note 2 au par. 104, que « *La Charte ne confère aucun droit constitutionnel distinct à des soins de santé* ». Les juges précisent, au même paragraphe, que « *Cependant, lorsque le gouvernement établit un régime de soins de santé, ce régime doit respecter la Charte* ». Nous reviendrons sur ce point. Dans le même sens, voir également *Réflexion*, *supra* note 27 aux pp. 27 et 28; voir enfin Jean-Pierre Ménard « L'impact du jugement *Chaoulli* sur les droits des usagers du système de santé », dans Barreau du Québec. Congrès (2006 : Montréal, Québec), Congrès annuel du Barreau du Québec (2006), Montréal, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 2006 à la p. 691 [Ménard], où l'auteur reconnaît que « *le droit à la santé ne fait pas partie des droits fondamentaux* ».

32. Nous pensons principalement au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Résolution de l'Assemblée générale 2200 (XXI), 16 décembre 1966, 21 GAOR Supp. 16 Doc. A/6316 (1967)

peuvent traduire qu'un « idéal de la responsabilité de l'État pour ce qui est d'assurer la sécurité sociale de base, y compris les soins de santé », puisqu'ils ne sont pas exécutoires au Canada, n'ayant pas été incorporés par voie législative dans le droit interne du pays³³. Toutefois, bien que ces engagements ne constituent pas un fondement adéquat pour conclure à l'existence d'un droit à la santé au Canada, il y a lieu de noter que certains des textes internationaux vont très loin sur ce plan. Par exemple, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, que le Canada a signé en 1976, est non équivoque quant à l'existence d'un droit à la santé, disposant ceci : « Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre ».

Sans assise constitutionnelle ou quasi-constitutionnelle au droit à la santé, la législation québécoise peut néanmoins prévoir, dans son corpus juridique, un droit d'accès aux soins et services de santé. C'est exactement ce que le Québec a fait, en 1971, dans le cadre de l'adoption de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*³⁴, devenant ainsi la première province à donner une définition de fond au contenu du droit des services de santé³⁵. L'article 5 de cette loi se lit comme suit :

(entré en vigueur le 3 janvier 1976) [PIDESC] et à la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, 1948, Résolution de l'Assemblée générale 217 A (III), Doc. N.U. A/810 (1948).

33. Anne F. Bayefsky, *International Human Rights Law: use in Canadian Charter of Rights and Freedoms litigation*, Toronto, Butterworths, 1992 à la p. 25, où l'auteure affirme qu'en règle générale, un traité ne fera partie de la législation canadienne que par l'effet d'une loi prise à cet effet. Pour une vision beaucoup plus contraignante des engagements internationaux pris par le Canada en matière d'accès aux soins de santé; voir aussi Marco Laverdière, « Les suites de l'arrêt Chaoulli et les engagements internationaux du Canada en matière de protection des droits fondamentaux » (2007) 38 R.D.U.S. 1 [Laverdière].
34. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q. c. S-4.2 [LSSSS].
35. GTSS, *supra* note 27 à la p. 34. Toujours selon cette source, le Québec est également la province allant le plus loin dans la définition législative

5. Toute personne a le droit de recevoir des services de santé et des services sociaux adéquats sur les plans à la fois scientifique, humain et social, avec continuité et de façon personnalisée et sécuritaire.

Les tribunaux ont d'ailleurs reconnu que ces services étaient exigibles³⁶. Cependant, le droit aux services de santé et services sociaux n'est pas absolu. En effet, la LSSSS établit que ce droit s'exerce « en tenant compte des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'organisation et au fonctionnement de l'établissement ainsi que des ressources humaines, matérielles et financières dont il dispose ». Cela signifie donc que le droit d'accès aux services est conditionné, entre autres, et sauf en situation d'urgence, par les ressources octroyées à l'établissement de santé³⁷. Cette réserve que constitue l'article 13 LSSSS ne permet toutefois pas de restreindre l'accès aux services de santé et de services sociaux de manière non conforme aux garanties offertes par les chartes des droits et libertés. Autrement dit, l'article 13 LSSSS est lui-même circonscrit par les dispositions des chartes³⁸.

du contenu et des limites de ce droit. Voir également *ibid.* à la p. 33. D'ailleurs, cette constatation est encore d'actualité.

36. *Poirier c. Hôpital du haut-Richelieu*, [1982] C.S. 511; *Landry c. Hôpital St-François d'Assise*, JE 96-370, dans lequel un établissement de santé a été condamné pour défaut d'avoir acquis de l'équipement adéquat, compte tenu de la science, dans un délai raisonnable. Toutefois, comme le précise Patrick A. Molinari, l'énoncé de ce droit, s'il en établit l'existence, demeure incomplet en ce qu'il n'évoque ni son étendue ni sa portée. Voir Patrick A. Molinari, «Le droit aux services de santé : de la théorie aux pratiques», dans Pierre Noreau et Louise Rolland, dir., *Mélanges consacrés à Andrée Lajoie. Le droit : une variable dépendante*, Montréal, Thémis, 2008, 61 à la p. 69 [Molinari].
37. LSSSS, *supra* note 37, art. 431 au par. 3. En vertu de cette disposition, c'est le ministre de la Santé et des Services sociaux qui doit répartir équitablement les ressources humaines, matérielles, informationnelles, technologiques et financières entre les régions et voir au contrôle de leur utilisation. Voir Ménard, *supra* note 32 à la p. 677.
38. Ménard *ibid.* à la p. 691. Nous verrons ultérieurement (au point 2.2.3) que l'arrêt *Chaoulli* a en effet établi que les listes d'attente résultant de l'allocation des ressources limitées ne pouvaient avoir pour effet de compromettre les droits garantis par les chartes, notamment le droit à la vie ou la sécurité d'une personne, par exemple en ne fournissant pas les services en temps utile, *supra* note 1.

2.2 Mesures particulières prises par le Québec pour favoriser l'accès

2.2.1 Sur le plan organisationnel

Sur papier, le droit d'accès aux services de santé et services sociaux le plus largement libellé demeurera néanmoins inutile et sans effet sans l'existence d'une structure organisationnelle efficace assurant l'*exercice* de ce droit pour l'individu. Ainsi, tant le mode d'organisation des services que l'encadrement des pratiques professionnelles au sein du réseau ont un impact fondamental sur l'accès aux soins.

A) Le droit d'accès aux services de santé en fonction du mode d'organisation des services

Au cours des dernières années, le portrait de l'organisation du système de santé québécois a profondément changé³⁹ et se déploie désormais essentiellement en trois paliers, le central, le régional et le local⁴⁰. Il est utile de décrire brièvement ces trois paliers afin de bien comprendre l'impact de la nouvelle organisation sur le droit d'accès des usagers. D'abord, le palier central est occupé par le ministère de la Santé et des Services sociaux, qui établit les grandes orientations en matière de politiques de la santé et évalue les résultats obtenus par rapport aux objectifs fixés. Ses responsabilités sont ainsi centrées autour de la planification, du financement, de l'allocation des ressources financières et du suivi⁴¹. Sur le plan régional, l'Agence de la santé et des services sociaux (dix-huit au total sur le territoire

39. Principalement par l'adoption de la *Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux et d'autres dispositions législatives*, L.R.Q. 2006, c. 43 [LMSSS], adoptée et sanctionnée le 13 décembre 2006.

40. Pour un aperçu clair et concis du mode d'organisation du système de santé de santé québécois, voir Ministère de la Santé et des Services sociaux, *En bref : le système de santé et de services sociaux au Québec*, Gouvernement du Québec, 2008, en ligne : Publications du Québec <<http://publications.msss.gouv.qc.ca/acrobat/f/documentation/2007/07-731-01F.pdf>>.

41. LSSSS, *supra* note 37, art. 431-520.

québécois) est responsable de la coordination des services sur son territoire. Enfin, au palier local, chacune des dix-huit régions se divise en quelques réseaux locaux de services de santé et de services sociaux (RLSSS), regroupant l'ensemble des dispensateurs de soins de santé⁴². Au cœur du RLSSS, se trouve le centre de santé et de services sociaux (CSSS), qui constitue un établissement multivocationnel exploitant notamment un centre local de services communautaires, un centre d'hébergement et de soins de longue durée et, le cas échéant, un centre hospitalier de soins généraux et spécialisés⁴³. Le CSSS constitue l'assise d'une offre de services intégrée, puisque l'utilisateur peut maintenant obtenir d'un seul établissement un ensemble de services de santé et services sociaux pour satisfaire tous ou une grande partie de ses besoins. De plus, l'utilisateur a un seul dossier, doit remplir une seule procédure d'admission, possède une seule équipe traitante, etc.⁴⁴.

Le principal changement apporté par la récente réforme du mode d'organisation de la prestation des soins et services constitue assurément la centralisation et l'élargissement du droit d'accès aux services pour les usagers. En effet, l'introduction des RLSSS leur confère désormais un *guichet unique* pour la mise en œuvre de ce droit, c'est-à-dire qu'ils peuvent exiger les services non seulement du CSSS, mais de *tous* les producteurs de services avec qui celui-ci a conclu des ententes, notamment les établissements offrant des services spécialisés ou surspécialisés⁴⁵,

42. *Ibid.*, art. 99.3. En effet, cet article énonce que la mise en place d'un réseau local vise à responsabiliser tous les intervenants qui en font partie afin qu'ils assurent de façon continue, à la population du territoire visé par ce réseau, l'accès à une large gamme de services de santé et de services sociaux généraux, spécialisés et surspécialisés.

43. *Ibid.*, art. 99.4. Le mandat du CSSS est défini à l'article 99.6 de la LSSSS. L'on compte actuellement quatre-vingt-quinze (95) CSSS au Québec (pour autant de RLSSS).

44. Jean-Pierre Ménard, « Après le projet de loi 83 : enjeux cachés et droits nouveaux pour les usagers du système de santé », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, vol. 260, Cowansville, Yvon Blais, 2006 à la p. 123 [Ménard, Loi 83].

45. LSSSS, *supra* note 37, art. 333.1 et ss.

les différents médecins du territoire⁴⁶, les organismes communautaires, les entreprises d'économie sociale et les ressources privées⁴⁷. Ainsi, désormais, de nombreuses ressources complémentaires se greffent au CSSS, de manière à assurer aux usagers, du moins en théorie, un accès plus vaste, mais aussi plus simplifié et mieux coordonné aux soins et services de santé sur un territoire donné⁴⁸. Selon le ministère de la Santé et des Services sociaux, l'objectif de cette organisation est en effet « de partager collectivement une responsabilité envers la population d'un territoire ».

B) Le droit d'accès aux services de santé en fonction de l'encadrement des pratiques professionnelles

Face aux défis importants que présente le secteur des soins de la santé dans tous les pays, l'organisation de la pratique des professionnels demeure un aspect crucial ayant un impact indéniable sur l'accès aux services de santé. Selon le Conseil canadien de la santé et la Fondation canadienne de la recherche sur les services de santé, il a été démontré que les nouveaux modèles de soins en collaboration améliorent l'accès aux services

46. Le CSSS conclut notamment des ententes avec des groupes de médecine de famille (GMF), c'est-à-dire des regroupements de médecins travaillant en étroite collaboration avec des infirmiers/infirmières et offrant des soins et services auprès des personnes inscrites. En mars 2009, il existait 186 GMF accrédités au Québec.

47. À ce sujet, voir LSSSS, *supra* note 37, art. 99.7, 101, 105.1 et 108. L'objectif de ces ententes est bien sûr d'améliorer le suivi médical des patients et la continuité des services en renforçant le lien avec différents professionnels de la santé ou d'autres producteurs de services sur le territoire du RLSSS. Par ailleurs, comme nous le verrons, le mécanisme de plaintes des usagers est également centralisé, selon l'article 34 de la LSSSS.

48. Toutefois, selon P. A. Molinari, *supra* note 39 à la p. 80, la portée effective du droit au libre choix de l'établissement a cependant été restreinte par la reconfiguration de la structure de la majorité des établissements publics de santé, mise en place par la LMSSS, *supra* note 43.

de santé et l'utilisation des ressources humaines existantes⁴⁹. C'est dans cette perspective qu'une réforme en profondeur de l'encadrement législatif de l'activité professionnelle dans le secteur de la santé a été adoptée au Québec en 2002⁵⁰. Sans faire une description exhaustive des modifications apportées par cette loi, il y a lieu d'en tirer deux observations, pour ce qui nous intéresse. D'abord, la réforme vise à favoriser la collaboration interprofessionnelle et la pratique du travail en équipes multidisciplinaires, mettant donc fin à une pratique davantage hiérarchisée et centrée autour du médecin⁵¹. Dans la même lignée, la réforme opère aussi un décloisonnement important des pratiques professionnelles, notamment en élargissant considérablement la portée de ce que l'on appelait antérieurement la *délégation médicale*. En fait, depuis l'adoption de la Loi 90, il ne s'agit plus d'une simple délégation d'*actes médicaux* à des personnes autres que des médecins, mais bien de la détermination d'*activités* normalement réservées aux médecins pouvant

49. Juanita Barrett *et al.*, *Synthèse de la Fondation canadienne de la recherche sur les services de santé : Collaboration interprofessionnelle et services de santé de première ligne de qualité* (décembre 2007), en ligne : Fondation canadienne de la recherche sur les services de santé <http://www.chsrf.ca/research_themes/documents/SynthesisReport_Fr_FINAL.pdf>. Voir aussi Association des infirmières et infirmiers du Canada, *Les infirmières et infirmiers aux premières lignes des temps d'attente*, Ottawa, AIIC, 2009 à la p. 8 [AIIC].

50. La *Loi modifiant le Code des professions et d'autres dispositions législatives dans le domaine de la santé*, L.Q. 2002, c. 33 [Projet de loi 90] a été adoptée et sanctionnée le 14 juin 2002. Onze ordres professionnels du secteur de la santé sont touchés par cette loi.

51. À titre d'illustration, la décision de l'utilisation de l'application de mesures de contention à un usager constituait une activité autrefois exclusivement réservée aux médecins, qui la « prescrivaient » afin que d'autres professionnels l'appliquent, mais est désormais devenue une *activité réservée* à trois autres catégories de professionnels, c'est-à-dire les infirmières, les physiothérapeutes et les ergothérapeutes. Voir le *Code des professions*, L.R.Q. c. C-26, art. 37.1 aux par. 3g) et 4d) [*Code des professions*] ainsi que la *Loi sur les infirmières et infirmiers*, L.R.Q. c. I-8, art. 36 au par. 14 [LII]. En pratique, ce genre de décision est désormais prise, lorsque la situation le permet, en réunion d'équipe multidisciplinaire et non plus en vase clos, comme auparavant.

désormais être *exercées* par des non-médecins⁵². C'est ainsi que de nouvelles catégories d'infirmières sont nées, soit l'infirmière première assistante en chirurgie ainsi que l'infirmière praticienne spécialisée⁵³, qui sont désormais habilitées à exercer cinq activités réservées aux médecins sur dix⁵⁴.

Ainsi, force est de constater une volonté parlementaire de mettre en place de nouveaux modes de pratiques professionnelles dans le domaine de la santé, favorisant notamment une décentralisation des compétences, dans le but d'améliorer l'accès et la qualité des soins. Cependant, le problème, si problème il y a, réside encore une fois dans le *hiatus* existant entre la « bonne volonté » et la réalité pratique. En effet, si dans les autres provinces canadiennes l'apport des infirmières cliniciennes spécialisées semble pleinement reconnu et leur pratique intégrée dans l'offre de soins et services⁵⁵, il en va différemment au Québec. En effet, ici, les *superinfirmières*, comme on les appelle,

52. La distinction est ici plus que sémantique puisque la description que fait l'article 31 de la *Loi médicale*, L.R.Q. c. M-9 des dix (10) *activités réservées* au médecin est très large. Cela signifie donc que les professionnels concernés par la « délégation » de ces activités interviendront beaucoup plus largement dans des domaines traditionnellement réservés aux médecins.

53. *Règlement sur les activités visées à l'article 31 de la Loi médicale qui peuvent être exercées par des classes de personnes autres que des médecins*, R.Q. c. M-9, r.1.3. Concernant l'infirmière spécialisée, notons qu'il existe quatre classes de spécialités, soit l'infirmière praticienne spécialisée en néonatalogie, l'infirmière praticienne spécialisée en néphrologie, l'infirmière praticienne spécialisée en cardiologie et l'infirmière praticienne spécialisée en soins de première ligne. Voir l'article 3 du *Règlement sur les classes de spécialités de l'Ordre des infirmières et infirmiers du Québec pour l'exercice des activités visées à l'article 36.1 de la Loi sur les infirmières et les infirmiers*, D. 997-2005, 2005 G.O. 2, 6370.

54. Ces activités sont les suivantes : prescrire des examens diagnostiques; utiliser des techniques diagnostiques invasives ou présentant des risques de préjudice; prescrire des médicaments et d'autres substances ; prescrire des traitements médicaux; et utiliser des techniques ou appliquer des traitements médicaux, invasifs ou présentant des risques de préjudice. Voir LII, *supra* note 56, art. 36.1.

55. Voir AIIIC, *supra* note 54.

représentent un « espoir déçu », étant donné le nombre très restreint de celles ayant intégré le marché du travail⁵⁶, à ce jour. La faible popularité de la formation universitaire de deuxième cycle en soins infirmiers⁵⁷ et le manque de financement pour accueillir ces professionnels expliqueraient en grande partie le phénomène.

2.2.2 Sur le plan de la qualité et de la sécurité

A) Les établissements

Par essence, le droit d'accès aux services de santé sous-entend l'accès à des services *de qualité*⁵⁸ et *sécuritaires*. Selon le ministère de la Santé et des Services sociaux du Québec (MSSS), la non-qualité et la non-sécurité peuvent être mesurées par des indicateurs tels que les accidents et incidents dans les soins, les hospitalisations inappropriées ou prolongées, les infections nosocomiales ou la surutilisation des ressources⁵⁹. À cet égard, une étude portant sur les événements indésirables au Canada démontrait que l'incidence de tels événements dans les hôpitaux s'établissait en 2004 à 7,5 % des hospitalisations⁶⁰.

56. *Ibid.* On en dénombrerait moins d'une cinquantaine actuellement sur tout le territoire du Québec.

57. Actuellement, moins d'une centaine d'infirmières sont en formation pour devenir infirmières praticiennes spécialisées. Voir « L'ordre est fier d'accueillir sept nouvelles infirmières praticiennes spécialisées » *Le Journal de l'Ordre des infirmières et infirmiers du Québec* 16 : 2 (mars/avril 2009), en ligne : L'Ordre des infirmières et infirmiers du Québec (OIIQ), <<http://www.oiiq.org/uploads/periodiques/Journal/2009vol6no2/D03.htm>>.

58. L'article 5 de la LSSSS, *supra* note 37, utilise le terme « adéquats », signifiant « conformes aux normes généralement observées », selon P. A. Molinari, *supra* note 39 à la p. 69.

59. Ministère de la Santé et des Services sociaux (Québec), « Garantir l'accès : un défi d'équité, d'efficience et de qualité » (2006), en ligne : <<http://publications.msss.gouv.qc.ca/acrobat/f/documentation/2005/05-721-01.pdf>>.

60. G. Ross Baker et al., « The Canadian Adverse Events Study: the incidence of adverse events among hospital patients in Canada », *Canadian Medical Association Journal* (25 mai 2004), en ligne : <<http://www.cmaj.ca/cgi/content/full/170/11/1678>>. Les résultats de cette étude se basent sur

Au début des années 2000, le Québec a commencé à s'intéresser plus sérieusement à ce problème inquiétant et récurrent⁶¹. Selon le MSSS, un changement de culture s'imposait sur ce point, privilégiant la transparence, la communication ouverte, le travail d'équipe interdisciplinaire ainsi qu'une approche systémique plutôt qu'individuelle. Des mesures concrètes et proactives pour s'attaquer au problème et offrir des services de meilleure qualité et plus sécuritaires ont donc été prises. Nous nous proposons ici d'en citer les principales, sans toutefois entrer dans les détails. Premièrement, il faut noter que depuis 2002, le droit des usagers de recevoir des services de santé et services sociaux de façon *sécuritaire* est consacré dans la *LSSSS*⁶². Par ailleurs, la loi donne désormais à l'utilisateur le droit d'être informé, le plus tôt possible, de tout accident survenu au cours de la prestation de services qu'il a reçue et susceptible d'entraîner ou ayant entraîné des conséquences sur son état de santé⁶³. Deuxièmement, la loi prévoit des mécanismes permettant aux établissements du réseau de la santé de *garantir* un niveau de qualité adéquat concernant les services de santé qu'ils offrent. D'abord, pour dispenser légalement leurs services, les établissements doivent tous obtenir un *permis* du ministre de la Santé et des Services sociaux⁶⁴. De plus, depuis 2002, tout établissement doit solliciter, tous les trois ans, l'*agrément* des

les données provenant de quatre centres hospitaliers de cinq provinces canadiennes différentes (dont le Québec). Notons que l'expression « adverse event » (événement indésirable) est définie de la façon suivante, aux fins de l'étude : « an unintended injury or complication that results in disability at the time of discharge, death or prolonged hospital stay and that is caused by health care management rather than by the patient's underlying disease process ».

61. Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux, *La gestion des risques une priorité pour le réseau* (1^{er} février 2001), en ligne : <<http://publications.msss.gouv.qc.ca/acrobat/f/documentation/2000/00-915.pdf>>.
62. C'est la *Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux concernant la prestation sécuritaire de services de santé et de services sociaux*, L.R.Q. 2002, c. 71, qui a introduit plusieurs nouveautés à ce sujet. Voir les articles 2 (8.1), 3, 5 et 100.
63. *LSSSS*, *supra* note 37, art. 8.
64. *Ibid.*, art. 437.

services de santé et des services sociaux qu'il dispense auprès d'organismes d'accréditation reconnus⁶⁵. Bien sûr, l'agrément vise à reconnaître que les soins et services offerts dans un tel établissement répondent à des normes reconnues en matière de qualité. Enfin, face à l'incapacité du réseau public d'assumer les besoins grandissants en matière de soins et d'hébergement de la population vieillissante au Québec et au développement corrélatif de milliers de ressources d'hébergement hors réseau, dont la qualité et l'étendue des services n'étaient soumises à aucun contrôle⁶⁶, la législature québécoise a décidé de rendre obligatoire la *certification* des résidences privées pour personnes âgées⁶⁷. Troisièmement, outre ces mesures visant à attester un niveau de qualité et de sécurité adéquats dans les établissements, certaines dispositions législatives ont également été adoptées quant à la matérialisation du droit des usagers à se voir offrir des services de santé sécuritaires au sein du réseau. D'abord, l'article 233.1 *LSSSS* soumet l'employé d'un établissement à une obligation de déclaration au directeur général ou, à défaut, à une personne qu'il désigne, de tout incident ou accident qu'il a constaté⁶⁸. De plus, en matière de qualité et sécurité, la mise sur pied de deux comités est dorénavant obligatoire au sein de chaque établissement, le comité de vigilance et de la qualité⁶⁹ et le comité de gestion des risques⁷⁰.

65. *Ibid.*, art. 107. Les deux organismes d'accréditation reconnus sont le Conseil canadien d'agrément des services de santé et le Conseil québécois d'agrément. Voir Santé et Services sociaux, « Agrément obligatoire pour tout établissement », *Normes et pratiques de gestion* (2005-2004), en ligne : <[http://msssa4.msss.gouv.qc.ca/fr/document/d26ngest.nsf/dfeaec2f73c3d1c68525656b00163b18/eed4b418511418b785257098006506f9/\\$FILE/2005-004.pdf](http://msssa4.msss.gouv.qc.ca/fr/document/d26ngest.nsf/dfeaec2f73c3d1c68525656b00163b18/eed4b418511418b785257098006506f9/$FILE/2005-004.pdf)>.

66. Ménard, Loi 83, *supra* note 48 à la p. 133.

67. Voir les articles 346.0.1 et suivants *LSSSS*, *supra* note 37. Selon l'art. 346.0.3, c'est l'agence du territoire où se trouve la résidence qui délivre le certificat de conformité aux critères socio-sanitaires et exigences fixés par règlement.

68. L'article 235.1 *LSSSS*, *supra* note 37, prévoit, quant à lui, les règles concernant la divulgation à l'utilisateur concerné de l'information nécessaire, à la suite d'un accident.

69. *LSSSS*, *supra* note 37, art. 181.0.1. Ce comité, relevant du conseil d'administration, doit notamment assurer, auprès du conseil, le suivi des

B) Les professionnels

Les professionnels dispensant les services de santé ont bien évidemment un rôle de premier plan à jouer en matière de qualité et sécurité des services offerts. Les règles québécoises visant le contrôle de la qualité des activités professionnelles sont cependant moins récentes que les mesures que l'on vient de voir concernant les établissements. D'abord, au sein même des établissements, des structures existent afin que soit assurée et contrôlée la qualité de l'activité des professionnels y travaillant. En effet, l'adoption d'un *code d'éthique* indiquant les droits des usagers et les pratiques et conduites attendues à leur endroit de la part de l'ensemble du personnel d'un établissement est obligatoire⁷¹. De plus, différents comités professionnels sont constitués au sein des centres exploités par un établissement et sont responsables envers le conseil d'administration, notamment de contrôler et d'apprécier la qualité, y compris la pertinence, des actes professionnels posés dans l'établissement ou d'évaluer et de maintenir leur compétence⁷². À côté de ces dispositions *intra-muros*, les professionnels doivent également respecter les normes adoptées par les ordres professionnels auxquels ils appartiennent, le cas échéant. À cet égard, il est bien établi que les *codes de déontologie* adoptés par les différents ordres professionnels réglementent la conduite de leurs membres et ont essentiellement pour but d'atteindre l'objectif de protection du public⁷³. Nous verrons brièvement dans la troisième partie le mécanisme des plaintes disciplinaires prévu au *Code des professions*.

recommandations du commissaire local aux plaintes et à la qualité des services ou du Protecteur des usagers en matière de santé et de services sociaux, à la suite de plaintes d'usagers.

70. *Ibid.*, art. 183.1 et ss.

71. *Ibid.*, art. 233.

72. *Ibid.*, art. 213 et ss. Il existe trois principaux comités professionnels, soient le conseil des médecins, dentistes et pharmaciens (art. 213 et ss.), le conseil des infirmières et infirmiers (art. 219 et ss.) et le conseil multidisciplinaire (art. 226 et ss.). Pour plus de détails concernant la composition et les responsabilités de ces différents comités, consulter les dispositions législatives.

73. Voir notamment *Ingénieurs c. Bilodeau*, 2005 QCTP 34 (T.P.).

2.2.3 Sur le plan des délais d'attente

Comment prétendre faire un rapport national sur l'accès aux services de santé et aux médicaments sans aborder l'épineuse question du temps d'attente pour les obtenir? En fait, le temps d'attente lié aux soins de santé représente actuellement un obstacle très important pour les personnes ayant de la difficulté à accéder aux soins de santé au Canada⁷⁴. Le Québec n'y fait bien sûr pas exception et l'idée ici est précisément d'étudier les solutions québécoises mises de l'avant pour tenter de remédier au problème récurrent des délais. Ce qu'il faut bien comprendre est que, jusqu'à relativement récemment au Québec, il n'existait aucun mécanisme législatif garantissant l'accès aux services de santé dans des délais raisonnables, contrairement à ce qui existe dans certains pays, notamment le Royaume-Uni ou la Suède⁷⁵. Toutefois, l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Chaoulli c. Procureur général du Québec*⁷⁶ a forcé le gouvernement du Québec à adopter des mesures ciblées pour offrir un accès aux services de santé en temps opportun. L'objectif ici est donc d'exposer la réponse gouvernementale à ce jugement plutôt que d'en faire une analyse critique⁷⁷. Rappelons toutefois la conclusion des juges

74. Institut canadien d'information sur la santé, « Tableaux sur les temps d'attente – Une comparaison par province » (2008), en ligne : <http://secure.cihi.ca/cihiweb/products/Final_Wait_Times_AIB_080229_FR.pdf>. De plus, selon la 10^e édition du Sondage sur les soins de santé au Canada, le temps d'attente constitue la préoccupation la plus importante à la fois pour les fournisseurs de soins, les gestionnaires et pour la population. Health Care in Canada (HCIC), « Sondage sur les soins de santé au Canada » (2007), en ligne : <http://www.hcic-sssc.ca/index_f.asp>.

75. Ministère de la Santé et des Services sociaux (Québec), « Garantir l'accès : un défi d'équité, d'efficience et de qualité » (février 2006), en ligne : <<http://publications.msss.gouv.qc.ca/acrobat/f/documentation/2005/05-721-01.pdf>>.

76. *Chaoulli*, *supra* note 1.

77. Pour une telle analyse, nous référons le lecteur entre autres à l'ouvrage collectif dirigé par Colleen Flood, Kent Roach et Lorne Sossin, *Access to Care, Access to Justice : the Legal Debate over Private Health Insurance in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2005; Marie-Claude Prémont, « L'affaire Chaoulli et le système de santé du Québec : cherchez

majoritaires dans cet arrêt : en présence de délais d'attente déraisonnables pour accéder à certains services de santé couverts par le régime public d'assurance, la prohibition de recourir à l'assurance privée pour ces services⁷⁸ viole les droits à la vie et à l'intégrité de la personne et est donc incompatible avec la *Charte des droits et libertés de la personne*⁷⁹. Si l'on fait abstraction du débat public/privé ayant eu cours à la suite de cette décision et que l'on concentre notre étude plutôt sur les gains des usagers en matière de droits d'accès, il est juste d'affirmer ceci : « (l)le jugement Chaoulli reconnaît donc que l'accès en temps opportun à des soins de qualité est maintenant un droit des usagers, susceptible d'être judiciarisé même lorsqu'il est conditionné par une insuffisance de ressources ». Ce point est tout à fait exact bien qu'il puisse *a priori* être étonnant, puisque la Cour suprême du Canada, en l'espèce, n'a pas directement ciblé les délais d'attente comme source de l'atteinte aux droits, déclarant plutôt que cette atteinte provenait de la prohibition de l'assurance privée duplicative. Or, il importe de saisir que cette prohibition ne constituait pas l'unique *cause* de l'atteinte aux droits, dans l'affaire *Chaoulli*, mais que c'est bel et bien la *combinaison* des délais d'attente déraisonnables pour obtenir certains soins de

l'erreur, cherchez la raison » (2006) 51 R.D. McGill 167; Geneviève Tremblay McCaig, « L'affaire Chaoulli c. Procureur général du Québec : appartient-il aux tribunaux de remettre en question les objectifs politiques qui modèlent le système de santé ? », dans Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif et constitutionnel* (2006), vol. 240, Cowansville, Yvon Blais à la p. 117; et Jean-Pierre Ménard, *supra* note 48.

78. Rappelons que cette prohibition résulte de l'article 11 de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*, *supra* note 17 et de l'article 15 de la *Loi sur l'assurance maladie*, *supra* note 16.

79. *Charte québécoise*, *supra* note 30. Notons que l'article 1, al. 1 de la Charte québécoise énonce que « tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne ». Par ailleurs, précisons que la majorité issue de la décision *Chaoulli* (quatre juges contre trois) ne vise que la *conclusion* de l'incompatibilité de l'interdiction de l'assurance privée avec la Charte québécoise (voir au par. 102 du jugement) et non les *motifs*, puisque les deux autres juges majoritaires s'étant exprimés ont bâti leur analyse en fonction plutôt de la Charte canadienne.

santé jumelée à l'interdiction de souscrire à une assurance privée pour ces services qui constituent la source de la violation des droits à la vie et à l'intégrité. Par conséquent, la *solution* judiciaire qu'a choisie le plus haut tribunal du pays, c'est-à-dire l'invalidité de ces dispositions, ne peut pas remédier à elle seule au problème⁸⁰. Autrement dit, l'interdiction de l'assurance privée duplicative n'était pas la source de la violation des droits de la personne et la levée de cette interdiction ne constitue pas non plus la solution appropriée! C'est d'ailleurs pourquoi la réponse du gouvernement du Québec au jugement *Chaoulli* n'a pas été d'invalider purement et simplement les dispositions législatives litigieuses⁸¹, mais bien de les modifier, tout en adoptant également d'autres mesures législatives favorisant l'accès aux soins dans des délais raisonnables.

Ceci étant dit, voyons comment a réagi le Parlement du Québec à l'issu du jugement *Chaoulli*. Comme mentionné, on a choisi d'agir sur deux fronts, les délais d'attente dans le secteur public et l'ouverture partielle à l'assurance privée duplicative pour certains services de santé⁸². D'abord, le plan d'organisation de tout centre hospitalier doit désormais prévoir l'instauration d'un

80. En effet, la seule levée de l'interdiction de l'assurance privée pour certains services ne garantit pas aux usagers un accès plus rapide à ces soins, du moins dans l'état actuel des choses, étant donné que des services médicaux assurés par le privé ne peuvent être offerts que par des médecins non participants au régime public, la pratique mixte étant encore interdite, et que le nombre de ces médecins n'atteint même pas 1% du total des médecins québécois. La question est de savoir si la levée partielle de l'interdiction, comme nous le verrons, et la possibilité que l'assurance privée puisse occuper une place plus importante n'inciteront pas de plus en plus de médecins à se désaffilier du système public (à devenir non-participants), ouvrant ainsi la porte à un système privé parallèle.

81. D'ailleurs, certains auteurs questionnent la légalité même de la réponse québécoise, principalement car elle ne répondrait pas adéquatement au jugement, ce dernier déclarant sans nuance l'invalidité totale de ces dispositions. À ce sujet, voir Laverdière, *supra* note 35 au par. 49.

82. Ces modifications ont été apportées par l'adoption de la *Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux et d'autres dispositions législatives*, *supra* note 43.

*mécanisme central de gestion de l'accès aux services spécialisés et surspécialisés*⁸³, selon différentes modalités, telles l'inscription de l'utilisateur sur une liste d'accès et la communication avec ce dernier, notamment à propos de la date prévue d'obtention de ces services ou des mesures de rechange possibles advenant le cas où les services ne pourraient pas lui être dispensés à cette date. De plus, la LSSSS prévoit également que le ministre de la Santé et des Services sociaux peut prendre toute mesure nécessaire pour que soient mis en place des *mécanismes particuliers d'accès* permettant de rendre un service visé accessible à l'intérieur du délai qu'il juge raisonnable, lorsqu'il estime, compte tenu des standards d'accès généralement reconnus et après avoir effectué les consultations appropriées, que le temps d'attente pour obtenir ce service médical spécialisé dans l'ensemble du Québec ou dans l'une de ses régions est déraisonnable ou sur le point de le devenir⁸⁴.

Ensuite, par des modifications à l'article 15 de la *Loi sur l'assurance maladie*, il est maintenant prévu que certains traitements médicaux spécialisés peuvent être couverts par une assurance privée, dont l'arthroplastie-prothèse totale de la hanche⁸⁵ ou du genou, une extraction de la cataracte ou « tout autre traitement médical spécialisé déterminé par le gouvernement ». Par ailleurs, la LSSSS a créé une nouvelle entité, les « centres médicaux spécialisés » (CMS), qui sont des lieux aménagés hors-réseau aux fins de permettre à un ou plusieurs médecins de dispenser à leur clientèle ces traitements médicaux spécialisés⁸⁶. Par conséquent, pour obtenir ces services précis, le patient pourra, s'il le désire, « faire affaire » avec *des médecins non*

83. LSSSS, *supra* note 37, art. 185.1.

84. LSSSS, *supra* note 37, art. 431.2. Cette disposition énonce notamment que les directives du ministre peuvent enjoindre les établissements d'ajuster les modalités de fonctionnement du mécanisme central de gestion d'accès ou encore les agences régionales de revoir les corridors de services de manière à faciliter autrement l'accès.

85. Précisons que l'un des demandeurs, dans l'affaire *Chaoulli*, George Zeliotis, avait subi deux opérations à la hanche pour lesquelles il se plaignait de délais d'attente déraisonnables.

86. LSSSS, *supra* note 37, art. 333.1 et ss.

participants au régime public travaillant dans les CMS⁸⁷ et se faire rembourser par une assurance privée pour ceux-ci, lui permettant ainsi de contourner les délais d'attente du régime public. Enfin, le régime public pourrait aussi utiliser le corridor de services publics pour qu'un médecin d'un CMS (participant au régime public) dispense un traitement médical spécialisé à un patient ou encore décider d'avoir recours à un médecin non participant travaillant dans un CMS pour offrir des services de santé, constituant une offre alternative de services, lorsque des délais sont jugés déraisonnables par le ministre⁸⁸.

Voilà donc brièvement résumées les solutions adoptées par le Québec pour répondre au jugement *Chaoulli* d'une part, mais aussi pour tenter de faire face aux défis posés par les délais d'attente récurrents du système, d'autre part. Toutefois, entre l'idéal et la réalité, il y a un pas et il y a lieu de se demander si ces mesures législatives peuvent à elles seules enrayer tous les maux relatifs aux délais d'attente dans le système de santé québécois.

3. Les mécanismes de contrôle

Le Québec a pris diverses mesures afin de favoriser le respect des droits des usagers dans le système de santé. Outre les recours usuels de droit commun, il y a ceux existant à l'intérieur des établissements de santé et ceux liés aux ordres professionnels.

3.1 L'exercice des droits au sein des établissements de santé

Deux mécanismes clés existent au sein des établissements de santé afin de favoriser l'exercice des droits des usagers. Il y a d'abord le régime de traitement des plaintes prévu à la *Loi sur les*

87. L'article 333.3 LSSSS, *supra* note 37, prévoit que chaque CMS doit obligatoirement prendre l'une ou l'autre forme, c'est-à-dire avoir en son sein des médecins participants au régime public ou des médecins non participants.

88. *Ibid.*, art. 431.2. En ce cas, le ministre assumerait le coût du traitement.

*services de santé et les services sociaux*⁸⁹ et, ensuite, les comités des usagers.

Le régime de traitement des plaintes prévoit que les usagers peuvent porter plainte pour un service reçu, qu'ils auraient dû recevoir ou qu'ils requièrent dans le réseau de la santé⁹⁰. Cette procédure comporte deux étapes, lesquelles interpellent des acteurs de résolution de conflits différents. Premièrement, l'utilisateur insatisfait soumet sa doléance auprès du Commissaire local aux plaintes et à la qualité des services de l'établissement en cause⁹¹. Cet acteur, qui relève directement du conseil d'administration de l'établissement afin d'assurer sa plus grande indépendance, doit alors traiter la plainte soumise dans un délai de 45 jours suivant sa réception. Plus largement, le commissaire s'assure du respect des droits des usagers dans l'établissement et peut proposer toute mesure pertinente à cet égard (nous donnerons des exemples de mesures lorsque nous aborderons la deuxième étape). Une procédure spéciale existe pour le traitement des plaintes qui concernent un médecin, dentiste ou pharmacien⁹², lesquelles devront passer par un médecin examinateur aussi nommé par le conseil d'administration de l'établissement⁹³. Le même délai de 45 jours s'applique⁹⁴. Cependant, lorsque la plainte porte sur des problèmes administratifs ou organisationnels liés à des services médicaux, dentaires ou pharmaceutiques, le commissaire local aux plaintes et à la qualité des services conserve sa compétence⁹⁵.

Deuxièmement, l'utilisateur insatisfait de la réponse obtenue à l'occasion de cette première démarche ou qui n'obtient pas de réponse dans les délais requis, peut soumettre sa plainte auprès

89. *Ibid.*, art. 40.

90. *Ibid.*, art. 34.

91. *Ibid.*, art. 60 et ss. Il existe également des commissaires régionaux pour les plaintes liées aux organismes communautaires, aux résidences privées d'hébergement ou pour personnes âgées, au service de transport ambulancier et aux agences de santé et de services sociaux.

92. *Ibid.*, art. 41 et ss.

93. *Ibid.*, art. 41.

94. *Ibid.*, art. 47.

95. *Ibid.*, art. 45.

du Protecteur du citoyen, lequel constitue le palier final du processus de plaintes. Celui-ci est un acteur indépendant du réseau de la santé, imputable devant l'Assemblée nationale, et nommé pour un terme fixe de cinq⁹⁶ ans afin de garantir son indépendance. Au terme de son analyse de la plainte soumise, le Protecteur du citoyen transmet ses conclusions et recommandations, s'il y a lieu, à l'établissement visé par la doléance. Il peut à cet égard tenter de concilier les intérêts des parties au dossier, élargissant ainsi l'assiette normative au-delà de la norme juridique. Notre analyse des décisions du Protecteur du citoyen⁹⁷ illustre que sont régulièrement considérées les normativités éthique, administrative, scientifique et déontologique dans le processus de conciliation de la plainte. Des solutions qui dépassent les limites du droit sont également proposées, telles que l'émission d'excuse, la modification de certaines pratiques au sein des établissements, la formation supplémentaire pour certains membres du personnel, etc. Cette possibilité représente un atout considérable dans le domaine de la santé où la caractéristique hautement internormative du milieu limite la possibilité de résoudre de multiples conflits lorsqu'uniquement envisagés sous leur angle juridique. Outre cette fonction de traitement des plaintes (et plus largement de demandes d'information), le Protecteur du citoyen exerce le mandat de promouvoir les droits des usagers dans le réseau de la santé et il peut intervenir de sa propre initiative s'il a des motifs raisonnables de croire que des citoyens ont été lésés dans leurs droits. Aucun ombudsman ayant un mandat aussi défini et intégré au secteur de la santé n'existe ailleurs au Canada⁹⁸.

Bien que ce processus de plaintes soit perfectible, notamment quant à la connaissance de son existence auprès des citoyens et de la reconnaissance par le personnel du réseau de la santé de sa légitimité et de sa crédibilité, il offre une opportunité

96. *Loi sur le Protecteur du citoyen*, L.R.Q. c. P-32, art. 2.

97. Catherine Régis, *Mind over Matter : Using Law & Psychology to Optimize Conflict Resolution in Health Care*, thèse de doctorat en droit, Université de Toronto, 2008.

98. *Ibid.* c. 5, voir les constats de recherche.

importante pour les Québécois de transmettre leurs préoccupations et d'être entendus dans le système de santé. Il contribue, en partie, au contrôle des droits ainsi qu'à la qualité et la transparence des décisions liées à l'accès aux soins dans le système de santé; ainsi, il s'agit d'un mécanisme qui concourt à réduire l'écart entre l'énonciation de la norme et son application. Cette procédure de résolution des conflits peut-être utilisée, en théorie, en concomitance avec les autres recours disponibles pour les usagers, qu'il s'agisse de recours disciplinaires ou de droit commun.

Un deuxième outil existant au sein des établissements de santé et qui favorise l'exercice des droits des usagers est les comités des usagers. La loi prévoit que tout établissement doit mettre sur pied un comité des usagers⁹⁹ qui a pour fonction, notamment, de renseigner les usagers sur leurs droits et leurs obligations, de promouvoir l'amélioration de la qualité des conditions de vie des usagers, d'évaluer la satisfaction de ceux-ci en regard des services fournis et de défendre les droits et intérêts collectifs et individuels (si demandé) des usagers¹⁰⁰. Le comité est composé d'un minimum de cinq membres élus et dont la majorité doit être des usagers¹⁰¹. Dans la mesure où ce comité utilise le budget qui lui est dévolu à l'atteinte des objectifs fixés par son mandat, il bénéficie d'une liberté de parole et d'exercice suffisante au sein de l'établissement et est perçu comme un partenaire crédible tant par les usagers que l'établissement, il représente une plus-value dans la quête de reconnaissance et de respect des droits des usagers.

3.2 Le régime des plaintes prévu par le *Code des professions*

Lorsque les professionnels de la santé sont regroupés sous l'égide d'un ordre professionnel tel que défini par le *Code des*

99. LSSSS, *supra* note 37, art. 209.

100. *Ibid.*, art. 212.

101. *Ibid.* note 107.

*professions*¹⁰², par exemple, les médecins, les infirmières et les psychologues, il est également possible pour l'usager du réseau de la santé de porter plainte auprès du syndic de l'ordre. À la suite de son enquête, le syndic pourra à son tour décider de déposer ou non une plainte auprès du comité de discipline de l'ordre si ses conclusions le justifient¹⁰³. Le but premier des ordres professionnels est d'assurer la protection du public à travers l'établissement de critères et standards liés, entre autres, à l'accès ainsi qu'à la pratique de la profession. Cette plainte peut viser des infractions commises au *Code des professions* ou à la loi constitutive de l'ordre professionnel visé (et aux règlements afférents). Par exemple, le fait pour un médecin de ne pas exercer la médecine suivant les principes scientifiques¹⁰⁴ ou de ne pas préserver le secret professionnel¹⁰⁵ peut constituer des infractions disciplinaires. Si le professionnel est jugé coupable de l'infraction alléguée, des sanctions disciplinaires s'en suivront en fonction de la gravité des gestes reprochés, allant de la recommandation de suivre une formation d'appoint jusqu'au retrait complet et permanent du permis de pratique. Ce processus disciplinaire, de par l'ampleur des enjeux qu'il comporte pour le professionnel, offre des garanties de justices procédurales.

Conclusion

Après avoir déboulonné certains mythes régulièrement véhiculés au sujet du système de santé et campé les principaux enjeux relatifs à l'accès aux soins et aux médicaments au Québec, à savoir principalement le vaste territoire à desservir ainsi que les délais d'attente, les auteures ont ensuite étudié les mesures particulières prises par la législature québécoise pour améliorer l'accès. En effet, depuis l'introduction, en 1971, de l'article 5 de la *LSSS* dans le corpus juridique québécois, consacrant explicitement le principe du droit d'accès aux services de santé et de services sociaux, des efforts législatifs ont été accomplis

102. *Code des professions*, *supra* note 56, art. 123.

103. *Ibid.*, art. 123.

104. *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q. c. M-9, r.17, art. 6.

105. *Ibid.*, art. 20.

relativement à la mise en œuvre de ce droit. Ainsi, la deuxième partie de l'article démontre que le législateur a choisi de s'attaquer à trois fronts différents. D'abord, des modifications liées à l'organisation du réseau et à l'encadrement des professionnels de la santé ont été adoptées. À ce titre, la configuration du système de santé a été revue, de manière à élargir et centraliser le droit d'accès, notamment en instaurant un guichet unique, le CSSS. De plus, des modifications apportées au *Code des professions* ont tenté de rendre le mode de prestation des soins plus horizontal, en misant sur la collaboration inter-professionnelle et en élargissant le champ de compétences de certaines catégories d'infirmières, de manière à atténuer les effets du manque d'effectifs médicaux. Ensuite, nous avons vu que la question de la qualité et de la sécurité des soins a également été une source de préoccupation législative, s'illustrant entre autres par l'introduction de l'obligation d'agrément des établissements. Enfin, le système aurait beau offrir la meilleure structure organisationnelle ainsi que des soins et services de qualité et sécuritaires, si les usagers se bousculent à la porte d'entrée et se retrouvent coincés dans un réseau surchargé, faute de ressources de toute nature, les efforts risquent d'être vains. La question des délais d'attente constitue donc le troisième cheval de bataille auquel le Québec s'est attaqué, en matière d'accès aux soins. À cet égard, l'arrêt *Chaoulli*, rendu par le plus haut tribunal du pays, a forcé une mobilisation parlementaire autour de cet enjeu récurrent du système de santé québécois. En effet, s'il recèle de nombreuses ambiguïtés et qu'il a porté le flanc à plusieurs critiques, il n'en demeure pas moins que ce jugement a reconnu formellement le droit des usagers de bénéficier des soins et services de santé dans des délais raisonnables. Comme nous l'avons vu, le gouvernement du Québec a réagi au jugement *Chaoulli*, notamment par la mise en place de mécanismes de gestion d'accès ainsi que par l'ouverture partielle à l'assurance privée pour certains services médicaux nécessaires.

Finalement, dans la troisième partie, nous avons étudié les mécanismes dont disposent les usagers du réseau afin de se faire entendre, notamment lorsqu'ils désirent porter plainte à la suite

d'un soin ou d'un service reçu dans un établissement. Nous avons alors mis en lumière le rôle unique du Protecteur du citoyen dans la résolution des conflits en matière de santé.

Force est donc de constater que des mesures concrètes ont récemment été adoptées par le législateur québécois afin de tenter d'améliorer l'accès aux soins de santé et aux médicaments. Bien que l'on n'ait peut-être pas encore le recul nécessaire pour mesurer l'impact réel et concret de ces nombreuses modifications, il est cependant légitime de se demander si l'intervention législative peut être efficace, à elle seule, pour régler une question aussi complexe que celle de l'accès en santé. En effet, si les efforts ne se concentrent que sur le strict plan législatif, il est à craindre que la métaphore de l'éléphant accouchant d'une souris ne se matérialise. À notre avis, le dénouement de cette question passe avant tout et plus largement par un débat de société réellement éclairé, incluant une participation citoyenne réfléchie et articulée, relativement aux fondements et au financement de notre système de santé ainsi qu'aux principes d'équité et de justice. Au fond, il y a lieu de remettre la question de l'accès aux soins dans une optique plus globale permettant de questionner clairement et ouvertement ces aspects, sans quoi tous les efforts risquent de demeurer inutiles. À ce titre, le Commissaire à la santé et au bien-être, acteur récemment créé par l'Assemblée nationale du Québec¹⁰⁶, peut certainement jouer un rôle. En effet, le commissaire est entre autres responsable de fournir à la population les éléments nécessaires à une compréhension globale des actions entreprises par le gouvernement relativement aux grands enjeux dans le domaine de la santé et des services sociaux¹⁰⁷. Pour ce faire, il doit se faire assister d'un Forum de consultation, composé de citoyens et d'experts, ayant comme mandat de lui fournir son point de vue sur les éléments ou questions que ce dernier lui soumet lors d'une consultation¹⁰⁸. Voilà une initiative permettant de créer une sorte de pont entre les décideurs et la population, en regard des enjeux préoccupants liés

106. *Loi sur le Commissaire à la santé et au bien-être*, L.R.Q. c. C-32.1.1.

107. *Ibid.*, art.2.

108. *Ibid.*, art. 24-31.

au système de santé, dont celui de l'accès. La clé de la réussite face à des enjeux touchant finalement aux bases mêmes du vivre ensemble de notre société ne nous semble en effet pas pouvoir faire l'économie d'un tel dialogue.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : DROIT À LA SANTÉ ET DROIT DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE - QUÉBEC

Auteur(s) : Thérèse LEROUX

Revue : RDUS, 2009-2010, volume 40, numéro 1-2

Pages : 305-325

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10453>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10453>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

DROIT À LA SANTÉ ET DROIT DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – QUÉBEC

par Thérèse LEROUX*

Dans l'arsenal thérapeutique, les produits pharmaceutiques jouent un rôle majeur. Les compagnies qui les mettent en marché souhaitent tirer avantage de leurs inventions grâce, entre autres, au régime de propriété intellectuelle. Dans le cadre de cet article, les règles relatives à l'obtention de brevet seront brièvement exposées. De plus, la demande en vue d'étendre cette protection au vivant sera évoquée lors de la présentation d'une décision cruciale de la Cour suprême du Canada dans l'affaire de l'oncosouris de Harvard. Un survol des rapports entre propriété intellectuelle et santé ne saurait être adéquat sans accorder une attention particulière à une initiative canadienne, la Loi de l'engagement de Jean Chrétien envers l'Afrique. Cette dernière visant à favoriser l'accès à certains médicaments dans des pays en voie de développement n'a laissé personne indifférent; certaines des réactions suscitées seront rapportées.

Pharmaceuticals are a vital component of the therapeutic armamentarium,. Companies marketing these products seek to take advantage of their discoveries by relying on laws governing intellectual property. In this article, the rules for patenting drugs are briefly described. Applications to extend intellectual property protections to living organisms are also be examined, with specific reference to a seminal decision of the Supreme Court of Canada in the case involving the «Harvard Oncomouse». The writer maintains that a discussion of the relationship between intellectual property protections and health would be incomplete without looking at a Canadian initiative - The Jean Chrétien Pledge to Africa - intended to help in the fight against various public health problems by facilitating access to medicines for populations in developing countries.

* . Professeure titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal.

SOMMAIRE

- 1. Les brevets et les produits pharmaceutiques 310**
- 2. La brevetabilité du vivant..... 315**
- 3. Les relations Nord-Sud..... 318**

Lorsqu'il s'agit de décrire la situation qui a cours au Québec quant aux interactions entre le droit de la santé et la propriété intellectuelle, trois aspects de cette réalité s'imposent. Tout d'abord, une mise en contexte sera réalisée grâce à un portrait, brossé à grands traits, de l'encadrement normatif actuel applicable au brevet visant plus particulièrement le secteur des produits pharmaceutiques. Ensuite, le recours au brevet dans le domaine du vivant sera examiné. Une attention toute spéciale sera accordée à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire de l'oncosouris de Harvard¹ pour illustrer la vision singulière du Canada à cet égard. Finalement, comme le Canada a été un chef de file dans la mise en place d'un régime particulier pour favoriser l'accès aux médicaments dans les pays en voie de développement, ce régime² sera présenté de même que certaines réactions que cette initiative a suscitées.

L'Office de la propriété intellectuelle du Canada, un organisme relevant du ministère Industrie Canada, est chargé d'administrer le régime de la propriété intellectuelle au Canada, notamment ce qui est relatif aux brevets. À cet égard, dans son rapport annuel 2007-2008, l'Office affirme que 41 321 demandes de brevets ont été déposées auprès du Bureau des brevets³. Or, rappelons que compte tenu de la définition du terme « invention » à l'article 2 de la *Loi sur les brevets*⁴, peuvent faire l'objet d'un brevet « toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, [...] présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité ». Ainsi, une revendication visant un médicament ayant une application thérapeutique donnée est brevetable. En effet, il est actuellement possible de protéger par

-
1. *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2002 CSC 76, [2002] 4 R.C.S. 45.
 2. Le 13 mai 2004 est adopté le projet de loi C-9, mieux connu sous l'appellation *Loi de l'engagement de Jean Chrétien envers l'Afrique*, L.C. 2004, c. 23.
 3. Office de la propriété intellectuelle du Canada, « Rapport annuel : 2007-08 Aller de l'avant – Privilégier le marché », 2008 à la p. 8, en ligne : Office de la propriété intellectuelle du Canada <www.opic.ic.gc.ca>.
 4. *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, c. P-4, art. 2.

brevet un nouveau médicament, et ce, indépendamment de son procédé de préparation, ou encore un nouveau procédé de préparation d'un médicament que ce dernier soit nouveau ou non, de même qu'une nouvelle indication thérapeutique pour un médicament déjà connu⁵. Par contre, ne sont pas brevetables les simples principes scientifiques et les conceptions théoriques⁶. En outre, selon le *Recueil des pratiques du Bureau des brevets*, une méthode de traitement médical n'est pas brevetable, qu'il s'agisse de méthodes chirurgicales, médicales, dentaires et physiothérapeutiques de traitement, si elles ont pour objet de guérir, prévenir ou atténuer un trouble ou un état pathologique, de traiter une anomalie physique ou une difformité⁷. Il est intéressant de noter que certaines méthodes cosmétiques sont par ailleurs brevetables, car la calvitie et les rides, par exemple, sont considérées comme des états naturels associés au vieillissement et par conséquent, les méthodes visant à les atténuer ne sont pas assimilées à une méthode de traitement médical⁸.

L'entrée en vigueur, en 1989, de la *Loi modifiant la Loi sur les brevets et prévoyant certaines dispositions connexes* correspond à un moment crucial dans l'évolution du système de brevets canadien⁹. Des changements législatifs majeurs sont apportés et ils s'appliquent à toutes les demandes de brevets incluant celles du secteur pharmaceutique. Dorénavant, le droit au brevet est accordé à la première personne ayant déposé une demande¹⁰ plutôt qu'au premier inventeur alors que la durée du brevet,

5. Thierry Orlhac, « La situation canadienne en matière de brevets dans le domaine pharmaceutique » (1994) *Action Canada-France*, 44.

6. *Supra* note 4, art. 27 (8).

7. Office de la propriété intellectuelle du Canada, « Recueil des pratiques du Bureau des brevets », 2009 aux pp. 17-6, 17-7 (4 novembre 2010), en ligne : Office de la propriété intellectuelle du Canada <http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/h_wr00720.html>.

8. *Ibid.*

9. Margaret Smith, *Protection des brevets pour les produits pharmaceutiques au Canada – Chronologie*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Service d'information et de recherche parlementaires, 2000.

10. *Loi modifiant la Loi sur les brevets et prévoyant certaines dispositions connexes*, L.R.C. 1985 (3^e supp.), c. 33, art. 8.

auparavant de 17 ans à compter de la délivrance, passe à 20 ans¹¹ à compter de la date du dépôt de la demande au Canada. De plus, le système existant permettant l'octroi de brevets pour les produits pharmaceutiques est modifié. En effet, jusqu'alors, le Canada accordait des brevets de fabrication de médicaments ainsi, le brevet visait non pas le composé chimique ou le médicament proprement dit, mais plutôt son procédé de fabrication. Dorénavant, le produit lui-même est protégé, indépendamment du procédé de fabrication utilisé¹².

À peine quelques années plus tard, soit en 1992, le gouvernement fédéral propose de modifier à nouveau la *Loi sur les brevets*. Cette fois-ci, l'industrie pharmaceutique est tout particulièrement touchée puisque le projet de loi supprime l'octroi des licences obligatoires pour les produits pharmaceutiques¹³, mais introduit une exception à une action en contrefaçon de manière à permettre à un fabricant de mettre au point une version générique d'un médicament alors même que le brevet n'est pas expiré¹⁴. La prochaine section est dévolue à l'étude de ces règles. D'une part, nous examinerons le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*¹⁵ lequel fait écho à l'abolition des licences obligatoires. D'autre part, nous constaterons l'importance du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés¹⁶ dont le mandat est de protéger les intérêts des consommateurs en

11. *Ibid.*, art. 16.

12. Margaret Smith, « Les produits pharmaceutiques et la protection accordée par les brevets », Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Service de recherche, 1993 (4 novembre 2010), en ligne : Programme de service et dépôt <<http://dsp-psd.tpsgc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/BP/bp354-f.htm>>.

13. *Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets*, L.C. 1993, c. 2, art 3.

14. *Ibid.*, art. 4.

15. *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* D.O.R.S./93-133.

16. La constitution et le mode de fonctionnement actuels du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés sont prévus aux articles 91 à 100 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, c. P-4.

assurant que les prix des médicaments brevetés ne soient pas excessifs¹⁷.

1. Les brevets et les produits pharmaceutiques

L'industrie pharmaceutique innovatrice compte sur la protection accordée par les brevets pour récupérer les frais de recherche et développement (R-D) et financer l'élaboration de nouveaux produits. Cette assertion, toujours préconisée, est réitérée dans un document récent de l'association « Les compagnies de recherche pharmaceutiques du Canada (Rx&D) » laquelle regroupe cinquante compagnies de recherche pharmaceutique au Canada¹⁸. Bien que ce retour sur investissement soit légitime, le législateur canadien était conscient de l'incidence sur les coûts de santé que peut avoir un tel monopole d'exploitation lorsqu'il a créé le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés¹⁹.

Le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés est doté d'un pouvoir quasi judiciaire²⁰. Il peut, en outre, exiger d'une société innovatrice qu'elle réduise le prix de vente de ses médicaments sur le marché canadien²¹. Cette ordonnance découle de l'analyse exécutée pour déterminer si ce prix excède une valeur calculée soit en fonction de l'augmentation du coût de la vie, soit en fonction des prix auxquels ce même médicament est vendu

17. Conseil d'examen du prix et des médicaments brevetés, « Rapport annuel 2007 » (4 novembre 2010), en ligne : CEPMB <<http://www.pmprb-cepmb.gc.ca/francais/view.asp?x=1068&all=true>> (« Mission et valeurs »).

18. Les compagnies de recherche pharmaceutique du Canada (Rx&D), « La promotion de la recherche et le développement au Canada : Une nouvelle stratégie pharmaceutique innovatrice », 2004 (30 mars 2009), en ligne : canadapharma.org <<http://www.canadapharma.org/Pubs/Innovation/RXD-GuideElection.pdf>>.

19. *Supra* note 10, art. 15; il fut prorogé en 1993 *supra* note 13, art. 7.

20. *Supra* note 4, art. 99.

21. *Ibid.*, art. 83.

dans plusieurs autres pays occidentaux²². Le pouvoir du Conseil en matière d'examen des prix s'étend à tous les médicaments brevetés pour usage humain et vétérinaire vendus au Canada. Il ne vise pas les médicaments qui ne sont pas brevetés au Canada, ni les copies génériques des médicaments brevetés. Notons que, dans son évaluation, le Conseil tient compte du prix de vente exigé par le breveté auprès des grossistes ou des hôpitaux et pharmacies. Il ne détient aucun droit de regard sur les prix de détail des médicaments. Le Conseil a la responsabilité de publier un rapport annuel sur les tendances des prix dans l'industrie pharmaceutique²³; de plus, il indique le ratio entre les dépenses en recherche et développement et les recettes tirées des ventes des produits pharmaceutiques. Ainsi, dans son *Rapport annuel 2007*²⁴, le Conseil nous informe que 1 178 médicaments brevetés pour usage humain étaient assujettis à sa compétence en matière d'examen du prix et que 64 nouveaux médicaments brevetés pour usage humain ont fait l'objet d'un rapport au Conseil. En date du 31 mars 2008, les prix de 53 nouveaux médicaments avaient été vérifiés et 47 d'entre eux ont été jugés conformes aux *Lignes directrices* alors que les prix des 6 autres médicaments étaient encore sous examen. Le Conseil nous révèle également que les ventes de médicaments brevetés au Canada ont augmenté de 3,0 % en 2007 pour atteindre la somme de 12,3 milliards de dollars. Par ailleurs, le ratio des dépenses de R-D par rapport aux recettes tirées des ventes a augmenté légèrement passant de 8,1 % en 2006 à 8,3 % en 2007; des 1 325 milliards de dollars investis en recherche-développement, 20,3 % étaient consacrés à la recherche fondamentale. Enfin, le Conseil suggère une hausse plus marquée des ventes de médicaments génériques et de médicaments de marque non brevetés que celles de médicaments brevetés puisque la part de ces dernières a chuté en 2007,

22. Le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés expose sa façon de faire dans : Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés, « Compendium des lignes directrices, politiques et procédures », 2003 (4 novembre 2010), en ligne : CEPMB <<http://www.pmprb-cepmb.gc.ca/francais/View.asp?x=1031&mp=253>>.

23. *Supra* note 4, art. 100.

24. *Supra* note 17.

passant de 68,1 % en 2006 à 66,0 % en 2007. Cette situation peut-elle s'expliquer par le régime particulier dont jouissent les compagnies de produits génériques? Pour tenter de répondre à cette question, nous examinerons les mesures ayant trait au sort réservé aux compagnies désireuses de mettre sur le marché canadien des copies des produits innovateurs.

D'entrée de jeu, il importe de se rappeler qu'une compagnie générique doit, avant d'offrir son produit sur le marché canadien, obtenir un avis de conformité du ministre de la Santé²⁵. Pour ce faire, elle doit soumettre, entre autres, les résultats d'études de bioéquivalence²⁶. Ces dernières établiront que le produit générique est un équivalent pharmaceutique d'un produit de référence canadien, habituellement un produit innovateur commercialisé au Canada²⁷. Or, un fabricant de produits génériques peut fabriquer, utiliser ou vendre un produit breveté avant l'expiration du brevet sans faire l'objet d'action en contrefaçon si cela se justifie par la préparation et la production du dossier d'information qu'obligent à fournir les lois pertinentes²⁸. D'où la possibilité pour le fabricant de produits génériques d'utiliser le produit breveté afin de procéder aux évaluations nécessaires à l'obtention d'un avis de conformité. Toutefois, pour s'assurer que les fabricants de produits génériques n'exploitent pas indûment cette éventualité, le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*²⁹ en précise les modalités d'application.

Le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* établit que le ministre de la Santé ne délivre pas un avis de conformité au fabricant de produits génériques tant que tous les brevets pertinents relatifs au médicament et figurant au Registre des brevets sont encore en vigueur³⁰. Pour qu'un brevet

25. *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., c. 870, art. C.08.002.

26. *Ibid.*, art. C.08.002.1.

27. *Ibid.*, art. C.08.001.1.

28. *Supra* note 4, art. 55.2.

29. *Supra* note 15.

30. *Ibid.*, art. 7 c).

puisse être inscrit au Registre³¹, la compagnie innovatrice doit le demander au même moment qu'elle soumet la présentation de drogue nouvelle³². Santé Canada acceptera d'inscrire le brevet au Registre si celui-ci possède au moins l'un des quatre types de revendications suivants : soit une revendication couvrant le produit, soit une revendication couvrant une composition pharmaceutique comprenant ce produit ou encore une revendication couvrant une forme de dosage ou finalement, une revendication couvrant une utilisation du produit³³. Un brevet ne comportant que des revendications de procédé de fabrication du médicament ou encore couvrant uniquement un excipient non spécifique à un composé actif ne peut être enregistré au Registre³⁴.

Si la compagnie générique souhaite obtenir une autorisation de mise en marché pour un produit couvert par un ou des brevets consignés au Registre des brevets, elle devra envoyer au fabricant innovateur un « avis d'allégation »³⁵. Ce dernier sert d'une part, à l'informer que des démarches ont été entreprises pour commercialiser la version générique de son médicament et d'autre part, à indiquer la position adoptée vis-à-vis de chacun des brevets inscrits au Registre. Le fabricant de produits génériques peut opter pour l'une des deux attitudes suivantes : soit qu'il accepte que l'avis de conformité ne soit pas délivré avant l'expiration du brevet³⁶, soit qu'il indique pourquoi il n'y a pas contrefaçon du médicament qui est copié³⁷. Dans ce dernier cas, le fabricant innovateur s'oppose habituellement à

31. Le Registre est accessible sur Internet : (4 novembre 2010), en ligne : Santé Canada <<http://webprod3.hc-sc.gc.ca/pr-rdb/start-debuter.do?lang=eng>>.

32. *Supra* note 15, art. 4 (1).

33. *Ibid.*, art. 4 (2); les différents types de revendication sont définis à l'article 2 du même règlement.

34. Damien Calvet et Catherine Geci, « La commercialisation d'un médicament au Canada 2^{ème} partie : Le Registre des brevets et avis d'allégations », (2008) 23:3 *Le Chimiste* 1.

35. *Supra* note 15, art. 5 (3).

36. *Ibid.*, art. 5 (1) a).

37. *Ibid.*, art. 5 (1) b).

l'avis d'allégation; il dispose d'un délai de 45 jours après sa réception pour saisir la Cour fédérale³⁸. Cette démarche entraîne une suspension automatique de 24 mois pendant laquelle l'avis de conformité ne peut être délivré³⁹.

L'interprétation du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* a bénéficié de l'intervention des tribunaux tant de la Cour fédérale que de la Cour suprême du Canada. Parmi ces décisions judiciaires, l'affaire *Ferring Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*⁴⁰ se doit d'être mentionnée, car le juge Hughes a offert une explication compréhensible du mode de fonctionnement du Règlement tout en intégrant l'impact des décisions récentes de la Cour suprême du Canada dont *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*⁴¹ et *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*⁴². Il ressort de son analyse que le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* comporte des dispositions précises qui visent à contrebalancer les intérêts des titulaires de brevets pharmaceutiques applicables à des médicaments novateurs et ceux des fabricants de produits génériques. Néanmoins, le Bureau de la concurrence suggère au gouvernement canadien de revoir cette réglementation pour « veiller à ce qu'un juste équilibre soit maintenu entre la protection des droits de propriété intellectuelle et l'offre concurrentielle de produits pharmaceutiques aux consommatrices et aux consommateurs canadiens »⁴³. Il déplore, entre autres, l'absence de mécanisme pour indemniser les consommateurs pénalisés par

38. *Ibid.*, art. 6 (1).

39. *Ibid.*, art. 7 (1) e).

40. *Ferring Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CF 300.

41. *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la santé)*, [2006] 2 R.C.S. 560.

42. *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533.

43. Bureau de la concurrence Canada, « Le Bureau de la concurrence répond à une plainte concernant une présumée utilisation abusive des règles canadiennes sur les brevets pharmaceutiques », Précis d'information, 2004 (3 novembre 2010), en ligne : <<http://www.cb-bc.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/00843.html>>.

des retards dans la commercialisation de produits génériques causés par des recours abusifs aux tribunaux.

2. La brevetabilité du vivant

Même si une plante n'est pas brevetable en soi puisque la protection de la propriété intellectuelle dans ce cas relève de la *Loi sur la protection des obtentions végétales*⁴⁴, les gènes ainsi que toutes les cellules génétiquement modifiées qui composent la plante peuvent être protégés par brevet. Cette affirmation a été confirmée dans une décision récente de la Cour suprême du Canada impliquant la compagnie Monsanto Canada Inc. et un fermier de la Saskatchewan, monsieur Schmeiser⁴⁵. Selon la majorité des juges, la protection accordée à Monsanto Canada Inc. porte sur un gène chimérique qui confère au canola une tolérance aux herbicides comme le *Roundup* et le brevet est jugé acceptable. À cet égard, les juges majoritaires affirment que : « [b]eaucoup d'énergie et d'argent ont été consacrés à la recherche de meilleures semences et de meilleures plantes. La *Loi sur les brevets* compense cette énergie et cet argent en conférant un monopole à ceux et celles qui les consacrent, lorsqu'il en résulte une invention nouvelle et utile en phytologie, tels les gènes et cellules génétiquement modifiés »⁴⁶. Dans ces circonstances, monsieur Schmeiser fut reconnu coupable de contrefaçon pour avoir cultivé ce produit sans licence puisque ce faisant il avait exploité l'objet de l'invention.

Cette décision s'inscrit dans le prolongement de la position adoptée depuis déjà longtemps en ce qui concerne la brevetabilité des formes de vie inférieures comme les micro-organismes. En 1982, la Commission d'appel des brevets a jugé que si la matière vivante est transformée ou modifiée par une intervention humaine, il n'existe a priori aucun obstacle à la considérer comme une

44. *Loi sur la protection des obtentions végétales*, L.C. 1990, c. 20.

45. *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902.

46. *Ibid.* au par. 90.

invention brevetable⁴⁷. Ainsi, c'est le critère de l'intervention humaine qui permet de différencier la simple découverte de l'invention et qui annihile la distinction entre la nature vivante ou non vivante de l'objet. Comme le rappelle Stefan Martin⁴⁸, ce courant favorable à la brevetabilité du vivant franchit une autre étape lorsque, la même année, la Commission d'appel des brevets admet au régime des brevets une lignée cellulaire⁴⁹.

Par contre, les animaux transgéniques ne sont pas brevetables⁵⁰ bien que les revendications portant sur des méthodes de fabrication ou des méthodes d'utilisation des mammifères non humains transgéniques soient brevetables. C'est ce qui ressort de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire de l'oncosouris de Harvard. En effet, les juges majoritaires, qui ont opté pour une analyse littérale du texte législatif plutôt que téléologique, ont décidé que l'expression « composition de matière » ne désigne pas une forme de vie supérieure qui aurait subi une modification de son code génétique. Ainsi, ils affirment que « la souris devient prédisposée au cancer grâce à l'injection de l'oncogène dans un œuf fécondé, mais le processus par lequel l'œuf fécondé devient une souris adulte est un processus complexe qui ne requiert, à aucun moment, une intervention humaine. Le corps d'une souris est formé de divers ingrédients ou substances, mais il ne comporte pas des ingrédients ou des substances qui ont été combinés ou mélangés ensemble par une personne. Je ne suis donc pas convaincu que l'expression « composition de matières » désigne une forme de vie supérieure ayant subi une telle modification de son code génétique »⁵¹. Tel est l'état du droit quant à la brevetabilité des formes de vie supérieures.

47. *Re Application of Abitibi Co.*, (1982) 62 C.P.R. (2^e) 81.

48. Stefan Martin, « Lettre du Canada : La brevetabilité des formes supérieures de vie au Canada », (2008) 29 *Propriétés intellectuelles* aux pp. 493-498.

49. *Re Application for Patent of Connaught Laboratories*, (1982) 82 C.P.R. (2d) 32.

50. *Supra* note 1.

51. *Ibid.* au par. 162.

Suite à cette décision judiciaire, le Bureau des brevets a émis, en juin 2006, un avis intitulé « Pratique du Bureau à l'égard des ovocytes fécondés, des cellules souches, des organes et des tissus »⁵² dans lequel il affirme que les animaux, quel que soit leur stade de développement, et ce, à partir de l'ovocyte fécondé, constituent des formes de vie supérieures et, par conséquent, ne sont pas brevetables. Il en va de même pour les cellules souches totipotentes puisqu'elles aussi peuvent se développer jusqu'à devenir un animal complet. En revanche, les cellules souches embryonnaires, multipotentes et pluripotentes seraient susceptibles d'être brevetées, car elles ne possèdent pas intrinsèquement cette aptitude. Cette prise de position a été retenue lors de la récente révision du chapitre 17 Biotechnologie du *Recueil des pratiques du Bureau des brevets*⁵³.

Cette section relative à la brevetabilité du vivant ne serait pas complète si nous passions sous silence les discussions qu'a entraînées l'octroi de brevets à Myriad Genetics Laboratories, Inc. pour les gènes BRCA1 et 2. En effet, en 2000 et 2001, le Bureau canadien des brevets a accordé de tels brevets qui se sont traduits par un monopole sur les gènes, mais aussi sur un test particulier de dépistage de la présence de ces gènes associés au cancer du sein. Plusieurs ont craint que cette situation ne ralentisse la recherche portant sur ces gènes en plus de restreindre l'accès au programme de dépistage. Pour une, la Société canadienne du cancer a pris position. Elle « demande aux gouvernements fédéral et provinciaux l'assurance que les Canadiennes qui requièrent des tests prédictifs pour les gènes BRCA1 et 2 aient accès à des tests de grande qualité »⁵⁴. De plus, elle exige « que les gouvernements

52. Office de la propriété intellectuelle du Canada, « Avis sur les brevets - Pratique du Bureau à l'égard des ovocytes fécondés, des cellules souches, des organes et des tissus », 2006 (3 novembre 2010), en ligne : Office de la propriété intellectuelle du Canada <<http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/wr00295.html>>.

53. *Supra* note 7 à la p. 17-2.

54. Société canadienne du cancer, « Octroi de brevets protégeant les gènes BRCA1 et 2 » (3 novembre 2010), en ligne : Société canadienne du cancer <<http://www.cancer.ca/Canadawide/How%20you%20can%20help/Tak>>.

provinciaux entreprennent de contester la portée des revendications liées à ces brevets et la façon dont ces derniers sont mis en application »⁵⁵. Cette requête fait écho à la démarche de Myriad pour enjoindre aux gouvernements provinciaux de cesser d'utiliser d'autres méthodes de dépistage que le test particulier que cette compagnie a mise au point. Le Comité consultatif canadien de la biotechnologie a contribué à la réflexion suscitée par cet état des choses. Il a produit un rapport dans lequel il propose, entre autres, la mise sur pied d'un groupe de travail mixte chargé d'étudier les orientations et les priorités de futures recherches empiriques sur l'interaction de l'octroi de brevet et le secteur des services de santé⁵⁶.

Si l'accès aux produits brevetés du secteur de la santé provoque des questionnements et amène des prises de position lorsqu'il s'agit de la situation canadienne, il est certes intéressant de considérer ce qui fut adopté pour aider les pays en voie de développement.

3. Les relations Nord-Sud

Le Canada a été le premier pays à mettre en œuvre la décision de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)⁵⁷ en créant un régime qui permet l'octroi d'une autorisation à des fabricants qui veulent exporter des versions génériques de médicaments toujours protégés par un brevet vers certains pays moins développés. Le Régime canadien d'accès aux médicaments⁵⁸

e%20action/Advocacy%20what%20were%20doing/Gene%20patenting/Breast%20cancer%20genes.aspx?sc_lang=fr-CA>.

55. *Ibid.*

56. Conseil consultatif canadien de la biotechnologie, *Le matériel génétique humain, la propriété intellectuelle et le secteur de la santé*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2006 à la p. 35.

57. *Mise en œuvre du paragraphe 6 de la déclaration de Doha sur l'accord sur les ADPIC et la santé publique* WT Déc. L/540 (4 novembre 2010) en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/implem_para6_f.htm>.

58. Disponible sur Internet à l'adresse suivante : (3 novembre 2010), en ligne : Régime canadien d'accès aux médicaments <<http://www.camr->

est entré en vigueur le 14 mai 2005⁵⁹. Cette initiative a nécessité des modifications à la *Loi sur les brevets*⁶⁰ et à la *Loi sur les aliments et drogues*⁶¹. Dans ce dernier cas, les nouvelles dispositions visent, entre autres, à s'assurer que les produits exportés sont assujettis aux mêmes normes de qualité et de sécurité que les produits mis sur le marché canadien⁶².

Pour sa part, la *Loi sur les brevets*⁶³ a été modifiée par l'ajout d'une section intitulée « Usage de brevets à des fins humanitaires internationales en vue de remédier aux problèmes de santé publique », laquelle est composée des articles 21.02 à 21.2. Sa finalité est clairement énoncée à son premier article, soit « faciliter l'accès aux produits pharmaceutiques nécessaires pour remédier aux problèmes de santé publique touchant de nombreux pays en voie de développement et pays les moins avancés, en particulier ceux résultant du VIH/SIDA, de la tuberculose, du paludisme et d'autres épidémies »⁶⁴. Les modalités pour atteindre cet objectif louable sont exposées aux articles suivants.

Ainsi, les médicaments brevetés qui peuvent faire l'objet d'une demande en vertu du Régime sont énumérés à l'annexe 1 de la *Loi*⁶⁵. Cette liste correspond à la liste des médicaments essentiels dressée par l'Organisation mondiale de la santé⁶⁶. Or,

rcam.gc.ca/index_f.html>. Ce Régime a d'ailleurs fait l'objet d'une étude dans le cadre d'une maîtrise. Voir Juliana Micai Lanza, *L'accès aux médicaments au Brésil: le droit comme source et solution du problème*, Montréal, Thémis, 2009 à la p. 203.

59. *Loi modifiant la Loi sur les brevets et la Loi sur les aliments et drogues*, L.C. 2004, c. 23.

60. *Supra* note 4.

61. *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. 1985, c. F-27.

62. *Ibid.*, art. 37(2).

63. *Supra* note 4.

64. *Ibid.*, art. 21.01.

65. *Ibid.*, art. 21.03.

66. Ogilvy Renault, « Le Canada modifie la loi sur les brevets afin de permettre des licences obligatoires pour l'exportation de produits pharmaceutiques », 2004 (4 novembre 2010), en ligne : Ogilvy Renault <http://www.ogilvyrenault.com/files/canadaammendspatentlaw01jul04_FRENCH.pdf>. Pour de plus amples informations sur la liste de l'OMS

sur recommandation du ministre de l'Industrie et du ministre de la Santé, le gouverneur en conseil peut modifier l'annexe 1 par décret. Un comité consultatif a été mis sur pied en avril 2006⁶⁷ pour conseiller les ministres à cet égard.

Par ailleurs, les pays qui sont admissibles au Régime à titre d'importateurs sont identifiés dans trois annexes de la *Loi sur les brevets*. À l'annexe 2 se retrouvent les pays considérés comme les moins avancés selon les Nations Unies et qui ont déclaré leur intention d'importer des produits pharmaceutiques au sens de la Loi canadienne. L'annexe 3, pour sa part, mentionne les pays membres de l'OMC qui ne figurent pas à l'annexe 2 et qui ne se sont pas abstenus de participer au système. Enfin, l'annexe 4 réfère aux pays qui ont décidé de n'importer des produits brevetés qu'en cas d'urgence ou d'extrême urgence⁶⁸.

La loi canadienne est exigeante quant aux informations à inclure dans la demande d'une licence pour exporter un produit breveté⁶⁹. L'usage de l'invention brevetée ne peut être autorisé que si certaines conditions et formalités sont respectées. Tout d'abord, le ministre de la Santé doit notifier le commissaire aux brevets de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC)⁷⁰ que la version du produit pharmaceutique nommée dans la demande satisfait aux exigences de la *Loi sur les aliments et drogues et de ses règlements*⁷¹. Soulignons que la version générique destinée à l'exportation doit être marquée, étiquetée et emballée différemment de la version vendue au Canada par le titulaire du brevet⁷². Par

voir : « Médicaments essentiels », juin 2010 (3 novembre 2010), en ligne : OMS <<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs325/fr/index.html>>.

67. *Supra* note 58.

68. *Supra* note 4, art.21.03(3), soulignons que les trois annexes peuvent être modifiées, par décret, par le gouverneur en conseil sur recommandation du ministre des Affaires étrangères, du ministre du Commerce international et du ministre de la Coopération internationale.

69. *Ibid.*, art. 21.04 (2).

70. *Ibid.*, art. 21.04 (3) b).

71. *Supra* note 61; *supra* note 25, art. C.07.004.

72. *Supra* note 4, art. 21.04 (3) b; *supra* note 25, art. C.07.008.

ailleurs, la compagnie qui demande la licence doit avoir tenté, sans succès, d'obtenir une licence volontaire du breveté aux fins d'exportation du produit vers le pays mentionné dans la demande, et ce, à des conditions raisonnables⁷³.

Alors, le commissaire aux brevets avise le breveté de toute licence accordée à l'égard de son invention. Cette licence est, néanmoins, assujettie à certaines conditions, dont les suivantes⁷⁴ : elle sera valide pour une période de deux ans, à compter de la date de son octroi⁷⁵, mais elle pourra être renouvelée pour la même période une seule fois⁷⁶. De plus, la quantité de produits dont la fabrication est autorisée sera limitée⁷⁷ et l'usage de l'invention brevetée ne peut être exclusif, c'est-à-dire que le titulaire du brevet peut continuer à utiliser le brevet à des fins commerciales pendant la durée de l'autorisation. Finalement, le titulaire de l'autorisation doit créer un site Internet⁷⁸ et évidemment, il doit verser au breveté une redevance. Cette dernière est déterminée par le *Règlement sur l'usage de produits brevetés à des fins humanitaires internationales*⁷⁹. Selon la formule prévue, les redevances sont calculées en multipliant la valeur pécuniaire de l'accord d'approvisionnement intervenu entre le titulaire de l'autorisation et le pays importateur par un chiffre qui fluctue suivant le rang numérique qu'occupe ce pays sur l'indicateur de développement humain des Nations Unies (IDHNU). D'après la formule, la redevance serait de l'ordre de centièmes de un pour cent pour les pays apparaissant aux rangs les plus bas et de près de 4 % pour les pays situés aux rangs les plus élevés de

73. *Supra* note 4, art. 21.04 (3) c.

74. *Ibid.*, art. 21.05.

75. *Ibid.*, art. 21.09.

76. *Ibid.*, art. 21.12.

77. *Supra* note 4, art. 21.05 (2), la quantité ne peut être supérieure à la plus petite des quantités suivantes : a) la quantité maximale mentionnée dans la demande, b) la quantité mentionnée dans l'avis donné par le pays importateur au Conseil des ADPIC ou au gouvernement du Canada.

78. *Supra* note 4, art. 21.06.

79. *Ibid.*, art. 21.08; *Règlement sur l'usage de produits brevetés à des fins humanitaires internationales*, D.O.R.S./2005-143, art. 8.

l'IDHNU⁸⁰. Cependant, la Loi établit que la Cour fédérale peut, sur demande du breveté, prévoir le versement d'une redevance supérieure à celle calculée à partir du Règlement⁸¹. Le tribunal ne peut rendre une telle ordonnance que s'il est convaincu que la redevance établie selon les modalités du Règlement n'est pas une rémunération adéquate pour l'usage de l'invention⁸².

Malgré la situation désastreuse des pays en voie de développement, c'est seulement en 2007 qu'une demande de licence obligatoire a été faite⁸³. En effet, le 17 juillet 2007, le Rwanda a notifié l'Organisation mondiale du commerce qu'il avait l'intention d'importer 260 000 boîtes de *TriAvir* sur deux (2) ans⁸⁴. Le 19 septembre 2007, le commissaire aux brevets de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada a accordé à la compagnie canadienne Apotex Inc. l'autorisation de fabriquer le produit mentionné, aux fins d'exportation vers le Rwanda⁸⁵, un pays dont le nom figure à l'annexe 2 de la *Loi sur les brevets*⁸⁶. Le 4 octobre 2007, le Canada a notifié l'Organisation mondiale du commerce⁸⁷,

80. Ogilvy Renault, « Entrée en vigueur de la nouvelle loi canadienne permettant les licences obligatoires pour l'exportation de produits pharmaceutiques », 2005 (4 novembre 2010) en ligne : Ogilvy Renault <http://www.ogilvyrenault.com/fr/centreDeResources_1202.htm?searchResult=true>.

81. *Supra* note 4, art. 21.08 (4), (5).

82. *Ibid.*, art. 21.08 (7).

83. John W. Boscariol *et al.*, « Le Canada est le premier pays à accorder une licence obligatoire pour l'exportation d'un médicament générique sous l'égide de l'OMC », 2007 (3 novembre 2010), en ligne : McCarthy Tétrault <http://www.mccarthy.ca/fr/article_detail.aspx?id=3712>.

84. Organisation mondiale du commerce, « Notification des membres de l'OMC importateurs » (3 novembre 2010), en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/public_health_notif_import_f.htm>.

85. Office de la propriété intellectuelle du Canada, « Le commissaire aux brevets autorise la fabrication d'un médicament antiviral pour le Rwanda », 2007 (3 novembre 2010), en ligne : OPIC <<http://www.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/wr01236.html>>.

86. *Supra* note 4.

87. Organisation mondiale du commerce, « Notification des membres de l'OMC exportateurs » (3 novembre 2010), en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/public_health_notif_export_f.htm>.

l'informant qu'il avait autorisé une compagnie à fabriquer une version générique d'un médicament encore breveté à des fins d'exportation en accord avec les dispositions adoptées par l'Organisation mondiale du commerce⁸⁸. Ces deux notifications, tant celle du pays importateur que celle du pays exportateur, étaient nécessaires pour bénéficier de ce régime spécial.

Ainsi, pour une période de deux (2) ans, le médicament *ApoTriavir*, qui combine trois composés brevetés soit la zidovudine, la lamivudine et la névirapine⁸⁹, sera fabriqué au Canada par la compagnie Apotex Inc. et exporté au Rwanda⁹⁰. GlaxoSmithKline (GSK), qui détient le brevet concernant deux des antirétroviraux soit la lamivudine et la zidovudine, a accepté de renoncer à ses redevances pourvu que l'antirétroviral générique soit fourni dans un but non lucratif⁹¹. Quant à la compagnie Boehringer Ingelheim qui possède le brevet relatif au troisième composé, elle a offert « une licence volontaire libre de redevances

Organisation mondiale du commerce, « Le Canada est le premier à notifier une licence obligatoire pour l'exportation d'un médicament générique », 2007 (3 novembre 2010), en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/news_f/news07_f/trips_health_notif_oct07_f.htm>.

88. *Supra* note 57.

89. Information diffusée sur le site Internet de la compagnie APOTEX à l'effet que : « Apo-TriAvir is a combination of 300mg Zidovudine, 150mg Lamivudine and 200mg Nevirapine and is indicated for the treatment of HIV infection », Voir : Apotex, « Apo-TriAvir : Canada's Acces to Medicines Regime Program » (4 novembre 2010), en ligne : Apotex <<http://www.apotex.com/apotriavir/default.asp>>.

90. APOTEX, « Un médicament nécessaire à la survie des personnes atteintes du sida en Afrique obtient une autorisation définitive de mise en circulation », 2007 (30 mars 2009), en ligne : Apotex <<http://www.apotex.com/ca/fr/aboutapotex/pressreleases/20070920.asp>>.

91. Groupe CNW, « GSK autorise la fabrication d'une version générique d'un médicament contre le VIH/sida destinée au Rwanda en vertu du Régime canadien d'accès aux médicaments », 2007 (4 novembre 2010), en ligne : CNW <<http://www.newswire.ca/fr/releases/archive/August2007/08/c4909.html>>.

pour la fabrication et l'exportation vers le Rwanda de produits contenant de la névirapine »⁹².

Cette première expérience illustre, selon certains, que le système canadien est lourd et très bureaucratique. Bien que le Réseau juridique canadien VIH/sida ait accueilli favorablement l'octroi de la licence pour l'exportation de l'antiviral *ApoTriavir*, il déplore qu'il ait fallu trois ans pour répondre à une seule demande pour un seul médicament⁹³. Il avait à maintes reprises souligné plusieurs lacunes, dont l'exigence quant à la qualité du produit exporté; selon lui, ceci représente un obstacle additionnel à la fourniture de médicament. Pour y remédier, il promeut la nécessité pour Santé Canada d'être plus souple dans l'approbation des versions génériques destinées aux pays nécessiteux⁹⁴. Il avait également revendiqué l'élimination de la durée de la licence, limite arbitraire qui méconnaîtrait les difficultés rencontrées pour obtenir une telle licence⁹⁵. Cette mesure a été aussi proposée par le Groupe pour l'accès mondial aux traitements dans son mémoire

92. Boehringer Ingelheim (Canada) Ltd., Communiqué « Boehringer Ingelheim offre à Apotex une licence d'exportation du produit breveté de névirapine de BI à des conditions plus favorables que celles requises par la législation canadienne », (août 2007), en ligne : boehringer-ingelheim <[http : //www.boehringer-ingelheim.ca/francais/news/2007/2007-08-27.asp](http://www.boehringer-ingelheim.ca/francais/news/2007/2007-08-27.asp)>.

93. Actions traitements, « Une toute première licence obligatoire octroyée en vertu du régime canadien d'accès aux médicaments », 2007 (4 novembre 2010), en ligne : actions traitements <<http://www.actions-traitements.org/spip.php?breve3811>>.

94. Réseau juridique canadien VIH/sida et Coalition interagence sida et développement, « La Loi de l'engagement de Jean Chrétien envers l'Afrique et son impact sur l'amélioration de l'accès aux traitements anti-VIH/sida dans les pays en développement », 2006 (4 novembre 2010), en ligne : Réseau juridique canadien VIH/Sida <<http://www.aidslaw.ca/publications/publicationsdocFR.php?ref=584>>.

95. Richard Elliott, « Passons aux actes : Le Canada tiendra-t-il promesse? Commentaire sur la loi du Canada en matière d'exportation de médicaments génériques », 2006 (4 novembre 2010), en ligne : Réseau juridique canadien VIH/Sida <<http://www.aidslaw.ca/publications/publicationsdocFR.php?ref=611>>.

à l'intention du gouvernement du Canada⁹⁶. À la même occasion, ce Groupe avait suggéré de ne pas lister les médicaments qui peuvent faire l'objet d'une demande de licence obligatoire et dès lors, d'éliminer l'Annexe 1. Le *Journal de l'Association médicale canadienne* reprend les propos d'organisations non gouvernementales comme Médecins sans Frontières, qui abondent dans le même sens⁹⁷. Si tous saluent l'initiative du gouvernement canadien, chacun y va de ses suggestions pour bonifier le Régime canadien d'accès aux médicaments⁹⁸.

Ce survol de la situation canadienne et québécoise nous permet de constater que le législateur est désireux d'aménager des règles qui reconnaissent à la fois l'invention et le travail qu'elle nécessite tout en essayant d'assurer à la population, nationale et internationale, un accès aux produits brevetés de façon à ce qu'elle puisse en bénéficier. Force est de constater que, malheureusement, des tensions persistent. Néanmoins, il faut se réjouir du chemin déjà parcouru.

-
96. Groupe pour l'accès mondial aux traitements, « Livrer la marchandise, tel que promis : réformer le régime canadien d'accès aux médicaments », 2007 (4 novembre 2010), en ligne : Réseau juridique canadien VIH/Sida < <http://www.aidslaw.ca/publications/publicationsdocFR.php?ref=662>>.
97. Laura Eggertson, « Cheaper HIV/AIDS drugs coming », en ligne : (2004) 170 Canadian Medical Association Journal 13 à la p. 1905 <<http://www.cmaj.ca/cgi/content/full/170/13/1905>>.
98. Richard Elliott, « Livraison tardive – Première mondiale par le Régime canadien d'accès aux médicaments », en ligne : (2008) 13 Revue VIH/SIDA, Droit et Politiques 1, aux pp. 5-13 <<http://www.aidslaw.ca/publications/interfaces/downloadFile.php?ref=1346>>.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA PERSONNE EN FIN DE VIE : LE REGARD DU DROIT CIVIL DU QUÉBEC

Auteur(s) : Suzanne PHILIPS-NOOTENS

Revue : RDUS, 2009-2010, volume 40, numéro 1-2

Pages : 327-364

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10454>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10454>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

LA PERSONNE EN FIN DE VIE : LE REGARD DU DROIT CIVIL DU QUÉBEC

par Suzanne PHILIPS-NOOTENS*

Les décisions de fin de vie font l'objet d'un vaste débat social dans plusieurs pays occidentaux. Le présent texte porte sur les décisions relevant du seul droit civil du Québec et ne traite donc pas de l'euthanasie ou de l'aide au suicide. Après un rappel du cadre normatif général touchant à l'inviolabilité de la personne et au consentement aux soins médicaux, est abordée la situation spécifique du patient en fin de vie. S'impose alors, à l'égard de la poursuite ou de l'arrêt de traitement, le respect de la volonté de la personne majeure apte. Celle-ci peut également exprimer son autonomie par le biais de directives de fin de vie, dont les avantages et les limites sont analysées. Si la personne est mineure ou majeure inapte, la recherche de son meilleur intérêt doit guider le tiers habilité à décider pour elle et, s'il y a lieu, le tribunal. Abordant ensuite les soins palliatifs, l'auteure souligne leur portée, les ressources extrêmes qu'ils peuvent offrir en toute légalité et la richesse humaine unique qui les caractérise. Elle se demande s'il faut vraiment aller plus loin et légitimer l'acte de donner la mort.

There is an ongoing debate in many Western countries concerning end-of-life decisions. The article deals with this type of decision in the context of Quebec civil law and does not discuss issues of euthanasia or of assisted suicide. After presenting an overview of the normative framework pertaining to the inviolability of the person and consent to medical treatment, the text deals with the specific situation of persons at the end-of-life. Decisions made by capable adults concerning the continuation or the cessation of treatment must be respected. These decisions may be expressed by means of end-of-life directives, the advantages and limits of which are then analyzed. If the person is a minor or an incapable adult, the deciding factor for those authorized to decide on his or her behalf, including the courts, must be the best interests of the individual. Dealing next with palliative care, emphasis is placed on the scope of treatments available, the vast resources which may be legally offered while ensuring that the dignity of the person is respected. The writer questions whether it is truly necessary to go further and to legalize certain forms of euthanasia or assisted suicide.

*. Professeure titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke. Nous remercions vivement M. Michaël Gagnon, professionnel de recherche, pour sa fidèle collaboration.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	329
I. L'EXERCICE DES DROITS CIVILS DANS LES SOINS DE SANTÉ : LE CADRE NORMATIF GÉNÉRAL.....	330
1. L'inviolabilité de la personne, un droit fondamental protégé par son autonomie.....	330
2. Le mineur et le consentement aux soins de santé	333
3. Le majeur inapte et le consentement aux soins de santé.....	337
II. LA SITUATION DU PATIENT EN FIN DE VIE	342
1. La personne apte à décider : le respect de sa volonté.....	342
2. Les directives de fin de vie	344
3. La décision prise pour autrui : la recherche du meilleur intérêt du mineur ou du majeur inapte	353
II. LES DÉCISIONS DE FIN DE VIE : LES LIMITES IRRÉDUCTIBLES	356
1. Les soins palliatifs ou soins de fin de vie	356
2. Une frontière si ténue	359
CONCLUSION	363

INTRODUCTION

Les décisions de fin de vie, entendues au sens large, relèvent, au Québec et au Canada, de deux niveaux de compétences. En effet, en vertu de l'article 91 paragraphe 27 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹, « l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à [...] la loi criminelle, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle ». Les actes prohibés que sont actuellement l'euthanasie (euthanasie active directe ou meurtre par compassion) et le suicide assisté relèvent ainsi du *Code criminel*, qui s'applique dans tout le Canada. Sont, par contre, des sujets soumis au contrôle exclusif de la province, en vertu de l'article 92 paragraphe 13, « la propriété et les droits civils dans la province ». Les droits touchant aux soins de santé, toutes les questions de consentement et de respect de la volonté du patient, capable ou incapable, incluant les décisions de fin de vie, les régimes de protection du mineur et du majeur inapte, sont régis par le droit civil du Québec. Nous y retrouvons donc, notamment, l'interruption de traitement (encore appelée parfois euthanasie passive, expression à éviter de nos jours, car elle prête à confusion) et le traitement de la douleur avec toutes ses implications (notamment la notion d'acte à double effet, encore qualifié parfois d'euthanasie active indirecte).

Le présent texte aborde ce volet proprement civiliste du rapport soumis à l'Association Henri Capitant en vue des Journées suisses 2009². Après un rappel du cadre normatif général, nous aborderons plus spécifiquement la situation du patient en fin de vie pour nous pencher, en terminant, sur la justification possible d'une limite à ne pas franchir.

1. *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, art. 91 (27).

2. Il ne traite donc pas de l'euthanasie active ni de l'aide au suicide qui relèvent de la compétence fédérale.

I. L'EXERCICE DES DROITS CIVILS DANS LES SOINS DE SANTÉ : LE CADRE NORMATIF GÉNÉRAL

L'article 4 du *Code civil du Québec* édicte : « Toute personne est apte à exercer pleinement ses droits civils », sous réserve de l'existence d'un régime de représentation prévu par la loi. La pleine capacité est donc la règle, et l'incapacité, l'exception. Le *Code* établit une distinction claire entre la capacité légale, qui se constate objectivement, et l'aptitude, qui est une situation de fait, à savoir la possibilité d'exprimer une volonté saine à l'égard de tout acte ayant une portée juridique, notamment un consentement aux soins de santé³.

1. L'inviolabilité de la personne, un droit fondamental protégé par son autonomie

Le droit de toute personne à son inviolabilité est garanti par la *Charte des droits et libertés de la personne*⁴ et par le *Code civil du Québec*⁵. En conséquence, nul ne peut lui porter atteinte sans obtenir au préalable son consentement libre, c'est-à-dire exempt de toute contrainte indue, et éclairé, c'est-à-dire fondé sur toute l'information pertinente à la décision du patient en tenant compte de sa situation propre. L'obligation d'obtenir ce consentement incombe au médecin en vertu du *Code civil du Québec*⁶, de la *Loi*

-
3. Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *La Responsabilité civile*, 7^e éd., vol. 2, Cowansville, Yvon Blais, 2007 à la p. 56, n° 2-56; Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, 2^e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 2005 à la p. 204, n° 217; Lucie Laflamme, Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *Le mandat donné en prévision de l'incapacité – De l'expression de la volonté à sa mise en œuvre*, Cowansville, Yvon Blais, 2008 aux pp. 36 et ss.; Édith Deleury et Dominique Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 4^e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 2008 à la p. 383, n° 435-437.
 4. L.R.Q. c. C-12, art. 1 : « Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne. »
 5. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 10, al.1 [C.c.Q.] : « Toute personne est inviolable et a droit à son intégrité ».
 6. Art. 10, al. 2 et 11 C.c.Q. L'exception prévue pour les situations d'urgence (art. 13 C.c.Q.) n'est pas pertinente au sujet précis traité ici.

sur les services de santé et les services sociaux⁷ et de son *Code de déontologie*, qui a valeur réglementaire⁸. L'autonomie du patient est ainsi formellement consacrée en un droit quasi-constitutionnel au Québec. S'y ajoute, au plan national, le droit constitutionnel à la liberté de sa personne en vertu de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁹. Les exceptions à l'autonomie de la personne doivent être spécifiquement prévues par la loi¹⁰.

Un patient possédant la pleine capacité d'exercice de ses droits (c'est-à-dire toute personne majeure¹¹ ou mineure pleinement émancipée¹²) et apte (l'aptitude est présumée¹³) à donner un consentement valide doit voir sa volonté respectée, qu'il accepte ou refuse les soins proposés, et ce, même si sa décision peut sembler déraisonnable aux yeux des tiers. Il est seul juge des motifs qui l'animent, en fonction des valeurs qui lui sont propres, de la façon dont il voit sa qualité de vie et apprécie les bienfaits et les risques des traitements proposés¹⁴. Sa volonté doit prévaloir en

7. L.R.Q. c. S-4.2, art. 9.

8. *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q. 1981, c. M-9, r. 4.1, art. 28, 29. Ce code est édicté en vertu de l'article 87 du *Code des professions*, L.R.Q. c. C-26.

9. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11 : « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne [...] ». Cette Charte, contrairement à la Charte québécoise, fait partie intégrante de la Constitution.

10. Ainsi en est-il de la *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui*, L.R.Q. c. P-38.001 et des articles 26 à 31 du *Code civil du Québec* pour ce qui touche à l'examen psychiatrique et à la garde en établissement en cas de maladie mentale. D'autres exceptions à l'autonomie relèvent de la *Loi sur la santé publique*, L.R.Q. c. S-2.2.

11. Ayant atteint l'âge de 18 ans : *C.c.Q.*, *supra* note 5, art. 153.

12. *C.c.Q.*, *supra* note 5, art. 176.

13. Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *supra* note 3 à la p. 204, n° 217; Lucie Laflamme, Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *supra* note 3 à la p. 37.

14. Pour une étude exhaustive sur la question du consentement aux soins requis par l'état de santé, voir notamment Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *ibid.* Deuxième partie, Titre I, Chapitre II; Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *supra* note 3 aux pp. 45 et ss., n° 2-43 et ss.; Suzanne Philips-Nootens, Pauline Lesage-Jarjoura et Robert P.

toute circonstance, qu'il s'agisse d'un traitement ordinaire, de la phase terminale d'une maladie comme nous le verrons plus loin, d'une maladie irréversible non terminale, d'un état chronique. Il en est de même dans une situation d'urgence : ainsi en est-il du témoin de Jéhovah refusant toute transfusion de sang alors que celle-ci est susceptible de lui sauver la vie¹⁵. Cette personne ne cherche pas la mort, mais refuse seulement un moyen de traitement contraire à ses croyances religieuses et son droit à l'autonomie l'emporte sur l'obligation du médecin de la sauver¹⁶.

Kouri, *Éléments de responsabilité civile médicale, Le droit dans le quotidien de la médecine*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2007, Titre II, Chapitre I.

15. Un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario illustre parfaitement cette situation et la décision serait la même au Québec: *Malette c. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417 (C.A.). Une dame arrive inconsciente à l'urgence à la suite d'un grave accident de voiture. Une infirmière trouve dans ses papiers une carte signée, indiquant sa qualité de témoin de Jéhovah et le refus explicite de toute transfusion de sang. Mis au courant, le Dr Shulman procède malgré tout, personnellement, à la transfusion devenue indispensable pour sauver la vie de sa patiente, les autres solutés n'ayant pas suffi à combattre son état de choc. Mme Malette se rétablit par la suite. La poursuite intentée contre le Dr Shulman (et d'autres défendeurs) entraîne la condamnation du médecin seul, la carte de témoin de Jéhovah de Mme Malette ayant clairement et valablement exprimé sa volonté. Les témoins de Jéhovah sont très présents en Amérique du Nord, notamment, et très organisés. Ils disposent d'une documentation très abondante et scientifiquement très à jour sur les techniques médicales permettant d'éviter l'utilisation du sang, et d'une liste de médecins et chirurgiens prêts à coopérer en ce sens. Ils ont un numéro d'urgence accessible 24 heures par jour. Chaque région, via son comité de liaison hospitalier, possède un responsable pour les soins hospitaliers et celui-ci intervient dès qu'un membre doit se rendre à l'hôpital. Chaque témoin a sur lui une carte spécifiant son refus de toute transfusion sanguine, même s'il risque ainsi sa santé ou même sa vie, et exonérant le médecin de toute responsabilité à cet égard. La validité de celle-ci ayant, par le passé, été mise en cause, ladite carte est désormais renouvelée chaque année et signée par deux témoins. Voir Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *ibid.* aux pp. 346 et ss., n° 376-378; Suzanne Philips-Nootens, Pauline Lesage-Jarjoura et Robert P. Kouri, *ibid.* aux pp. 200 et ss., n° 242-244.
16. *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 4, art. 2; *Code de déontologie des médecins*, *supra* note 8, art. 34, 38.

Ce droit du patient, dûment informé, de refuser un traitement, quel qu'il soit, même au risque de la vie, n'est plus controversé au Québec ni au Canada¹⁷.

2. Le mineur et le consentement aux soins de santé

Le mineur est frappé d'une incapacité générale d'exercice¹⁸. Cependant, une distinction fondée sur son âge s'impose ici.

2.1 En effet, le législateur québécois attribue au mineur âgé de 14 ans et plus une « capacité spéciale » lui permettant de consentir seul aux soins requis par son état de santé¹⁹. Si ce mineur refuse de tels soins et si les parents ou un tiers contestent sa décision, il faut s'adresser au tribunal qui, seul, a dès lors le pouvoir de les autoriser²⁰. Appelé à statuer sur une telle demande, le juge prend l'avis du mineur lui-même, du titulaire de l'autorité parentale, d'experts s'il y a lieu et, éventuellement, de toute autre personne qui manifeste pour le mineur un intérêt particulier²¹. Dans la cause *Protection de la jeunesse-884*, une

17. Voir également plus loin, section II, la situation du patient en fin de vie.

18. *C.c.Q.*, *supra* note 5, art. 153.

19. *C.c.Q.*, *supra* note 5, art. 14, al. 2. Le titulaire de l'autorité parentale doit seulement être informé si l'état de l'adolescent requiert une hospitalisation de plus de 12 heures. Il va de soi que celui-ci doit également être apte à donner un consentement valide; dans le cas contraire, l'autorité parentale reprend ses droits. Le mineur émancipé (âgé d'au moins 16 ans) jouit de la même latitude qu'un majeur à l'égard des soins de santé : même en cas de simple émancipation, il cesse d'être sous l'autorité de ses père et mère pour être seulement assisté dans la gestion de ses biens d'importance : *C.c.Q.*, *supra* note 5, art. 167, 171, 175, 176. L'émancipation n'est pas un processus fréquent au Québec. La qualification des soins comme étant requis par l'état de santé est d'une importance capitale. Les autres types de soins n'étant pas requis par l'état de santé de la personne (notamment la chirurgie esthétique, la stérilisation contraceptive, le don d'organe, la participation à une expérimentation scientifique), ils sont régis différemment. Voir notamment Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *supra* note 3 à la p. 58, n° 2-58; Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *supra* note 3 aux pp. 384, 388, n° 435, 439.

20. *C.c.Q.*, *supra* note 5, art. 16, al. 2.

21. *C.c.Q.*, *supra* note 5, art. 23.

jeune fille de 14 ans, atteinte d'une grave scoliose de la colonne vertébrale, refuse l'intervention chirurgicale car elle est persuadée que le Dieu de son Église évangélique va la guérir sans douleur, et ses parents disent respecter sa décision. Le tribunal, la considérant toutefois comme inapte en raison de ses croyances irréalistes, ordonne l'intervention²².

Dans une situation d'urgence, par contre, le consentement du titulaire de l'autorité parentale suffit pour passer outre au refus du mineur²³. Mais si les parents appuient ce refus, par exemple si la famille est témoin de Jéhovah, il faut faire appel au juge qui ordonnera l'intervention²⁴.

Le fait de fonder cette capacité spéciale du mineur sur un âge précis pourrait-il prêter à contestation²⁵? Dans les autres

-
22. *Protection de la jeunesse-884*, [1998] R.J.Q. 816 (C.S.). L'autorisation du tribunal devient indispensable même une fois l'incapacité de la jeune fille décrétée, puisque les parents refusent aussi l'intervention et que ce refus n'est pas dans le meilleur intérêt de l'enfant. Dans le même sens : *Allan Memorial Institute c. McIntosh*, 1999-15815 (C.S.) (REJB) (15 ans, refus de soins psychiatriques); *Protection de la jeunesse-599*, [1993] R.J.Q. 611 (C.A.) (17 ans, dépression psychotique, inapte, consentement du père); *Hôpital Sainte-Justine c. Giron et al.*, [2002] R.D.F. 732 (C.S.) (refus anticipé de transfusion sanguine par une jeune témoin de Jéhovah de 15 ans qui doit être opérée). Suzanne Philips-Nootens, Pauline Lesage-Jarjoura et Robert P. Kouri, *supra* note 14 aux pp. 230 et ss., n° 271 et ss.
 23. *C.c.Q.*, *supra* note 5, art. 16, al. 2 : la situation d'urgence s'entend comme une menace réelle et immédiate contre la vie ou l'intégrité du mineur.
 24. L'institution se charge de cette démarche auprès d'un juge de garde s'il y a lieu. En cas d'urgence extrême, le médecin procède sans plus attendre, car la position des tribunaux sur la sauvegarde de la vie des mineurs est bien connue, et les autorités de l'hôpital contactent le juge dès que possible.
 25. Robert P. Kouri et Charlotte Lemieux, « Les Témoins de Jéhovah et le refus de certains traitements : problèmes de forme, de capacité et de constitutionnalité découlant du *Code civil du Québec* » (1995) 26 R.D.U.S. 77 : les auteurs soulèvent la question de la discrimination fondée sur l'âge et de la constitutionnalité des exigences du *Code civil* au regard des Chartes canadienne et québécoise; Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *supra* note 3 aux pp. 395 et ss., n° 448 et ss. et la

provinces canadiennes, régies par la *common law*, le discernement du mineur, sa qualité de « *mature minor* », joue un rôle prépondérant. La Cour suprême du Canada s'est prononcée tout récemment sur le refus d'une jeune fille, âgée de 14 ans et 10 mois, de recevoir les transfusions sanguines nécessaires en raison d'hémorragies internes causées par sa maladie de Crohn²⁶. Membre des témoins de Jéhovah, la jeune patiente a vu sa maturité et le caractère éclairé de sa décision attestés par les psychiatres. Cependant, la loi du Manitoba ne crée une présomption de capacité que pour les adolescents âgés d'au moins 16 ans. Confirmant les décisions des tribunaux inférieurs, la plus haute Cour juge constitutionnelles²⁷ les dispositions de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*²⁸ du Manitoba qui permettent le recours au tribunal pour évaluer la décision de l'adolescent de moins de 16 ans : sont pris en compte, dans une analyse globale de son intérêt, outre la capacité du jeune, son discernement, son opinion, ses croyances profondes, la nature, le but et l'utilité du traitement médical recommandé, les risques encourus et les bénéfices attendus ainsi que tout l'impact que peut avoir son environnement social²⁹. Dans la situation en litige, le devoir de l'État de protéger la jeune personne vulnérable l'emporte sur l'exercice, par cette dernière, de son autonomie dans la prise de décision de soins.

jurisprudence d'autres provinces y citée à la p. 403, n° 457 : on peut être troublé par « le préjugé adulte voulant que les mineurs n'aient ni la sagesse ni la maturité voulue pour prendre une décision éclairée face à un dilemme aux conséquences parfois lourdes. [...] La même question se pose face au refus de soins pour des motifs religieux : ce point de vue suggère que les profondes convictions religieuses ou morales sont réservées aux personnes majeures ».

26. *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfance et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181.

27. Il n'y a donc pas contravention aux articles 2, 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, *supra* note 9. Et même s'il existe une atteinte à l'article 2 (selon deux des juges majoritaires), elle se justifie en vertu de l'article 1.

28. *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, C.P.L.M. c. C80.

29. *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfance et à la famille)*, *supra* note 26 aux par. 87 et ss.

2.2 Le consentement aux soins pour le mineur de moins de 14 ans est donné par le titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur³⁰. Si les parents refusent un traitement au détriment de la santé de leur enfant, l'affaire peut être portée devant le tribunal par l'institution hospitalière³¹ ou encore par le Directeur de la protection de la jeunesse³². Le juge prend alors les avis prévus à l'article 23 du *Code civil du Québec*, celui des médecins étant évidemment prépondérant, et, selon les circonstances, il autorise, ou non, les soins, en fondant sa décision sur le meilleur intérêt de l'enfant³³.

Hormis les situations de fin de vie qui seront abordées plus loin, un regard sur la jurisprudence montre que le traitement au bénéfice de l'enfant est toujours ordonné. Ainsi en est-il lorsqu'une mère séropositive, adepte des médecines naturelles, du jeûne et de l'alimentation végétarienne, « nie l'existence de sa maladie et de celle de ses enfants et conteste la validité des tests utilisés pour dépister la présence du VIH »³⁴. Elle refuse en conséquence les traitements médicaux spécialisés pour ses deux

30. C.c.Q., *supra* note 5, art. 14, al. 1.

31. Le tribunal saisi est la Cour supérieure : *Code de procédure civile*, L.R.Q. c. 25, art. 31, 774 et ss.

32. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q. c. P-34.1, art. 38 b) 1^o) (ii) : les parents ne lui permettent pas de « recevoir les soins que requiert sa santé physique ou mentale ». Dans ce cas, le tribunal est la Cour du Québec, chambre de la jeunesse.

33. C.c.Q., *supra* note 5, art. 14, al. 1, 16, 12. Curieusement, l'article 16 C.c.Q. ne vise que le refus de traitement, alors qu'une demande de traitement pourrait aussi s'avérer contraire à l'intérêt de l'enfant : voir plus loin, les décisions de fin de vie.

34. *Protection de la jeunesse-1110*, [2000] R.J.Q. 579 (C.Q., Chambre de la jeunesse) : le juge retire temporairement à la mère l'exercice de certains attributs de l'autorité parentale afin que les enfants reçoivent les soins de santé nécessaires et il confie durant ce temps la garde aux grands-parents. « Malgré toute la sympathie qu'inspire au tribunal la situation difficile de la mère, il ne lui est pas possible de considérer que ses décisions en (sic) regard des soins de santé à être prodigués à ses enfants I.B... et X.B... aient été mûrement réfléchies et prises avec maturité et objectivité dans leur meilleur intérêt. [...] pour elle, la fidélité à ses convictions semble passer, consciemment ou non, avant le bien-être et l'intérêt des enfants » (à la p. 591).

enfants de quatre et sept ans, également séropositifs. Ou encore, lorsque des parents témoins de Jéhovah refusent une transfusion indispensable pour leur bébé ou jeune enfant³⁵. En 1995, dans l'arrêt *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*³⁶ qui fait désormais autorité en la matière, la Cour suprême du Canada établit clairement que le droit fondamental de l'enfant à la vie et à la santé a préséance sur l'exercice de l'autorité parentale en matière de soins de santé et sur la liberté de religion : ces droits sont aussi garantis par la *Charte canadienne des droits*, certes, mais ils peuvent se voir imposer des limites. La Cour suprême fait notamment une distinction entre les croyances religieuses, qui relèvent de la liberté de chacun, et les pratiques religieuses susceptibles de menacer la sécurité de l'enfant³⁷.

3. Le majeur inapte et le consentement aux soins de santé

3.1 Celui qui invoque l'inaptitude d'un majeur doit en faire la preuve et il s'agit d'une démarche dont la complexité ne doit pas être minimisée³⁸. Il en va en effet du respect des droits de la personne et de son autonomie. Une fois cette situation établie, le majeur peut faire l'objet de l'ouverture d'un régime de protection³⁹, devenant ainsi un incapable au plan légal. La tutelle est choisie

35. Voir notamment *Hôpital St-François d'Assise c. Lacasse*, [1993] R.D.F. 348 (C.S.). Il existe d'autres causes similaires au Canada anglais et plusieurs causes non rapportées.

36. [1995] 1 R.C.S. 315.

37. Outre cet aspect, et un peu curieusement selon nous, certains juges basent l'essentiel de leur argumentation sur la liberté parentale au regard de l'article 7 de la *Charte canadienne* et les limites légitimes que l'État peut apporter à cette liberté, tandis que d'autres tablent au contraire sur les droits de l'enfant garantis par ce même article 7. Il nous semble qu'il eût été indiqué d'aborder d'emblée la question en termes de conflit de droits, en une analyse globale de la situation des parties en présence.

38. Voir notamment sur ce point Lucie Laflamme, Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *supra* note 3 aux pp. 52-70.

39. *C.c.Q.*, *supra* note 5, art. 154, 256, 258. Édith Deleury et Dominique Goubau, *supra* note 3 aux pp. 593 et ss., n° 680 et ss. Nous excluons d'emblée le régime d'assistance qu'est le conseiller au majeur : celui-ci n'a aucun pouvoir sur la personne et ne peut donc consentir aux soins.

en cas d'incapacité partielle ou totale temporaire⁴⁰, la curatelle en cas d'incapacité totale et permanente⁴¹. La curatelle comporte d'emblée, en raison du contexte, les pouvoirs de représentation portant sur les biens et sur la personne, et donc le pouvoir de consentir aux soins. Il n'en va pas de même pour la tutelle. Soucieux de protéger au maximum l'autonomie du majeur même devenu généralement inapte, le législateur a prévu la possibilité de moduler la tutelle ou encore de la scinder en fonction du degré d'incapacité⁴². Les pouvoirs du tuteur peuvent ainsi porter seulement sur les biens du majeur, laissant à ce dernier le soin de se gouverner lui-même et donc de consentir aux soins médicaux ou de les refuser. Si la tutelle englobe également les actes relatifs à la personne, c'est alors au tuteur que revient en principe le pouvoir de décider des soins de santé⁴³. Nous disons « en principe », car un jugement marquant de la Cour d'appel du Québec, en 1994, est venu apporter un tempérament important : l'aptitude à consentir à des soins médicaux doit s'évaluer de façon particulière et ne peut être assimilée à l'évaluation qui a mené à l'ouverture du régime de protection⁴⁴. Même si le majeur est sous tutelle, le médecin doit donc lui demander son consentement aux soins requis par son état de santé et évaluer, s'il y a lieu, son incapacité à poser cet acte précis avant de requérir le consentement du tuteur⁴⁵.

3.2 Tout majeur peut, alors qu'il était apte, avoir rédigé un mandat en prévision de son incapacité⁴⁶, par acte notarié ou un

40. C.c.Q., *supra* note 5, art. 285.

41. *Ibid.*, art. 281.

42. *Ibid.*, art. 285, al. 2, 288. Édith Deleury et Dominique Goubau, *supra* note 3 à la p. 581, n° 673.

43. C.c.Q., *supra* note 5, art. 15.

44. *Institut Philippe-Pinel de Montréal c. G. (A.)*, [1994] R.J.Q. 2523, 2539 (C.A.).

45. Édith Deleury et Dominique Goubau, *supra* note 3 à la p. 113, n° 107.

46. C.c.Q., *supra* note 5, art. 2131, 2166, 2167. Le mandat donné en prévision de l'incapacité figure, dans le *Code civil du Québec*, au Livre des obligations, au titre des contrats nommés. Ce type de mandat peut cependant être qualifié d'hybride, car une fois homologué, il emprunte à certains égards aux régimes de protection du majeur. Cette controverse a déjà fait couler beaucoup d'encre dans la doctrine juridique. Le modèle

écrit fait devant deux témoins, par lequel il donne à son mandataire le pouvoir d'administrer ses biens, ou encore de prendre soin de sa personne, ou les deux à la fois. Le mandant a toute liberté pour décider du contenu du mandat et des instructions qu'il donne à son mandataire, en restant, bien entendu, dans les limites de la légalité⁴⁷. Pour entrer en vigueur, le mandat doit être homologué par le tribunal⁴⁸, ce qui requiert la preuve de l'incapacité du mandant et habilite alors le mandataire à consentir aux soins de santé pour le mandant si ce pouvoir lui a été dévolu dans le mandat⁴⁹. La même démarche que celle évoquée ci-dessus pour la tutelle doit cependant être faite auprès du mandant : son état lui permet-il de consentir lui-même auxdits soins⁵⁰?

3.3 Si le majeur inapte n'est pas sous régime de protection ou sous mandat homologué, le consentement aux soins peut être donné par le conjoint⁵¹, ou, à défaut, « par un proche parent ou par une personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier »⁵². Comme pour le mineur, le refus de traitement opposé par le représentant légal, le mandataire ou le proche doit être porté devant le tribunal si on l'estime injustifié⁵³.

proposé à ses membres par la Chambre des notaires est d'ailleurs qualifié de mandat de protection. Pour une étude spécifique récente, voir notamment Lucie Laflamme, Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *supra* note 3 aux pp. 7 et ss. et les auteurs y cités.

47. À titre d'exemple, il ne pourrait, en l'état actuel du droit canadien, requérir de son mandataire un recours à l'euthanasie.

48. *C.c.Q.*, *supra* note 5, art. 2166.

49. *Ibid.*, art. 15.

50. Cette obligation pour le consentement aux soins minimise, à cet égard au moins, un irritant important lié au mandat d'incapacité, à savoir l'étendue des pouvoirs attribués au mandataire lorsque le mandant n'est pas totalement inapte. Le législateur, en effet, n'a pas prévu cette éventualité. Lucie Laflamme, Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *supra* note 3 aux pp. 107 et ss. et les auteurs y cités.

51. L'art. 15 *C.c.Q.* précise « le conjoint, qu'il soit marié, en union civile ou en union de fait ». *Supra* note 5.

52. *Ibid.*

53. *Ibid.*, art. 16.

3.4 Mais il y a plus. Toujours mû par son objectif de protection de l'autonomie du majeur même inapte, le législateur impose le recours au tribunal si ce majeur oppose aux soins proposés un refus catégorique, et ce, qu'il soit, ou non, sous régime de protection ou sous mandat homologué. Cette judiciarisation suscite encore et toujours une opposition marquée. En effet, la qualification même du « refus catégorique » opposé par une personne inapte est sujette à débat : sa démarcation avec l'aptitude ou l'inaptitude à consentir est loin d'être claire⁵⁴, ainsi que l'illustre un arrêt de la Cour suprême du Canada⁵⁵. De plus, la grande majorité des personnes qui opposent au traitement un refus catégorique sont des personnes atteintes de maladie mentale, et plus particulièrement celles souffrant de schizophrénie, qui se retrouvent alors à répétition dans le système judiciaire⁵⁶. Au Québec, contrairement à d'autres pays, une

54. Cette confusion est entretenue par les Commentaires du ministre qui ont accompagné le nouveau *Code civil du Québec* : « Comme la valeur du refus d'une personne inapte est douteuse, ce refus est qualifié pour indiquer qu'il doit s'apparenter à un refus libre et éclairé et se distinguer du simple réflexe biologique totalement étranger à l'expression de la volonté. », Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t.1, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p. 18; Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *supra* note 3 à la p. 375, n° 421.

55. *Starson c. Swayze*, 2003 CSC 32, [2003] 1 R.C.S 722. Le patient, un savant de haut niveau, est sous garde en établissement pour avoir proféré des menaces de mort. Il souffre de troubles bipolaires avec des caractéristiques psychotiques. Comme il fonde son refus catégorique sur les effets secondaires des médicaments qu'il a déjà reçus et qu'il connaît bien, la Cour suprême du Canada finit par le déclarer apte et il ne peut donc être traité contre son gré. Son état se détériore grandement par la suite et cette fois, une ordonnance de traitement forcé est obtenue par l'institution. Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, « Le majeur inapte et le refus catégorique de soins de santé : un concept pour le moins ambigu » (2003) 63 R. du B. 1; Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *supra* note 3 aux pp. 375 et ss., n° 421 et ss.; Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *supra* note 3 à la p. 59, n° 2-59.

56. Ces choix législatifs traduisent certes une volonté de réagir contre les abus dont les personnes atteintes de maladie mentale pouvaient autrefois être l'objet (internements indûment prolongés, traitements agressifs peu contrôlés) et l'influence grandissante de leurs groupes de défense. Mais l'autonomie de ces personnes y gagne-t-elle vraiment? Suzanne Philips-Nootens, « L'hébergement forcé : quels intérêts, quels

ordonnance de garde en établissement (internement)⁵⁷ n'implique pas en elle-même une autorisation de traiter contre son gré le patient atteint de maladie mentale. Il faut, là encore, requérir l'autorisation du tribunal⁵⁸.

Le représentant légal d'une personne atteinte de maladie mentale voit donc ses pouvoirs limités à plusieurs égards : son consentement à la garde en établissement ne vaut qu'en l'absence d'opposition de cette personne et son consentement aux soins est écarté si le patient oppose à ceux-ci un refus catégorique. La tâche des professionnels et des institutions oeuvrant dans ce domaine en est singulièrement compliquée.

Qu'il s'agisse d'un mineur ou d'un majeur inapte, la personne habilitée à décider doit « s'assurer que les soins seront bénéfiques, malgré la gravité et la permanence de certains de leurs effets, qu'ils sont opportuns dans les circonstances » et que les bienfaits attendus l'emportent sur les risques⁵⁹. Elle doit également tenir compte, « dans la mesure du possible », des volontés que le patient a pu manifester⁶⁰. Cette obligation prend une connotation particulière dans le contexte des décisions de fin de vie.

enjeux? - Regard sur la jurisprudence récente ... et plus », dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *La protection des personnes vulnérables*, Cowansville, Yvon Blais, 2009, 43 aux pp. 52 et ss.

57. Ordonnance qui sera prononcée si le malade présente un danger pour lui-même ou pour autrui, ou encore en vue d'une évaluation psychiatrique à laquelle il refuse de consentir : C.c.Q., *supra* note 5, art. 26, 27, 30 et *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui*, *supra* note 10.

58. La demande de garde en vertu des dispositions ci-dessus est présentée devant la Cour du Québec, tandis qu'une ordonnance de soins en vertu de l'article 16 C.c.Q. doit être présentée devant la Cour supérieure, ce qui ne facilite certes pas les choses.

59. C.c.Q., *supra* note 5, art. 12, al. 2.

60. *Ibid.*, art. 12, al. 1.

II. LA SITUATION DU PATIENT EN FIN DE VIE

1. La personne apte à décider : le respect de sa volonté

1.1 Si la personne majeure en fin de vie est apte à exprimer sa volonté lorsque doit être prise la décision de poursuivre ou non un traitement, d'en tenter un nouveau, d'inscrire, ou non, au dossier un ordre de ne pas la réanimer, sa volonté doit être respectée, peu importe les instructions qu'elle aurait données auparavant. Une fois qu'elle est dûment informée des choix possibles, s'il en est, son autonomie prévaut sur toute autre considération, opinion médicale, désaccord d'un ou des proches, et tout juge, éventuellement saisi de la cause, respectera sa décision. Sa personne est inviolable et le demeure lorsqu'elle sombre dans l'inconscience⁶¹.

Une seule réserve peut être émise : elle concerne l'exigence de traitements que les médecins jugeraient futiles ou inutiles, contraires donc à la bonne pratique médicale⁶², constituant un acharnement thérapeutique injustifié. Il n'est certes pas facile de faire comprendre au patient que les traitements proprement dits sont désormais inopérants et qu'ils doivent maintenant laisser place aux soins palliatifs⁶³.

61. *Manoir de la Pointe Bleue c. R. Corbeil*, [1992] R.J.Q. 712 (C.S.).

62. Pauline Lesage-Jarjoura, *La cessation de traitement. Au carrefour du droit et de la médecine*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1990 aux pp. 161-164 : « Un traitement ne peut être entrepris sans discernement, à n'importe quel prix, du seul fait qu'il est disponible » (p. 161). Mais « la détermination de cette « inutilité » demeure complexe, voire même difficile » dans les cas mal définis (pp. 163-164). Il faut prendre bien soin de mettre dans la balance tous les éléments en jeu. Suzanne Philips-Nootens, Pauline Lesage-Jarjoura et Robert P. Kouri, *supra* note 14 à la p. 190, n° 229. *Code de déontologie des médecins*, *supra* note 8, art. 50 : « Le médecin ne doit fournir un soin ou émettre une ordonnance que si ceux-ci sont médicalement nécessaires. »; Collège des médecins du Québec, *Pour des soins appropriés au début, tout au long et en fin de vie*, Rapport du groupe de travail en éthique clinique, déposé au Conseil d'administration le 17 octobre 2008 et rendu public par le Collège le 3 novembre 2009 à la p. 19.

63. Voir plus loin, section III, 1.

1.2 La décision de refuser la poursuite du traitement ou même de refuser d'être alimenté peut être prise par un patient qui n'est pas en phase terminale mais atteint d'une affection irréversible et dont le refus va entraîner la mort. Deux décisions rendues en 1992 illustrent bien ces situations et font jurisprudence. Nancy B. est une jeune fille de 25 ans, atteinte du syndrome de Guillain-Barré et restée totalement et définitivement paralysée : elle exige l'arrêt du respirateur qui la maintient en vie⁶⁴. Après s'être assuré de son aptitude et de sa pleine compréhension des conséquences de sa décision, le juge, bien à contrecœur, applique le droit et ordonne que la volonté de la jeune femme soit respectée. Il va de soi que l'arrêt de traitement ne signifie pas l'abandon de la patiente et que tout doit être mis en œuvre pour la soulager et lui assurer une mort digne⁶⁵. Quant à M. Corbeil, âgé de 35 ans et demeuré paraplégique à la suite d'un accident de véhicule tout-terrain, il n'est pas sous respirateur et ne reçoit pas de traitement particulier. Décidé à ne pas terminer ses jours dans cet état, il entame une grève de la faim et exige que son refus d'être alimenté soit respecté lorsqu'il deviendra inapte : le tribunal fait droit à sa demande et l'institution qui l'héberge doit s'y conformer⁶⁶. Mais contrairement à Nancy B., M. Corbeil, une fois rassuré sur sa liberté de décision et le respect de celle-ci, choisit finalement de continuer à vivre⁶⁷. Ce dénouement illustre bien la force de l'appel à la vie, le rôle de l'entourage et des contacts humains, et l'importance de maintenir la possibilité de changer d'avis à tout moment.

-
64. *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec et Dr Marceau*, [1992] R.J.Q. 361 (C.S.). Le juge Dufour prend soin de préciser que l'arrêt de traitement à la demande de la patiente ne peut relever d'une infraction criminelle, la conduite du médecin ne pouvant alors être qualifiée de déraisonnable. La mort qui suivrait l'arrêt des mesures de soutien respiratoire « serait le fait de la nature qui suivrait son cours » (p. 367).
65. Le juge le précise d'ailleurs dans l'arrêt en question. Voir également *Code de déontologie des médecins*, *supra* note 8, art. 58.
66. *Manoir de la Pointe Bleue c. R. Corbeil*, *supra* note 61.
67. Yves Boisvert, « L'homme qui avait toute sa tête », *La Presse* (28 juin 2003) A5.

1.3 La personne mineure de 14 ans et plus, apte et en phase terminale d'une maladie, peut également décider de poursuivre un traitement ou refuser de le faire pour laisser la maladie suivre son cours⁶⁸. S'il est soutenu par ses parents, il serait étonnant que son choix soit, à ce stade, contesté par le corps médical, sauf si celui-ci estime que cette décision n'est vraiment pas dans le meilleur intérêt du jeune patient. Mais les parents pourraient aussi vouloir tout tenter pour prolonger la vie de leur enfant, même à l'encontre du souhait de celui-ci. L'empathie et la qualité de la communication avec le médecin, voire avec d'autres personnes de confiance, jouent alors un rôle primordial⁶⁹. Le médecin ne peut simplement passer outre au vœu du mineur pour poursuivre le traitement avec le seul consentement des parents, car l'article 16 C.c.Q. ne le permet que si la vie du mineur est « en danger ou son intégrité menacée », conditions inapplicables en l'espèce : il ne s'agit plus ici que de prolonger, ou non, le processus de la mort inévitable, et non de ramener le mineur à la santé ou d'allonger de façon notable son espérance de vie. À notre connaissance, aucun tribunal, au Québec, n'a eu à se prononcer sur une demande des parents à l'encontre de la volonté de leur adolescent en fin de vie.

2. Les directives de fin de vie

Les directives de fin de vie⁷⁰ permettent à la personne majeure de dicter à ses proches, à son médecin, à toute personne concernée, la conduite à tenir lorsqu'elle ne sera plus en état de s'exprimer directement. Elles constituent l'ultime manifestation

68. Nous avons évoqué plus haut, dans les principes généraux, l'approche de *common law* fondée sur la maturité du mineur et non seulement sur son âge.

69. Pour une analyse sensible et particulièrement bien informée sur cette question, voir Guylaine Larose, *Les soins critiques et les décisions de fin de vie en pédiatrie : à la recherche d'un droit adapté*, Essai non publié, Maîtrise en droit et politiques de la santé, Sherbrooke, 2009. L'auteure est médecin à l'Hôpital Ste-Justine.

70. Encore appelées directives anticipées ou, autrefois, testament biologique, testament de vie, traduction littérale assez malheureuse du *living will* américain.

de son autonomie et doivent être considérées comme telles. Le mineur de 14 ans, pouvant consentir seul aux soins requis par son état de santé, est titulaire du même droit, sujet cependant à contestation éventuelle en raison de sa capacité limitée par la loi.

2.1 Ces directives peuvent être contenues, pour la personne majeure, dans un document formel, comme le mandat en cas d'inaptitude, déjà évoqué plus haut : une fois homologué, le mandat a une portée légale, et lie alors en principe le mandataire. Il a l'avantage, surtout en cas de désaccord familial, de donner au médecin un interlocuteur unique. Si le mandat n'a pas été homologué, le mandataire désigné n'est pas plus lié que les autres proches, mais l'expression des volontés reste tout aussi valide⁷¹.

Le mandat peut être notarié et se présenter alors sous deux formes : soit une procuration générale incluant, en sus des autres éléments, une clause d'inaptitude, soit un mandat spécifique donné en prévision de l'inaptitude. Les directives de fin de vie peuvent aussi figurer dans un document notarié spécifique à cet effet⁷². La démarche auprès du notaire permet de bénéficier des conseils d'un professionnel, qui ne doit cependant pas perdre de vue le fait qu'il n'est pas médecin, de disposer d'un temps de réflexion, et de mener à la formulation la plus adéquate possible dans les circonstances. Le mandat peut être fait sous seing privé devant deux témoins et être par la suite enregistré auprès d'un notaire. L'inclusion des directives de fin de vie dans un mandat notarié ou enregistré comporte toutefois son lot d'inconvénients, notamment en termes d'accessibilité, de disponibilité, de facilité de modification, de facilité d'insertion au dossier médical du patient, et il est admis maintenant que ces inconvénients l'emportent sur

71. Ce point est d'ailleurs précisé dans le mandat de protection proposé par la Chambre des notaires du Québec, *Mandat de protection (mandat donné en prévision de l'inaptitude)*, R./ N.S.- Mandat- Formulaire- Document 2, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2007.

72. Les articles 93 et 94 de la *Loi sur le notariat*, L.R.Q. c. N-3, portant sur les registres, ont été modifiés pour y ajouter les directives de fin de vie. Lucie Laflamme, Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *supra* note 3 aux pp. 154-156.

les avantages⁷³. Les directives doivent en effet pouvoir être facilement modifiées en tout temps par la personne aussi longtemps qu'elle est apte à le faire et recevoir toute la diffusion souhaitée auprès de la famille, du médecin et d'autres personnes s'il y a lieu.

Les directives peuvent figurer dans un document indépendant, autonome, créé de toutes pièces par la personne elle-même ou inspiré des modèles véhiculés par différents organismes⁷⁴ : l'avantage d'un tel document sur le mandat est sa souplesse, donc la possibilité de le modifier en tout temps sans formalité particulière, et sa facilité de diffusion. Il peut être facilement inséré au dossier médical du patient. Une solution intéressante a aussi été suggérée, à savoir garder dans son portefeuille une petite carte indiquant l'existence de directives anticipées et le lieu où elles sont conservées⁷⁵.

Si la personne a exprimé verbalement sa volonté à ses proches, à son médecin, celle-ci est tout aussi valide, surtout si elle vise la situation que vit alors le malade. La preuve peut cependant être plus difficile à faire en cas de désaccord. La personne peut également avoir émis antérieurement des opinions plus générales sur la perte d'autonomie, sur des maladies graves

73. Un groupe de travail sur les directives de fin de vie, mis sur pied par la Chambre des notaires en 2007, est arrivé à la même conclusion.

74. Office National du film du Canada, *Mourir pour soi, Guide pour la préparation de votre testament de vie*, 2001. Ce document a été produit à l'occasion de la réalisation du film du même nom, de Lina B. Moreco. Il est remarquablement bien fait, très détaillé quant à divers types d'interventions souhaitées ou refusées dans différentes circonstances, prévoit la désignation d'un porte-parole et d'un substitut (appelé en l'occurrence « mandataire ») devant deux témoins. Il contient également un lexique des termes médicaux pertinents, un document appelé « mandat d'alerte de testament de vie » à insérer au dossier médical, établissant l'existence du document et les personnes qui en ont copie, ainsi qu'un consentement au don d'organes. Yvon Bureau, «Directives anticipées concernant les traitements entourant la fin de ma vie. Testament biologique» (21 décembre 2009), en ligne : yvonbureau.com <[http:// www.yvonbureau.com/fichiers/1_testament_biologique.pdf](http://www.yvonbureau.com/fichiers/1_testament_biologique.pdf)>.

75. Office National du film du Canada, *ibid.*

ou des situations de fin de vie. La théorie du jugement substitué, qui nous vient des États-Unis⁷⁶, pourrait alors être invoquée et les juges y ont recours à l'occasion : elle consiste à inférer ce que le patient déciderait pour lui-même s'il se voyait dans cet état, et ce, à partir de ses propos et des valeurs qu'on lui connaît⁷⁷.

2.2 L'existence de directives anticipées comporte des avantages indéniables. Elle procure au malade une certaine tranquillité d'esprit, permettant une approche plus sereine de la fin. Elle constitue pour les proches une aide à la décision, atténue le sentiment de culpabilité et évite à l'occasion les conflits familiaux. Le médecin y trouve une indication claire de la volonté de son patient et un appui éventuel à sa propre position. Les directives doivent être révisées régulièrement si l'on veut s'assurer au mieux de leur pertinence au moment opportun. Elles peuvent être modifiées en tout temps, même verbalement.

Il faut cependant se garder de voir dans les directives de fin de vie une panacée devant des décisions difficiles et souvent déchirantes. Aux États-Unis, au cours des années 90, les pouvoirs publics, les avocats, les professionnels de la santé ont voulu inciter fortement les américains à rédiger un *living will*, au nom de leur droit à l'autonomie. Des chercheurs ont cependant démontré que, malgré les pressions de tous ordres et l'intérêt qu'ils disent porter à un tel document, la plupart des américains n'en ont pas⁷⁸. Des raisons diverses sont invoquées : le doute sur

76. Pauline Lesage-Jarjoura, *supra* note 62 aux pp. 72 et ss. et la jurisprudence y citée.

77. Ainsi comprise, elle ne peut, selon nous, s'appliquer à de jeunes enfants comme le suggère le juge dans la décision *Couture-Jacquet c. The Montreal Children's Hospital*, [1986] R.J.Q. 1221, 1228 (C.A.) : il estime que la mère de la petite fille âgée de trois ans et huit mois, a « jugé que si celle-ci était capable de prendre elle-même sa décision, elle considérerait de son intérêt d'interrompre le traitement, de passer les jours qui lui restent à vivre dans une sérénité relative [...] ».

78. Angela Fagerlin et Carl E. Schneider, « The Failure of the Living Will » (2004) 34:2 Hastings Center Report 30. Et ce, malgré le fait que les tribunaux soient généralement très exigeants quant à la preuve de la volonté de la personne pour laquelle on envisage l'arrêt de traitement ou de l'alimentation et de l'hydratation : il faut une preuve claire et

le besoin réel de poser ce geste et donc son report indéfini, l'hésitation à en parler avec le médecin, le manque de connaissances, la confiance de voir le médecin et la famille prendre, le moment venu, la bonne décision...⁷⁹ De la part des personnes âgées, il s'agirait en fait d'un refus implicite de participer à un tel processus⁸⁰. Nous ne pensons pas que la situation soit bien différente au Québec.

2.3 Les directives anticipées, lorsqu'elles existent, sont loin de résoudre tous les problèmes. Il faut qu'elles soient accessibles au médecin et aux proches au moment opportun, donc qu'elles atteignent leurs destinataires. Et si elles datent un peu, avec l'anxiété que cause l'hospitalisation, on oublie de les mentionner ou de les apporter avec soi⁸¹. Mais ce n'est pas là le seul problème.

Rédigées lorsque la personne est encore en bonne santé, en dehors, donc, du contexte d'une maladie identifiée, les directives sont nécessairement vagues. De façon générale, elles mettent l'accent sur la mort dans la dignité, le recours aux soins palliatifs et le soulagement de la douleur même au risque de hâter la fin, le refus de moyens disproportionnés et d'acharnement thérapeutique. Peut être spécifié le refus de respirateur, d'alimentation et d'hydratation artificielles, d'autres types de traitements, en l'absence d'espoir raisonnable de retour à la conscience ou d'amélioration, en présence de risques de séquelles graves ou d'un état neuro-végétatif...⁸² Mais l'on demande en fait

convaincante, « a clear and convincing evidence », faute de quoi ils donnent préséance à la protection de la vie. Dans le même sens, Jack Schwartz, « Living Wills : Time to Say Goodbye? » (2005) 38- AUG Maryland Bar J. 5. De nombreux États avaient légiféré en la matière, notamment sur l'obligation pour les établissements d'avoir au dossier du patient les directives de fin de vie et l'obligation formelle de les respecter.

79. Angela Fagerlin et Carl E. Schneider, *ibid.* à la p. 32.

80. *Ibid.*

81. *Ibid.* à la p. 35.

82. Ainsi, le mandat de protection proposé par la Chambre des notaires du Québec, *supra* note 71, 5.1: « [...] i) mon opposition à tout acharnement diagnostique, soit à des tests et à des examens de tous ordres qui

aux gens un exercice prospectif bien difficile. Pour reprendre les termes de Fagerlin et Schneider,

Even patients making contemporary decisions about contemporary illness are regularly daunted by the decisions' difficulty. How much harder, then, is it to conjure preferences for an unspecifiable future confronted with unidentifiable maladies with unpredictable treatments⁸³?

Lorsque surviennent la maladie et l'inaptitude surgit alors un double défi. Il faut décider si les directives s'appliquent bien à la situation présente, d'une part, et évaluer, d'autre part, si la personne aurait tenu à leur application dans les circonstances. En effet, le drame du passage de l'aptitude à l'inaptitude réside dans le fait que la personne ne peut plus, dès lors, modifier ses directives, alors que celle qui reste lucide jusqu'à la fin le peut. Un doute pourrait également être soulevé sur l'aptitude de la personne lorsqu'elle a énoncé ses volontés, par exemple si des proches sont en désaccord avec celles-ci⁸⁴.

s'avèreraient superflus compte tenu de mon état; ii) mon opposition à tout acharnement thérapeutique [...] ou à l'administration de traitements qui, compte tenu de mon état, sont disproportionnés et ne font que multiplier ou prolonger inutilement mes souffrances et mon agonie [...] ». Sont mentionnées les techniques d'alimentation forcée et de réanimation, la chimiothérapie et traitements analogues, la ventilation mécanique si l'état est jugé irréversible ou si une probabilité raisonnable de sevrage est exclue. Curieusement, l'hydratation est exigée jusqu'au moment du décès, ce qui traduit, selon nous, une méconnaissance des effets physiologiques réels de la déshydratation sur la personne mourante. Le modèle proposé par le Curateur public du Québec reprend des éléments analogues : Curateur public du Québec, « Mon mandat en cas d'inaptitude » (21 décembre 2009), Québec, Publications du Québec, en ligne : <<http://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/publications/mandat.pdf>>. Il existe aussi un modèle proposé par le Barreau du Québec. Une demande d'euthanasie active serait, en l'état actuel de notre droit, nulle et non avenue.

83. Angela Fagerlin et Carl E. Schneider, *supra* note 78 à la p. 33.

84. En Grande-Bretagne, en 2007, une jeune femme suicidaire remet aux médecins un « testament de vie » par lequel elle refuse tout traitement, ordre qu'elle corrobore verbalement. Sa volonté est respectée et elle décède 24 heures plus tard, empoisonnée par l'antigel qu'elle a avalé. Et

Il est bien établi qu'un bon nombre d'individus changent d'avis à l'égard des mesures de maintien en vie lorsque surviennent effectivement la maladie et l'hospitalisation⁸⁵. Les médecins et les proches vont devoir interpréter les directives au regard de la situation réelle et essayer de voir dans quelle mesure elles peuvent être applicables. À défaut, ils jugeront de ce qu'ils estiment être le meilleur intérêt du patient, en tenant compte de ses valeurs. Ainsi, sauf dans les cas très précis de volonté bien ciblée sur des interventions précises dans des situations précises, aurons-nous en réalité, la plupart du temps, un modèle mixte de décision à l'égard de la personne inapte, reposant à la fois sur les volontés exprimés et sur l'appréciation du meilleur intérêt de la personne dans les circonstances qui prévalent alors⁸⁶.

Différente peut être la situation si la personne, quand elle exprime ses volontés, est atteinte d'une maladie précise dont l'évolution est bien connue, par exemple, en l'état actuel de la science, la maladie d'Alzheimer, un cancer en phase avancée de son évolution ou une maladie dégénérative, elle aussi en phase avancée. Elle n'est plus, alors, confrontée à un avenir inconnu⁸⁷, mais au contraire, à un avenir qui n'est que trop prévisible. Ses

le coroner et le *General Medical Council* estiment que les médecins ont bien agi, au grand désespoir de ses parents: *Le Quotidien du Médecin*, 13/10/09, rapporté par la Synthèse de presse Gèneithique (21 décembre 2009), en ligne : Genéthique.org <<http://www.genethique.org/revues/revues/2009/octobre/20091013.2.asp>>.

85. Angela Fagerlin et Carl E. Schneider, *supra* note 78 à la p. 33 : une méta-analyse de plusieurs études montre que, sur une période aussi courte que deux ans, un tiers des préférences exprimées à l'égard des mesures de maintien en vie ont changé, surtout avec la maladie et l'hospitalisation. Une autre étude démontre que les trois-quarts des gens changent d'idée au moins une fois à propos d'un même scénario, avec les mêmes interventions proposées, mais présentées différemment. Les auteurs soulignent ironiquement que nous n'avons évidemment guère d'expérience personnelle dans le domaine.
86. Samantha Halliday et Lars Witteck, « Decision Making at the End-of-Life and the Incompetent Patient : A Comparative Approach » (2003) 22 *Med. & L.* 533 à la p. 542.
87. Sous réserve de la fragilité des pronostics en termes d'espérance de vie et ce, même à l'approche de la mort.

directives peuvent donc être très spécifiques et elles doivent alors être prises en considération et respectées.

2.4 Contrairement au droit français⁸⁸ et aux États-Unis⁸⁹, notamment, les directives anticipées ne sont pas réglementées comme telles en droit québécois⁹⁰. Les tribunaux reconnaissent comme valable, par exemple, la carte que portent les témoins de Jéhovah pour refuser toute transfusion⁹¹, ce qui est une forme de directive anticipée. L'article 12 du *Code civil du Québec* impose cependant au décideur, représentant légal ou proche, de tenir compte des volontés que la personne a exprimées. Le législateur ajoute cependant « de tenir compte [...] dans la mesure du possible » : il fait ainsi preuve de prudence, compte tenu des impondérables que nous avons soulignés plus haut.

88. La Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, J.O., 23 avril 2005 (dite Loi Leonetti) et ses règlements (Décret n° 2006-120 du 6 février 2006 relatifs à la procédure collégiale prévue par la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires), J.O., 7 février 2006) prévoient un document écrit, daté et signé par l'auteur bien identifié ou attesté par 2 témoins, qui peut être annexé au dossier médical. Les directives peuvent être modifiées à tout moment, en tout ou en partie, ou révoquées sans formalité. Élément intéressant, la loi leur prévoit une durée de validité qui est de trois ans, renouvelables par simple signature de confirmation sur le document. Ce délai a été retenu parce que c'est le temps moyen qui s'écoule entre le diagnostic d'une maladie grave et son aboutissement à la phase terminale. On évite ainsi de se retrouver avec un document obsolète.

89. De nombreux États ont légiféré sur les directives, se conformant ainsi au *Code of Federal Regulations*, 42 CFR 489, Subpart 1 – Advance Directives. Tous les hôpitaux et institutions de soins de tous ordres doivent avoir des politiques et procédures écrites concernant les *advance directives*.

90. Leur insertion obligatoire au dossier médical du patient n'a finalement pas été retenue: *Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements*, R.R.Q. 1981, c. S-5, r. 3.01, art. 53 (contenu du dossier).

91. Un organisme suggère que l'on garde dans son portefeuille une petite carte indiquant la personne qui a en sa possession les directives anticipées : Office National du film du Canada, *supra* note 74.

Certains juristes voudraient voir décréter le caractère formel et obligatoire des directives de fin de vie, au nom de l'autonomie de la personne⁹². Mais une fois démontré qu'il n'existe pas de modèle idéal pour les directives anticipées, sauf, encore une fois, dans des circonstances très précises, vouloir les codifier et en imposer le respect à tout prix peut entrer en conflit avec le véritable intérêt du patient. L'expérience américaine semble assez parlante à cet égard⁹³. Il faut, dans un tel domaine, se méfier des solutions de facilité et d'une approche par trop abstraite de la question. L'élément essentiel, la véritable sauvegarde, résidera toujours dans la qualité de la communication entre le médecin et les proches, l'empathie, le profond respect du malade et de toutes les personnes impliquées. Comme le souligne avec force Jack Schwartz, la qualité des soins reçus par les patients en phase terminale, le jugement humain qu'il faut exercer face à l'usage de technologies envahissantes, ne devraient pas dépendre de l'existence d'un « perfect living will » impossible à atteindre : « we must sustain a care system centered, not on words on a piece of

92. Notamment Danielle Chalifoux, « Les directives préalables de fin de vie et les pouvoirs publics », dans Barreau du Québec, Service de la Formation permanente, *Pouvoirs publics et protection*, Cowansville, Yvon Blais, 2003, 1 à la p. 12. Ajoutons qu'il est un peu inquiétant de voir faire l'apologie du mandat exécutoire concernant les volontés de fin de vie dans le contexte actuel de rationnement planifié de l'offre de soins de santé et du discours sur le fardeau que représente, pour les dépenses publiques, le vieillissement de la population. Va-t-on s'empresse d'acquiescer aux dernières volontés dont l'expression est encouragée?

93. Pour Angela Fagerlin et Carl E. Schneider, *supra* note 78 aux pp. 36-37, aucune des exigences requises pour faire du *living will* une politique sociale couronnée de succès n'est actuellement atteinte ni susceptible de l'être. J. Wahl, « Living wills : The myth of one-size-fits-all solutions » (1998) juin - juillet *National* 7. Jack Schwartz, *supra* note 78 à la p. 7 : l'auteur donne l'exemple d'un patient atteint du SIDA qui avait donné des directives par lesquelles il refusait des mesures artificielles de maintien en vie une fois la mort imminente. Or, le malade fit un arrêt cardiaque à la suite d'une transfusion sanguine. Les médecins considérèrent la situation comme réversible et non pas comme une mort inévitable et ils le réanimèrent. Cette éventualité n'avait sûrement pu être discutée avec le patient.

paper, but on compassionate engagement with the actual experience of the dying patient »⁹⁴.

Notons qu'un sous-entendu colore la plupart des débats sur les directives anticipées : celles-ci ne viseraient que le refus de traitement ou d'acharnement thérapeutique. Quelle place donner à la personne dont les instructions seraient de prolonger sa vie à tout prix? Des convictions personnelles ou religieuses peuvent dicter de tels choix : se pose alors la question de l'obligation médicale face à une demande de traitement jugée futile ou inutile. Mais ce type de demande est plus souvent le fait de la famille que du patient lui-même et nous y revenons plus loin.

3. La décision prise pour autrui : la recherche du meilleur intérêt du mineur ou du majeur inapte

3.1 Les personnes habilitées à décider des soins de santé pour le mineur et le majeur inapte sont, de la même manière, responsables à leur égard des décisions de fin de vie. La détermination du meilleur intérêt de l'être cher constitue alors un défi particulier et les décisions sont toujours poignantes. La relation de confiance avec le corps médical, la qualité des rapports familiaux sont de première importance. Comme le souligne à juste titre un auteur, « ce serait bien méconnaître la nature humaine que de penser que les proches peuvent faire preuve d'une totale neutralité »⁹⁵ et leurs propres valeurs vont influencer leur jugement. Ils peuvent aussi être épuisés par l'accompagnement au cours d'une longue maladie et avoir d'autant plus de difficulté à prendre une décision objective.

Les personnes en bonne santé se méprennent facilement sur les préoccupations premières de celles qui sont touchées par la maladie. Au Canada, en 2005, une étude fort révélatrice a été réalisée auprès de patients âgés, de patients souffrant de maladie

94. Jack Schwartz, *ibid.* à la p. 8.

95. Lois L. Shepherd, « Shattering The Neutral Surrogate Myth in End-of-Life Decision making : Terri Schiavo and Her Family » (2004-05) 35 Cumb. L. Rev. 575 à la p. 578.

chronique, de malades en phase terminale et de leurs familles⁹⁶, afin de connaître les facteurs qui, selon eux, déterminent la qualité des soins de fin de vie. Vingt-huit facteurs décrivant des facteurs de qualité ont été soumis aux participants. Alors que la lutte contre la souffrance est habituellement invoquée en premier lieu par les personnes bien portantes, les personnes sondées ont placé au premier rang le fait d'avoir confiance en son médecin traitant, au second le fait de ne pas être maintenu en vie artificiellement s'il y a peu d'espoir de rétablissement réel. Suivent, dans l'ordre, la communication franche de la part du médecin concernant la maladie, la possibilité de se préparer à la mort en réglant ses affaires, le souci de ne pas être un poids physique ou émotionnel pour sa famille, la sécurité d'un plan de soin et de services à domicile adéquats à la sortie de l'hôpital s'il y a lieu, le soulagement des symptômes et de la douleur venant au septième rang seulement.

3.2 Si l'entente est difficile avec l'équipe soignante ou si l'on veut simplement être davantage éclairé sur les valeurs en cause et les enjeux de la décision, la consultation du comité d'éthique clinique de l'institution peut être d'une aide appréciable, grâce à son approche multidisciplinaire et plus objective de la situation. Il est souhaitable de tout tenter pour arriver à une décision concertée, prise dans le meilleur intérêt du patient. Le choix des parents, du représentant légal ou des proches d'arrêter les traitements peut, en ultime recours, être contesté devant le tribunal si ce critère ne semble pas respecté⁹⁷. Les décisions à prendre pour les enfants sont parmi les plus déchirantes. Des parents refusent que leur enfant subisse une intervention cardiaque, car il est atteint du syndrome de Down : le tribunal autorise le traitement, car le petit, malgré son handicap, a le droit de vivre et d'atteindre le potentiel de développement qui sera le

96. Daren K. Heyland *et al.*, « What matters most in end-of-life care : perceptions of seriously ill patients and their family members », en ligne : CMAJ <<http://www.cmaj.ca/cgi/reprint/174/5/627>>.

97. *C.c.Q.*, *supra* note 5, art. 16.

sien⁹⁸. Par contre, la Cour d'appel respecte la décision d'arrêt de traitement pour une fillette de trois ans atteinte d'un cancer rare et qui a déjà subi des séances répétées de chimiothérapie⁹⁹. Il en est de même pour un bébé atteint de la forme de spina bifida la plus grave qui soit et d'hydrocéphalie : il n'a devant lui qu'une perspective de souffrances sans guère d'espoir de bénéfice significatif¹⁰⁰.

3.3 Des parents ou proches peuvent, au contraire, exiger un acharnement démesuré dans la poursuite des traitements, soit qu'ils ne se résignent pas à la disparition de l'être aimé ou encore qu'ils soient mus par des motifs religieux¹⁰¹. Ici encore, le recours au tribunal est la seule voie qui permet de contester la décision du représentant légal s'il en est un, ou des proches¹⁰², car notre droit

98. *Re : enfant Maude Goyette et Centre de Services Sociaux du Montréal Métropolitain*, (1983) C.S. 429. Dans le même sens : *Protection de la jeunesse-332*, [1988] R.J.Q. 1666 (C.S.); *Centre hospitalier Ste-Marie c. Fournier*, [1996] R.J.Q. 2325 (C.S.).

99. *Couture-Jacquet c. The Montreal Children's Hospital*, *supra* note 77 : les chances de rémission sont peu élevées et les effets secondaires du traitement fort pénibles pour l'enfant.

100. *Commission de protection des droits de la jeunesse c. C.T. et G.R.*, [1990] R.J.Q. 1674 (C.S.).

101. Voir notamment, au Manitoba, le cas récent de M. Golubchuk, âgé de 84 ans, de religion juive orthodoxe, qui a subi un traumatisme cérébral à la suite d'une chute et qui est sous mesures de maintien en vie. Selon les médecins, il est en état neurovégétatif persistant et la poursuite des traitements relève de la futilité, tandis que pour la famille, son état s'améliore et elle s'oppose à tout arrêt de traitement : *Golubchuk (Committee of) v. Salvation Army Grace General Hospital*, 2008 MBQB 49, [2008] 290 D.L.R. (4th) 46 : la famille obtient une injonction provisoire et M. Golubchuk décède avant l'audition de la cause en injonction permanente. Au même moment, le Collège des médecins du Manitoba émettait des directives autorisant le médecin à décider seul de l'arrêt de traitement dans des circonstances bien précises : The College of Physicians and Surgeons of Manitoba, Statement n° 1602, «Withholding and Withdrawing Life-Sustaining Treatment», Winnipeg, January 30, 2008, en ligne : <<http://www.cpsm.mb.ca/statements/1602.pdf>>; Lucie Laflamme, Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *supra* note 3 à la p. 154, note 817.

102. *C.c.Q.*, *supra* note 5, art. 16, même si cet article ne prévoit que le refus de traitement et non l'exigence de soins.

ne permet pas au médecin de procéder de sa propre initiative¹⁰³. Le juge agit alors en arbitre objectif du meilleur intérêt du patient en tenant compte de toutes les circonstances.

III. LES DÉCISIONS DE FIN DE VIE : LES LIMITES IRRÉDUCTIBLES¹⁰⁴

1. Les soins palliatifs ou soins de fin de vie

Les soins palliatifs ont commencé à se développer dans les années 70¹⁰⁵, pour soulager la souffrance des patients atteints de cancer tout d'abord, puis de SIDA. Ils sont maintenant qualifiés plus largement de soins de fin de vie, ou encore de soins palliatifs de fin de vie, et ils devraient être offerts aux gens de tous âges et de toutes conditions sociales, qu'ils soient atteints de maladies incurables à un stade avancé, de maladies liées au vieillissement, de maladies à évolution fulgurante, de traumatismes. Pour le Collège des médecins du Québec, ils s'inscrivent dans un *continuum* de soins appropriés¹⁰⁶ : « Les soins palliatifs, où l'accompagnement est une partie des soins aussi essentielle que les interventions techniques sont en quelque sorte devenus l'exemplaire (*sic*) de soins appropriés, à la fois personnalisés et proportionnés »¹⁰⁷.

103. Contrairement au droit français où la décision finale revient au médecin, une fois qu'il a obtenu l'avis d'un confrère : *Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005*, *supra* note 88, art. 9, insérant au *Code de la santé publique* l'article L1111-13.

104. Nous empruntons au Professeur Silvio Marcus Helmons, du Centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain, qui intitulait ainsi le Colloque organisé à l'occasion du 30^e anniversaire de ce Centre : *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs : les limites irréductibles*, Louvain, Academia, 1999, cette expression qui réfère au seuil à ne pas franchir.

105. Sénat du Canada, *De la vie et de la mort*, Rapport du Comité sénatorial spécial sur l'euthanasie et l'aide au suicide, Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1995 à la p. 17.

106. Collège des médecins du Québec, *supra* note 62 à la p. 27.

107. *Ibid.* à la p. 40.

La majorité des décès surviennent encore en milieu hospitalier, en centre de soins prolongés ou autres ressources. Comme le souligne un rapport français, face à une « médecine de plus en plus performante », la mort est fréquemment ressentie comme un échec :

Mourir à l'hôpital dans un seul environnement technique prive l'individu de la reconnaissance de sa personnalité, de son affectivité et de sa spiritualité. [...] L'accompagnement en fin de vie s'impose également à l'ensemble des détresses humaines arrivées à un stade avancé ou terminal, en particulier face à celles que connaissent beaucoup de personnes âgées¹⁰⁸.

Les soins de fin de vie sont des soins actifs visant à soulager non seulement les douleurs physiques, mais aussi la souffrance psychologique, morale et spirituelle. Ils sont centrés sur la préservation, le plus longtemps possible, de l'autonomie du malade en lui rendant un certain contrôle sur sa maladie, notamment par le biais de la gestion des médicaments antidouleur, le respect de sa dignité, l'amélioration de sa qualité de vie jusqu'à la fin, la prise en compte de la personne globale, le soutien des soignants (que ce soit à l'hôpital, à domicile, en centre de soins de longue durée, en maison de soins palliatifs) et l'accompagnement dans le deuil¹⁰⁹. Ils mobilisent des équipes

108. Louis Hollender, *L'accompagnement en fin de vie*, Rapport au nom d'un groupe de travail, Académie nationale de médecine, 28 novembre 2000 à la p. 1.

109. Ministère de la Santé et des services sociaux, *Politique en soins palliatifs de fin de vie*, Québec, Publications du Québec, 2004 à la p. 7; Organisation mondiale de la santé, *Définition des soins palliatifs par l'OMS*, Définitions de 1990 et 2002 (21 décembre 2009), en ligne : sfap.org <<http://www.sfap.org/pdf/I-A3-pdf.pdf>>; Sénat du Canada, *supra* note 105 aux pp. 17 et ss. et annexe M, Les soins palliatifs au Canada; Comité sénatorial permanent des affaires sociales, des sciences et de la technologie, Sous-comité de mise à jour de « de la vie et de la mort », *Des soins de fin de vie de qualité : chaque canadien et canadienne y a droit*, Rapport final, juin 2000; France, Rapport (21 décembre 2009), en ligne : Conseil économique et social <<http://www.conseil-economique-et-social.fr/rapporti/99030305/4.htm>>.

multidisciplinaires, composées de médecins, infirmières, préposés aux bénéficiaires, pharmaciens, physiothérapeutes, ergothérapeutes, nutritionnistes, travailleurs sociaux, psychologues, animateurs de pastorale, bénévoles. Les proches soignants sont évidemment impliqués, eux dont le rôle revêt une importance particulière si la dernière étape de la vie se passe à domicile. C'est, en ce qui les concerne, une épreuve majeure tout autant que pour le malade et ils ont besoin d'être soutenus à tous égards¹¹⁰.

Le ministère de la Santé et des services sociaux du Québec a produit, en 2004¹¹¹ et 2008¹¹², deux documents préparés en collaboration étroite avec le milieu. Ils touchent à la philosophie des soins palliatifs et, plus important encore, à la formation de tous les intervenants dans le domaine. L'objectif est de rehausser le niveau global des compétences dans les volets suivants : douleur et symptômes, besoins psychosociaux et spirituels, organisation de la vie quotidienne, agonie et décès, deuil, communication avec la personne et ses proches, collaboration centrée sur la personne et ses proches, questions éthiques et légales, développement personnel et professionnel. Oeuvrer auprès des malades en fin de vie est une véritable vocation pour les soignants. Il importe maintenant de clamer haut et fort la nécessité d'appliquer ces politiques et de faire en sorte que tous aient véritablement accès à de tels soins.

Dans ses rapports intitulés *De la vie et de la mort* et *Des soins de fin de vie de qualité : Chaque canadien et canadienne y a droit*¹¹³, le Comité sénatorial spécial sur l'euthanasie et l'aide au suicide maintient son opposition à la légalisation de celles-ci. Il

110. Le soutien accordé aux proches, aux familles, est un aspect frappant de la philosophie des soins palliatifs, alors qu'il n'est jamais évoqué par les tenants de l'aide au suicide ou de l'euthanasie.

111. Ministère de la Santé et des services sociaux, *supra* note 109.

112. Ministère de la Santé et des services sociaux, *Plan directeur de développement des compétences des intervenants en soins palliatif*, Québec, Publications du Québec, 2008.

113. Comité sénatorial spécial, *supra* note 109.

reconnaît la légitimité du refus de traitement de survie (dit encore euthanasie passive) et des directives à cet effet, la légitimité de toutes les formes de lutte contre la douleur, y compris la sédation complète en cas de souffrances incontrôlables (dite encore euthanasie active indirecte). Il prône le développement de soins de fin de vie de qualité pour tous, facilement accessibles, adaptés aux besoins de chacun, la formation des professionnels dans le domaine et l'intensification de la recherche contre la douleur. « La qualité des soins de fin de vie », dit le Comité, « doit être au cœur de notre système de santé »¹¹⁴.

Il existe également au Québec et au Canada différents organismes qui font la promotion des soins palliatifs et de la philosophie qui les anime. Mentionnons notamment le Réseau de soins palliatifs du Québec¹¹⁵, l'Association canadienne des soins palliatifs¹¹⁶, le Portail canadien en soins palliatifs¹¹⁷.

2. Une frontière si ténue...

Arrive inévitablement un moment où les traitements curatifs, les soins palliatifs s'il en est, doivent capituler devant la mort. Dès lors, « le médecin doit agir de telle sorte que le décès d'un patient qui lui paraît inévitable survienne dans la dignité. Il doit assurer à ce patient le soutien et le soulagement appropriés » spécifie le *Code de déontologie des médecins*¹¹⁸.

Nous avons rappelé plus haut la légalité de l'arrêt de traitement si telle est la décision du patient ou celle d'un proche agissant dans son meilleur intérêt. Est désormais admis

114. *Ibid.* à la p. 5. Le Comité souhaite à cet égard une stratégie nationale. Rappelons cependant que la gestion des soins de santé est de compétence provinciale.

115. Réseau de soins palliatifs du Québec (21 décembre 2009), en ligne : <<http://www.aqsp.org/>>.

116. Association canadienne des soins palliatifs (21 décembre 2009), en ligne : <<http://www.acsp.net/>>.

117. Portail canadien en soins palliatifs (21 décembre 2009), en ligne : <<http://www.portailpalliatif.ca/>>.

118. *Code de déontologie des médecins*, *supra* note 8, art. 58.

également l'arrêt de l'alimentation et de l'hydratation artificielles, qui, du fait de ce caractère invasif, sont alors assimilées à un traitement¹¹⁹. Ce choix n'est plus contesté de nos jours en Amérique du nord au niveau des tribunaux civils¹²⁰, même si, pour les autorités religieuses, l'alimentation et l'hydratation, appliquées au patient en phase terminale, comateux ou en état neurovégétatif, par des moyens invasifs (perfusions intraveineuses, sonde gastrique, gastrostomie) demeurent des soins de base.

Il arrive que le traitement de la douleur extrême impose l'utilisation d'analgésiques à hautes doses qui comporte, comme effet secondaire non recherché en lui-même, le risque d'abrégé les heures du malade : cet « acte à double effet » est parfaitement légal en raison du but premier poursuivi. Il en est de même de la sédation palliative ou sédation complète si c'est le seul moyen efficace de contrer des douleurs irréductibles¹²¹. Cette intervention consiste à « rendre une personne totalement inconsciente en lui administrant des médicaments non susceptibles d'abrégé sa vie »¹²².

119. Voir, déjà en 1990, l'analyse de Pauline Lesage-Jarjoura, *supra* note 62 aux pp. 104 et ss.

120. Pour le Québec, voir l'arrêt *Manoir de la Pointe Bleue c. R. Corbeil*, *supra* note 61. Aux États-Unis, voir notamment la décision de la Cour suprême dans la célèbre affaire *Re : Guardianship of Schiavo : Schindler v. Schiavo*, 2005 U.S. LEXIS 810. : au terme de multiples recours devant les tribunaux et d'interventions politiques dans le processus judiciaire, le mari de Mme Schiavo a obtenu de la Cour suprême la permission de faire cesser l'alimentation et l'hydratation artificielles de son épouse en état neurovégétatif depuis plusieurs années, geste auquel s'opposaient farouchement les parents de la jeune femme. Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *supra* note 3 à la p. 139, n° 145, note 572.

121. Joseph Ayoub *et coll.*, *Non à l'euthanasie et au suicide assisté. Aucune condition particulière ne les justifie*, Mémoire présenté au Collège des médecins du Québec, le 27 août 2009. Les auteurs sont des médecins spécialisés en soins palliatifs et leur mémoire se veut une opposition à l'orientation du Collège vers une certaine ouverture, très réservée, à l'euthanasie.

122. Comité sénatorial spécial, *supra* note 109 à la p. 35. On parle de sédation terminale si le patient est vraiment au stade ultime de la maladie. Dans les autres cas, il peut être possible de le réveiller une fois la crise passée.

Est-il, dans l'ordre professionnel, juridique et éthique, ligne plus ténue que celle qui sépare la cessation de traitement accompagnée du soulagement nécessaire prodigué par un médecin et, plus encore la sédation complète, de l'euthanasie? Faut-il aller plus loin, franchir « le fossé étroit mais si profond qui sépare tuer et laisser venir la mort »¹²³ et permettre une intervention active dans le processus de mort? Faut-il, pour répondre à la demande d'une petite minorité de personnes, en faire un choix de fin de vie parmi d'autres? La revendication du « droit » à l'aide au suicide et à l'euthanasie veut forcer la légitimation de l'intervention d'autrui dans l'acte de mort, au nom de l'autonomie de l'un et de la compassion de l'autre, induisant chez celui-ci un sentiment de culpabilité s'il se refuse à poser le geste demandé¹²⁴. Elle est centrée sur l'individu seul, sur l'exercice de son autonomie, sans vouloir s'attarder à considérer les répercussions sociales d'un tel geste¹²⁵. Elle tend à confisquer la notion de dignité humaine au profit des seules personnes aptes à décider du moment et du moyen de leur mort.

Or, la dignité de l'être humain ne peut être ainsi dénaturée. Fondement de tous les autres droits, elle survit à la disparition de

123. Québec, Assemblée nationale, Commission de la santé et des services sociaux, « Consultations particulières et auditions publiques dans le cadre du mandat sur la question du droit de mourir dans la dignité » dans *Journal des débats de la Commission de la santé et des services sociaux*, vol. 41, n° 27 (16 février 2006).

124. Suzanne Philips-Nootens, « La bioéthique, une menace pour les droits de l'homme? Du discours à la réalité » dans S. Marcus Helmons, dir., *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs*, Louvain, Academia, 1999, 33 aux pp. 53-55.

125. Nous n'avons pas encore vu d'étude structurée portant sur les répercussions de l'aide au suicide et de l'euthanasie auprès des proches et du personnel soignant, notamment, ce qui ne veut pas dire qu'il n'en existe pas. Un médecin nous a cependant parlé d'un véritable syndrome post-traumatique. Par ailleurs, la question épineuse du coût des soins palliatifs commence à teinter le débat sur les décisions de fin de vie. Voir notamment 14^e Congrès national de la Société française d'accompagnement et de soins palliatifs (SFAP), « La culture palliative dans une économie de rentabilité », *Le Quotidien du Médecin*, 03/07/08, en ligne : Généthique.org <<http://www.genethique.org/revues/revues/2008/juillet/20080703.4.asp>>.

la possibilité d'exercer cette liberté, elle survit à la disparition de la conscience de soi, de la capacité de relation, comme l'a bien affirmé la Cour suprême du Canada¹²⁶. Axel Kahn dénonce avec vigueur cette association entre l'euthanasie et la mort digne : « cela signifie que l'on pourrait, à l'inverse, « mourir indigne » et, si une personne peut elle-même douter de sa dignité jusqu'à vouloir mourir, la société ne doit pas renvoyer cette image, ni introduire cette idée dans la loi »¹²⁷. Pour Jean-Yves Goffi, « la vie humaine est revêtue d'une dignité telle que l'individu ne peut pas en disposer »¹²⁸.

Par ailleurs, la libre disposition de soi-même a toujours été assujettie, en droit, à la notion d'ordre public, reflet des valeurs morales de la société. La notion de limite est ainsi familière au juriste. Aucun droit n'est absolu, pas même le droit fondamental qu'est la liberté, et nos Chartes prévoient toutes deux la possibilité d'en limiter l'exercice, au nom de l'intérêt commun¹²⁹. Si le geste d'euthanasie peut sembler excusable, voire légitime aux yeux de certains dans un petit nombre de cas précis¹³⁰, sa décriminalisation ferait courir aux personnes les plus vulnérables de la société des risques que le législateur ne peut méconnaître¹³¹.

126. *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211. La notion de dignité et sa place dans le droit ont suscité une abondante littérature.

127. Propos rapportés par Claire Legros, *La Vie*, (6 novembre 2008), en ligne : Généthique.org <<http://www.genethique.org/revues/revues/2008/novembre/20081106.3.asp>>.

128. Propos rapportés par Cécile Prieur, *Le Monde*, (7 avril 2008), en ligne : Généthique.org <<http://www.genethique.org/revues/revues/2008/avril/20080408.2.asp>>.

129. *Charte canadienne des droits et libertés*, *supra* note 9, art. 7 et 1; *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, *supra* note 4, Préambule. Nous ne développons pas davantage ces aspects dans le cadre du présent article.

130. Voir notamment le document prudent, réfléchi et tout en nuances du Collège des médecins du Québec, *supra* note 62.

131. Des dérives indéniables apparaissent déjà dans des pays qui ont fait un tel choix, notamment les Pays-Bas et la Belgique, pour lesquels on possède maintenant un recul de plusieurs années, leurs législations datant de 2001 et 2002 respectivement. Nous n'irons guère plus loin dans ce propos dans le présent texte.

Jamais, pourtant, dans toute son histoire, la médecine n'a disposé d'autant de moyens pharmacologiques et technologiques de lutte contre la douleur et d'autres progrès peuvent encore être attendus. La philosophie qui anime les soins palliatifs, en mettant en œuvre toutes les compétences et toutes les solidarités pour soutenir la personne et ses proches, s'avère d'une richesse humaine unique¹³².

CONCLUSION

Les dispositions législatives concernant la personne en fin de vie reflètent certes des valeurs fondamentales de notre société. Mais « Droits et libertés, pour s'inscrire dans la réalité et dans des pratiques humanisantes, sont largement et profondément tributaires de la qualité du jugement et de la conscience »¹³³. Devant les décisions à prendre à l'heure de notre mort ou de celle d'un être cher, apparaissent clairement les limites du droit, à la seule logique duquel nous semblons confier notre destin. Si la douleur peut-être soulagée, « la souffrance existentielle du malade atteint d'une maladie terminale demeurera toujours un phénomène lié à notre humanité, à notre quête de sens pour nos tourments immédiats, à nos croyances sur l'au-delà »¹³⁴. Et aussi longtemps que nous demeurons sur cette rive, il nous faut travailler sans relâche pour que « personne ne se sente plus exclu

132. Nombre de personnes travaillant dans le domaine en témoignent éloquemment. Voir, notamment, Marie de Hennezel, psychologue, auteur du rapport *La France Palliative*, *Le Monde*, (22 mars 2008), en ligne : <<http://www.genethique.org/revues/revues/2008/mars/20080325.2.asp>>.

133. J. Grand'Maison, *Quand le jugement fout le camp*, Montréal, Fides, 1999 à la p. 7. Alexandre Soljénitsyne, dans son discours de Harvard en 1978, dénonçait tout à la fois les sociétés dans lesquelles il n'existe pas de droit impartial et celles qui, comme la nôtre, confient tout à la loi, se reposant ainsi sur des « béquilles juridiques » : *Le déclin du courage*, Paris, Du Seuil, 1978 aux pp. 21-22.

134. Joseph Ayoub *et coll.*, *supra* note 121 à la p. 4.

de la communauté des vivants au point de désirer la mort plutôt que la vie »¹³⁵.

135. Marie de Hennezel, *supra* note 132. Pour Jean-Louis Baudouin et Danielle Blondeau, *Éthique de la mort et droit à la mort*, Paris, Presses universitaires de France, 1993 à la p. 121, il faut « redonner un sens à la mort, la réhumaniser ».

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : CONGRÈS DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT - 2009,
JOURNÉES SUISSES, 7-12 juin 2009

Auteur(s) : Jean-Louis BAUDOUIN

Revue : *RDUS*, 2009-2010, volume 40, numéro 1-2

Pages : **365-381**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10455>

Page vide laissée intentionnellement.

RAPPORT DE SYNTHÈSE

CONGRÈS DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT - 2009 JOURNÉES SUISSES 7-12 juin 2009

par Jean-Louis BAUDOUIN*

En septembre 1975, notre association tenait ses journées annuelles en Belgique sur le thème « Le corps humain et le droit ».

Lorsque, pour préparer ce rapport de synthèse, j'ai été conduit à relire les actes de cette rencontre, j'ai été frappé de constater combien beaucoup des interrogations du droit et des pistes de réflexion de l'éthique à quelque 34 années de distance restaient sinon identiques du moins fort semblables.

Certes, on ne s'interroge plus guère de nos jours (sauf dans quelques rares pays et pour des raisons essentiellement religieuses) sur les conséquences juridiques de l'insémination artificielle hétérologue. Par contre, les applications médicales de la génétique qui, à l'époque, en étaient à leurs débuts, ont pris une place importante dans notre réflexion collective. Par contre aussi, la définition du statut juridique du corps humain et la tendance à sa patrimonialisation et à sa commercialisation sont aujourd'hui, comme ils étaient alors, d'importants sujets de préoccupation.

*

* *

* . Avocat conseil, Fasken Martineau DuMoulin et professeur associé à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Faire la synthèse d'une matière aussi diversifiée et aussi riche que celle que nous avons examinée et discutée au cours de ces quatre jours de travail, relève sinon de l'inconscience du moins de l'audace. Je sollicite donc d'avance votre indulgence pour les propos qui vont suivre.

La difficulté de faire cette synthèse tient à deux facteurs. Le premier est le regroupement contraint mais nécessaire, à l'intérieur d'un même thème de quatre sujets fort différents les uns des autres. Ceux-ci, en effet, n'ont entre eux que des liens très flous et la recherche de points communs ou de certaines lignes de force universelles comporte le risque de conférer à mes propos un certain parfum d'artificialité.

Le second facteur est que l'enseignement du droit et son éclairage sur l'ensemble de ces problèmes et même son rôle sont encore incomplets, relatifs et mal définis. La science juridique, dans un cadre conceptuel plus large, est souvent reléguée en droit de la santé à un rôle de simple épiphénomène. Les questions posées par le droit de la santé à notre époque et l'examen critique des conflits, controverses et parfois même des énigmes qu'elles soulèvent, relèvent en toute priorité du domaine de la philosophie et de l'éthique et non du droit. Ainsi, j'ai été particulièrement frappé de la chose lors de nos discussions et à la lecture de cette partie des rapports sur le statut juridique de l'embryon. Si, dans plusieurs pays, le droit prévoit une réglementation et en général ne reconnaît la personnalité qu'à la naissance, il évite toutefois toujours de trancher la véritable question philosophique de son statut. La loi ou parfois la jurisprudence édictent des règles souvent issues d'un compromis politique et utilitariste parfois contestable, tout en abandonnant au philosophe et à l'éthicien le soin d'évaluer et de juger les questions fondamentales qui, normalement, devraient logiquement précéder et sous-tendre l'intervention du droit.

*

* *

Par contre, deux fils conducteurs, deux éléments ou deux axes de réflexion me sont apparus à la lecture des rapports et à l'écoute de nos discussions.

Le premier est la réappropriation par l'homme du contrôle sur son corps, gouvernance qui s'exerce à la fois sur la gestion de son existence mais aussi sur l'apprivoisement de sa mort.

L'Organisation mondiale de la santé (OMS) a proposé une définition très large de la notion de santé en la reliant directement au concept du bien-être global de la personne. Or, être maître de son corps c'est se donner la possibilité d'atteindre ce bien-être physique et moral, mais selon ses propres critères et ses propres exigences puisque, bien évidemment, le bien-être de chacun, les conditions minimales de vie étant acquises, demeure toujours un choix et une vérité particulière et personnelle. La santé pour chacun d'entre nous, toute chose étant égale, est donc un concept essentiellement subjectif dont la satisfaction dépend en grande partie de la volonté individuelle et n'est plus laissée aux seules contingences du hasard ou aux despotismes de nos sociétés. Au cours des récentes années, le droit de la santé a considérablement élargi le droit de regard et le contrôle de la personne humaine sur son sort et replacé la volonté individuelle au cœur du processus de décision.

Le second fil conducteur est d'un tout autre ordre. Le droit de la santé moderne est aussi en quête de moyens d'assurer une distribution plus équitable des soins tant sur le plan national qu'international. Il ne s'agit plus simplement de permettre à l'homme de s'épanouir en lui donnant un contrôle accru sur son corps, mais plutôt de répondre à une inquiétude et à une sollicitation universelle devant les différences scandaleuses qui séparent par exemple, sur ce point, comme sur bien d'autres, les pays riches et les pays pauvres. Dans cette hypothèse, la mission du droit comme régulateur social n'est plus égocentriste, mais altruiste. La santé est vue comme une valeur globale. C'est la collectivité, donc l'ensemble de l'humanité qui en est la référence obligée et qui doit s'en trouver mobilisé. Le droit doit désormais

s'efforcer d'assurer une distribution équitable de ressources sanitaires au niveau mondial et tenter ainsi d'effacer ou au moins de réduire les inégalités choquantes à l'ère de la mondialisation des rapports humains, même si, parfois, pour le faire il doit enlever à la personne une partie de la gouvernance de son propre corps.

Tels sont, à mon avis, les deux aspects nouveaux du droit de la santé moderne qui ressortent de ces Journées. Ils peuvent paraître contradictoires à première vue puisque l'un est empreint d'individualisme, sinon d'égoïsme parce que tourné vers l'individu, alors que l'autre est, au contraire, résolument porteur d'altruisme et tourné vers la collectivité humaine.

C'est donc en tenant compte de ces deux aspects que je me permettrai de vous présenter maintenant les quelques réflexions que m'ont inspirées ces Journées.

*

* *

Le principe général de l'autonomie individuelle comme conséquence directe du droit à l'autodétermination sur son corps est probablement l'une des plus grandes conquêtes de l'individu sur sa destinée.

Pendant longtemps, le corps de l'homme ne lui appartenait pas vraiment pour des raisons culturelles, sociologiques, et surtout religieuses. Le corps était, en effet, considéré comme le réceptacle mortel de l'âme qui, elle immortelle, devait être rendue à Dieu. Dès lors, il lui était difficile, sinon impossible, d'exercer un libre pouvoir sur celui-ci, car disposer de son corps, c'était aussi, dans une certaine mesure, disposer de son âme. L'homme était dépossédé de son corps par volonté divine.

Rappelons, à titre de simple illustration, qu'il y a à peine quelques siècles, celui qui se suicidait était privé de sépulture religieuse et que dans certaines civilisations, on faisait même un

procès à son cadavre. Plus près de nous, n'oublions pas que, jusqu'à récemment et encore à l'heure actuelle dans certains cas, la médecine traditionnelle faisait peu de cas des désirs et vœux du patient relatifs à l'administration du traitement médical. L'acharnement thérapeutique favorisé par une relation dominante du médecin envers son patient lui ôtait le pouvoir de contrôler son corps, donc sa vie, sa santé et même sa mort.

Les choses ont effectivement changé. La laïcisation croissante des rapports humains, la reconnaissance par les tribunaux de l'importance des droits individuels, la protection accordée au principe de l'autodétermination par les textes législatifs internationaux (Oviedo) et nationaux, et l'émergence de la notion jurisprudentielle de consentement libre et éclairé ont encouragé cette transformation et contribué à donner à la personne humaine une maîtrise sur son corps et, partant, un pouvoir décisionnel sur sa destinée.

Ce pouvoir n'est cependant pas absolu et si la personne humaine a la maîtrise sur son corps, elle n'en a pas pour autant la pleine propriété. Il est d'abord limité par l'ordre public qui définit, selon chaque pays, les limites de l'acceptable. Ensuite, par le principe de la dignité de la personne humaine auquel, même sur son propre corps, l'individu ne peut contrevenir. La dignité humaine n'est pas seulement une valeur individuelle. Elle est aussi une valeur collective. Attaquer celle-ci, c'est enfreindre le caractère sacralisé du corps. C'est en son nom qu'il y a quelques années, on a interdit ce spectacle dégradant du lancer du nain. Enfin, plus récemment en raison de l'émergence de la génétique, par l'impératif nouveau de la protection de l'intégrité de l'espèce, qui justifie l'interdiction du clonage non thérapeutique, de la création de chimères, de manipulations génétiques et aussi l'interdiction dans certains pays de breveter le vivant.

Le pouvoir de l'homme sur son corps a deux dimensions principales. La première se situe dans le cercle de la vie, la seconde dans celui de la mort.

S'agissant de la vie, les quelques constatations suivantes peuvent être faites.

La première est que tous les pays, sans exception, admettent désormais que l'individu puisse, dans certaines limites, disposer de son vivant des parties de son corps qui ne sont pas essentielles à sa survie. Dans ce sens, le corps, ou du moins ses parties, n'est plus envisagé seulement comme un sujet de droit, mais plus comme un objet de droit, objet cependant doté bien évidemment d'un statut particulier. La science a, en effet, progressivement démontré que désormais mon corps pouvait être utile à d'autres. Le corps fait plus que donner la vie, il la sauve parfois. Tous les pays réglementent donc les prélèvements pour les greffes d'organes tant sur l'être vivant que sur le cadavre. Dans cette dernière hypothèse, on distingue d'ailleurs une nette différence entre ceux qui favorisent la formule d'inclusion (il faut que l'individu ait librement consenti au prélèvement sur son cadavre pour que celui-ci soit autorisé) et ceux qui, au contraire, au nom de la solidarité collective présument de ce consentement en l'absence de directives contraires. L'Espagne qui, il y a déjà plusieurs années, a mis sur place un programme intégré de concertation psychologique et sociale avec les familles des donneurs a fait, à cet égard, œuvre de pionnière.

Ce contrôle s'exerce aussi sur les cellules reproductrices du corps humain. Le don de gamète, qui a pris beaucoup d'importance avec le développement de la procréation médicalement assistée soulève une série de questions éthiques importantes, se rapportant directement à la perpétuation et à l'intégrité de la race humaine. On sent d'ailleurs combien le droit reste perplexe et hésitant face à la légalisation de certaines pratiques et à la sollicitation toujours plus forte de satisfaire le désir d'enfant. Doit-on, par exemple, permettre l'insémination post-mortem? Est-il légitime de permettre un droit à l'enfant du mort? Doit-on, plus généralement, reconnaître un droit À l'enfant et légaliser ainsi toutes les techniques pour produire ce que Geneviève Délaissi de Parseval a appelé l'enfant prothèse, en occultant du même coup les droits DE l'enfant et en faisant éclater

le concept de la famille traditionnelle? Doit-on favoriser le diagnostic génétique préimplantatoire dans le seul but d'avoir l'enfant parfait qui satisfasse pleinement les désirs de ses parents? La sélection par diagnostic prénatal nous fait d'ailleurs courir le risque d'eugénisme. Demandez-vous si nous serions tous ici aujourd'hui, si l'homme de Néandertal avait disposé du diagnostic prénatal et de l'interruption volontaire de grossesse? Ce type de dilemme ne relève pas vraiment de la science juridique. L'interrogation et la solution de ces problèmes doivent être avant tout éthiques, philosophiques et sociologiques. Le droit peut tout juste espérer en prévenir certaines dérives.

En plus des organes et des cellules germinales, c'est aussi toutes les cellules humaines, avec le développement de la génétique qui sont porteuses d'espoir pour le traitement de certaines maladies. La controverse entourant à l'heure actuelle la collecte et l'utilisation des cellules souches en est une illustration. Peut-on permettre de breveter le vivant et créer ainsi un monopole d'utilisation? Peut-on, au nom du bien-être général, disposer de produits individuels du corps humain librement, de façon collective, sans l'autorisation et le consentement de l'individu comme ce fut le cas dans l'affaire *Moore* aux États-Unis? Le droit des brevets, comme nous l'avons vu, éprouve d'ailleurs de sérieuses difficultés à réguler l'utilisation de la matière vivante. Accorder un brevet sur le vivant, n'est-ce pas sanctionner son entrée dans la sphère économique et ouvrir largement la porte à la commercialisation de la personne? C'est pourquoi les réponses du droit varient beaucoup (même d'ailleurs pour les espèces végétales et animales) et donnent la nette impression d'un certain caractère artificiel fondé sur l'utilitarisme. Doit-on aller plus loin et autoriser des manipulations génétiques pour éviter la transmission de déficiences ou de maladies? L'ADN de certains individus peut-il, lorsque nécessaire pour la santé ou la sauvegarde des autres, devenir en quelque sorte partie du patrimoine commun de l'humanité et être ainsi revendiqué à titre de bien collectif? Ce sont là des controverses que tous les pays auront à résoudre et dont la réponse devra probablement être puisée en partie du moins dans le nouveau droit international de la santé.

Il reste intéressant de constater donc qu'à l'extension du contrôle de l'individu sur son propre corps (qui est au fond une forme de narcissisme), s'oppose la revendication plus générale et encore mal définie d'un droit d'accès au corps de l'autre lorsque le bien de l'autre ou l'intérêt commun est en jeu.

Je ne pense pas que l'on puisse totalement exclure l'idée dans l'avenir, qu'au nom de la solidarité humaine, la gouvernance de la personne sur son corps se voit imposer des limites cette fois-ci dans l'intérêt commun et donc que l'individualisme cède, en partie du moins, sa place à une forme d'entraide forcée.

Il en est, par contre, autrement de la maîtrise de l'homme sur sa mort.

Le combat du malade pour se réapproprier complètement sa mort est loin d'être terminé. À l'heure actuelle, du moins dans nos pays, on meurt, la plupart du temps, intubé, gavé, perfusé, anesthésié, dans l'anonymat d'une chambre d'hôpital, dans la solitude et loin de tout ce qui faisait la vie. Comme l'ont montré nos discussions sur le sujet, dans nos sociétés développées l'individu a été exproprié de sa mort par la science médicale.

La progression des mœurs à cet égard est intéressante à observer. L'ensemble des pays, sous une forme ou une autre, reconnaissent maintenant l'obligation pour le médecin de respecter les volontés de fin de vie, exprimées tantôt dans le cadre d'un mandat d'inaptitude (comme c'est le cas au Québec ou en Suisse), tantôt en donnant un effet juridique contraignant aux directives anticipées (comme en Espagne). L'acharnement thérapeutique est désormais presque universellement condamné comme contraire au droit à l'autodétermination. Le premier devoir du médecin n'est donc plus de sauver la vie à tout prix, mais plutôt de respecter la liberté de choix de son patient.

Par contre, nombreux sont les pays, à la différence des Pays-Bas, de la Belgique, du Luxembourg et de la Colombie, qui refusent de consacrer l'ultime conséquence logique de cette

réappropriation et de reconnaître non plus un simple droit de mourir dans la dignité mais un véritable droit à la mort par la décriminalisation de l'aide au suicide et la légalisation de l'euthanasie active, volontaire et médicalement contrôlée. Ce refus illustre bien le contraste entre deux visions philosophique et éthique divergentes sur l'exercice du pouvoir de l'homme sur sa destinée.

S'agissant en premier lieu du suicide assisté, la tentative de suicide raté n'est plus sanctionnée par le droit pénal, comme ce fut le cas pendant longtemps. Par contre, un nombre important de pays continuent à pénaliser l'aide ou l'assistance au suicide. On ne peut s'empêcher de souligner un certain paradoxe puisqu'il s'agit d'un cas où la loi punit la complicité d'un acte qui, lui-même, n'est plus criminalisé.

Ce paradoxe est plus apparent que réel pour deux raisons. La première est que moralement, toutes les sociétés réprouvent et fustigent le suicide comme constituant un acte socialement répréhensible et donc moralement condamnable. On peut donc considérer l'acceptation de l'aide du suicide, même pour le malade en phase terminale, comme une contradiction idéologique. La seconde est que l'aide au suicide ne se déroule pas toujours dans le cas du malade en phase terminale dont les souffrances physiques ou morales sont devenues insoutenables. On se souviendra à cet égard du scandale provoqué en France, il y a quelques années, par la publication d'un livre intitulé «*Suicide, mode d'emploi*» et on ne peut qu'applaudir au combat mené actuellement contre les différents sites Internet qui proposent sur le Web à tous et sans distinction divers moyens de mettre fin à ses jours.

La solution est peut-être, comme certains l'ont compris, de décriminaliser cette aide, mais uniquement dans l'hypothèse du malade en phase terminale et de continuer à la sanctionner dans les autres cas.

Le débat est évidemment encore plus vif et plus délicat dans le cas de l'euthanasie active, volontaire et médicalement assistée.

On peut penser personnellement ce que l'on veut sur cette question qui n'est certes pas nouvelle. L'opinion que l'on s'en fait et le sentiment individuel dépendent avant tout, en effet, de ses propres convictions morales et religieuses. Il n'en reste pas moins que l'euthanasie active, médicalement contrôlée, a désormais acquis ses lettres de créance par sa consécration officielle dans trois pays européens, par la Colombie et quelques États des États-Unis. Les études belges et néerlandaises sur le sujet montrent que le système de contrôle mis en place pour éviter les erreurs (argument dominant des opposants) fonctionne bien et que, s'ils existent, les cas de bavures sont rares sinon inexistants. L'argument donc de la pente glissante ou du dérapage, invoqué pour l'écarter dans toutes les hypothèses a désormais moins de poids qu'on pourrait le croire. Certes, cependant certains dérapages restent possibles et il faudra être vigilant. L'explosion des coûts de la santé et la pression économique qui en résulte risquent de favoriser des programmes d'euthanasie pour certaines catégories de personnes plus vulnérables, dont le maintien en vie obère les finances de l'État.

Ceci obligerait donc à se prononcer sur la qualité de vie de l'autre. Mais qui est l'un pour en décider et juger la vie de l'autre?

La consécration de l'euthanasie par la Belgique, la Hollande, le Luxembourg et la Colombie est un tournant important.

Jusqu'ici le droit de mourir s'analysait simplement comme un simple droit-liberté, soit la faculté de mourir en paix, dans le respect de ses propres choix et dans la dignité.

La reconnaissance de l'euthanasie active a institué un véritable droit-créance. Le médecin qui accepte de participer à cette procédure, lorsque toutes les conditions posées par la loi

sont réunies, a donc désormais, sous réserve de l'objection de conscience, l'obligation de donner la mort ou d'aider l'individu à le faire. Le rôle traditionnel du médecin strict sauveur de la vie est désormais remis en cause.

*
* *

En guise de conclusion, ce premier volet sur les nouveaux aspects du droit de la santé permet de mettre en évidence que la réflexion éthique sur le sujet reste hésitante, pluraliste, pour ne pas dire éclatée, et est encore loin d'être complétée.

D'un côté, comme on a pu le constater, le droit à l'autodétermination, et donc le contrôle que l'individu peut exercer sur son propre corps, est désormais bel et bien accepté. C'est la liberté retrouvée et la consécration de la gestion individualisée de la destinée humaine.

D'un autre côté, les avancées de la médecine et de la science ont démontré que le corps humain, cette fois-ci, le corps de l'autre, était aussi source de bien-être et donc que le principe de la solidarité humaine pouvait imposer des limites à l'individualisme. Le droit ne s'intéresse donc plus désormais seulement au corps que l'on est, mais aussi au corps que l'on a.

*
* *

C'est également au nom de cette même idée d'entraide entre les hommes que le droit, mais cette fois-ci dans un contexte international plus large, recherche les moyens d'assurer à chacun une accessibilité accrue au système de santé et aux médicaments.

Le droit moderne de la santé a évolué et la protection de celle-ci est devenue aussi une responsabilité collective, un

impératif humanitaire reconnu par des textes internationaux et prise en charge par des organismes comme l'OMS.

Si elle n'entend pas rester un simple vœu pieux, cette responsabilité à l'égard de l'autre suppose, tout en tenant compte des grands écarts financiers et économiques qui séparent les différents pays du monde, un accès global et minimal aux soins de santé et aux médicaments et un contrôle efficace des coûts garants de cette accessibilité universelle.

Des différences très importantes et des inégalités criantes séparent les pays développés et ceux qui sont en voie de développement, donc principalement ceux du Nord et ceux du Sud pour reprendre une expression bien connue. Cette disproportion a été révélée de façon incontestable il y a quelques années, par la pandémie du sida qui, à la différence d'autres affections comme le paludisme ou la fièvre jaune, ne connaît pas de frontière. En outre, les statistiques générales sur l'expectative de vie des ressortissants des pays du tiers-monde révèlent un écart choquant avec celles des pays développés.

La protection universelle de la santé reste cependant, pour le moment, plus un idéal à atteindre, puisque sa réalisation dépend de la disponibilité de ressources humaines et financières suffisantes et qu'à cet égard, l'inégalité demeure, malgré de nombreux efforts, et n'est probablement pas prête de disparaître.

En premier lieu, l'accès aux traitements médicaux, chirurgicaux ou autres, présuppose la reconnaissance juridique d'un droit d'être soigné dans des conditions décentes, eu égard aux moyens disponibles et met en cause leur disponibilité et le contrôle de leur qualité. Tous les pays sans exception prévoient donc un corpus plus ou moins impressionnant de lois et de règlements sur l'accès des malades aux services de santé et le contrôle de la qualité des soins. Partout cependant, ces textes en admettent le caractère essentiellement relatif, qui reste soumis aux contingences des conditions sociales, politiques et économiques nationales particulières. Il s'agit là de différences

porteuses d'inégalités qu'il paraît impossible d'écarter. On peut seulement espérer parvenir dans le futur à assurer à tous et partout un accès physique, une accessibilité économique (notamment par une distribution équitable des services) et une qualité de soins minimalement acceptables.

En second lieu, s'agissant de la disponibilité des autres soins et des médicaments, celle-ci suppose la reconnaissance d'une égalité basée sur les besoins et non sur la capacité de payer. Il est donc fondamental d'instaurer un système de contrôle des prix (surtout pour les médicaments) garantissant une justice pour tous, d'en assurer une distribution géographique adéquate et de réduire (ce qui semble à l'heure actuelle poser partout un problème majeur) les délais d'attente. Être soigné trop tard n'est pas être bien soigné.

S'agissant en troisième lieu du contrôle de la qualité des soins, celui-ci varie, là encore, selon chaque pays et les ressources disponibles. Par contre, tous luttent contre la fraude dont la vente de médicaments sur Internet est la forme la plus récente.

Accès et qualité des soins passent nécessairement par un remboursement ou une prise en charge globale ou partielle par l'État des coûts de santé. Différents systèmes existent à cet égard. Parfois, l'État les assume au complet en mettant en place un système de sécurité sociale universelle. Parfois, n'en payant qu'une partie, il oblige chacun à contracter une assurance-maladie complémentaire auprès d'un organisme public ou semi-public. Parfois enfin, il laisse à l'individu entièrement libre la responsabilité de contracter une assurance auprès de l'industrie privée.

Devant l'explosion des coûts (la France en est un bon exemple avec ce que l'on a appelé le trou de la sécurité sociale) chaque état a mis en place des mécanismes de contrôle *a priori* touchant donc l'accès au système et *a posteriori*, c'est-à-dire portant sur le type, la fréquence et la qualité des soins.

Le contrôle de l'accès aux soins rencontre cependant certains problèmes communs.

Le premier est celui du traitement des maladies rares ou dites non rentables parce que la recherche pouvant mener à une thérapie n'est pas payante pour l'entreprise pharmaceutique. Ce problème est universel et, je pense, existera toujours, puisque le développement de la recherche scientifique s'oriente tout naturellement vers les maladies ou affections les plus répandues, comme le cancer ou les maladies cardiovasculaires.

Le second touche la brevetabilité des techniques de diagnostic et des techniques chirurgicales. Très rares sont les pays qui leur reconnaissent un droit au brevet.

Le troisième sur lequel on doit insister davantage est celui, cette fois-ci, de la brevetabilité des médicaments. Celle-ci est admise en règle générale dans tous les pays, même si l'étendue de la protection ainsi conférée varie grandement. La gestion de la relation entre le droit de propriété sur un médicament qui confère un monopole d'exploitation, source de profits et l'intérêt public d'y avoir un accès à un coût acceptable, reste difficile à gérer et fait partout l'objet de solutions de compromis.

Un résultat positif de la réflexion collective est cependant le développement des médicaments génériques et l'imposition de licences obligatoires qui permettent une plus grande accessibilité aux nouvelles molécules et une diffusion plus large à meilleurs coûts.

Le problème est particulièrement important lorsque la découverte se rapporte à la matière vivante. Celle-ci, quelle qu'en soit la forme (cellules, lignée génétique) peut-elle être protégée par brevet? Là encore, le droit est hésitant. Certains pays optent pour la brevetabilité pour permettre d'encourager le développement scientifique. D'autres, au contraire, sur une base éthique s'y opposent en invoquant le principe de la non-commercialisation du corps humain et de ses parties.

Ce bref tour d'horizon montre donc bien combien le droit a encore de grands progrès à faire pour assurer un accès universel aux soins de santé et aux médicaments et combien les garanties données par les textes internationaux et nationaux restent souvent illusoires en pratique. Les efforts pour supprimer les inégalités les plus flagrantes à travers la planète sont cependant nombreux et encourageants, mais doivent néanmoins être appréciés dans une perspective à long terme. L'OMS en a fait d'ailleurs l'un des objectifs du prochain millénaire.

Ces deux aspects du droit de la santé moderne, soit l'appropriation par l'homme d'un plus grand contrôle sur son corps et l'universalisation de l'accès aux soins de santé, sont tous les deux, en réalité dans le premier cas directement, dans le second indirectement, des manifestations du questionnement sur le statut du corps humain, puisqu'en définitive, ce problème reste au cœur même de nos interrogations et est, en quelque sorte, le passage obligé de notre réflexion collective.

La difficulté de définir ce statut est due, en partie, à la vision analytique binaire du droit et à son désir irrésistible de tout faire entrer dans des catégories juridiques connues et préétablies (le vrai, le faux, le légal et l'illégal, la culpabilité et l'innocence). Or, chercher à qualifier le statut du corps est se heurter à deux réalités apparemment contradictoires. Le corps dans son intégralité est, ce que l'on est, c'est un « être », il est donc sujet de droit. La chose est indiscutable. Cependant, à l'époque moderne avec les conquêtes de la science, le corps, entendu cette fois-ci dans ses différentes composantes, est aussi devenu ce que l'on a, il est aussi avoir et peut donc prétendre au statut de bien. La *summa divisio* de Gaius, reprise par Justinien entre personnes et choses, paraît donc désormais difficilement applicable ou en tout cas n'est certainement plus étanche.

Le droit moderne devra sans doute dans l'avenir remettre en question ce qui, jusqu'à récemment, apparaissait être des dogmes intangibles et faire preuve d'imagination pour ne pas s'enfermer dans ce dilemme.

Ainsi, l'inaliénabilité du corps humain n'est plus, de nos jours, une valeur aussi absolue, puisque organes, cellules somatiques ou germinales, une fois détachés peuvent être transigés, avoir une valeur en eux-mêmes et servir à l'autre. Jusqu'ici heureusement, le principe de la gratuité a prévalu. En sera-t-il cependant ainsi dans quelques années lorsque les forces du marché et les intérêts commerciaux auront créé des pressions politiques suffisamment fortes?

Pour sa part, l'indisponibilité du corps ou de ses parties est aussi remise en question par la science moderne. L'affaire *Moore* aux États-Unis est une illustration éloquent de ce phénomène. Il n'est donc pas impossible d'imaginer, avec les promesses de la science, que le patrimoine génétique individuel puisse devenir patrimoine biologique commun de l'humanité, et donc disponible pour tous, au nom de la solidarité et de l'entraide humaines sans que l'individu n'en puisse conserver la maîtrise. Cette indisponibilité, autrefois basée sur la religion, le serait désormais peut-être davantage sur le souci collectif de la sauvegarde et du maintien de l'espèce humaine.

Enfin, il n'est pas certain non plus que la règle de l'inviolabilité du corps humain ne puisse pas elle aussi être remise en cause. Si le corps peut être utile à l'autre, pourquoi ne permettrait-on pas, à la limite, de l'utiliser, sans pour autant exiger un acte volontaire et consensuel mais tout en respectant évidemment la sauvegarde de la vie et de la santé du donneur? Peut-être donc faudra-t-il que le droit, après une sérieuse réflexion éthique et philosophique préalable fondée sur les nouvelles réalités du droit de la santé, clarifie mieux le statut du corps, trace certaines limites à ne pas dépasser, identifie un noyau dur de valeurs universelles non négociables et mette ainsi fin à certaines ambiguïtés porteuses de controverses et de désillusion?

*

* *

Le droit de la santé dans ses aspects contemporains (et je terminerai là-dessus pour ne pas abuser de votre patience) me paraît donc partagé entre deux visions du corps humain. La première reflète clairement l'égoïsme ou plutôt l'égoïsme et tend vers un contrôle de plus en plus étendu de l'homme sur son corps et donc sur sa destinée. La seconde traduit le devoir de solidarité, d'entraide et de charité humaines envers l'autre, devoir basé sur l'altruisme, c'est-à-dire sur le souci de l'autre.

C'est donc, à mon avis, beaucoup plus par un compromis qu'il faudra tenter de réconcilier, d'une façon acceptable pour tous, égoïsme et altérité. D'ailleurs, le problème de l'euthanasie montre bien que toute solution ne relève qu'accessoirement du droit parce qu'elle est inévitablement en symbiose avec la vision morale, philosophique et sociale qu'a chaque société de la valeur de la vie humaine.

*

* *

Eh bien, mes chers amis, il faudra donc que dans quelque 35 ans d'ici, l'Association Capitant tienne de nouvelles Journées sur ce même thème, en espérant toutefois que l'on pourra constater alors un plus grand progrès dans la réflexion collective que celui qui sépare nos Journées anciennes de 1975, de celles que nous venons de vivre.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

- Titre :** LES COMITÉS D'ÉTHIQUE DE LA RECHERCHE SUR L'HUMAIN : LES
CHERCHEURS FACE AUX ENJEUX D'INTERNORMATIVITÉ ET DE
GOUVERNANCE
- Auteur(s) :** Georges A. LEGAULT
Johane PATENAUDE
Monelle PARENT
- Revue :** *RDUS*, 2009-2010, volume 40, numéro 1-2
- Pages :** **383-407**
- ISSN :** 0317-9656
- Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.
- URI :** <http://hdl.handle.net/11143/10456>
- DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/10456>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

LES COMITÉS D'ÉTHIQUE DE LA RECHERCHE SUR L'HUMAIN : LES CHERCHEURS FACE AUX ENJEUX D'INTERNORMATIVITÉ ET DE GOUVERNANCE

par Georges A. LEGAULT*,
Johane PATENAUDE**
Monelle PARENT***

Cet article présente les résultats d'une étude pancanadienne qui a été menée entre octobre 2007 et juin 2008 auprès de deux catégories de chercheurs canadiens, soit des médecins-chercheurs et des chercheurs académiques, dont les principaux domaines de recherche se situaient en sciences humaines, en sciences sociales, en sciences de la santé ou en sciences naturelles et génie et qui avaient soumis à un comité d'éthique de la recherche leur protocole. Par cette étude nous voulions d'une part étayer plus clairement les satisfactions et insatisfactions de chercheurs face aux comités d'éthique de la recherche et d'autre part vérifier l'hypothèse qu'il existe, en arrière-plan des insatisfactions, des enjeux plus profonds concernant la visée éthique des dispositifs actuels. Les résultats globaux de l'étude démontrent que pour répondre aux insatisfactions des chercheurs, une réflexion s'impose pour réduire l'écart entre le dispositif actuel des comités d'éthique de la recherche et les attentes normatives des chercheurs.

This article presents and discusses the results of a pancanadian study undertaken between October 2007 and June 2008, dealing with the degree of satisfaction of researchers in their dealings with Research Ethics Boards. A questionnaire was sent to medical and academic researchers who had submitted a research proposal to a REB. Through this study it was not only the writers' intent to determine the level of satisfaction of researchers in their involvement with REBs, but also to verify the hypothesis that behind certain expressions of dissatisfaction, there exist more profound issues concerning the ethical goals fostered by the present system. The overall results of this study indicate that in order to address the complaints of researchers, some reflection is needed in order to reduce the gap between the present system governing REBs and the normative expectations of researchers.

*. Professeur associé, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

** . Professeure titulaire, Faculté de médecine et des sciences de la santé, Université de Sherbrooke.

*** . Doctorante en philosophie, Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

Introduction	385
1. Cadre de référence	388
2. L'attente normative et gouvernance déontologique ..	390
3. Visée normative et gouvernance juridico- administrative	395
4. Visée normative et gouvernance éthique	399
5. Visée normative et transformations des CÉR.....	400
Conclusion	405

Introduction

Après le procès de Nuremberg, la nécessité de comités indépendants pour évaluer la recherche est devenue incontournable puisque ce procès a mis en évidence que, dans le cadre du développement de la recherche, des humains pouvaient être utilisés sans leur consentement. Depuis la formulation de ce qu'on a appelé le Code de Nuremberg, la normativité en matière d'éthique de la recherche et les dispositifs mis en place pour en assurer l'efficacité ont beaucoup changé. Nous pouvons résumer ces changements en considérant le nombre croissant d'intervenants qui ont énoncé des politiques d'éthique de la recherche. Si l'Association médicale mondiale a été la première à formuler ces directives avec la Déclaration d'Helsinki en 1964, les organismes subventionnaires en recherche médicale au Canada n'ont pas tardé à suivre le pas. Un changement majeur s'est produit en 1998 avec l'Énoncé de politique des trois Conseils canadiens et les ententes subséquentes avec les universités pour étendre les exigences d'évaluation éthique à toutes les recherches. De plus, on est passé de l'évaluation de la recherche sur l'humain à l'évaluation de la recherche avec des êtres humains. Au Québec, le Code civil prévoit des dispositions sur l'expérimentation sur des personnes inaptes et sur les mineurs alors que le Plan d'action ministériel en éthique de la recherche et en intégrité scientifique de 1998 proposait des directives concernant entre autres la responsabilité des établissements de santé et de services sociaux face à la recherche faite dans leurs institutions. La multiplication des énonciations de règles d'éthique au fil des ans constitue un premier enjeu de la transformation de la norme dans nos sociétés passant d'un mode de régulation axé sur la reconnaissance des droits d'agir à un mode de régulation visant à coordonner au quotidien les enjeux contradictoires du développement de la recherche¹.

1. Sur la transformation de la norme voir Marc Maesschalck, dir., *Éthique et gouvernance : Les enjeux actuels d'une philosophie des normes*, Hildesheim, OLMS, 2009. Voir spécifiquement dans cet ouvrage Georges

Des recherches visant à identifier la différence d'évaluation entre différents comités d'éthique de la recherche ont démontré des écarts importants dans l'évaluation éthique notamment sur l'acceptabilité d'une demande comme relevant d'un CÉR, sur la différence entre recherche et traitement innovateur, entre ce qui est acceptable ou non au plan éthique². Si ces écarts ne sont pas en soi surprenants, comme en témoigne l'écart entre les interprétations des nos tribunaux qui, même à la Cour suprême du Canada, se tranche plus par le nombre que par le fond, il n'en demeure pas moins que, dans le vécu quotidien, leurs impacts se font sentir sur les chercheurs et sur la recherche elle-même. D'autres recherches ont été menées afin d'identifier certains facteurs explicatifs de ces différences. Denise Denicourt a montré que les représentations sociales du risque provenant des différentes disciplines ou professions des membres du comité d'éthique pouvaient déjà être un facteur d'explication³. D'autres hypothèses dans la foulée du rapport Malouin (2004)⁴ soutiennent

A. Legault et Johane Patenaude, « Le déplacement de la normativité en éthique de la recherche : Enjeux de gouvernance » 171.

2. Johane Patenaude et Johane de Champlain, « La recherche impliquant la création d'une banque publique de données génétiques de type populationnel : problèmes rencontrés chez des comités d'éthique de la recherche au Canada », 2004, en ligne : L'Observatoire de la génétique 17 <<http://www.ircm.qc.ca/bioethique/obsngenetique>>; Johane Patenaude, Julien Cabanac et Johane de Champlain, « Pan-Canadian Study on Variations in Research Ethics Boards' Reviews of a Research Project Involving Placebo Use » (2006) 14 *Health Law Review* 32; Johane de Champlain et Johane Patenaude, « Review by Canadian Research Ethics Board of a mock research protocol in functional neuroimaging » (2006) 32 *BMJ Journal of Medical Ethics* 531; Johane Patenaude *et al.*, « Evaluation of Clinical Innovation: A Gray Zone in the Ethics of Modern Clinical Practice? » (2008) 23 (suppl. 1) *Journal of General Internal Medicine* 27; Johane Patenaude, « Contexte actuel et perspectives d'avenir en éthique de la recherche : perspective des sciences biomédicales » dans Michel Bergeron, dir., « Éthique de la recherche : contrôle social ou réflexion critique? » (2008) 17:1 *Ethica*.
3. Ginette Denicourt, *L'incidence de la culture disciplinaire sur l'évaluation des risques en éthique de la recherche*, thèse de doctorat en médecine et sciences de la santé, Université de Sherbrooke, 2006 [non publiée].
4. Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux, *Rapport d'étude 2001-2002 : Les comités d'éthique de la recherche du réseau québécois de*

que les différences de décisions proviendraient du fait que les comités, confrontés à la pluralité des normativités en éthique de la recherche et au différent statut normatif, notamment entre la normativité juridique et la normativité éthique choisissent des normativités différentes pour juger de la situation donnée.

Sans nier la valeur des constats précédents, notre analyse des différents débats et critiques des politiques et des modes de fonctionnement en éthique de la recherche nous a permis de comprendre que la source fondamentale des malaises réside dans la diversité des attentes des différents acteurs face à la visée normative de l'éthique de la recherche, ce qui se traduit plus particulièrement par le choix du mode de gouvernance⁵. La recherche, dont nous exposons ici les résultats, vise à rendre compte du point de vue des chercheurs sur leurs perceptions des forces et des faiblesses des CÉR en tant que mode de gouvernance d'éthique de la recherche. Nous voulions vérifier si la tension entre les différents modes de gouvernance, tel qu'elle se manifeste dans les débats et critiques, était aussi perçue par les chercheurs et expliquait, en partie, les limites de l'efficacité des CÉR.

L'étude pancanadienne a été menée entre octobre 2007 et juin 2008 auprès de deux catégories de chercheurs canadiens, soit des médecins-chercheurs et des chercheurs académiques, dont les principaux domaines de recherche se situaient en sciences humaines, en sciences sociales, en sciences de la santé ou en sciences naturelles et génie. Cinq cent quatre-vingt-neuf questionnaires (589) ont été envoyés, nous en avons reçu 166, dont 5 ont été rejetés. Le nombre de questionnaires traités pour la présente analyse est donc de 161, ce qui représente un taux de participation de 27,33 %.

la santé et des services sociaux, Québec, Publications du Québec, 2004 (Préparé par Eryck Malouin).

5. Georges A. Legault et Johane Patenaude, « Au-delà des critiques adressées aux Comités d'éthique de la recherche : un choix de gouvernance » (2007) 18:4 *Journal international de bioéthique* 17.

Le questionnaire, disponible en format papier, mais également en version électronique, comprenait trois parties :

- 1) une première série de questions visant à recueillir des renseignements sur les participants (informations générales : domaine de recherche, catégorie professionnelle, sources de financement, etc.);
- 2) une seconde série de questions se présentant sous la forme de vingt (20) énoncés soumis à l'évaluation du participant qui était invité à manifester son degré d'accord (échelle de Lickert à 4 options : Fortement en accord, plutôt en accord, plutôt en désaccord, fortement en désaccord). Chaque énoncé consistait en une citation d'auteurs exprimant leur opinion sur l'un ou l'autre aspect de l'éthique de la recherche. Les participants étaient invités à ajouter un commentaire pour chacun des énoncés;
- 3) une invitation à fournir un commentaire général en fin d'exercice.

1. Cadre de référence

L'approche théorique en arrière-plan de l'étude s'inscrit dans les recherches actuelles sur la gouvernance. En résumé, pour comprendre la portée de tout énoncé normatif (loi, règlement, directive, etc.) il faut certes dans un premier temps approfondir le moment de l'énonciation. Cependant, l'efficacité d'un énoncé normatif repose sur les dispositifs d'application (interprétation et mise en œuvre). Les recherches sur la gouvernance ajoutent aux dimensions précédentes deux autres dimensions : celle de la visée normative et de la motivation des acteurs. La théorie de la gouvernance permet de saisir que l'efficacité de toute régulation est directement reliée d'une part à la réception par les acteurs de l'adéquation entre le besoin de régulation dans la société et le type de régulation proposée, ce que nous avons désigné par visée normative, et d'autre part, aux ressources motivationnelles que mobilise le mode de régulation pour en assurer le respect.

Le mode de gouvernance juridico-administratif propose une régulation marquée par la visée de déterminer les limites d'action, d'assurer le contrôle et de surveillance des acteurs afin de s'assurer de la conformité des pratiques avec les énoncés. En éthique de la recherche, le protocole de recherche est évalué pour savoir s'il est ou non en conformité avec l'ensemble des normes gouvernant la recherche avec l'humain. Dans le cas contraire, on impose la conduite conforme à la politique. Le mode de gouvernance déontologique, comme en témoigne l'histoire de professions depuis Hippocrate, propose une approche autorégulatoire des membres du groupe face à la pratique, fondée sur l'éthos du groupe dans sa visée éthique d'assurer la meilleure pratique possible en contexte. En éthique de la recherche, le protocole est évalué à la lumière de pratiques usuelles dans le domaine et le comité aide les chercheurs à améliorer ces pratiques par des avis éthiques. Le mode de gouvernance éthique propose une approche qui ne repose pas sur le contrôle externe des acteurs, ni sur la seule autorégulation des membres. Elle invite tous les acteurs concernés à résoudre ensemble leur problème de régulation. En éthique de la recherche, le protocole de recherche est évalué de manière collégiale dans le but de bien diagnostiquer le problème éthique au cœur de cette recherche et à aider les chercheurs à trouver la meilleure solution possible en contexte compte tenu des différents acteurs.

Partant de notre cadre de référence sur les modes de gouvernance et des nombreux débats publics au cours des années sur les CÉR, nous avons construit un questionnaire qui voulait éviter de ne recueillir que l'expression des frustrations des chercheurs et qui adressait les enjeux de gouvernance tels que révélés dans la littérature. C'est pourquoi nous avons choisi, malgré les limites de l'approche⁶, de faire se prononcer les

6. Puisque le sujet de notre étude n'est pas une perception directe du vécu du chercheur face au CÉR mais sa perception du mode de gouvernance qu'il vit dans le processus et leurs insuffisances, nous ne pouvions faire autrement que de partir d'énoncés complexes comportant plus d'une phrase. Nous savions en optant pour une méthodologie demandant aux participants de se prononcer sur ces énoncés complexes, qu'il y aurait un

chercheurs sur leur degré d'accord sur des énoncés répertoriés dans la littérature et qui à nos yeux renvoyaient aux enjeux du choix des modes de gouvernance. En croisant les réponses à deux ou trois questions relatives à chacun des modes de gouvernance, nous espérons avoir une bonne indication de la perception des chercheurs.

2. L'attente normative et gouvernance déontologique

Quelles sont les attentes normatives des chercheurs face à l'éthique de la recherche telle que vécue par des dispositifs actuels avec les politiques et les CÉR? Notre premier énoncé stipule : « L'éthique de la recherche (...) alimente l'approche éthique de la plupart des chercheurs en même temps que de faire naître et de développer chez eux une culture éthique de la recherche (...) » Cet énoncé très général est endossé très fortement par 23 % des répondants et 52 % sont plutôt en accord. Il n'y a que 13 % qui sont plutôt en désaccord et 7 % fortement en désaccord. Les commentaires des répondants permettent de mieux interpréter ces résultats. En effet, l'enjeu de désaccord entre les répondants est celui du rôle que joue le CÉR en éthique de la recherche. Alors que certains sont fortement d'accord parce que le CÉR « éveille la conscience qui est la clé du changement » d'autres y voient davantage un rôle de conformité « *REBs seems to promote attitude of following rules and procedures more than aspiring to high-minded ethical principles, which is unfortunate* » et d'autres soulignent « *I somewhat agree if the above refers to the ideal of research ethics. However I interpret this as applied by the REBs, so I strongly disagree.* » Développer une culture d'éthique de la recherche dans laquelle les chercheurs sont conscients des enjeux éthiques de leur recherche et des choix qui s'imposent apparaît comme la forme de vie à assurer par le mode de gouvernance.

écart important dans l'interprétation des énoncés et donc dans la validité du résultat net en pourcentage. Par contre, la méthodologie reposait aussi sur les commentaires afin de permettre de mieux interpréter les résultats chiffrés. C'est cette approche qui guide la présentation des résultats.

Quel mode de gouvernance serait le plus approprié selon les chercheurs pour assurer cette attente normative? Avec la Déclaration d'Helsinki (1964), l'Association médicale mondiale avait inscrit l'éthique de la recherche dans la déontologie médicale, favorisant ainsi un éthos médical en recherche. Si les premiers comités de déontologie de la recherche étaient presque exclusivement constitués de chercheurs assurant ainsi une évaluation par les pairs de l'acceptabilité éthique d'un protocole de recherche, ils ont graduellement fait place au point de vue des autres par le juriste, l'éthicien ou encore une personne de la communauté. L'adoption en 1998 de l'Énoncé de politique des trois Conseils ainsi que le Plan d'action ministériel ont modifié grandement la nature des dispositifs en éthique de la recherche. Comment ces changements de mode de gouvernance sont-ils perçus par les chercheurs? S'agit-il d'une perte ou d'un gain pour l'éthique de la recherche?

Trois énoncés, E2, E12 et E17 que certains commentaires qualifient de « choc », visent à cerner comment les chercheurs évaluent le mode de fonctionnement des CÉR en rapport avec la tension entre la gouvernance déontologique qui existait avant 1998 et la gouvernance juridico-administrative qui a été mise en place par les politiques.

L'énoncé E2 présente cette tension par un bilan négatif des nouvelles politiques : « Instituant un divorce entre la recherche et l'éthique, et désappropriant ainsi les chercheurs des responsabilités qui sont les leurs, l'impossible mandat des CÉR est d'assurer, en la "certifiant", la qualité éthique des recherches ou du moins le respect dans leur déroulement des normes édictées. » Alors que 11 % sont fortement en accord et 35 % plutôt en accord pour un total de 46 %, 25 % sont plutôt en désaccord et 12 % fortement en désaccord pour un total de 37 %. Les commentaires éclairent davantage la perception des répondants en permettant de mieux cerner la portée des accords et des désaccords. L'enjeu le plus litigieux de cet énoncé est la question de la désappropriation des chercheurs de leurs responsabilités en recherche. Cet énoncé, au lieu d'être perçu comme visant un mode

de gouvernance, celle de l'autorégulation par les chercheurs du mode déontologique en opposition à une hétérorégulation par un comité, est vu comme référant à une perte de la responsabilité individuelle des chercheurs. Ainsi, commentant pourquoi il est fortement en désaccord, un répondant affirme : « *Responsible researchers do not conceptualize research as separate from ethics. I do not agree that REBs result in researchers giving their ethical responsibilities.* » D'autres commentaires permettent de mieux comprendre la perception du rôle du CÉR. Appuyant fortement l'énoncé, un répondant soutient : « Tout à fait d'accord, leur mandat est "impossible". Ils ont une approche administrative de la recherche, ignorant que les délais nuisent considérablement au projet de recherche. En outre, les interactions directes avec les chercheurs permettraient aux deux parties de comprendre l'autre et d'avancer dans le dossier, plutôt que de procéder avec des formulaires développés par des gens qui ne font pas de recherche, mais ont tout de même autorité sur eux. » Un autre, plutôt en accord avec l'énoncé, précise : « *REBs help to make researchers aware of the ethical norms by the standards they set and their criteria. Researchers are not 'divested' of this responsibility; it is just too complex to do on one's own.* » Fortement en désaccord, un répondant précise sa vision du CÉR : « *REBs can support ongoing research to maintain ethical standards, to avoid slippage over time and suggest potential problems investigators may not have considered. Certainly REBs can't do it all, and are a minimum threshold towards ethical research, but they have a place.* »

L'énoncé E12 met en opposition deux autres facettes des modes de gouvernance, l'approche surveillance et contrôle qui vise à assurer la conformité des projets aux règles et l'approche éducative des chercheurs qui vise, selon la gouvernance éthique, à développer les capacités éthiques des chercheurs : « La protection des personnes qui participent aux recherches est également l'occasion de transformer le CÉR en un organe de répression auprès des chercheurs, ce qui pervertit la mission de sensibilisation et d'éducation qui devrait normalement revenir au comité. » Ici encore, nous retrouvons une division importante, 50 % favorables (11 % très et 39 % plutôt) alors que 46 % ne le

sont pas (24 % plutôt en désaccord et 22 fortement en désaccord). On note de nouveau un écart de perception riche d'enseignement par les commentaires de la portée plus spécifique de la question. Alors que cet énoncé soulève l'importance du mandat de sensibilisation et d'éducation de CÉR en rapport avec le contrôle et la surveillance, il est intéressant de voir qu'aucun commentaire ne mentionne ceci comme un enjeu. Le seul qui le fait voit dans la sensibilisation et l'éducation un autre rôle : « Les CÉR n'ont pas le temps de faire autre chose que d'évaluer les demandes de projet. C'est tout juste s'ils ont le temps de réfléchir. Si on veut qu'ils fassent plus, il faudrait leur donner des moyens en conséquence. » Ce qui retient plus l'attention des commentateurs est la question de la « répression ». C'est sur cet aspect que les opinions sont tranchées. Pour certains » *Yes!!! This gets worse every year. I am incredibly respectful of the need to protect participants but really....*», alors que d'autres soutiennent : « Un organe de répression? Faut pas exagérer. » Comme le soulignent les réponses de plusieurs répondants, c'est « peut-être une question d'attitudes de certains comités. »

Finalement, un troisième énoncé critique des dispositifs mis en place par les politiques de 1998 (E17) est très provocant puisqu'il réclame un retour en arrière : « Je propose donc de mettre fin au divorce entre recherche et éthique à la fois reflété et renforcé par le CÉR; concrètement d'abolir les CÉR. » Si 4 % sont totalement d'accord et 7 % plutôt en accord, la grande majorité sont en désaccord (29 % plutôt en désaccord et 52 % fortement en désaccord). Comment les commentaires peuvent-ils éclairer cette volonté du maintien du système en place? Pour certains, l'alternative du vide dans le domaine est une raison suffisante de s'opposer à l'énoncé. D'autres soutiennent l'importance des comités actuels : « Les CÉR ne sont pas parfaits, ils bénéficieraient d'un meilleur soutien logistique, mais plus que nécessaire, ils sont bénéfiques au maintien d'une recherche de qualité. » Déjà dans les commentaires de personnes plutôt en désaccord on voit apparaître l'insatisfaction face à un mode de contrôle et surveillance : « *I think REBs must be transformed to advise researchers, to spot dangerous projects, etc., not to police or*

upstruct science. » C'est dans le même sens que vont aussi les commentaires des quelques répondants fortement en accord. Il faut repenser les dispositifs actuels : « Si on trouve un moyen de réintroduire une préoccupation ailleurs et de lui donner du sens et de la légitimité. »

Alors que ces trois énoncés (E2, E12, E17) visent, selon nous, une critique de la gouvernance juridico-administrative pour revenir à une gouvernance déontologique au sens professionnel, il apparaît, selon les commentaires, que ces énoncés ont surtout été interprétés comme des critiques des modes de fonctionnement des CÉR. L'analyse de la provenance des répondants en désaccord avec l'énoncé E2 semble confirmer cette interprétation ou au moins démontrer une différence de perception entre ceux qui ont été membres d'un CÉR et ceux qui n'ont pas eu cette expérience. L'écart entre les répondants qui ont été ou sont membres des CÉR (55 répondants) et ceux qui n'ont jamais été membres est de plus de 12 % puisque 45,45 % des membres des CÉR sont en désaccord avec l'énoncé comparativement à 33,02 % des non-membres. De plus, 40 % des répondants membres des CÉR se disent tout de même en accord avec l'énoncé comparativement à 49,05 % de ceux qui n'ont pas été membres des CÉR. Bien qu'une différence existe entre ces deux groupes, elle n'est toutefois pas significative pour E12 et E17.

Les attentes normatives face aux CÉR peuvent aussi varier selon les différentes cultures sociales. Est-ce que la différence de tradition normative, celle de la common law dans les autres provinces canadiennes et l'approche civiliste et administrative du Québec, peut influencer sur l'évaluation des CÉR? C'est en regard de la question E2 que l'écart est le plus significatif entre les répondants venant du Québec et hors Québec⁷. Ainsi, on observe

7. Il nous faut ici préciser que sur les 161 questionnaires reçus et analysés dans le cadre de la présente étude, 53 ont été identifiés comme provenant du Québec, 93 ont été identifiés comme provenant des autres provinces canadiennes et 15 n'ont pu être identifiés suivant ce paramètre d'analyse, les répondants n'ayant pas répondu à cette question. Nous avons fait le choix méthodologique de ne pas tenir compte des données

que 46 % des répondants au Canada sont en accord avec l'énoncé E2 et, sur ces 46 %, il y en a 26,91 dans le Québec et 17,31 dans le reste du Canada.

Ces données semblent indiquer que le CÉR est perçu davantage au Québec comme une instance juridico-administrative de contrôle de l'État plutôt qu'un dispositif social et institutionnel. Le fait que les chercheurs québécois soient confrontés non seulement à l'Énoncé de politique des trois Conseils, mais à un Plan d'action ministériel peut aussi expliquer cette différence de perception.

3. Visée normative et gouvernance juridico-administrative

Est-ce que les dispositifs en éthique de la recherche sont perçus comme s'inscrivant dans une approche administrative axée sur la surveillance et le contrôle? Et si oui, est-ce que les chercheurs y voient la meilleure façon de répondre à leurs attentes normatives? Pour répondre à ces questions, nous avons proposé des énoncés qui touchent des dimensions différentes du mode de gouvernance juridico-administratif. L'énoncé E3 décrit les dispositifs en place comme visant une démarche administrative sans profondeur éthique au plan théorique : « L'Énoncé de politique des trois Conseils constitue essentiellement un manuel administratif qui fournit des règles et des procédures que les CÉR se doivent d'appliquer. La pauvreté des justifications des règles et l'apparence d'arbitraire de certaines normes se sont révélées par l'absence de cadre éthico-philosophique explicite. » Sont fortement d'accord avec cet énoncé 14 % des répondants, 29 étant plutôt d'accord alors que 21 % sont plutôt en désaccord et 11 % fortement en désaccord. Le commentaire suivant illustre bien la voie de la majorité : « *But adding a framework wouldn't change things since an appropriate framework for ethics is not one (that works) primarily by means of rules and procedures.* » Les commentaires révèlent aussi une différence de vision entre ceux

contenues dans ces 15 questionnaires pour l'analyse relative à l'incidence du lieu de provenance, la prise en compte de ces contenus risquant d'entraîner un biais dans l'interprétation des données.

qui voient le travail des CÉR avec l'approche d'application de règles et procédures alors que d'autres voient dans l'Énoncé de politique, des « *guidelines* ». Ainsi, un répondant soutient : « *I believe that the Tri-Council guidelines are grounded in basic ethical principles and are not void of ethical –philosophical frameworks. However, they have avoided the conflict that would occur if one such framework had been identified* ».

L'analyse des réponses en fonction de la provenance des répondants est ici significative et corrobore l'interprétation de l'énoncé E2 quant à la différence de perception de la visée normative des CÉR entre répondants québécois et répondants des autres provinces canadiennes. En effet, le pourcentage des répondants en accord avec l'énoncé E3 est considérablement plus élevé au Québec que le pourcentage des répondants en provenance des autres provinces canadiennes. Ainsi, on observe que 43 % des répondants au Canada est en accord avec l'énoncé E3 et, sur ces 43 %, 23,53 proviennent du Québec et 16,65 proviennent des autres provinces canadiennes identifiées. On semblerait donc davantage enclins à percevoir le CÉR comme une démarche administrative sans profondeur éthique au Québec que dans les autres provinces canadiennes.

L'énoncé E15 est explicite : « Les comités d'éthique de la recherche (...) font peu d'évaluation éthique et se soucient peu des impacts réels de leurs décisions puisque ce qui compte c'est la conformité administrative et juridique. » Sont en désaccord avec cet énoncé 50 % des répondants (24 % fortement en désaccord et 26 % plutôt en désaccord) alors que 40 % sont favorables (18 % fortement en accord, 22 % plutôt en accord). Pour les répondants fortement en désaccord on retrouve comme commentaire : « *The complete opposite is true!* » Alors que l'énoncé réfère à des enjeux de mode de gouvernance, opposant évaluation éthique à l'évaluation administrative, plusieurs répondants y voient plutôt une critique de l'absence de souci des autres et c'est à cela qu'ils réagissent : « *I know the people on these boards – this is simply not true.* » commente un répondant et un autre d'ajouter : « *In my experience, they care* ».

L'énoncé E10 vise à clarifier la perception des CÉR comme dispositif de contrôle et surveillance : « Les comités d'éthique de la recherche sont un maillon fort de la surveillance et du contrôle de la qualité éthique et scientifique (...) L'énoncé de politique des trois Conseils (et le plan d'action ministériel québécois) place les CÉR au contre de ce dispositif de contrôle éthique et scientifique. » 71 % des répondants sont en accord avec cet énoncé (21 % très favorable et 50 % plutôt en accord) alors que 18 % se disent en désaccord (10 % plutôt en désaccord et 8 % fortement en désaccord). Les commentaires permettent de comprendre le désaccord de plusieurs répondants : l'épineuse question du contrôle de la qualité scientifique des protocoles par les CÉR.

La logique d'un mode de gouvernance axé sur le contrôle et la surveillance conduit nécessairement à instaurer des mécanismes d'enquête pour vérifier la conformité. L'énoncé E16 reprend les propos du Vérificateur général du Québec : « Le Vérificateur général du Québec, reprenant à son compte les lignes directrices émises par le ministère de la Santé et des Services sociaux et les trois conseils subventionnaires fédéraux, mentionne que les CÉR sont responsables de la surveillance éthique continue des projets de recherche. Cette surveillance consiste, selon ses termes, en une « vérification au hasard du processus du consentement libre et éclairé du sujet, de l'examen périodique des documents produits au cours de l'étude, de la révision des dossiers des sujets et de l'analyse des rapports des événements favorables à la marche des travaux. » La répartition des accords et désaccords reflète bien la tension entre les chercheurs concernant les fonctions des CÉR. 44 % (8 très fortement et 36 % plutôt en accord) des répondants sont en accord alors que 48 % (32 % fortement en désaccord et 16 % plutôt en désaccord). Les commentaires révèlent effectivement un écart entre ceux qui voient l'enquête comme indispensable dans le processus et ceux qui voient dans l'enquête une entorse à l'idée qu'ils se font des rôles du CÉR : « Le processus de surveillance est déjà bien installé. Cette proposition équivaut ni plus ni moins à la mise en place d'un système concentrationnaire ou à tout le moins potentiellement répressif. » Notons que plusieurs répondants

fortement en accord ont soulevé l'enjeu fondamental de la façon de faire l'enquête : « *I understand that is likely necessary, but should be conducted in a 'non military' manner* ».

Comment les chercheurs vivent-ils la gouvernance axée sur le contrôle et la surveillance? L'énoncé E7 soutient : « Certaines personnes consultées jugent que la réglementation actuelle révèle « un manque de confiance et de respect, et même le mépris à l'endroit de la capacité de jugement éthique des chercheurs. L'Énoncé est axé sur le contrôle, la surveillance et la discipline, comme s'il partait d'une présomption de culpabilité ou d'état de péché de la part des chercheurs, et qu'il fallait un comité pour les remettre sur le droit chemin, sans tenir compte de leur dignité et leur compétence. » 18 % des répondants sont très d'accord et 26 % plutôt d'accord alors que 24 % sont plutôt en désaccord et 27 % fortement en désaccord. Cet énoncé ouvre donc la voie pour les chercheurs à exprimer la manière dont ils ont été traités *de facto* par les comités. Alors que certains soutiennent : « *I've felt like an undergraduate student in some interactions with the REB here* » d'autres auront vécu l'expérience inverse : « *I've never felt this way.* » La diversité des commentaires démontre aussi qu'il y a dans tout processus de contrôle et surveillance un « soupçon » sur les chercheurs et la possibilité qu'ils n'aient pas vu un manque d'éthique dans leur approche.

Les résultats sur l'ensemble des cinq énoncés sur le mode de gouvernance administrative et juridique confirment donc que pour la très grande majorité des chercheurs, les politiques et dispositifs actuels des CÉR sont construits selon ce mode de gouvernance. Face à ce constat, une tension existe entre ceux qui adhèrent à ce mode de gouvernance tout en notant certains irritants (approche tatillonne, approche condescendante, approche autoritaire) et acceptent que des enquêtes soient réalisées afin de s'assurer de la conformité dans le suivi. Pour d'autres, c'est le mode de gouvernance administratif et juridique qui ne peut pas répondre à l'attente normative en éthique de la recherche. L'éthique est plus que l'application de règles. Ce que l'on retrouve fréquemment au Québec par la distinction entre une approche

déontologie (devoirs et obligations) et une approche éthique (valeurs partagées).

4. Visée normative et gouvernance éthique

Afin de vérifier jusqu'où les insatisfactions des chercheurs peuvent indiquer le besoin d'un mode de gouvernance éthique en éthique de la recherche, nous avons formulé trois énoncés. Le premier en deux temps reprend la distinction faite au Québec entre éthique et déontologie : E13a « Pour discuter de valeurs, il faut au préalable les circonscrire et les nommer, ce qui ne se fait pas présentement, ni dans les procès-verbaux, ni les communications des comités d'éthique de la recherche avec les chercheurs. On fait de la déontologie. » Le premier constat est que 24 % des répondants ne peuvent pas répondre parce que la distinction entre éthique et déontologie ou en anglais *norm-based ethics* and *value-based ethics* ne fait pas de sens. Pour les autres répondants, 49 % (16 % fortement en accord et 33 % plutôt en accord) sont favorables alors que 24 % (18 % plutôt en désaccord et 6 % fortement en désaccord) sont moins favorables. Les commentaires manifestent un inconfort à traiter des valeurs en éthique de la recherche. Alors que certains y voient un rôle, d'autres sont carrément opposés puisque les valeurs sont changeantes alors que les règles sont fixes. Ce qui retient le plus certain c'est l'insistance sur le dialogue.

L'énoncé E13b poursuit l'idée du dialogue : « Les auteurs poursuivent sur la communication en disant : Le CÉR devrait avoir le courage d'énoncer clairement ce sur quoi il base sa décision, et permettre ensuite aux chercheurs de le rencontrer et d'en débattre. » Cet énoncé fait pratiquement l'unanimité avec 59 % très fortement en accord et 32 % plutôt d'accord alors que 3 % sont plutôt en désaccord et 1 % fortement en désaccord.

L'énoncé E11 vise directement une insuffisance de l'approche administrative et juridique en matière de dialogue et d'éducation, dimensions sur lesquelles insiste la gouvernance éthique : « La légitimité (des) jugements moraux (des comités

d'éthique) doit être acquises à force de débats et de dialogue et non à travers des formulaires bureaucratisés. Sinon, les chercheurs n'accepteront pas la prétention des experts qui se métamorphosent en un nouveau clergé, qui veulent moraliser les autres comme s'ils ne l'étaient pas déjà des sujets moraux dignes de respect. L'importance de la mission éducatrice et dialogique des comités d'éthique devrait donc être fortement rehaussée par rapport à la mission de surveillance si on veut établir le lien de confiance entre le comité, l'Énoncé et les chercheurs. » Malgré la force de cet énoncé, 51 % des répondants sont fortement d'accord et 35 % plutôt en accord alors que 4 % sont plutôt en désaccord et 4 % fortement en désaccord. Les commentaires révèlent effectivement que cet énoncé complexe rejoint différemment les répondants fortement en accord. Plusieurs commentaires convergent vers deux idées de fond : les dispositifs sont perçus comme créant un nouveau clergé (*Yes indeed! Who needs a new pope and new bishops; Nouveau clergé est un terme approprié*) et la nécessité d'ouvrir le dialogue et la mission éducative : « *This is absolutely essential. Currently applications go into what is perceived as a 'black hole' with the end result of cryptic requests of revision. This process does not enhance learning and meaningful dialogue.* »

5. Visée normative et transformations des CÉR

Nos hypothèses de départ postulent que la communauté des chercheurs est aux prises avec les mêmes difficultés que celles et ceux qui prennent la parole dans les congrès et colloques sur les problèmes vécus au quotidien avec les CÉR. Les différentes critiques, que l'on ne peut plus interpréter comme de la simple résistance des chercheurs à l'implantation d'une forme de régulation de la recherche, révèlent, tels des signes cliniques de maladie, des enjeux plus profonds que des difficultés de mise en œuvre. Au-delà des critiques, il nous apparaît que l'enjeu le plus fondamental est celui du choix du mode de régulation en éthique de la recherche. Les résultats de notre étude révèlent effectivement que les chercheurs sont confrontés aux transformations de l'éthique de la recherche depuis la mise en place des comités de

déontologie de la recherche sur les humains par le Conseil de recherche médical du Canada en 1987. Dans sa première phase, la déontologie de la recherche était conçue comme la déontologie professionnelle. C'est à l'ensemble des pairs d'évaluer la conformité ou non des gestes en rapport avec la déontologie. Ce mode de gouvernance suppose que les chercheurs partagent une même communauté soucieuse du contrôle des activités de ses membres en tenant de compte du contexte de pratique.

Les énoncés E2, E12 et E17 cherchent non seulement à vérifier jusqu'où les chercheurs se reconnaissent dans la critique du mode de gouvernance administratif et juridique, mais aussi à estimer jusqu'où ils trouvent miroir dans le constat qu'il faut revenir au mode de gouvernance déontologique au sens professionnel. Les résultats et les commentaires sur ces énoncés et principalement sur E17 démontrent que les chercheurs sont loin de partager ce point de vue sur la supériorité du mode de gouvernance par la déontologie sur le mode actuel. Il ne faudrait pas croire qu'il s'agit là d'une opposition contre ce mode, car il n'y a aucun commentaire qui touche directement ou indirectement cet enjeu. Cela se comprend aisément puisque se sont dans les recherches biomédicales avec le Conseil de recherche médicale (CRM), que ce mode de gouvernance a été vécu. Dès la création d'une approche intégrant les trois organismes subventionnaires (1998), il y a eu une telle augmentation du nombre de chercheurs provenant d'horizons qui ne font pas appel à la déontologie professionnelle que le transfert de la référence à ce mode de gouvernance pour donner sens aux nouveaux dispositifs n'a pu s'opérer. Il ne faudrait pas penser que les recherches en sciences humaines n'avaient aucune politique en déontologie de la recherche lorsque ces recherches étaient faites sur des humains. Tous les organismes subventionnaires ont été confrontés au problème d'utiliser des fonds publics pour subventionner des recherches manquant au respect des êtres humains. Avec la création d'une politique unique des trois fonds subventionnaires, il s'est opéré une transformation rendant toute recherche impliquant des humains redevable à l'évaluation éthique. Il est intéressant de constater que les chercheurs sont en très grande

majorité d'accord avec cette extension d'une part et d'autre part, le transfert aux universités de la gouvernance éthique. L'énoncé E6 vise à clarifier si pour les chercheurs, la distinction impliquée dans la gouvernance par les organismes subventionnaires entre recherches subventionnées et recherches non subventionnées avait encore un sens opératoire. L'énoncé E6 précise : « En vertu du protocole d'entente entre les organismes subventionnaires et les universités, les universités doivent se donner une politique d'éthique de la recherche conformément aux critères de l'Énoncé de politique des trois Conseils et être responsables de l'évaluation éthique de tous les projets de recherche subventionnés. Le protocole ajoute une autre exigence : "d'appliquer la politique ou les directives de l'Établissement à toutes les recherches avec des êtres humains menées sous les auspices des Établissements (ÉPTC, règle 3.1) Quel est votre degré d'accord avec le principe d'extension de l'évaluation éthique par les CÉR à toutes les recherches universitaires? » Plus de 40 % des répondants sont fortement en accord et 37 % plutôt en accord avec 7 % plutôt en désaccord et 7 % fortement en désaccord. Comme le soulignent certains commentaires, le passage de la gouvernance à la recherche subventionnée pour une extension à toute recherche universitaire va de soi : « La distinction entre recherche subventionnée et non-subventionnée – si on se place dans le régime de surveillance – ne devrait pas être faite. Je suis donc fortement en accord si on tient compte de cette nuance. » Que l'université devienne responsable du mode de gouvernance va aussi de soi comme en témoigne ce répondant : « *This is quality control. Universities are teaching institutions and must provide good models.* »

Les résultats de notre recherche semblent confirmer notre hypothèse de départ voulant que le malaise le plus profond consiste dans la tension entre un mode de gouvernance administratif et juridique axé sur le contrôle et la surveillance et un mode de gouvernance éthique axé sur la recherche de la qualité éthique des protocoles de recherche compte tenu du contexte par le dialogue avec les chercheurs. Au cœur de la différence entre ces deux modes de gouvernance on retrouve la

capacité et la responsabilité des acteurs, ici les chercheurs, à assurer la qualité éthique de la recherche. En effet, dans un mode de contrôle et surveillance, les chercheurs sont évalués de l'extérieur par le regard des autres sur la pratique alors que dans la gouvernance éthique, les chercheurs sont invités à évaluer leur recherche avec la participation du regard des autres et en assumer les conséquences. Pour avoir un meilleur aperçu des perceptions des chercheurs répondants sur cet enjeu nous avons formulé deux questions, la première E9 porte sur la composition des CÉR et la seconde, E8, sur la présidence des CÉR.

L'énoncé E9 reprend les exigences de la composition des CÉR dans la politique actuelle (2 chercheurs, 1 personne versée en éthique, un juriste pour les recherches biomédicales et 1 personne de la collectivité et demandait plus spécifiquement : *Certains auteurs pensent que la majorité des membres devrait plutôt être aux chercheurs. Qu'en pensez-vous?* Sont en accord 62 % (26 % fortement en accord et 36 % plutôt en accord) alors que 35 % sont en désaccord (25 % plutôt en désaccord et 7 % fortement en désaccord). Les commentaires indiquent bien la tension vécue entre les modes de gouvernance : « *Researchers will be more likely to uphold the spirit vs the letter of the law. I fear research would come to a grinding halt if REBS's were comprised mostly of non-researchers.* » S'opposant à la majorité donnée aux chercheurs, un participant soutient : « Avoir la majorité pour toujours avoir raison? »

Compte tenu du rôle pratique et symbolique de la présidence des comités d'éthique de la recherche, l'énoncé E8 cherche à savoir qui serait la meilleure personne à accomplir cette fonction : « L'énoncé de politique des trois Conseils ne donne aucune indication précise sur la présidence des CÉR. Certains auteurs soutiennent que la présidence devrait toujours être assurée par un chercheur plutôt que par des personnes ayant une expertise juridique ou éthique. » Nous retrouvons des données similaires à la question précédente avec 29 % fortement en accord et 30 % plutôt en accord et 19 % plutôt en désaccord et 4 % totalement en désaccord. Plusieurs commentaires favorables vont

dans le sens, dont celui de ce participant : « Honnêtement, présentement les droits des chercheurs sont davantage brimés que ceux des participants. Les personnes ayant une expertise juridique ou éthique ont tendance à vouloir éliminer tous les risques ce qui est impossible à moins d'éliminer complètement la recherche. » Les participants les moins favorables expriment plus des réserves sur la nécessité d'être chercheur plutôt que la bonne personne ayant un leadership : « *It is more related to the leadership qualifications of the individual; There is nothing unique about a Chair's ability that is limited to being or not being a researcher.* »

Deux énoncés furent soumis afin de clarifier la perception des chercheurs face à ce qu'ils vivent actuellement. L'énoncé E19 assez long, mais aussi très critique, soutient : « Après quelques rouspétances, les chercheurs se sont finalement pliés aux exigences bureaucratiques des CÉR, ne pouvant y déroger sans devoir renoncer du même coup au financement de leurs travaux. Ils s'en sont "accommodés" – déraisonnablement, à mon sens. De toute façon, ils ont dû apprendre depuis tant d'années déjà l'art de naviguer, évitant les écueils, dans les méandres de ces règles et autres dispositions des programmes de subvention. Ils savent ce qu'il faut écrire, et surtout ce qu'il faut éviter d'écrire. Pas besoin d'être bien malin ou rusé, et les chercheurs le sont, pour contourner au besoin les obstacles et satisfaire les exigences des comités qui oscillent, de leur côté, entre le tampon et ce qu'on appelle en langage familier le taponnage. » Avec 24 % de fortement d'accord et 33 % de plutôt d'accord, 57 % des participants endossent cet énoncé alors que 31 % (19 % plutôt en désaccord et 12 % fortement en désaccord) des participants ne sont pas favorables. L'aveu suivant d'un participant est éloquent : « J'ai moi-même recours fréquemment à des "ruses" pour faire plaisir "au prince" de manière à ce qu'on me laisse travailler en paix. » Plusieurs participants exprimant leur désaccord interprètent cet énoncé comme voulant laisser entendre que les chercheurs manquent d'éthique.

Reprenant un énoncé d'un rapport sur le Plan d'action ministériel, l'énoncé E20 veut savoir si effectivement les

chercheurs pensent qu'un changement de cap s'impose : « (...) les trois Conseils (et au Québec, le Ministère), doivent examiner de plus près comment les mesures ont été mises en œuvre, concrètement, sur le terrain et non sur le papier, car manifestement (...) un problème de lourdeur, voire une forme de rigidité, est apparu. La règle est parfois mise en pratique d'une façon qui pervertit l'esprit (du cadre). Je ne crois pas, en effet, que les rédacteurs pensaient, au moment où ils ont conçu le document, que leur ouvrage donnerait lieu à un tel dérapage – n'ayons pas peur des mots. Un changement de cap s'impose. » Avec 65 % des répondants en accord (25 % fortement en accord et 40 % plutôt en accord) et 20 % en désaccord (14 % plutôt en désaccord et 6 % fortement en désaccord.) Les chercheurs répondants sont majoritaires à penser des changements importants devraient avoir lieu. Le seul commentaire d'un participant fortement en désaccord soulève un enjeu important sur la perception de ce qui ne va pas dans les CÉR : « *Sounds like an implementation problem.* » Est-ce vraiment le cas?

Conclusion

Par notre recherche nous voulions, entre autres, vérifier si les insatisfactions des chercheurs face aux CÉR reflètent un malaise plus profond concernant l'écart entre les attentes normatives des chercheurs et les dispositifs en place en éthique de la recherche. Les résultats démontrent d'une part que, contrairement à ce que soutiennent certains, la gouvernance déontologique en recherche n'est plus une référence suffisante pour garantir l'éthique de la recherche. D'autre part, l'hypothèse d'une tension entre la normativité juridique et la normativité éthique, soulevée dans le rapport Malouin (2004), se confirme à la lumière des résultats critiques de la gouvernance juridico-administrative de contrôle et surveillance et du besoin d'une gouvernance éthique axée sur l'éducation et le dialogue. Les résultats nous permettent ainsi de comprendre que les changements de gouvernance apportés en 1998 avec l'*Énoncé de politique des trois Conseils* et le *Plan d'action ministériel québécois*

ont modifié le contenu des énoncés des politiques sans pour autant proposer clairement les finalités des CÉR.

Notre recherche éclaire donc, à partir d'une approche de la gouvernance, le sens des débats et critiques des dispositifs juridiques, autrement que comme problème de mise en œuvre. En effet, dans les milieux juridiques, la distinction entre énonciation et application semble gouverner les analyses d'inefficiences des divers dispositifs. L'énoncé E20 représente bien cette approche puisque la source des problèmes n'est pas dans l'énonciation par les auteurs, ni dans leur intention, mais dans la manière dont les politiques ont été mises en œuvre. Or les travaux sur les insuffisances du droit⁸ à réguler les activités humaines ont montré qu'il fallait éviter le piège de penser que les difficultés résidaient dans l'absence de clarté des énoncés des politiques. Pour assurer l'effectivité d'une politique, il faut tenir compte, dès le moment de sa formulation, des conditions concrètes de sa mise en œuvre. Autrement dit, l'énonciation d'une politique doit déjà prévoir explicitement comment la mise en œuvre peut atteindre sa finalité de manière efficace. Poussant plus loin la question des insuffisances, l'approche par la gouvernance a montré la nécessité de tenir compte la réflexivité des dispositifs qui permet dans un premier temps à réfléchir les conditions d'application dans le contexte de l'énonciation, autrement dit de pouvoir spécifier le mode de gouvernance choisi et de s'assurer que les dispositifs de mise en œuvre correspondent à ces conditions de possibilités. Dans un second temps, une boucle réflexive des pratiques doit aussi être mise en place pour permettre une adaptation constante des politiques pour tenir compte des nouveaux contextes de recherche.

L'ensemble des résultats de notre recherche semble bien confirmer que tant que les malaises sont interprétés comme des problèmes individuels des chercheurs ou institutionnels de mise en œuvre (pas dans mon comité, mais ailleurs), il est impossible

8. Jacques Lenoble et Marc Maesschalck, *L'action des normes : Éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke, Éditions de la Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2009.

d'ouvrir une approche réflexive sur les modes de gouvernance qui nous régissent. Toutes les insatisfactions comme les satisfactions sont considérées alors à leur face même, au premier niveau, celui des individus et de leur réaction personnelle; ce qui explique pourquoi le sens de certaines questions portant sur les modes de gouvernance n'a pas été compris par certains répondants. Finalement, notre recherche démontre d'abord la nécessité d'une approche plus réflexive qui nous conduirait à préciser la finalité collective que nous poursuivons par l'éthique de la recherche qui depuis Nuremberg consiste à concilier le développement scientifique - souvent lié au développement économique -, la protection des personnes et celle des collectivités.

Ensuite, que cette finalité ne peut se concrétiser que par un mode spécifique de gouvernance qui tient compte des conditions réelles de tous les acteurs pour en assurer l'efficacité. Selon nous, la situation actuelle, telle que notre recherche la présente en partie, ne peut arriver à changer de cap tant que le choix du mode de gouvernance ne deviendra pas un enjeu de dialogue pour les acteurs face à la complexité grandissante et aux nombreux défis de l'éthique de la recherche.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA CONTRIBUTION AFRICAINE AU DÉVELOPPEMENT DE LA JUSTICE
PÉNALE INTERNATIONALE

Auteur(s) : Pacifique MANIRAKIZA

Revue : RDUS, 2009-2010, volume 40, numéro 1-2

Pages : 409-477

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10457>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10457>

Page vide laissée intentionnellement.

LA CONTRIBUTION AFRICAINE AU DÉVELOPPEMENT DE LA JUSTICE PÉNALE INTERNATIONALE

par Pacifique MANIRAKIZA*

Depuis plusieurs décennies, la communauté internationale lutte contre l'impunité des crimes internationaux commis à l'occasion des conflits armés, des dictatures et autres régimes politiques oppressifs. Traditionnellement, on recourt aux tribunaux nationaux et internationaux. Néanmoins, l'ineffectivité des juridictions pénales nationales, l'inaccessibilité ainsi que la capacité limitée des juridictions internationales font en sorte que seule une infime minorité de victimes reçoive la justice. Compte tenu du caractère massif des atrocités ainsi que du souci de ressouder le tissu social, une recherche de mécanismes alternatifs s'est imposée surtout dans les pays où les crimes ont été commis. Le présent article explore comment l'Afrique a contribué au développement de la justice pénale internationale tant au niveau de sa conceptualisation que de sa mise en œuvre. Il présente les mécanismes auxquels certains pays africains ont eu recours et dont le principe peut être adopté et adapté aux autres situations similaires. Se fondant sur la participation populaire dans l'administration de la justice, ces mécanismes servent de complément au système judiciaire classique. Leurs potentialités ainsi que leurs faiblesses et défis dans la lutte contre l'impunité des crimes internationaux les plus graves sont largement explorés.

For several decades, the international community has been struggling against a form of de facto impunity for international crimes committed during armed conflicts or by dictatorships and other oppressive political regimes. Traditionally, one has had to resort to national and international courts. However, the ineffectiveness of national criminal courts as well as the inaccessibility and the limited capacity of international tribunals enable only a very small minority of victims to obtain justice. Given the massive scale of atrocities and the desire to restore the social fabric, a search for alternative mechanisms becomes essential, especially in countries where the crimes were committed. This article explores how Africa has contributed to the development of international criminal justice, in terms of both its conceptualization and its implementation. It presents the mechanisms to which some African countries have resorted, the essentiality of which could be adopted and adapted to other similar situations. Based on the principle of popular participation in the administration of justice, these processes would be complementary to the traditional justice system. Their strengths as well as their weaknesses and challenges in the fight against impunity for serious international crimes are explored in depth.

*. Professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

SOMMAIRE

I.	Introduction	411
II.	Les modèles rwandais et sud-africain de justice transitionnelle	413
1.	La Commission vérité et réconciliation sud-africaine	414
2.	Les juridictions <i>Gacaca</i> , un mécanisme semi-judiciaire de répression du génocide et des crimes contre l'humanité	417
III.	Avantages et inconvénients du recours aux mécanismes de justice transitionnelle développés en Afrique pour lutter contre l'impunité du crime international	432
1.	Avantages des mécanismes communautaires de justice transitionnelle	432
2.	Critiques des mécanismes alternatifs de justice transitionnelle	445
IV.	Apport de la conception africaine de la justice pénale internationale et perspectives.....	454
1.	Apport des modèles rwandais et sud-africain au développement du système de justice pénale internationale	454
2.	Pour l'amélioration du « modèle africain » de lutte contre l'impunité	465
3.	Reconnaître une compétence matérielle limitée aux institutions ayant un rôle essentiellement judiciaire	470
4.	Éviter de leur imposer d'appliquer le droit pénal international	474
V.	Conclusion générale.....	476

I. Introduction

La criminalité est un phénomène inhérent à chaque communauté humaine. Celle-ci se prémunit généralement de mécanismes qui sont de nature à la prévenir. Cependant, il arrive que ces mécanismes ne soient pas en mesure d'empêcher la survenance de conflits sociaux très violents à l'occasion desquels des crimes graves comme le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre sont perpétrés¹. Dans les sociétés où ces atrocités massives sont commises, il devient parfois difficile d'y mettre fin et de sortir de la crise qui en découle. Souvent, la communauté internationale intervient pour prêter main-forte aux sociétés éprouvées en les engageant dans un processus de pacification et de réconciliation nationales. Dans la plupart des cas, elle initie les processus de négociation des accords de paix ou en assure la médiation. Elle appuie aussi les systèmes étatiques de justice criminelle ou participe, dans certains cas, à la mise en place d'institutions judiciaires internationales ou internationalisées qui permettent de mettre en cause, sur un plan pénal, les individus qui portent une lourde responsabilité dans la commission des crimes d'une gravité inouïe afin d'éviter leur impunité². Néanmoins, les systèmes étatique et international de

-
1. C'est notamment le cas du Rwanda, de l'ex-Yougoslavie, de la Sierra Leone, du Burundi, de la Colombie, etc.
 2. Voir notamment le Tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, en sigle TPIY, créé le 25 mai 1993 par le Conseil de Sécurité des Nations Unies, agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, Doc. NU S/RES/827 (1993); le Tribunal pénal international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes et violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994, en sigle TPIR, créé le 8 novembre 1994 par le même Conseil de sécurité, Doc. NU S/RES/955 (1994); l'accord entre l'Organisation des Nations Unies et le gouvernement sierra-léonais sur la création d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone, dans *Rapport de la mission de planification en vue de la création d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone*, Doc. NU S/2002/246 (2002) app. II.

justice pénale sont fondés sur la recherche de la vérité judiciaire en établissant l'innocence ou la responsabilité individuelle des accusés. Ils ne permettent pas de comprendre la criminalité massive dans toute son ampleur afin d'y remédier convenablement et d'en prévenir la survenance. En plus, dans la majorité des cas, les tribunaux étatiques sont ineffectifs, soit parce qu'ils ont également été victimes de la criminalité ou que les intervenants judiciaires ont été impliqués dans la perpétration des crimes, compromettant ainsi leurs qualités essentielles pour rendre une justice indépendante et impartiale. De même, les institutions judiciaires internationales fonctionnent à distance et sont très éloignées des victimes et des sociétés affectées par les crimes internationaux. Elles sont aussi conçues pour juger une infime minorité de suspects sur lesquels on voudrait porter toute la responsabilité d'une criminalité aussi grotesque. Ce faisant, un nombre important de criminels resteraient dans une zone confortable d'impunité.

Dès lors, l'inaccessibilité de la justice pénale internationale, sa capacité opérationnelle limitée ainsi que l'ineffectivité des appareils judiciaires étatiques compromettent sérieusement les chances de justice pour tout le monde de même que la compréhension globale des causes de la criminalité. Ceci justifie la recherche d'autres mécanismes capables de suppléer à ces lacunes du système judiciaire classique afin d'assurer notamment une visibilité accrue de la justice et d'en maximiser l'impact³. Cet article se propose donc d'analyser ces mécanismes dans le contexte africain afin d'en évaluer la contribution à la lutte contre l'impunité et au développement du droit pénal international. À titre préliminaire, nous soutenons que des mécanismes extrajudiciaires ou des institutions traditionnelles de redressement judiciaire constituent un forum adéquat pour comprendre et maîtriser une criminalité massive et systématique, puisqu'ils permettraient aux populations affectées de prendre en main leur destinée en participant activement à la recherche de

3. Comme le dit l'adage anglo-saxon, « Justice must not only be done but it should be seen to be done ».

solutions à leurs problèmes. En nous basant sur les expériences des tribunaux *Gacaca* au Rwanda et de la Commission vérité et réconciliation en Afrique du Sud, nous concluons que l'Afrique a substantiellement contribué au développement de la justice pénale internationale.

Dans un premier temps, nous décrirons très succinctement les deux modèles auxquels le Rwanda et l'Afrique du Sud ont respectivement eu recours pour régler le contentieux relatif aux crimes les plus graves (II). Nous parlerons ensuite des avantages et des inconvénients du recours à ces modèles (III). Nous concluons avec des considérations générales sur la façon dont l'expérience africaine en matière de règlement des différends a contribué au développement de la justice pénale internationale et comment améliorer le système (IV).

II. Les modèles rwandais et sud-africain de justice transitionnelle

Le choix du Rwanda et de l'Afrique du Sud comme base de notre analyse et de nos conclusions a été motivé par le simple fait que ces deux pays ont eu recours de façon systématique aux mécanismes alternatifs de justice transitionnelle, inspirés de la tradition africaine, pour redresser des situations exceptionnelles où des crimes d'une gravité inouïe ont été commis⁴. Alors qu'un génocide a été commis au Rwanda en 1994, un système d'apartheid a été pendant longtemps solidement enraciné en Afrique du Sud. Les deux pays ont dû faire preuve d'ingéniosité afin de faire face à ces fléaux humains. Dans tous les cas, les solutions ont été cherchées en dehors du système judiciaire criminel classique. L'Afrique du Sud a adopté une forme de

4. Notre analyse des Commissions vérité et réconciliation sera fondée sur l'expérience sud-africaine. Nous sommes néanmoins conscients que d'autres pays, comme la Sierra Leone, ont bâti sur ce modèle, tandis que d'autres sont sur le point de l'imiter (Burundi, Soudan, etc.). Nous nous limiterons donc uniquement à explorer le modèle établi en Afrique du Sud, puisqu'il représente les mêmes traits caractéristiques que ceux envisagés dans d'autres pays.

responsabilisation à la fois collective et individuelle à travers la Commission vérité et réconciliation (1), tandis que le Rwanda a dû se ressourcer dans sa culture et a carrément octroyé aux institutions judiciaires traditionnelles la compétence de réprimer les crimes internationaux les plus graves (2).

1. La Commission vérité et réconciliation sud-africaine

Pendant plusieurs décennies, un système politique d'oppression et de négation systématique des droits de la personne a été érigé contre les noirs et les minorités ethniques vivant en Afrique du Sud. Dans les années 90, à la suite de la libération et de l'élection comme chef de l'État de M. Nelson Mandela, figure symbolique de la lutte contre ce système d'apartheid, le pays s'est engagé dans un processus de réconciliation nationale. Ce processus était piloté par une commission spéciale, la Commission vérité et réconciliation (CVR), dirigée par l'archevêque Desmond Tutu⁵. La Commission se présente comme une alternative non judiciaire qui permet de rechercher de nouvelles bases de cohabitation et d'harmonie sociale. En effet, dans une société où on a observé une criminalité massive et complexe qui porte gravement atteinte aux valeurs universelles et déchire sérieusement le tissu social, l'unique recours aux mécanismes de justice pénale classique ne réglerait pas la question. Comme Snyder et Vinjamuri l'affirment, « trials do little to deter further violence and are not highly correlated with the consolidation of peaceful democracy »⁶. Quant à M. Scharf, « criminal prosecutions (...) which by their nature focus on individual liability, (...) fail to tell the whole story of abuses »⁷.

5. Cette commission a été mise en place conformément à la *Promotion of National Unity And Reconciliation Act*, n° 34 de 1995 [Loi CVR].

6. Jack Snyder et Leslie Vinjamuri, « Trials and Errors : Principle and Pragmatism in Strategies of International Justice »; (2003/04) 28:3 *International Security* à la p. 17.

7. Michael P. Scharf, « The Case For A Permanent International Truth Commission » (1997) 7 *Duke J. of Comp. & Int'l L.* 375 à la p. 400 [Scharf].

Pour l'Afrique du Sud donc, il fallait un organe qui puisse dresser un récit historique neutre et impartial des atrocités qui ont été commises durant l'apartheid⁸, contribuer au combat contre l'impunité, entendre et tenter de résoudre, partiellement ou totalement quand cela est possible, les préoccupations des victimes et, enfin, formuler des recommandations relativement aux mesures adéquates pour prévenir une répétition des atrocités⁹. Ainsi, les victimes ont pu faire face à leurs bourreaux dans un cadre dépouillé de toute confrontation. Elles ont pu raconter leurs souffrances devant un auditoire compatissant. Cela se remarquait par le fait que les audiences commençaient par des prières et étaient ponctuées par des moments émotionnels de pleurs des victimes, mais également du président et des autres membres de la commission. Comme M^{gr} Tutu l'affirme actuellement avec un peu de recul, la commission était un « forum where victims of the most egregious violence were given not just a national, but an international stage to tell of their experiences under the apartheid regime »¹⁰.

La Commission sud-africaine était intéressée non seulement par les individus, mais aussi par les institutions étatiques et la société civile afin de déterminer clairement leur part de responsabilité dans l'enracinement du système de violations graves et systématiques des droits de l'homme. Ce faisant, la CVR envisage les crimes commis dans une perspective plus large qui prend en considération l'ensemble du contexte historique, social, culturel et politique. C'est en fait ce contexte qui crée l'environnement propice et les conditions favorables à la perpétration du crime¹¹. Si l'on n'en prend pas compte, il est

8. La CVR diffère d'une commission d'historiens; elle établit les faits sans considération ni interprétation.

L'historien analyse et interprète les faits, c'est pourquoi sa vérité n'est ni neutre ni transparente.

9. Scharf, *supra* note 7 à la p. 379.

10. Desmond M Tutu, « Reflections on Moral Accountability » (2007) 1 The International Journal of Transitional Justice 6 à la p. 6.

11. Martti Koskeniemi, « Between Impunity and Show Trials » dans Max Planck Yearbook of United Nations Law. *Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor*, La Haye 5 août 2004 à la p. 12-13, Pays-Bas, Kluwer

difficile d'aboutir à la vérité complète, voire impossible de rendre une véritable justice aux victimes. La Commission a donc préféré confronter le peuple sud-africain et ses institutions à leur passé afin d'en tirer des leçons en dehors du cadre judiciaire formel, jugé inadéquat pour saisir l'ampleur du problème, et de suggérer des solutions appropriées.

Pour s'acquitter convenablement de sa mission, la CVR a établi trois comités :

- Le comité sur les violations des droits de l'homme, dont la fonction était de conduire des enquêtes sur les violations importantes des droits de l'homme et de présenter un rapport aussi complet que possible détaillant leurs violations au cours de cette période;
- Le comité sur la réparation et la réhabilitation, dont la fonction était de rassembler l'information et de faire des recommandations au président sur les réparations à faire aux victimes;
- Le comité amnistie, compétent pour accorder l'amnistie aux postulants qui auraient révélé entièrement tous les faits pertinents concernant les délits commis dans un objectif politique au cours des conflits passés¹².

Chacun de ces comités a produit un rapport contenant des recommandations pertinentes relatives aux politiques et aux pratiques à adopter pour prévenir des situations de violations massives des droits de la personne à l'instar du système d'apartheid, aux réparations des préjudices subis par les victimes et aux mesures d'amnistie en faveur des responsables de crimes politiquement motivés et subséquemment avoués devant la CVR¹³.

Law International, 2002.

12. *Loi CVR*, art. 3(3)(a)(b)(c); voir également *Azanian Peoples Organisation (AZAPO) and others v. President of the Republic of South Africa* (1996), 4 Law Report, SA 671 (CC) au par. 5 [*Azapo Case*].

13. Ces rapports et recommandations des différents comités ont été compilés dans le volume six du *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report* (2003), en ligne : South African Government Information <<http://www.info.gov.za/otherdocs/2003/trc/>>.

2. Les juridictions *Gacaca*, un mécanisme semi-judiciaire de répression du génocide et des crimes contre l'humanité

Au Rwanda, il existe une instance traditionnelle (*Gacaca*) au sein de laquelle les conflits internes entre les membres d'une même famille ou d'une même communauté sont résolus dans le but d'assurer le maintien de la cohésion et de l'harmonie sociales, indispensables dans tout groupement humain. Les sages de la colline, communément appelés *Inyangamugayo*¹⁴, convoquent, d'initiative ou sur plainte de la partie lésée, l'auteur et la victime d'un tort afin de trouver un règlement amiable. Originellement, l'instance *Gacaca* était compétente pour juger « des conflits locaux mineurs, civils ou pénaux : fonciers, de pâturage, de famille, de contrats »¹⁵. Bref, le *Gacaca* connaissait les affaires civiles ou pénales mineures et peu complexes¹⁶. Il sied de mentionner néanmoins que les affaires que le droit moderne qualifie de pénales sont traitées de façon civile¹⁷. Une réparation en nature ou par équivalent est due par le coupable à la victime tandis que celle-ci doit un pardon à ce dernier dans certaines circonstances où la réparation n'est pas possible. En plus, le coupable doit généralement s'acquitter d'une forme d'amende qui consiste souvent en cruches de bière. En signe de célébration de la paix sociale retrouvée, cette bière est partagée par tous les membres de

14. *Inyangamugayo* : ceux qui répugnent le déshonneur (traduction littérale de l'auteur) ou les intègres (traduction littéraire de l'auteur).

15. Charles de Lespinay, *Valeurs traditionnelles, justice de proximité et institutions (Rwanda et Burundi)*; en ligne : <<http://droit.Francophonie.org/acct/rfj/actu/11Lepin.htm>>. Voir également Jean Bosco Iyakaremye, « Les juridictions « Gacaca » ou un pis-aller à l'insoluble problématique de la répression du génocide au Rwanda » (2003) 1:3 *Le courrier juridique* 1, à la p. 2-3.

16. Il faut par ailleurs noter avec le Prof. Ntampaka que « les droits traditionnels ne distinguent pas le droit public du droit privé, le droit pénal du droit civil »; voir Charles Ntampaka, « *Le gacaca : une juridiction pénale populaire* », en ligne : Francophonie <<http://droit.Francophonie.org/acct/rfj/actu/11Lepin.htm>>.

17. Felip Reyntjens, « Le droit et ses pratiques : Le gacaca ou la justice du gazon au Rwanda » (1990) 40 *Politique Africaine* 31 à la p.36.

la communauté, y compris le coupable, sa famille, les juges *Inyangamugayo*, la victime et les siens.

Les affaires pénales importantes étaient tranchées par des tribunaux coutumiers relevant du *Mwami* (le roi) ou de ses subordonnés, en l'occurrence *Abaganwa* (les princes). Quand ces juridictions coutumières ont été abolies au profit des juridictions dites modernes de droit écrit dans le cadre d'une réforme introduite par l'administration tutélaire belge en 1948¹⁸, le *Gacaca* n'avait plus de compétence en matière pénale. Les affaires pénales qui relevaient de sa compétence étaient désormais attribuées aux tribunaux de cantons. Il n'avait de compétence que pour les affaires civiles.

Le *Gacaca* n'est donc pas un tribunal à proprement parler mais un forum de résolution des conflits par voie de conciliation. C'est ce que le *Lawyers Committee on Human Rights* (actuellement *Human Rights First*) confirme dans un de ses rapports sur le Rwanda : « A traditional system of justice known as *Gacaca* covers land disputes, family matters and small commercial disagreements; its purpose is to resolve problems while promoting reconciliation »¹⁹. De même, Rusagara estime que « *Gacaca* se présente comme stratégie de gestion de conflit par le biais de sa justice restauratrice, tout en jouant son rôle historique de lubrifiant assurant l'unité et la cohésion dans la société »²⁰.

Néanmoins, en 2001, le législateur rwandais a décidé de redynamiser les juridictions *Gacaca* en leur conférant la compétence de réprimer les infractions gravissimes commises au

18. L'organisation des tribunaux de droit commun a été opérée par un décret le 5 juillet 1948 portant sur la même matière, voir *Bulletin Officiel*, 1948 à la p. 856.

19. Lawyers Committee for Human Rights, *Prosecuting Genocide in Rwanda: the ICTR and national trials*, juillet 1997.

20. Frank K. Rusagara, « *Gacaca*, stratégie de réconciliation et de développement national au Rwanda d'après le génocide » (2005) 2 *Conflict Trends Magazine* 20 à la p. 20 : <<http://www.accord.org.za/ct/2005-2FR.htm>>

Rwanda entre le 1^{er} octobre 1990 et le 31 décembre 1994²¹. L'implication des tribunaux *Gacaca* dans la répression des crimes de droit international répond au souci du gouvernement rwandais d'accélérer les procès pour génocide et crimes contre l'humanité et de désengorger les prisons surpeuplées d'une part, et, d'autre part, d'assurer la participation de la population dans l'administration de la justice.

A. Désengorgement du système judiciaire classique et accélération des procès

Au début du processus judiciaire rwandais pour les affaires découlant des atrocités de 1994, les prisons étaient surpeuplées. En 1995, le nombre de détenus était de 61 210²². À la fin de l'année 1996, il était de 120 000²³ pour atteindre plus de 150 440 en 1999, dont faisaient partie au moins 135 000 personnes

-
21. *Loi organique n° 40/2000 du 26/01/2001 portant création des «juridictions Gacaca» et organisation des poursuites des infractions constitutives du crime de génocide ou de crimes contre l'humanité, commises entre le 1^{er} octobre 1990 et le 31 décembre 1994, voir J.O.R.R. n° 14 du 15 juillet 2001, à la p. 15 et ss. [Loi n° 40/2000]. Cette loi a été abrogée en 2004 par la Loi organique n° 16/2004 du 19/6/2004 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions Gacaca chargées des poursuites et du jugement des infractions constitutives du crime de génocide et d'autres crimes contre l'humanité commis entre le 1^{er} octobre 1990 et le 31 décembre 1994, [Loi Gacaca 2004]. Cette dernière a successivement été amendée en 2006, 2007 et récemment en 2008, voir Loi Organique modifiant et complétant la Loi Organique n° 16/2004 du 19/6/2004 portant organisation, compétence et fonctionnement des Juridictions Gacaca chargées des poursuites et du jugement des infractions constitutives du crime de génocide et d'autres crimes contre l'humanité commis entre le 1^{er} octobre 1990 et le 31 décembre 1994 telle que modifiée et complétée à ce jour, n° 13/2008 du 19/05/2008 [Loi Gacaca 2008].*
22. *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Rwanda soumis par M. René Degni-Ségui, Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, en application du paragraphe 20 de la résolution S-3/1 du 25 mai 1994, Doc. NU E/CN.4/1996/68, 29 janvier 1996 à la p. 27 au par. 89.*
23. *F. Nzirabatinyi, « Poursuites des infractions : la détention préventive face à la présomption d'innocence : contradiction ou complémentarité? » (15 mars 1999), dans Le Verdict n° 2 à la p.19.*

accusées de génocide (soit 89,7 % des accusés)²⁴. En juin 2001, il était estimé à plus ou moins 130 000²⁵ ou 150 000²⁶ selon les sources, alors que la capacité des prisons rwandaises était de 18 000 places²⁷. Comme la population rwandaise était évaluée à peu près à 6 millions en 2001, cela veut dire qu'une personne sur quarante (1/40) était détenue!

Au regard de ces chiffres auxquels il fallait ajouter des suspects et des accusés non détenus, il apparaît clair que les chambres spécialisées²⁸ que le Rwanda avait précédemment mises en place pour juger les génocidaires étaient incapables de liquider toutes ces affaires dans des délais raisonnables. C'est pour cette raison que le gouvernement a décidé de recourir aux juridictions *Gacaca* comme le confirme l'exposé des motifs de la loi sur les juridictions *Gacaca* :

The strategy and the efforts the government and the legal institutions deployed to improve and accelerate the pre-trial investigation and trial of cases did not produce results that met the specific needs for justice caused by the atrocities committed. From the beginning the courts were overwhelmed by a very large number of genocide

-
- 24. Félicien Kamashabi, « Avancement des procès de génocide » (15 mars 1999), dans *Le Verdict* n° 00 à la p. 3.
 - 25. Ligue rwandaise pour la promotion et la défense des droits de l'homme (LIPRODHOR), *Problématique de la preuve dans les procès de génocide : l'institution imminente des juridictions Gacaca constitue-t-elle une panacée?*, Kigali, Centre de Documentation et d'Information sur les Procès de Génocid, 2000 à la p. 50 [rapport LIPRODHOR].
 - 26. Rassemblement pour le retour de la Démocratie au Rwanda (RDR), communiqué 03/2000 du 25 septembre 2000; voir aussi Claudien Ndabahariye, « *Les juridictions Gacaca, outil de réconciliation ou de division?* », en ligne : FDLR <http://mitglied.lycos.de/FDLR/nouvelles/juridictions_gacaca.html>.
 - 27. Amnistie internationale, *Gacaca : une question de justice*, Londres, novembre 2002, Index AI : AFR 47/007/02 [AI, « Rapport AFR 47/007/02 »] à la p. 9.
 - 28. *Loi organique n° 8/96 du 30 août 1996 sur l'organisation des poursuites des infractions constitutives du crime de génocide ou de crimes contre l'humanité, commises à partir du 1er octobre 1990*, voir *J.O.R.R.*, n° 17 du 1^{er} septembre 1996.

cases in addition to the usual common law litigations. The marked slowness and delay in trying these threatened to impede the efforts undertaken to reconcile the Rwandans. Consequently, it then seemed necessary to re-examine the difficulties that impeded trying these cases.

Cette loi abolissait du même coup les chambres spécialisées. Il convient de signaler tout de même que ce système était parvenu à rendre un nombre record de jugements relatifs aux crimes contre l'humanité et au génocide²⁹. Le rythme ayant été jugé non satisfaisant, le reliquat judiciaire devrait donc être traité devant le nouveau système de juridictions *Gacaca* avec la participation de la population.

B. Participation populaire dans l'administration de la justice

Outre le désengorgement des prisons et l'accélération des procès, l'institution des juridictions *Gacaca* répond à l'impératif de réconciliation nationale en impliquant activement dans le processus judiciaire la population qui a été témoin des événements. La participation de la population rwandaise dans le processus de liquidation du contentieux judiciaire lié au génocide rwandais est encore justifiée dans l'exposé des motifs de la loi :

The establishment of such a legal system is justified by the fact that offenses that constitute the crime of genocide or crimes against humanity were committed publicly in full view of the population. This nondissimulation resulted from the fact that the public authorities, whose role is to plot the course for the population to follow, themselves incited the population to commit crimes in order to generalize participation in them and thus be able to leave

29. Entre 1997 et 2004, les tribunaux classiques rwandais (chambres spécialisées) ont jugé 10 026 affaires, voir Bert Ingelaere, « The Gacaca courts in Rwanda », dans Luc Huyse et Mark Salter (ed.), *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict: Learning from African Experience*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2008 à la p. 41 [Huyse et Slater].

no survivors. This inspired the population, manipulated by the politicians, not even to attempt to conceal its criminal actions, since it was confident it was following the path indicated by the very persons who should have apprehended the population. For that reason, it is essential that all Rwandans participate on the ground level in producing evidence, categorizing the perpetrators of the offences by taking into consideration the role they played, and establishing their punishments without applying the classic system of repression of offences, but instead, re-establishing peace and the return of citizens who were manipulated to commit crimes to the right path. As a result, the population who witnesses the atrocities committed shall achieve justice both for the victims and the persons suspected of being perpetrators of offences, a justice based on evidence and not passion. This justice shall be implemented within the framework of the Gacaca jurisdictions, meeting at the cell, sector, commune, and prefecture level and composed of honourable persons appointed by their neighbours.

En effet, étant donné que ces infractions gravissimes « (...) ont été commises publiquement sous les yeux de la population (...) elle doit relater les faits, révéler la vérité et participer à la poursuite et au jugement des auteurs présumés »³⁰. C'est une justice participative³¹, c'est-à-dire « une forme de justice qui donne à la population une voie de s'exprimer sur la répression du génocide commis »³². Cette justice participative constitue un moyen de dissuasion de la criminalité qui a pris assise dans la société rwandaise³³. Pour le président Kagame, « cette justice populaire est d'autant plus adaptée que le génocide a été commis au sein de la population et à travers tout le pays. Les gens pourront témoigner plus facilement si les jugements se tiennent

30. Loi 40/2000, *supra* note 21, préambule.

31. Entrevue accordée par le Ministre de la Justice d'alors, M. Jean de Dieu Mucyo, dans *Le Verdict* n° 00 du 15 mars 1999 à la p. 7.

32. *Ibid.* à la p.17.

33. Rapport LIPRODHOR, *supra* note 25 à la p. 51.

dans les villages plutôt que dans les tribunaux. Cette procédure ne peut qu'accélérer le processus de réconciliation »³⁴.

Pour concrétiser cette participation populaire, un total de 12 103 tribunaux *Gacaca* ont été créés et 169 442 citoyens-juges ont été élus³⁵. Au terme du processus de collecte des informations, 818 564 personnes ont été inculpées de génocide, de complicité de génocide et d'autres infractions connexes³⁶. Jusqu'en septembre 2007, les tribunaux *Gacaca* du secteur et d'appel avaient déjà jugé 342 769 personnes³⁷, soit plus de 70 % des 432 557 suspects de la deuxième catégorie³⁸.

Les juridictions *Gacaca* sont donc très productives comparativement au système de tribunaux classiques. Néanmoins, en dépit de cette productivité quantitative, il serait difficile de conclure que les *Gacaca* ont atteint leurs objectifs. À titre d'exemple, le système n'a pas été en mesure de constituer un fonds d'indemnisation des victimes³⁹. Dans la plupart des cas, les décisions judiciaires ordonnent aux condamnés de restituer les biens des victimes, mais dans plusieurs cas, cette restitution est matériellement impossible. Dans ce genre de situations, le

34. Entrevue accordée par le président Paul Kagame, (août 2000), dans *Le Verdict* n° 17.

35. « Juridictions *Gacaca* : réalisations, obstacles et perspectives d'avenir », (2006), en ligne : Service national des juridictions *Gacaca* <<http://www.inkiko-gacaca.gov.rw/pdf/Realisation%20des%20JG.pdf>>. Il importe de souligner que 26 752 juges ont été subséquentement destitués, car ils ont eux-mêmes été accusés de génocide, voir Ingelaert, *supra* note 28 à la p. 48.

36. « Synthèse des accusés par Province et Ville de Kigali », en ligne : <<http://www.inkiko-gacaca.gov.rw/pdf/abaregwa%20francais.pdf>>

37. Avocats sans frontières, Monitoring des juridictions *Gacaca*, phase de jugement, rapport analytique No 3, 2008 à la p. 11.

38. *Synthèse des accusés par Province et Ville de Kigali*, en ligne : <http://www.inkiko-gacaca.gov.rw/pdf/abaregwa%20francais.pdf>; pour les personnes qui rentrent dans la deuxième catégorie de suspects génocidaires ou criminels contre l'humanité, voir Loi *Gacaca* 2008, *supra* note 21, art. 51.

39. Maya Sosnov, « The Adjudication of Genocide : *Gacaca* and the Road to Reconciliation in Rwanda » (2008) 36:2 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 125 à la p. 149 et ss.

mécanisme des travaux d'intérêt général est perçu comme le seul moyen de compensation à défaut d'une autre forme de réparation possible. Toutefois, ce moyen est controversé surtout lorsqu'il aboutit à des travaux exécutés pour le compte de victimes⁴⁰.

En outre, la réconciliation entre les Hutus et les Tutsis n'est pas encore perceptible⁴¹. En effet, la plupart des Hutus perçoivent les *Gacaca* comme un instrument d'injustice et d'oppression. D'une part, les crimes dont les Hutus sont victimes – essentiellement ceux commis par les militaires de l'Armée patriotique rwandaise (APR) – ne sont pas justiciables devant ces tribunaux⁴². Cette justice sélective porte alors un coup dur à la légitimité du mécanisme. D'autre part, on observe un niveau élevé de stigmatisation ethnique hutu relativement aux crimes commis en 1994 qui fait songer à une sorte de « collective hutu guilt »⁴³. Tout cela a pour résultat la réduction de la participation populaire dans le processus; ce qui explique le recours à la coercition pour contraindre la population à participer aux audiences, alors que cela devrait normalement être facile⁴⁴. La non-participation effective prive également les tribunaux *Gacaca* de certains témoignages substantiels de la part des gens qui étaient physiquement présents aux lieux des crimes en 1994. Ce faisant,

40. Lars Waldorf, « Mass Justice for Mass Atrocity : Rethinking Local Justice as Transitional Justice » (2006) 79:1 *Temp. L. Rev.* 1 à la p. 59 [Waldorf]. Pour cet auteur, « such a policy could exacerbate ethnic tensions as it could be seen as a return to the colonial-era forced labor system under which Hutu clients worked for Tutsi patrons ».

41. Eugenia Zorbas, « Reconciliation in Post-Genocide Rwanda » (2004) 1:1 *AJLS* 29 à la p. 47 et ss.

42. Même si les crimes de l'APR n'étaient pas poursuivis jusque-là, l'exclusion de compétence sur les crimes de guerre a été juridiquement consacrée avec l'amendement de la loi sur les juridictions *Gacaca* intervenue en 2004. Les raisons souvent avancées sont notamment qu'il ne faut pas confondre le génocide et les crimes de guerre ou mieux, éviter un quelconque amalgame entre génocidaires (Hutus) et ceux qui ont arrêté le génocide (Tutsis). On ajoute que les tribunaux militaires devraient s'en charger.

43. Zorbas, *supra* note 41 à la p. 45; voir également Waldorf, *supra* note 40 aux pp.79-83.

44. Waldorf, *supra* note 40 aux pp. 67-68.

le gros des éléments de preuve provient des aveux des accusés. Or, au regard des conditions dramatiques de détention dans les prisons rwandaises, la plupart des aveux ne sont pas sincères. Les détenus recourent à la procédure de plaider de culpabilité dans le but d'obtenir une réduction substantielle de leur peine.

Ainsi, contrairement au modèle sud-africain, le *Gacaca* « nouvelle formule » constitue une sorte de justice formelle à l'administration de laquelle participe la population. Les efforts sont concentrés aux poursuites plutôt qu'à la réconciliation comme c'était le cas dans le contexte de la CVR sud-africaine⁴⁵.

C. Légalité en droit international de l'implication des mécanismes communautaires de justice transitionnelle dans la lutte contre l'impunité des crimes internationaux

Nous venons de voir que la CVR sud-africaine et les juridictions *Gacaca* rwandaises interviennent dans l'administration de la justice pénale internationale. Il s'agit maintenant de cerner la question à savoir si le droit international peut, dans une certaine mesure, servir de base juridique à l'intervention de ces institutions dans la répression des crimes internationaux. Cette question ne manque pas d'intérêt académique et pratique. En effet, le schéma actuel de justice internationale privilégie la voie des poursuites pénales devant des tribunaux pénaux internationaux ou nationaux. Ces fora judiciaires opèrent de façon complémentaire, le dernier mot revenant parfois aux juridictions internationales.

Le recours aux mécanismes communautaires de justice transitionnelle n'a jamais été spécifiquement régi par le droit international ni même n'a fait l'objet de discussions sérieuses. Comme l'affirment les Principes de Chicago, « despite the fact that

45. Aneta Wierzyńska, « Consolidating Democracy Through Transitional Justice : Rwanda's Gacaca Courts », (2004) 79 *N.Y. Law Rev.* 1934 à la p. 1963 [Wierzyńska].

these practices are often more closely bound to local society than courts and government institutions, they have often been ignored by States and international organizations »⁴⁶. Durant les négociations ayant abouti à la création de la Cour pénale internationale (CPI), la question a été éludée. En réalité, « the Rome Statute does not appear to have contemplated such a scenario; the approaches to justice reflected in the statute are seen to be universal. The apparent clash of an international conception of justice with local approaches raises basic questions of when and how the former must compromise with the latter »⁴⁷. Les négociateurs ont préféré laisser aux juges et au procureur de la CPI la responsabilité de déterminer le rôle et la légalité des mécanismes « alternatifs » à la justice pénale classique⁴⁸. Cette problématique n'est pas encore résolue jusqu'à présent. Il importe néanmoins de souligner que le Bureau du procureur a pris l'initiative de commanditer une étude d'experts sur le principe de la complémentarité⁴⁹. Analysant les mécanismes extrajudiciaires ou semi-judiciaires de lutte contre l'impunité, la majorité des experts a estimé qu'il serait préférable

(...) for the OTP to avoid promulgating too precise a position on the issue, until some experience is acquired in actual situations. Past experience demonstrates that it would be arduous to attempt to develop a general doctrine on how to assess such a situation. One must be alert to different contexts, including political, cultural, security-related and other factors. A proactive stance will however be necessary if, for example, the OTP is consulted by a

46. *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice*, 2007, principe 6 à la p. 36 [Principes de Chicago].

47. Katherine Southwick, « Investigating War in Northern Uganda: Dilemmas for the International Criminal Court » (2005) 1:1 *Yale Journal of International Affairs* 107 aux pp. 113-114.

48. Mohamed M. El Zeidy, « The Principle of Complementarity : A New Machinery to Implement International Criminal Law » (2002) 23 *Mich. J. Int'l L* 869 à la p. 944.

49. *Informal Expert Paper: The Principle of Complementarity in Practice*, La Haye, ICC-OTP, 2003.

State Party developing an alternative justice mechanism »⁵⁰.

Pourtant, la question n'est pas seulement un cas d'école. Plusieurs pays ont adopté des commissions vérité et réconciliation qui interviennent dans la lutte contre l'impunité des crimes internationaux. De même, dans le cas de la situation de l'Ouganda, dont la CPI est saisi, la légitimité des procédures pénales a été durement éprouvée par une certaine volonté ougandaise de recourir plutôt aux mécanismes traditionnels de justice. Dans l'accord signé entre le gouvernement ougandais et l'Armée de résistance du seigneur (LRA pour Lord's Resistance Army) sur l'imputabilité et la réconciliation, il a clairement été décidé que « traditional justice mechanisms, such as Culo Kwor, Mato Oput, Kayo Cuk, Ailuc and Tonu ci Koka and others as practiced in the communities affected by the conflict, shall be promoted, with necessary modifications, as a central part of the framework for accountability and reconciliation »⁵¹. Il nous semble déjà opportun pour le Procureur de prendre une position claire, même temporaire, par rapport à ces questions. Les juges pourraient, le cas échéant, se prononcer sur la question de la légalité et de la légitimité des mécanismes alternatifs s'ils en sont saisis dans le contexte de la situation de l'Ouganda ou dans une autre affaire. À cette même occasion, nous estimons qu'ils établiraient des lignes directrices des rapports que la CPI entend entretenir avec les mécanismes locaux. Ce ne serait pas ramer à contre-courant si la cour décide d'affirmer la légitimité, l'importance et la complémentarité de ces autres mécanismes de résolution des conflits⁵².

50. *Ibid.* à la p. 24 au par. 74. Il est à noter que deux membres du groupe proposaient plutôt, pour des raisons de transparence et de certitude juridique, que le procureur rende publique sa position concernant les différentes formes alternatives de justice, en l'occurrence les CVR, les mesures d'amnistie, etc., voir *supra* note 34.

51. *Agreement between the Government of the Republic of Uganda and the Lord's Resistance Army/Movement (LRA/M)*, Juba, 29 juin 2007, art. 3.1, voir en ligne : The New Vision <<http://www.newvision.co.ug/D/8/455/573798#>>.

52. Jeremy Sarkin « Carrots and Sticks: the TRC and the South African

À notre sens, l'approche à adopter devrait prendre appui sur deux éléments importants :

— La conception actuelle du droit pénal international qui habilite, voire oblige, les États à traduire en justice devant leurs tribunaux les personnes suspectées d'avoir commis les crimes internationaux les plus graves. Nous pensons que ceci vaut spécialement pour les mécanismes semi-judiciaires comme le *Gacaca*. Ainsi, en matière de crimes de guerre, les Conventions de Genève stipulent :

Les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention définies à l'article suivant.

Chaque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes (...) ⁵³.

Amnesty Process », *Recension de Peace, Justice and the Challenge of Amnesties* de Hans Hendrik Brydensholt (2005) 16 Crim. L.F. 377 à la p. 385.

53. Voir *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, RTNU, 1950, n° 970 à la p. 32, art. 49; *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, RTNU, 1950, vol. 971 à la p. 86, art. 50; *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, RTNU, 1950, No 972 à la p. 136, art. 129; *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, RTNU, 1950, No 973 à la p. 288, art. 146; *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*, RTNU, 1979, n°

En matière de génocide, l'article V de la Convention sur le génocide prescrit que les personnes accusées de génocide ou de quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront traduites devant les tribunaux compétents de l'État sur le territoire où l'acte a été commis.

En outre, le Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale (CPI) accorde une priorité juridictionnelle aux États dans la répression des crimes qu'il prohibe. C'est le sens qu'il convient de donner au principe fondamental de la complémentarité de la CPI par rapport aux juridictions étatiques⁵⁴. Ce principe prohibe donc l'exercice de compétence de la CPI lorsqu'un État intéressé et compétent exerce déjà sa compétence⁵⁵.

À travers ces quelques instruments internationaux, on se rend aisément compte que les tribunaux étatiques ont un fondement juridique solide en droit international pour réprimer les crimes internationaux⁵⁶. En outre, on constate que le droit international n'opère pas de distinction quant aux ordres juridictionnels en vigueur dans un État donné, c'est-à-dire qu'il ne recommande pas les tribunaux classiques au détriment des tribunaux traditionnels ou communautaires — là où ils existent — ou vice-versa. Ce qui est requis nous semble être une action étatique, dans le respect des normes fondamentales d'équité

17512 à la p. 271, art. 85. Ces textes peuvent être consultés en ligne sur le site du CICR : <<http://www.icrc.org/ihl>>.

54. *Statut de la Cour pénale internationale* [CPI], adopté le 17 juillet 1998 par la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale tenue à Rome, Italie, voir Doc. NU A/CONF. 183/9, art.1.

55. Voir l'art. 17 du Statut de la CPI pour les conditions de recevabilité des affaires.

56. Elles le feraient en vertu de la compétence territoriale car, comme le dit C. Beccaria, un des fervents défenseurs du principe de la territorialité, « le lieu du châtement ne peut être que le lieu du délit, attendu que c'est là et non ailleurs qu'existe l'obligation de sévir contre un particulier pour défendre le bien public », voir Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, Genève, Droz 1965, Chap. XXIX, à la p. 55. (Paru en 1766 en italien sous le titre *Dei delitti e delle pene*, cet ouvrage a été traduit en français par Maurice Chevalier en 1965).

judiciaire, de telle sorte que les criminels de droit international ne jouissent pas d'une quelconque impunité. De cette façon, la légalité des institutions judiciaires traditionnelles ne serait pas contestée.

— L'art. 53(1) c) et (2) c) du statut de la CPI : cette disposition autorise le Procureur à ne pas enquêter ou poursuivre au cas où, compte tenu des informations qui sont à sa disposition, cela ne servirait pas les intérêts de la justice. Nous pensons ainsi que l'existence fonctionnelle d'institutions alternatives de justice, comme les CVR, serait un des facteurs à prendre en considération dans l'appréciation de la notion d'« intérêt de la justice ». La légalité des interventions des mécanismes extrajudiciaires, comme la CVR sud-africaine, paraît plus problématique au regard du droit pénal international. En effet, les commissions ne font pas partie de l'architecture judiciaire étatique. De même, elles aboutissent souvent aux offres d'amnistie pour les personnes suspectées responsables des atrocités, alors que ce genre de mesures est prohibé en droit international⁵⁷. Néanmoins, outre l'article 53(1) c) et (2) c) du statut de la CPI qui peut en constituer la base juridique, nous croyons que l'analyse de la légalité de ces mécanismes devrait tenir en considération leur nature et leurs objectifs avoués de justice. En effet, force nous est de faire constater que l'approche extrajudiciaire procède d'une conception plus globale de la justice qui va au-delà de la conception pénaliste libérale occidentale. Elle se focalise non seulement sur des individus pris isolément, mais plutôt envisagés par rapport à leur société, à leur groupe ou à leurs institutions d'appartenance. Même si les mécanismes extrajudiciaires ne débouchent pas à des sanctions pénales classiques, comme l'emprisonnement, ils aboutissent à une forme de responsabilisation individuelle (dire la vérité, présenter les excuses aux victimes) et collective (compensation des victimes par la société, blâmes ou propositions de réformes des institutions, etc.). Ce faisant, la responsabilité des suspects criminels qui comparaissent devant les CVR n'est pas escamotée et aucune impunité ne leur est garantie. On pourrait

57. *Principes de Chicago*, *supra* note 46, principe 1 à la p. 22.

donc difficilement contester leur légalité, encore moins leur légitimité. Seulement, il y a lieu d'en baliser l'action en répudiant le principe d'amnisties générales autour duquel un consensus existe quant à leur illégalité. Par contre, le modèle d'amnistie individualisée et conditionnelle adopté par la CVR sud-africaine⁵⁸ nous paraît approprié compte tenu des objectifs plus globaux de la conception de justice dont il s'inspire⁵⁹.

En conséquence, nous estimons que l'implication des institutions non judiciaires ou semi-judiciaires dans la répression des crimes internationaux n'est pas incompatible avec le droit international, tout au moins au niveau du principe. Il convient de mentionner, pour clore cette section, que le pluralisme juridique qui suppose une coexistence de systèmes juridiques distincts, mais concourant à un même objectif⁶⁰ peut constituer un cadre théorique d'analyse de la légalité des mécanismes alternatifs de justice transitionnelle et de leur complémentarité avec les tribunaux pénaux classiques⁶¹. Dans le contexte africain, cela ne serait aucunement une nouvelle expérience, car plusieurs pays connaissent une juxtaposition d'ordres judiciaires modernes et coutumiers.

La question qui découle de cette conclusion et que nous cernerons ci-dessous est celle à savoir pourquoi on recourrait à cette approche plutôt qu'aux tribunaux étatiques classiques ou internationaux. Parallèlement à cette analyse, nous traiterons des inconvénients potentiels inhérents à ces mécanismes.

58. Il est à préciser que le principe d'amnistie par la CVR a été judiciairement contesté mais sans succès, voir *Azapo Case*, *supra* note 12.

59. Milena Sterio, « Rethinking Amnesty » (2006) 34:3 Denv. J. Int'l L. & Pol'y 373 aux pp. 398-399.

60. Jacques Vanderlinden et John Griffiths, « What is Legal Pluralism » (1986) 24 *Journal of Legal Pluralism* à la p. 1 et ss.

61. Eric Blumenson, « The Challenge of a Global Standard of Justice : Peace, Pluralism, and Punishment at the International Criminal Court » (2005-2006) 44 Colum. J. Transnat'l L. 801 à la p. 853 et ss.

III. Avantages et inconvénients du recours aux mécanismes de justice transitionnelle développés en Afrique pour lutter contre l'impunité du crime international

Le recours aux CVR et aux juridictions traditionnelles pour combattre l'impunité comporte des avantages (1) mais suscite des critiques de la part des internationalistes (2).

1. Avantages des mécanismes communautaires de justice transitionnelle

L'implication des institutions de justice traditionnelle et des CVR dans la répression des crimes graves est bénéfique pour tous les intervenants et pour tous les intéressés, y compris la communauté internationale. L'attrait qu'inspire ce système est justifié par sa proximité, la sensibilité socioculturelle des intervenants, la célérité des procédures, la préoccupation de protéger les intérêts de la communauté, la participation active des victimes ainsi que la complémentarité des mécanismes aux efforts nationaux et internationaux.

A. Justice de proximité

Les mécanismes extrajudiciaires et les juridictions traditionnelles, là où elles existent et fonctionnent encore, ont l'avantage de siéger près des victimes et du lieu où les crimes ont été perpétrés. Ainsi, dans un forum de vérité-réconciliation, les responsables des crimes comparaissent dans leur milieu devant des personnes intègres rompues aux techniques de résolution pacifique des conflits. Dans le contexte des tribunaux traditionnels, les accusés comparaissent dans leur milieu et, le cas échéant, sont jugés par des juges auxquels ils sont habitués et qui parlent un langage qu'ils comprennent. Dans tous les cas, les victimes n'ont pas à être déplacées⁶² pour aller revivre leur

62. Les victimes de la tragédie rwandaise ainsi que celles du conflit en ex-Yougoslavie doivent voyager à l'étranger pour comparaître devant les tribunaux situés respectivement à Arusha (Tanzanie) et à La Haye (Pays-Bas).

calvaire dans un milieu parfois peu compatissant⁶³ et suivant des procédures parfois très envahissantes — comme le contre-interrogatoire — auxquelles elles ne s'attendent pas. La justice ainsi rendue est proche des justiciables et leur est très accessible sur tous les plans⁶⁴, ce qui augmente l'impact ou l'effet dissuasif des décisions de la CVR ou des juridictions traditionnelles dans le milieu où les crimes ont été commis.

La proximité est donc un avantage très comparatif qui contribue à réduire la distance juridique entre l'endroit où les crimes sont commis et celui où ils sont jugés⁶⁵ si l'on regarde les tribunaux internationaux qui siègent à l'étranger loin du lieu de la commission des crimes et des principaux intéressés et intervenants⁶⁶. Parlant de *Gacaca*, Wierzynska soutient qu'il sert à rappeler à « those involved in this continuing international effort that the primary recipient of transitional justice is not the international community, but the post-conflict society – comprised of both victims and perpetrators- that suffered during mass atrocities »⁶⁷. La justice ne peut donc être imposée par des décrets internationaux. Elle doit être enracinée localement et socialement acceptable⁶⁸.

63. Dans l'affaire *Nyiramasuhuko et al.* (dossier Butare), les juges William Sekule (Tanzania), Winston Maqutu (Lesotho) et Arlette Ramarason (Madagascar) de la 2^e chambre ont ri pendant que le témoin TA (victime de viol) subissait un contre-interrogatoire musclé. Cela a soulevé un tollé auprès des organisations féministes même si les juges en question ont par la suite dit que leur réaction n'avait rien à voir avec le témoignage en question; voir notamment Binaifer Nowrojee, « *Your Justice is Too Slow* » *Will the ICTR Fail Rwanda's Rape Victims?* United Nations Research Institute for Social Development, Occasional Paper, 2005 à la p. 24.

64. Penal Reform International, *Access to justice in sub-Saharan Africa: the Role of Traditional and Informal Justice Systems*, 2000 à la p. 126 [Penal Reform International].

65. Frédéric Mégret, « In Defence of Hybridity: Towards a Representational Theory of International Criminal Justice » (2005) 38 *Cornell Int'l L. J.* 725 à la p. 730.

66. Chandra Lekha Sriram, « Universal Jurisdiction: Problems and Prospects of Externalizing Justice » (2001) 12 *Finnish Yearbook of International Law* aux pp. 47-70.

67. Wierzynska, *supra* note 45 à la p. 1966.

68. Tim Allen, « Ouganda : la justice traditionnelle est-elle une alternative

En outre, devant ces mécanismes de justice transitionnelle, les justiciables sont familiers avec ce système piloté par des citoyens intègres. Dans le cas des juridictions traditionnelles, ces derniers sont traditionnellement des chefs tribaux, ethniques, religieux ou des personnes adultes d'un certain âge qui connaissent les us et coutumes de la communauté et qui ont été initiés aux techniques de règlement des différends. Ce faisant, la justice est rendue par des juges « naturels ». Actuellement, comme l'emprise et l'autorité morale des chefs traditionnels s'effritent au profit des autorités étatiques et à cause de la détérioration de leurs conditions de vie, les citoyens-juges sont généralement des élus locaux⁶⁹, avec tout ce que cela implique en termes d'impartialité et d'indépendance. Nous y reviendrons.

B. Sensibilité culturelle des citoyens-juges

La proximité des mécanismes de justice transitionnelle étudiés emporte une connaissance factuelle ainsi qu'une sensibilité culturelle qui font parfois défaut dans le contexte des poursuites pénales internationales. L'absence de sensibilité culturelle chez les juges internationaux ne manque pas d'exercer une influence négative sur l'acceptabilité de leurs décisions et sur la réputation de tout le système judiciaire international dans les sociétés post-confliktuelles. Il sied de rappeler ici que la plupart des décisions internationales sont plus saluées par les experts internationaux et par les politiciens que par leurs premiers destinataires, c'est-à-dire les populations locales qui ont été directement affectées par les conflits. Selon M. Alvarez, « international tribunals are accountable to and respond most readily to, international lawyers' jurisprudential and other agendas and only incidentally to the needs of victims of mass atrocity »⁷⁰. En Sierra Leone par exemple, la population a

viable à la Cour pénale internationale? » (2008) 53:1 *Mouvements* 118 à la p. 118.

69. C'est le cas en Ouganda, au Rwanda, etc.

70. Jose E. Alvarez, « Crimes of States/Crimes of Hate: Lessons from Rwanda » (1999) 24:2 *Yale J.Int'l L.* 365 à la p. 410.

sévèrement critiqué la décision de poursuivre M. Hinga Norman⁷¹, ancien ministre de l'Intérieur, alors que c'est lui qui a mis en place une stratégie de protection des populations civiles contre les atrocités brutales de la Revolutionary United Front (RUF) de Foday Sankoh. Pourtant, le monde juridique applaudissait sa mise en accusation, car c'était la première fois dans l'histoire de la justice internationale qu'une personne faisait face à des accusations relatives à la conscription et à l'utilisation des enfants dans des conflits armés.

En fait, les crimes graves sont commis dans un contexte social, historique, politique et culturel particulier qui présente des subtilités parfois inaccessibles aux étrangers⁷². Pour ce faire, toute tentative de redressement social qui ne tient pas compte de ces facteurs serait, à notre sens, vouée à l'échec. Nous rejoignons en cela M. Drumbl qui affirme que « context, nuance, and local particularities should inform the design of responses to genocide, which should be individualized, carefully planned, and thoughtful »⁷³. C'est pour cette raison que les mécanismes alternatifs de justice transitionnelle se trouvent être un forum approprié de résolution du contentieux de génocide, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. Leurs décisions auraient un impact positif sur le processus de paix et de réconciliation, un aspect actuellement très négligé dans le contexte de la détermination des peines devant les tribunaux étatiques classiques ou internationaux.

71. *Le Procureur c. Hinga Norman, Fofana et Kondewa*, SCSL-04-14-T. M. Norman, Fofana et Kondewa ont créé et dirigé la *Civil Defence Force* (CDF).

72. Dans l'affaire *Akayesu*, le TPIR a par exemple mis en exergue les difficultés à comprendre la culture et la langue rwandaises des témoins et des accusés, voir *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Jugement (2 septembre 1998) aux par. 155-156 (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance).

73. Mark Drumbl, « Punishment, Postgenocide : From Guilt to Shame to Civis in Rwanda » (2000) 75 N.Y.U.L.Rev. 1221 à la p. 1318.

C. Célérité des procédures

Outre la proximité et la sensibilité socioculturelle des mécanismes de justice traditionnelle et communautaire, nous devons souligner que les procédures devant ces instances sont rapides. En général, selon la gravité d'un cas, cela prend une journée ou deux pour prononcer un verdict. En réalité, les procédures sont rapides car elles sont très simplifiées. Elles sont caractérisées par l'absence de confrontation et la non-implication d'avocats, qui souvent s'embourbent dans des arcanes procéduraux ralentissant ainsi le cours normal des procédures. De même, la plupart des participants ont une connaissance plus ou moins claire des faits étant donné qu'ils vivaient là au moment des crimes⁷⁴. Ainsi, comme dans les autres mécanismes de justice réparatrice, on saute ou on passe très peu de temps à l'étape d'établissement des faits et de la culpabilité pour se focaliser sur la détermination de la peine⁷⁵.

La célérité procédurale a ainsi des retombées positives sur l'avenir de la société : on règle les contentieux en quelques jours et à l'avantage de tous les intervenants, accusés, victimes et le reste de la communauté. Les pages horribles de l'histoire sont ainsi tournées rapidement, ce qui permet à la société de passer à autre chose, notamment aux travaux de reconstruction, de développement, etc. En Afrique du Sud par exemple, la CVR sud-africaine a tenu des audiences pendant près de quatre ans et son travail s'est clôturé par la publication d'un rapport⁷⁶. Actuellement, l'Afrique du Sud apparaît comme une société plus ou moins réconciliée avec elle-même même si le président de la

74. Le Rwanda présente une exception dans la mesure où la plupart des gens qui interviennent dans les *Gacaca* sont venus après la victoire du FPR; ils vivaient dans les pays voisins au moment du génocide.

75. Kathleen Daly, « Revisiting the Relationship between Retributive and Restorative Justice », *Revised paper presented at Restorative Justice and Civil Society Conference*, Canberra, Australian National University, 1999 à la p. 6.

76. *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report*, 2003; en ligne : South African Government Information <<http://www.info.gov.za/otherdocs/2003/trc/>>.

CVR reste réaliste en affirmant que : (...) reconciliation is a long haul and depends not on a commission for its achievement but on all of us making our contribution »⁷⁷. Son développement ne cesse de grandir sur tous les plans.

On ne peut apprécier l'importance de cette célérité procédurale qu'en analysant la lenteur extraordinaire de la justice pénale internationale. Il n'est pas rare qu'un procès international dure plus de cinq ans⁷⁸! De notre point de vue, cela porte un grave préjudice à la réconciliation et à la reconstruction sociales, car l'épée de Damoclès reste éternellement suspendue au-dessus des individus les empêchant ainsi de penser au futur et d'adopter une attitude positive perspective et non rétrospective.

D. Souci permanent de protéger les intérêts de la société

La conception occidentale de la justice pénale met en avant les droits individuels et favorise la détermination du gagnant et du perdant. Cette conception est suivie au niveau des tribunaux classiques africains car elle leur a été léguée par la colonisation. Pourtant, là où les tribunaux coutumiers coexistent avec ceux de droit écrit, ils ont jusqu'à maintenant continué à mettre de l'avant la conception d'une justice collective, conciliatrice et réparatrice⁷⁹. Cette conception est inspirée de la philosophie *d'Ubuntu* en vigueur dans la plupart des sociétés culturelles africaines, en l'occurrence les *Bantu* éparpillés dans différents pays de l'Afrique

77. Archevêque Desmond Tutu, « Forword », dans *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report*, vol. VI, 2003 à la p. 1.

78. Au TPIR par exemple, débuté en juin 2001, le procès dans l'affaire *Nyiramasuhuko et al.* toujours en cours devant la deuxième chambre de première instance vient de durer près de 9 ans. Ce procès ne fait pas exception; celui de *Bicamumpaka et al.* est dans sa 6^e année alors que celui de *Bagosora et al.* s'est clôturé après 6 ans. À cela s'ajoute le temps passé en détention préjuridictionnelle qui est généralement de 4 ans et plus!

79. Mutoy Mubiala, *Le système régional africain de protection des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005 à la p.7; T.W. Bennet, *A Sourcebook of African Customary Law in Southern Africa*, Cape Town, Juta, 1991 à la p. 54.

centrale à l'Afrique australe. Bien qu'il soit difficile de traduire correctement cette philosophie profonde, il est généralement admis qu'elle prône la suprématie de la communauté et de l'humanité; ce faisant, elle place leurs intérêts au premier rang tout en mettant les obligations envers la communauté au-dessus des droits des individus qui en sont membres⁸⁰. En réalité, la vie et les droits des individus n'ont de sens que s'ils sont envisagés par rapport à la communauté. M. Khoza affirme que selon cette philosophie, « all humanity has a common origin and *ipso facto* belongs together. This creates a common bond and destiny for humanity. The individual is absorbed into the collective, yet retains an identity as an empirical being. Hence, I am because you are, and you are because we are »⁸¹. Cette philosophie met l'accent sur l'interdépendance des êtres humains.

Ainsi, les structures traditionnelles de règlement des conflits favorisent la réconciliation et privilégient les intérêts du groupe et la conciliation au conflit⁸². Dans le contexte traditionnel, justice et réconciliation ne sont pas antinomiques ou incompatibles⁸³, tout comme il n'y a pas d'opposition entre imputabilité et réconciliation⁸⁴. On vise donc l'harmonie sociale tout en réglant les différends qui opposent des membres d'une communauté donnée. Cette préoccupation permanente découle de la conception même que certaines sociétés ont de la communauté

80. Gessler Muxe Nkondo, « Ubuntu as public policy in South Africa: A conceptual framework » (2007) 2(1) *International Journal of African Renaissance Studies* 88 à la p. 90.

81. Reuel Khoza, *Let Africa lead: African transformational leadership for 21st century business*, Johannesburg: Vezubuntu Publishing, 2006, aux pp. xx-xxi; voir également Desmond Tutu, *No Future without Forgiveness*, New York, Doubleday, 1999 aux pp. 34-35.

82. RBG Choudree, « Traditions of Conflict Resolution in South Africa » (1999) 1:1 *African Journal on Conflict Resolution* 9 aux pp.10-1; voir aussi Charles Ntampaka, *Introduction aux systèmes juridiques africains*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2005 [Choudree].

83. Joe A. D. Alie, « Reconciliation and Traditional Justice: Tradition-based Practices of the Kpaa Mende in Sierra Leone », dans Huyse et Slater, *supra* note 29 à la p. 133 [Alie].

84. James Ojera Latigo, « Northern Uganda: Tradition-based Practices in the Acholi Region » dans Huyse et Slater, *supra* note 29 à la p. 110 [Latigo].

et des différends. En Afrique, « la communauté est un sujet privilégié de droit, quelle que soit sa forme (clan, ethnie, tribu, etc.). Ce concept renforce la solidarité entre les membres de la même communauté »⁸⁵. Dès lors, dans les sociétés qui épousent la philosophie d'*Ubuntu*, « a dispute between fellow members of a society is perceived not merely as a matter of curiosity with regard to the affairs of one's neighbour; but in a very real sense an emerging conflict is seen to belong to the whole community. According to the notion of *Ubuntu*, each member of the community is linked to each of the disputants, be they victims or perpetrators »⁸⁶. Selon M. Murithi, « the guiding principle of *Ubuntu* was based on the notion that parties need to be reconciled in order to re-build and maintain social trust and social cohesion, with a view to preventing a culture of vendetta or retribution from developing and escalating between individuals, families and the society as a whole »⁸⁷.

L'objectif de rétablir la cohésion et l'harmonie sociales est atteint par ricochet, car en résolvant des conflits interpersonnels, on y pourvoit en même temps. La CVR sud-africaine a été conçue et a effectivement fonctionné suivant cette conception africaine de la justice. Il en est de même pour les juridictions *Gacaca* dont l'objectif ultime est la réconciliation des différentes composantes ethniques rwandaises. Mentionnons enfin que cette conception africaine d'une justice collective a même été juridiquement consacrée dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, une charte qui protège non seulement les droits individuels, mais également les droits des communautés dans leur ensemble⁸⁸. Cela n'a pas d'équivalent dans le monde occidental.

85. Keba M'Baye, « Le concept africain des droits de l'homme » (1996) 6:3 Bulletin africain des droits de l'homme 1 à la p. 3.

86. Timothy Murithi, « African Approaches to Building Peace and Social Solidarity », (2006) 6:2 African Journal on Conflict Resolution 9 à la p. 19.

87. Timothy Murithi, « Practical Peacemaking Wisdom from Africa: Reflections on Ubuntu » (2006) 1: 4 The Journal of Pan African Studies 25 à la p. 32.

88. *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, adoptée par la dix-huitième Conférence des chefs d'État et de gouvernement de

Ainsi, les mécanismes communautaires de responsabilisation pour les crimes graves auxquels le Rwanda et l'Afrique du Sud ont eu recours poursuivent la protection des intérêts de la société dans son ensemble. Ils envisagent des solutions dans une perspective futuriste et transformative en insistant sur les valeurs auxquelles devraient désormais adhérer les membres de la communauté où les crimes ont été perpétrés. Cette approche pénètre et influence beaucoup la théorie de la justice transitionnelle. D'ailleurs, Erin Daly propose que cette dernière soit renommée « transformative justice »⁸⁹ car « the fundamental mission of transitional justice is to generate sociopolitical conditions that will prevent the recurrence of conflicts in postconflict societies »⁹⁰. Bref, s'ils sont convenablement conçus et moins manipulés, les mécanismes alternatifs de justice postconflituelle peuvent contribuer à la création d'une culture citoyenne (civic culture)⁹¹ capable de remplacer la culture du fusil telle que développée dans la région des Grands Lacs africains. Ils solidifieraient également les fondements de la démocratie, notamment par l'aspect participatif de la population dans le fonctionnement des mécanismes. En fin de compte, la démocratie permettra de prévenir la survenance des conflits et, en cas de survenance, facilitera leur gestion pacifique.

l'Organisation de l'unité africaine (actuellement Union africaine), à Nairobi, Kenya, juin 1981.

89. Erin Daly, « Transformative Justice: Charting a Path to Reconciliation » (2002) 12 Int'l Legal Persp. 73 à la p. 74.

90. Wierzyńska, *supra* note 45 à la p. 1939.

91. *Ibid.* à la p. 1952.

E. Forum approprié de réparation des dommages subis par les victimes

L'implication active de la population et des institutions locales dans le règlement des crises sociales graves se justifie en outre par l'actuelle préoccupation grandissante sur le sort et la place des victimes dans un procès pénal. Traditionnellement, tout au moins dans les pays de la Common law et dans les procédures pénales internationales pour les crimes odieux, l'administration de la justice met l'accent sur l'importance de la répression des crimes dans le respect des droits des accusés, notamment le droit à un procès équitable. Les victimes ne sont pas, en tant que telles, prises en considération par les tribunaux répressifs. C'est dans ce contexte qu'il faut situer et comprendre le fait que les victimes ne peuvent pas intervenir devant les juridictions internationales *ad hoc* sauf à titre de témoins à charge.

Néanmoins, la tendance actuelle est de reconnaître les victimes comme des parties aux procédures et non plus seulement comme des acteurs passifs (témoins). Plusieurs instruments juridiques ainsi que la doctrine reconnaissent que les victimes jouissent désormais d'une protection internationale⁹². Malgré cette

92. C'est notamment la *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*, voir Doc. NU A/Rés/40/34 adoptée par l'Assemblée générale en 1985; voir également le Statut de la CPI, *supra* note 54, art. 75 et 79; les *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, Doc. NU, Résolution 60/147 adoptée par l'Assemblée générale le 16 décembre 2005; voir aussi *Ensemble de principes et de directives fondamentaux concernant le droit à des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et du droit humanitaire établi par M. Theo van Boven en application de la décision 1995/171 de la Sous-commission (des Nations Unies) de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités*, Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1996/17, à la p. 4 au par. 7. Ces principes ont été dégagés sur base d'une étude menée par M. Theo van Boven, (Rapporteur spécial de la Sous-commission), *Étude concernant le droit à la restitution, compensation et réhabilitation des victimes des violations*

reconnaissance formelle des droits des victimes à l'échelle internationale, il n'est pas aisé d'obtenir réparation à ce niveau, car les victimes doivent d'abord convaincre les juges internationaux qu'elles méritent qu'on leur confère ce statut. Ce qui donne parfois lieu à des querelles juridiques préliminaires avant l'analyse des demandes de réparation sur le fond⁹³.

L'avantage des mécanismes de justice transitionnelle dont il est question dans cette recherche est qu'ils reconnaissent un droit inaliénable de la société et des victimes à la réparation des préjudices subis. Dans ces mécanismes, « justice means more than simply the imprisonment of offenders »⁹⁴. Ils sont conçus de telle sorte que les victimes aient un statut presque automatique de parties aux procédures. Aussi, les victimes sont connues dans leur milieu et les mécanismes peuvent procéder sans coup férir. Elles peuvent ainsi présenter aisément leurs revendications et obtenir une solution le même jour ou dans les jours qui suivent. Généralement, les biens matériels confisqués sont restitués rapidement et les réparations par équivalent pour d'autres sortes de crimes seront exécutées par les citoyens-juges et non par une entité extérieure. La situation des victimes peut donc être définitivement clarifiée en moins de quelques jours, ce qui leur permettra de se concentrer sur leur survie et sur leur avenir.

graves des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Doc. NU, E/CN.4/sub.2/1996/17.

93. *Situation in Uganda in the Case of The Prosecutor c. Joseph kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Raska Lukwiya, Dominic Ongwen*, affaire n° ICC-02/04-01/05, (CPI, Chambre préliminaire II), Decision on legal representation, appointment of counsel for defence, protective measures and time-limit for submission of observations on applications for participation a/0010/06,a/0064/06 to a/0070/06,a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, 1er février 2007 aux par. 1-3; CPI (Statut), art. 68 (3); CPI (RPP), règle 89 alinéa 2.
94. Mark Drumbl, « Pluralizing International Criminal Justice », (2005) 103 *Mich.L.Rev.*1295 [ci-après, Drumbl, « Pluralizing »] à la p. 1316.

F. Complémentarité aux efforts nationaux et internationaux de justice pénale internationale

L'ampleur de la criminalité internationale dépasse largement les capacités des structures judiciaires étatiques et internationales. En effet, les tribunaux de l'État éprouvés sont généralement délabrés de telle sorte qu'ils ne sont plus en mesure de fonctionner correctement⁹⁵. Ils font généralement partie des infrastructures à reconstruire après la survenance des atrocités massives et systématiques. Quant aux tribunaux internationaux ou internationalisés, ils ne sont conçus que pour juger une infime minorité des criminels de guerre⁹⁶. Ainsi, la paralysie du système judiciaire étatique ainsi que l'incapacité du système international à réprimer tous les crimes commis ont pour conséquence qu'une grande majorité de criminels restent dans une zone d'impunité dont la clôture ne peut être franchie que par le recours aux institutions alternatives de justice transitionnelle comme la CVR et les *Gacaca*.

95. Louis Joinet, « Face aux dilemmes de l'instauration des processus de justice transitionnelle », (2008) 53:1 *Mouvements* 48 à la p.49; Hansjörg Strohmeyer, « Collapse and reconstruction of a judicial system: the United Nations Mission in Kosovo and East Timor » (2001) 95 *AJIL* 1 à la p. 48; Hon. J.Lachapelle et W.A.Schabas, *Pour un système de justice au Rwanda*, Rapport révisé d'une mission exploratoire effectuée au Rwanda du 27 novembre au 6 décembre 1994, Montréal, Centre international des droits de la personne et du développement démocratique, 1994.

96. Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, Oxford, University press, 2001 à la p. 326. L'art. 1^{er} du Tribunal de Nuremberg est à cet égard explicite quand il prévoit que la mission de cette juridiction est de « juger et punir les grands criminels de guerre des pays européens de l'Axe ». De même, le Conseil de Sécurité des Nations Unies a pris « acte de la position exprimée par les Tribunaux pénaux internationaux selon laquelle ce sont les dirigeants civils, militaires et paramilitaires, et non les simples exécutants, qui devraient être traduits devant eux », voir Doc. NU S/Res/1329 (2000), 30 novembre 2000, au par. 7 du préambule. Par ailleurs, dans son rapport sur le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, le Secrétaire général des Nations Unies élargit la notion de « principaux responsables » pour inclure non seulement les dirigeants politiques et/ou militaires, mais aussi d'autres personnes investies de pouvoirs à des niveaux inférieurs dans la chaîne de commandement politique ou militaire dont les comportements sont jugés très graves et de grande

Ainsi, le recours à un forum de vérité et réconciliation ou aux institutions judiciaires traditionnelles dans le règlement du contentieux relatif aux crimes graves revêt une importance capitale. Il permet d'atteindre plus de responsables individuels sans épargner non plus les institutions qui ont joué un rôle dans la criminalité. Ce faisant, plus de victimes seront reconnues et leurs préjudices réparés. Aussi, des remèdes pour déraciner les causes profondes de la criminalité seront suggérés. Dès lors, nous sommes d'accord avec M. Latigo qui soutient que :

Neither glorifying traditional approaches as the only cure nor relegating them to the realm of the devilish is helpful to people seeking assistance in their suffering. It is only prudent to acknowledge the positive potential of traditional rituals and beliefs, not as contradictory to or competing with other approaches but as complementary to them. To ignore or discard traditional ways that have been seen to work in the past makes no sense. On the other hand, they cannot provide the cure for all ills⁹⁷.

Le Bureau du Procureur de la CPI appuie également « the complementary role that can be played by domestic prosecutions, truth seeking, reparations programs, institutional reform and traditional justice mechanisms in the pursuit of a broader justice »⁹⁸. En réalité, les deux ordres d'institutions (international et local) partagent la même responsabilité : celle de lutter contre l'impunité des crimes internationaux les plus graves.

Néanmoins, en dépit des multiples avantages qu'il offre, le « système africain » de justice transitionnelle n'est pas parfait. Il subit des critiques de la part des juristes internationalistes, occidentaux ou occidentalisés, qui estiment que certains de ses traits caractéristiques vont à l'encontre du droit international. Bien que certaines des critiques soient fondées, comme nous

ampleur; voir à cet effet le *Rapport du Secrétaire général sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone*, Doc. NU S/2000/915, 4 octobre 2000 aux par. 29-31.

97. Latigo, *supra* note 85 à la p. 117.

98. *Policy Paper on the Interests of Justice*, ICC-OTP, 2007 à la p. 8.

allons le montrer, le système comporte en son sein des correctifs qui minimisent l'impact négatif de ses inconvénients.

2. Critiques des mécanismes alternatifs de justice transitionnelle

L'implication communautaire dans la répression des crimes de guerre comporte des inconvénients et présente quelques dangers qui peuvent compromettre l'impact et les chances de succès. Ces inconvénients ont trait à l'absence de certaines garanties juridiques d'un procès juste et équitable, tel qu'on les connaît en droit pénal international, ainsi qu'à la composition sexiste masculine de certaines institutions traditionnelles. Sur le plan du risque d'iniquité, les procédures sont caractérisées par l'absence d'un système de représentation légale des accusés, le double statut des citoyens-juges et des commissaires agissant à la fois comme juges et procureurs, le risque de poursuites sélectives, le risque de dépendance des citoyens-juges aux pouvoirs publics, etc.

A. Risque d'atteinte au droit à l'assistance d'un avocat pour les accusations les plus graves

En Afrique, le système judiciaire traditionnel ne connaît pas la représentation légale. Comme le dit Sachs, « in traditional African society, every man was his own lawyer, and his neighbours too, in the sense that litigation involved whole communities, and all the local men could and did take part in forensic debate »⁹⁹. Cela peut soulever des questions importantes d'ordre constitutionnel dans la mesure où les constitutions de la plupart des pays reconnaissent le droit à un avocat dans toute procédure judiciaire. Néanmoins, cette « lacune » est inhérente à la nature des mécanismes de règlement de conflits et au droit qu'ils appliquent. En effet, il est généralement reconnu que ces institutions consistent beaucoup plus en un forum d'arbitrage de

99. Abbie Sachs, *Justice in South Africa*, Berkeley, University of California Press, 1973 aux pp. 96-97.

différends qu'en véritables cours de justice¹⁰⁰. C'est ainsi que même dans quelques pays où on leur reconnaît une compétence pénale, leur juridiction est orientée vers le rétablissement de l'harmonie sociale en poursuivant, autant que faire se peut, la remise des choses dans leur pristin état¹⁰¹. Ce qui consacre l'exclusion du caractère contradictoire des procédures qui fonde le droit à l'assistance d'un avocat.

La non-reconnaissance d'un système de représentation légale s'explique également par le souci de préserver l'égalité des parties ainsi que par l'absence de formalisme procédural¹⁰². En effet, un pauvre peut affronter un riche sans que celui-ci puisse tirer avantage de sa fortune pour payer un avocat défenseur. De même, en Afrique du Sud par exemple, le National Development and Restoration of Traditional Customs Forum, une organisation des chefs traditionnels estime que *no legal representation is necessary as the procedure is so uncomplicated that anyone can prosecute and defend a case* »¹⁰³.

À notre avis, l'objectif des poursuites devant les mécanismes alternatifs (réconciliation, restauration de l'harmonie sociale, protection des intérêts de la communauté), leur nature ainsi que les sanctions possibles en cas de déclaration de culpabilité pourraient justifier cette situation. Ainsi, devant les structures judiciaires locales typiques, il serait acceptable d'envisager des poursuites sans que les accusés soient assistés d'avocats, d'autant plus qu'ils ne courent pas le risque de sanction pénale grave et que la confrontation n'est pas de mise entre les parties. L'intégrité morale, le bon sens, la sagesse et le sens d'équité des juges ainsi que la participation populaire suffiraient

100. Rusagara, *supra* note 20; Human Rights First, *supra* note 19.

101. South African Law Commission, *The harmonisation of the common law and indigenous law: Traditional courts and the judicial function of traditional leaders*, Projet 90, mai 1999 à la p. vii au par. 2 : « These community (...) should aim at reconciling the disputants and establishing harmony in the community » [South African Law Commission].

102. Bennett, *supra* note 79 à la p. 80.

103. South African Law Commission, *supra* note 101 à la p. 10.

pour garantir un procès juste et équitable dont le but serait de restaurer l'harmonie sociale par la médiation des différends.

B. Statut de juge et procureur reconnu aux citoyens-juges

Dans les procédures judiciaires traditionnelles, les juges interviennent à la fois comme juge et parties au procès. Ils accusent et jugent les parties. Sous cet angle, leur intervention porte en elle-même les germes d'injustice, surtout dans une situation où sévissent toujours des tensions politiques ou ethniques, voire les deux, et où les gens qui occupent la fonction de juge représentent en grande majorité, ou même en apparence, une ethnie ou une tendance politique rivale, ou les deux à la fois¹⁰⁴. En effet, le risque est grand d'assister à une justice inéquitable et populaire synonyme de vengeance. Ainsi, cette situation juridique est susceptible d'être attaquable sur le plan international, car elle consacre une atteinte au principe sacro-saint de la séparation des pouvoirs et à celui du droit d'un accusé à un procès juste et équitable. Cependant, force nous est de faire remarquer que ce risque n'est pas aussi grand qu'il paraît, à moins qu'il y ait manipulation ou ingérence des autorités politiques dans le fonctionnement des mécanismes communautaires. L'apparence de pouvoirs exorbitants des juges est contrebalancée par la participation populaire dans toute la procédure. En effet, dans plusieurs pays d'Afrique, les simples citoyens participent dans toute instance judiciaire avec le droit, pour les personnes adultes, d'interroger et de contre-interroger les parties ou les témoins et, le cas échéant, de donner leur point de vue sur les questions litigieuses. Ils participent aux délibérations s'ils ont passé les tests d'initiation requis pour pouvoir siéger

104. Cas du Rwanda par exemple, où les juges *Inyangamugayo* sont en grande majorité des Tutsis proches du Front patriotique rwandais (FPR), vainqueur de la guerre de 1994. Cela suit d'ailleurs la toponymie générale de l'appareil judiciaire dominé par les Tutsis et le FPR; ce que le prof. Cousineau appelle la « tutsification » du système judiciaire; voir M. Cousineau, « L'établissement de l'État de droit au Rwanda : un but irréalisable » (1996-1997) 28 Ottawa L. Rev. 171 à la p. 183.

comme juge-citoyen¹⁰⁵ et s'assurent que le système ne déraye pas. Donc, le « tribunal » ne se résume pas aux seuls chefs-juges mais aussi à toute l'assistance. C'est cela qui apporte l'élément communautaire dans cette forme de justice et qui contribue à limiter les abus du processus.

C. Risque de poursuites sélectives

La façon de fonctionner des mécanismes judiciaires traditionnels est très critique pour leur légitimité ainsi que leur crédibilité. En effet, si les citoyens-juges exercent un large pouvoir discrétionnaire à la manière d'un procureur international en opérant une distinction nette entre le groupe des victimes et le groupe d'auteurs alors que les suspects criminels et les victimes se comptent de part et d'autre, cela risque de perpétuer le conflit et la violence tandis que les procédures ont pour but d'y mettre fin. Cette situation s'est présentée au Rwanda où les juridictions *Gacaca* jugent uniquement les suspects « génocidaires ». Ceux-ci s'identifient clairement aux membres du groupe ethnique hutu tandis que les victimes s'identifient au groupe ethnique tutsi. Ce faisant, les criminels de guerre et autres criminels contre l'humanité d'origine ethnique tutsi restent impunis, d'autant plus que même le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) n'a, jusqu'à aujourd'hui, poursuivi aucun Tutsi malgré l'existence d'éléments de preuve qui auraient fondé ce genre de poursuites¹⁰⁶.

105. On peut signaler par exemple la cérémonie d'initiation dite *Ukwatirwa* en vigueur au Burundi au cours de laquelle une assemblée de sages reconnaît et confère publiquement la qualité de personne intègre (UMUSHINGANTAHE) aux candidats après quoi ils peuvent siéger et prendre part aux séances de délibérations à l'issue des audiences publiques.

106. *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Rwanda soumis par M. René Degni-Ségué, Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, en application du paragraphe 20 de la résolution S-3/1 du 25 mai 1994*, Doc. NU E/CN.4/1996/68, 29 janvier 1996; Tumba Tutu-De-Mukose, « Génocide rwandais : pourquoi Carla Del Ponte été jetée du TPIR par l'ONU? », *Afrique Éducation*, Bimensuel International Indépendant, n° 195-196 du 1^{er} au 30 janvier 2006; voir en ligne : Bimensuel International Indépendant <<http://www.afriqueeducation.com/archive/sommaire/article.php?id=298&version=195-196>>; A. Gui-

Les victimes hutues de la tragédie rwandaise n'auront donc pas de justice ni devant les instances internationales ni devant les instances locales. Cette situation crée des ressentiments envers les victimes non reconnues; elle présente potentiellement un risque pour la paix, la réconciliation et la stabilité de la société¹⁰⁷. Dans ce genre de situation de poursuites sélectives selon des critères discriminatoires inadmissibles en droit international, un tribunal international compétent pourrait se mettre en branle en se fondant sur le principe de la complémentarité afin de corriger les risques de dérive des institutions locales. Toutefois, on ne doit pas perdre de vue que dans le contexte de criminalité massive, toute action d'imputabilité et de responsabilisation des auteurs est nécessairement sélective; tellement le nombre de responsables potentiels est élevé; la poursuite de chaque individu ayant participé d'une quelconque façon aux atrocités serait économiquement et politiquement irréalisable.

D. Absence de légitimité et risque de manipulation ou d'instrumentalisation du processus local par les pouvoirs publics

Une objection relative à la légitimité des institutions locales et communautaires peut se concevoir. En effet, si elles ont pour but de maintenir l'harmonie sociale, comment se fait-il qu'elles aient laissé la société descendre aux enfers? À notre avis, cette objection ne serait toutefois pas valable pour leur dénier une quelconque compétence de réprimer les crimes internationaux. En effet, devant l'embrasement total de la société, même ces institutions locales ne sont pas épargnées¹⁰⁸; l'onde de choc est

chaoua, « Rwanda, une justice intimidée : Sous pression du gouvernement rwandais, la diplomatie ralentit l'action du TPIR », dans *Libération*, 23 mai 2006.

107. Dans un de ses rapports, le Service national chargé des juridictions *Gacaca* conclut qu'au nombre des obstacles se trouvent la persistance de l'idéologie génocidaire, l'intimidation et le terrorisme à l'encontre des rescapés du génocide et des témoins; voir [http://www.inkiko-gacaca.gov.rw/Ppt/Realisation et perspectives.ppt](http://www.inkiko-gacaca.gov.rw/Ppt/Realisation%20et%20perspectives.ppt).

108. En Ouganda par exemple, « local systems have broken down over the course of the conflict, raising concerns about the neutrality and capacity

ressentie dans toutes les sphères de la société; peu de couches ou d'institutions sociales y échappent. Dans la plupart des cas, les vagues viennent d'en haut avec une force insurmontable à laquelle aucune institution ne peut résister dans la mesure où ce sont généralement les militaires, la police ou les autres organes étatiques ou rebelles qui sont impliqués ou qui sont à la base des atrocités. Ainsi, tout comme on ne pourrait pas mettre en cause la légitimité du TPIR au seul motif que la communauté internationale n'a pas pu empêcher ni prévenir le génocide rwandais alors qu'elle en était au courant, les institutions communautaires et locales gardent la légitimité pour participer au redressement national, malgré leur paralysie durant la crise.

En outre, l'impartialité et l'indépendance des citoyens-juges rendent les institutions judiciaires traditionnelles plus crédibles; en effet, les juges savent que seuls le droit et les faits dictent leur comportement et non les instructions ou les ordres qui viennent d'en haut. Ainsi, toute immixtion des pouvoirs publics dans le fonctionnement de ces mécanismes aura pour effet de déprécier la considération dont ils jouissent au sein de la communauté. Pourtant, ce risque n'est pas du tout éloigné, car les dirigeants d'une société postconflictuelle ont souvent un projet de société dont ils façonnent les contours. L'aspect réconciliation est spécialement intéressant pour eux et ils voudraient bien influencer sa réalisation dans le sens voulu par leur projet de société. En plus des pouvoirs publics, le fait que les citoyens-juges soient des élus locaux, parfois des intellectuels plus souvent motivés par des avantages matériels plutôt que par le réel souci de démontrer leur droiture et de restaurer l'harmonie sociale¹⁰⁹, risque d'avoir une grande influence sur l'indépendance des tribunaux locaux. En effet, ces participants scolarisés risquent de

of elders and cultural leaders to adapt local approaches to crimes committed during the conflict », voir Erin K. Baines, « The Haunting of Alice: Local Approaches to Justice and Reconciliation in Northern Uganda » (2007) 1 *The International Journal of Transitional Justice* 91 à la p. 97 [Baines].

109. Baines, *supra* note 110 à la p.95.

monopoliser la parole et d'intimider les témoins et les autres juges non instruits.

E. Le risque de banalisation de la justice (*junk justice*)

Les mécanismes communautaires de justice transitionnelle appliquent un régime de sanctions découlant des coutumes et des pratiques locales en matière de résolution pacifique des différends. Les sanctions traditionnelles typiques diffèrent de celles reconnues par le droit pénal international, en l'occurrence l'emprisonnement à titre principal¹¹⁰ ou exclusivement¹¹¹. Les sanctions communautaires sont principalement conçues pour permettre aux condamnés de s'amender et pour favoriser leur réinsertion dans la société. Au Rwanda, la loi sur les juridictions *Gacaca* prévoit comme peine la réparation civile des dommages causés aux biens d'autrui et des travaux d'intérêt général pour les autres cas¹¹². Nonobstant cela, elle n'exclut pas l'emprisonnement de son arsenal pénal pour les crimes portant atteinte à la vie et à l'intégrité personnelle¹¹³. Les travaux d'intérêt général sont exécutés dans des institutions d'accueil qui sont généralement des administrations publiques de l'État ou toute autre organisation agréée eu égard au caractère social des missions leur étant assignées et à l'intérêt que ces travaux à exécuter présente pour la population¹¹⁴.

110. En plus de l'emprisonnement, la CPI peut prononcer des peines pécuniaires, voir Statut de la CPI, *supra* note 54, art. 77 et ss.

111. Statut du TPIR, art. 23 : « La Chambre de première instance n'impose que des peines d'emprisonnement ».

112. Par travaux d'intérêt général, il faut comprendre « l'obligation faite à un condamné pour crime de génocide ou crimes contre l'humanité d'exécuter, en lieu et place de l'emprisonnement et avec son assentiment, un travail non rémunéré d'intérêt général, dans une institution habilitée (...) », voir Arrêté présidentiel No 26/01 du 10/12/2001 relatif à la peine de travaux d'intérêt général alternative à l'emprisonnement, art. 2, voir J.O.R.R. No 3 du 1^{er} février 2002 à la p. 92 et ss.; voir aussi Penal Reform International, *Le Travail d'Intérêt Général (TIG)-Quelques pistes de réflexion*, Rapport de monitoring et de recherche sur la Gacaca, Londres, mars 2007.

113. Loi Gacaca 2008, *supra* note 21 art. 17 et ss.

114. Arrêté présidentiel, *supra* note 114, art. 2 al. 2.

Même si l'emprisonnement n'est pas de mise dans la plupart des affaires, nous ne pensons pas que tout processus de responsabilisation qui s'appuie sur des sanctions communautaires banaliserait la justice. En effet, l'emprisonnement n'est pas l'unique forme de sanction possible. Les « tribunaux » communautaires recourent à d'autres formes de punition, en l'occurrence les compensations aux victimes, les travaux communautaires, les demandes de pardon, l'expression de remords, le retrait du droit de participer activement aux séances de règlement des différends, etc. Tout le processus ne doit pas être vu comme un moyen détourné visant à soustraire les criminels à leur responsabilité pénale et à assurer leur impunité. Les sanctions imposées, même si elles diffèrent des sanctions criminelles classiques, constituent une sorte de responsabilisation pénale à part entière et non une alternative au châtimement¹¹⁵. Ainsi, « rather than being softer on accountability than courts », ces mécanismes « deliver a differently textured accountability by moving beyond overly proceduralized forms of adversarial justice as adjudications of individual guilt toward a more complex account of individual, communal and institutional accountability »¹¹⁶.

Sur le plan de l'effectivité, les sanctions communautaires peuvent être parfois plus dures et plus humiliantes que les prisons étrangères, puisque les condamnés doivent les exécuter au milieu de leur communauté sous le regard direct de leurs proches et de leurs victimes. Ainsi, leur effet dissuasif sur les condamnés eux-mêmes et sur leurs pairs sera plus élevé qu'une sanction pénale d'emprisonnement prononcée par un tribunal

115. Ce point de vue est également soutenu par Antony Duff, (1992) « Alternatives to punishment -- or alternative punishments? », in Cragg, W (ed), *Retributivism and Its Critics*, Franz Steiner, Stuttgart, 1992, pp 44-68; voir Daly, *supra* note 75 aux pp. 11-12.

116. Paul van Zyl, « Dilemmas of Transitional Justice: The Case of South Africa's Truth and Reconciliation Commission » (1999) 52 *Journal of International Affairs* 647-667; Christine Bell et Catherine O'Rourke, « Does Feminism Need a Theory of Transitional Justice? An Introductory Essay » (2007) 1 *The International Journal of Transitional Justice* 23 à la p. 40 [Bell et O'Rourke].

international et exécutée à l'étranger. De même, leur resocialisation ou leur réinsertion devient plus facile, car la peine est purgée au milieu de la société. Il sied enfin de noter que les tribunaux communautaires tiennent également compte de la gravité des crimes pour déterminer la peine applicable. Les sanctions autres que l'emprisonnement ne constituent donc pas une sorte d'amnistie, mais plutôt une autre forme de responsabilisation criminelle pour les actes qu'on a commis. En fin de compte, l'objectif principal de la justice pénale internationale est d'éviter que les crimes graves restent impunis.

F. Le caractère discriminatoire des juridictions traditionnelles

Dans plusieurs pays d'Afrique, il importe de souligner que les instances judiciaires traditionnelles sont fortement marquées par le système patriarcal et sont partant discriminatoires envers les femmes. Celles-ci ne peuvent pas participer de manière active à la tenue et au déroulement des procès¹¹⁷. Elles ne peuvent donc pas siéger; elles peuvent assister, mais elles n'ont pas le droit de poser des questions contrairement à leurs congénères masculins¹¹⁸. Elles ne participent pas non plus aux délibérations; bref, elles ne sont pas mises à contribution dans le processus de règlement judiciaire des conflits sociaux. Mis à part le défaut d'argument juridique solide fondant cette exclusion, une telle situation semble être inacceptable au regard de la place actuelle des femmes dans les sociétés postconflituelles. Nous y reviendrons plus loin.

En bref, en dépit de ses multiples avantages, le système de justice communautaire présente également quelques inconvénients qui fondent les objections énumérées ci-dessus.

117. Assumpta Naniwe, « The Institution of Bashingantahe in Burundi », dans Huyse et Salter, *supra* note 29 à la p. 167.

118. En Ouganda, les femmes ne sont pas associées à la prise des décisions ou à la médiation dans les forums traditionnels Acholi, voir notamment Baines, *supra* note 110 à la p. 107.

Néanmoins, celles-ci ne lui sont pas fatales. À certaines occasions on a vu que le système comporte en son sein des éléments régulateurs. Ainsi, compte tenu de l'expérience légendaire des institutions extrajudiciaires ou semi-judiciaires dans le règlement pacifique des conflits sociaux, elles constituent indubitablement un forum auquel on peut recourir pour compléter les efforts nationaux et internationaux en matière de répression des crimes internationaux les plus graves. Pour cette raison, le modèle rwandais amélioré ainsi que celui de l'Afrique du Sud seraient bénéfiques pour d'autres États.

IV. Apport de la conception africaine de la justice pénale internationale et perspectives

Dans cette dernière partie, nous évaluerons l'apport du système africain de justice transitionnelle au développement de la justice pénale internationale et tâcherons de suggérer quelques améliorations qu'on pourrait apporter au système sans toutefois le dénaturer.

1. Apport des modèles rwandais et sud-africain au développement du système de justice pénale internationale

La conception africaine d'une justice de proximité impliquant la participation communautaire a eu une influence certaine au niveau international. Par le biais de l'expérience de la CVR sud-africaine et des juridictions *Gacaca* rwandaises, un nouveau cadre de lutte contre l'impunité du crime international a été offert (A) suivant une nouvelle vision de la justice (B) qui envisage une sorte de responsabilité collective en plus de la responsabilité individuelle (C). Ce qui justifie un intérêt accru pour ces mécanismes afin d'en tester l'importance et la pertinence (D).

A. Création d'un nouveau cadre de lutte contre l'impunité du crime international

Le caractère massif de la criminalité internationale mène à la conclusion que le système classique de poursuites pénales n'est pas le mieux outillé pour l'endiguer et rendre justice aux milliers de victimes. Pour M. Drumbl, « although there is much to celebrate in holding systematic human rights abusers accountable for their actions, an iconoclastic preference for the criminal law may not always be the best way to promote accountability in all afflicted places and spaces »¹¹⁹. Selon MM. Bassiouni et Rothenberg, « domestic and international prosecutions on their own rarely provide victims and a suffering society with a complete approach to justice for past atrocities. Relying solely on formal legal action generally fails to fully address victims' needs and may reveal serious limitations within a transitional government that weaken society's faith in the legitimacy of judicial processes »¹²⁰. Dans ces circonstances, le mérite de l'expérience africaine est d'avoir envisagé d'autres formes de justice qui se rendent en dehors du décor judiciaire classique avec des objectifs pénologiques spécifiques. Ainsi, les mécanismes extrajudiciaires ou semi-judiciaires inspirés de la tradition africaine permettent de ne plus voir les poursuites au pénal comme étant le seul moyen de combattre l'impunité du crime international et d'aboutir à la justice. Au mieux, dans la mesure où ils engagent toute la société dans la recherche de solutions à ses problèmes, ces mécanismes constituent un atout complémentaire aux efforts des institutions judiciaires classiques et contribuent à asseoir une véritable justice considérée dans ce contexte comme une profonde transformation de l'ordre social, politique et juridique¹²¹. Ce qui permet

119. Marc Drumbl, « Collective Violence and Individual Punishment : The Criminality of Mass Atrocity », (2005) *N.W.U.L. Rev.* 539 [Drumbl, *Mass atrocity*] à la p. 547; Scharf, *supra* note 7 à la p. 400.

120. M. Cherif Bassiouni et Daniel Rothenberg, « Facing Atrocity : The Importance of Guiding Principles on Post-Conflict Justice », dans *Principes de Chicago*, *supra* note 46 à la p. 8.

121. Kader Asmal, « Stopping Crimes Through negotiations: The Case of South Africa », *Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor*, 14 mars 2006 à la p. 12.

d'atteindre les objectifs plus globaux de paix, de justice et de réconciliation nationale, objectifs qui sont en apparence antinomiques aux priorités des nouveaux dirigeants d'une société qui sort difficilement de la crise. Pour le professeur Orentlicher par exemple,

If societies that have descended into the abyss of inhumanity bear a special burden of reckoning with their past, the work of highly respected truth commissions can facilitate a broader and more complex understanding of the machinery of mass atrocity than the circumscribed verdict of a criminal proceeding can do. At their best, moreover, truth commissions can advance a process of social inclusion and empowerment of previously marginalized – even brutalized – sectors of society, who may figure prominently in the work of a commission¹²².

De même, les institutions d'inspiration traditionnelle offrent un cadre supplémentaire et parfois plus efficace que le système judiciaire pour la réparation des préjudices subis par les victimes¹²³. Il peut être extrêmement difficile voire impossible pour les victimes d'obtenir une compensation devant les instances judiciaires. En effet, parfois les victimes ne sont pas en mesure d'identifier les responsables de leurs préjudices. Par ailleurs, même en cas d'identification de ces auteurs, ces derniers sont souvent extrêmement pauvres et ne peuvent pas indemniser les victimes. Dans ces cas, les institutions alternatives peuvent combler ces lacunes du système judiciaire et décider un système de réparation générale pour toutes les victimes identifiées. Cela a été fait en Afrique du Sud par exemple avec la CVR.

Enfin, l'expérience sud-africaine et rwandaise inspirent actuellement d'autres pays. Le modèle sud-africain de la

122. Diane Orentlicher, « Settling Accounts' Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency », (2007) 1 *The International Journal of Transitional Justice* 10 à la p. 16 [Orentlicher]. Elle poursuit en affirmant que les « Truth commissions can, moreover, speak to the future through their recommendations for institutional reform », *ibid.*

123. Résolution 60/147, *supra* note 92.

Commission vérité et réconciliation est actuellement adopté par beaucoup de pays émergeant de crises cycliques. Son président et principal animateur, l'Archevêque Desmond Tutu est fier de son expansion mondiale. En effet, même si l'Afrique du Sud n'était pas le premier pays à se doter d'une telle commission, Mgr Tutu affirme tout de même qu'il était « the first country to employ public hearings for victims in a belief that public truth, through its delivery of both knowledge and acknowledgement, serves as a form of justice in and of itself »¹²⁴. Et de renchérir : « (...)South Africa today stands as a model of merciful justice; of what can be achieved when enemies choose dialogue over violence. In the years since our TRC process, other countries emerging from civil conflict have embarked upon their own such commissions. Many, drawing from the South African experience, have incorporated the goal of reconciliation explicitly in both the name and mandate of their institutions »¹²⁵. Ce faisant, l'Afrique du Sud « has made such a foundational contribution to the field of transitional justice through its own experience »¹²⁶.

Le modèle judiciaire *Gacaca* a également eu des répercussions ailleurs en dépit de ses nombreuses défaillances¹²⁷. En Ouganda par exemple, le groupe ethnique Acholi voudrait recourir à sa forme de justice traditionnelle pour faire face aux criminels de guerre de la LRA. En effet, bien que cette ethnie soit la principale victime des atrocités commises par les belligérants (Lord's Resistance Army et les Forces ougandaises de défense), les leaders Acholi demandent avec insistance que la CPI retire les accusations portées contre les leaders de la LRA afin qu'ils soient poursuivis devant des mécanismes traditionnels de justice¹²⁸. Au

124. Tutu, *supra* note 9 à la p.6.

125. *Ibid.* à la p. 7.

126. *Ibid.*

127. Frédéric Paquin, *Le Rwanda après le génocide: Gacaca, Ingando et biopouvoir*, Mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise en droit [non publié], Université du Québec à Montréal, 2007; Waldorf, *supra* note 40 aux p. 63-84; Sosnov, *supra* note 38 à la p. 149 et ss.

128. Kasaija Phillip Apuuli, « Amnesty and International Law: The Case of the Lord's Resistance Army insurgents in Northern Uganda », (2005) 5:2 *African Journal on Conflict Resolution* 33 à la p. 36; IRIN News, « Acholi

Soudan, la Commission Mbeki sur le Darfour a estimé que les « traditional justice models with their focus on conciliation and wider participation of the community also provide viable mechanisms for dealing with the past »¹²⁹. Le Rwanda constitue donc un modèle d'implication communautaire dans l'administration de la justice pénale internationale. Même si les juridictions *Gacaca* n'ont pas été efficaces, le concept est en soi séduisant et les pays qui doivent gérer un lourd passé peuvent y recourir. Le mécanisme produirait de bons résultats, à condition qu'il ne soit ni manipulé par les autorités politiques ni dénaturé, notamment en lui octroyant une compétence exorbitante qui dépasse ses capacités ou en lui demandant d'appliquer le droit international relatif aux infractions internationales comme c'est le cas pour les *Gacaca*¹³⁰.

Certains auteurs commencent d'ailleurs à y voir un forum important et complémentaire aux mécanismes classiques de justice. Prenant position sur le cas ougandais, la professeure Orentlicher croit qu'une approche « toward the LRA that is rooted in local culture is inherently more likely to be meaningful to victims – and in other important respects to "work" – than prosecutions that seem alien to Acholi culture »¹³¹. Elle émet cependant une réserve sur les mesures d'amnistie générale, car elles risqueraient de perpétuer la culture d'impunité observable sur le continent africain.

B. Une nouvelle approche de la justice transitionnelle

Malgré son caractère extraordinaire et massif, la criminalité internationale continue d'être traitée avec les mêmes méthodes et techniques juridiques utilisées pour les crimes ordinaires de droit

leaders in the Hague to meet ICC over LRA probe », Kampala, dépêche du 15 mars 2005; Bishop Baker Ochola, « Uganda: The Acholi Traditional Justice is Enough for Kony », *New Vision*, Opinion, 28 août 2006.

129. *Report of the African Union High-Level Panel on Darfur (AUPD)*, Union africaine, octobre 2009, doc. PSC/AHG/2(CCVII) au par. 205.

130. Waldorf, *supra* note 40 à la p. 52.

131. Orentlicher, *supra* note 124 à la p. 21.

commun¹³². Même si les suspects criminels sont poursuivis suivant les principes et normes de droit pénal international, force nous est de mentionner que ce droit s'est bâti et se consolide sur la base de principes et de règles de droit criminel nationaux¹³³, à tout le moins de ceux des grands pays qui pilotent le processus des relations internationales. Étant associées à d'autres cultures, ces règles se trouvent parfois déphasées par rapport aux réalités locales des sociétés éprouvées et ne répondent pas adéquatement à leurs besoins. Par exemple, dans les procédures internationales, les victimes comparaissant comme témoins de l'accusation sont soumis au contre-interrogatoire des avocats de la défense. En dépit de sa pertinence et de sa justification juridiques, nous pensons que cette technique n'est peut-être pas appropriée pour les gens qui ont survécu à un génocide.

Ainsi, dans le but de tenir en considération cet aspect massif et grotesque des crimes internationaux, l'Afrique a innové en ayant recours aux mécanismes semi-judiciaires et extrajudiciaires qui utilisent des méthodes découlant de traditions africaines et inspirées d'une philosophie de justice différente de la vision occidentale. Au-delà de la détermination de la culpabilité individuelle ou de l'innocence, la justice transitionnelle africaine vise l'harmonie et la réconciliation sociales, la reconstitution de nouvelles bases de cohabitation et d'interaction sociales, la transformation de la société, bref « the healing of breaches, the redressing of imbalances, the restoration of broken relationships »¹³⁴. Il est ainsi reconnu que « one of the most interesting developments in the field of transitional justice has been the expansion of the concept to include mechanisms designed to address "truth" and the incorporation of wider social concepts such as reconciliation, memory and identity, religious ideas like forgiveness, and perspectives from political science and sociology that consider the relationship of transitional justice to

132. *Drumbl, Mass atrocity, supra* note 121 à la p. 542.

133. Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford; New York : Oxford University Press, 2003 à la p. 18; M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, 2003 à la p. 588.

134. Tutu, *supra* note 81 à la p. 55.

state-building, democracy, and institutional change »¹³⁵. Ceci n'est pas pertinent dans le contexte occidental de la justice où le rétablissement des relations entre la victime et l'auteur n'est pas un facteur important dans l'administration de la justice. Dès lors, nous pensons que l'Afrique contribue considérablement au développement du système de justice transitionnelle en lui offrant un cadre théorique ou un fondement élargi, ce qui pourrait contribuer à un début de systématisation du droit pénal international afin d'assurer son autonomie par rapport aux principes de droit pénal interne sur lesquels il est présentement fondé.

C. Vers une responsabilité collective dans le cadre de la criminalité massive

Les poursuites pénales classiques visent à établir la vérité judiciaire sur base de la détermination de la participation individuelle d'un accusé. La responsabilité pénale individuelle est donc le point d'arrivée du processus pénal d'inspiration occidentale. Les causes ou les motivations de la criminalité ne sont analysées qu'accessoirement afin de situer l'affaire dans son contexte mais sans qu'aucune conclusion judiciaire en soit tirée.

L'expérience africaine explorée dans le cadre de cet article permet d'appréhender le phénomène criminel au-delà de cette conception individualiste et de cerner le rôle des institutions ou des organisations dans la création des conditions d'une criminalité aussi odieuse. C'est cela qui permettrait de saisir l'aspect massif et collectif de la criminalité. En fait, « ignoring or denying the uniqueness of the criminality of mass atrocity inhibits the development of effective methods to promote accountability for mass criminals »¹³⁶. En réalité, dans le contexte des massacres de masse, tuer devient comme un devoir civique; toute l'organisation sociale et étatique est derrière. Ce ne sont finalement pas les

135. Editorial Note, (2007) 1 *The International Journal of Transitional Justice* 1 à la p.2 [Editorial Note].

136. *Drumbl, Mass atrocity, supra* note 121 à la p. 568

criminels qui sont des déviants, mais les gens qui ne participent pas aux atrocités!

La doctrine soutient cette perspective. Critiquant l'approche du TPIR centrée sur les accusés individuels, le professeur Maogoto suggère que l'on devrait combiner cette méthode avec une perspective collective centrée sur l'analyse des défaillances structurelles et systémiques¹³⁷. Pour lui, « the ICTR almost exclusive focus on concrete entities, perceiving the individual actor as a building block of the genocidal reality, distorts and obscures the structural reality that converted tens of thousands of Hutus into a mass of killers (...) »¹³⁸. Ce faisant, le génocide rwandais est appréhendé comme « an event » et non comme « a state of affairs »¹³⁹. Pour cet auteur, « the international justice process must not erase the fact that the inter-ethnic conflict, while not genetically inbred, is firmly embedded in the socio-cultural and subconscious mind of the Rwandese society, and thus addressing these structural defects is a part of the process of deterrence »¹⁴⁰.

Pour M. Drumbl, le réductionnisme judiciaire qui confine la responsabilité aux individus ne permet pas aux tribunaux classiques de rechercher le degré d'implication des agences, institutions nationales ou étrangères ayant joué un rôle clé dans la mise en place des conditions de criminalité¹⁴¹. C'est probablement dans cette logique que M. Drumbl propose une doctrine de responsabilité collective¹⁴² qui permettrait de prendre

137. Jackson Nyamuya Maogoto, « The International Criminal Tribunal for Rwanda: A distorting Mirror; Casting Doubt on its Actor-oriented Approach in Addressing the Rwandan Genocide » (2003) 3:1 African Journal on Conflict Resolution 55 à la p. 84.

138. *Ibid.* à la p. 70

139. *Ibid.*

140. Maogoto, *supra* note 137 à la p. 68.

141. Drumbl, « *Pluralizing* », *supra* note 94 à la p. 1313.

142. *Ibid.* à la p. 1316. Il convient de noter que d'autres auteurs suggèrent une culpabilité collective (« collective guilt ») des institutions, des groupes ou de l'État auquel appartient un accusé, voir George P. Fletcher, « Collective Guilt and Collective Punishment » (2004) 5 Theoretical Inquiries L. 163; Joel Feinberg, « Collective responsibility » (1968) 65:21 The Journal of Philosophy 674-688; Virginia Held, « Group Responsibility

en considération la participation populaire massive à la perpétration des crimes.

D'où la pertinence du recours aux mécanismes autres que les tribunaux classiques pour appréhender toute la réalité des crimes internationaux. Se référant à la nature d'une CVR, le Haut-Commissariat aux droits de l'homme soutient que :

Une commission de vérité se préoccupe de milliers de victimes et s'efforce de déterminer l'importance et les caractéristiques des violations commises dans le passé, ainsi que leurs causes et leurs conséquences. Savoir pourquoi on a laissé se produire certains événements peut s'avérer tout aussi important que la description précise de la matérialité des faits. En définitive, il faut espérer que le travail de la commission peut aider une société à comprendre et à reconnaître un passé contesté ou renié et, ce faisant, à porter à la connaissance du grand public les témoignages et les récits des victimes souvent restés à l'insu de la population. Une commission de vérité espère en outre prévenir de nouvelles violations en recommandant certaines réformes des institutions et des orientations¹⁴³.

L'approche africaine permettrait donc l'édification d'un droit international « that truly permeates the human populace not stopping at the gates of State but bridging the gap between collective and individual actors better than it has done before. The key condition for such a change is consciousness and more sensitivity to the actor-structure relationship »¹⁴⁴.

for Ethnic Conflict » (2002) 6 The Journal of Ethics 157-178; Margaret Gilbert, « Collective Guilt and Collective Guilt Feelings » (2002) 6 The Journal of Ethics 115-143.

143. Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Les instruments de l'État de droit dans les sociétés sortant d'un conflit les commissions de vérité*, Doc. ONU HR/PUB/06/1, 2006 à la p. 2.

144. Maogoto, *supra* note 137 à la p. 84.

D. Prise de conscience de l'importance et de la pertinence des mécanismes communautaires de justice transitionnelle

Les moyens que l'Afrique a développés pour maîtriser le phénomène de la criminalité massive ont suscité de l'intérêt au sein de la communauté internationale et chez les chercheurs. Les instances onusiennes, comme le Conseil de sécurité, n'hésitent plus à encourager les États qui émergent des crises cycliques d'envisager à la fois un processus de responsabilisation judiciaire à côté des commissions vérité et réconciliation¹⁴⁵. Dans sa résolution 1593 du 31 mars 2005 par laquelle il a été décidé de déférer au Procureur de la CPI la situation au Darfour, le Conseil de sécurité de l'ONU n'a pas manqué d'encourager « la création d'institutions auxquelles [seraient] associées toutes les composantes de la société soudanaise, par exemple des commissions vérité et/ou réconciliation, qui serviraient de complément à l'action de la justice et renforceraient ainsi les efforts visant à rétablir une paix durable, avec le concours de l'Union africaine et de la communauté internationale si nécessaire »¹⁴⁶. En outre, l'Assemblée générale a adopté une résolution qui reconnaît l'importance de protéger les droits des victimes¹⁴⁷. De même, des rapports spéciaux de l'ONU consacrent l'importance de ces initiatives de justice communautaire et s'efforcent plutôt de les encadrer¹⁴⁸. Koffi Annan, ancien secrétaire des Nations unies estime qu'« il convient d'accorder toute

145. Voir notamment la Résolution 1606 (2005) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 5207^e séance, le 20 juin 2005 et confirmant la recommandation d'une structure mixte (commission vérité et chambre spéciale) faite par une mission d'experts onusiens pour le Burundi, voir Doc. ONU, S/2005/158 aux par. 53 et ss.

146. Doc. ONU S/RES/1593 (2005) à la p. 2 au par. 5.

147. Doc. ONU Résolution 60/147, *supra* note 93 au par. IX.

148. *Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, Rapport du Secrétaire général, Doc. ONU, S/2004/616, 23 août 2004 (ci-après Doc. ONU S/2004/616); Diane Orentlicher, « Ensemble de principes actualisé pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité » Doc. ONU, E/CN.4/2005/102 add.1, 8 février 2005 [Orentlicher, « Principes »].

l'attention qu'ils méritent aux mécanismes traditionnels autochtones et informels en matière d'administration de la justice ou de règlement des litiges (...) »¹⁴⁹.

Enfin, cette expérience a littéralement forcé le début de réflexions sur l'opportunité et la légitimité des mécanismes judiciaires traditionnels et communautaires. Cette réalité est captée et reconnue dans l'éditorial qui présente le nouveau journal international de la justice transitionnelle : « (...) the impact of non-Western cultures and different beliefs about justice have forced us to reexamine the mechanisms that have emerged; we have begun to ask ourselves about local practices of justice and the ways in which these may interrelate with the idea of universal jurisdiction and resistance to impunity »¹⁵⁰. Des chercheurs auxquels nous avons déjà fait allusion dans notre recherche¹⁵¹ ou des organismes internationaux comme l'International Institute for Electoral Assistance¹⁵², Penal Reform International¹⁵³, Avocats Sans Frontières¹⁵⁴, etc. s'y sont déjà penchés et nous permettent aujourd'hui de comprendre le fonctionnement de ces mécanismes, leurs forces et leurs faiblesses.

Bref, il est indéniable que l'expérience africaine en matière de répression des crimes internationaux a contribué à l'avancement du système de justice transitionnelle. Malgré cet apport incontestable, le système n'est pas parfait, tel qu'on l'a fait constater ci-dessus¹⁵⁵. Pour maximiser son potentiel, nous

149. Doc. ONU S/2004/616, *supra* note 150 à la p.16 au par. 36.

150. Editorial Note, *supra* note 137 à la p. 2; Erin K. Baines, *supra* note 110 à la p. 96.

151. Par exemple, longtemps en faveur des poursuites pénales comme mode de justice pénale internationale, la professeure Diane Orentlicher commence à se poser des questions du genre « Does justice inevitably entail prosecutions or does its meaning instead turn upon each society's historically and culturally specific experiences? », voir Orentlicher, *supra* note 124 à la p. 10.

152. Voir Huyse et Slater, *supra* note 29.

153. Penal Reform International, *supra* note 64.

154. Avocats sans frontières, *Monitoring des juridictions Gacaca – phase de jugement*, Rapport analytique No 3.

155. *Ibid.* aux pp. 19 et ss.

pensons que certaines améliorations pourraient aider à renforcer ses assises et sa respectabilité.

2. Pour l'amélioration du « modèle africain » de lutte contre l'impunité

Nous venons de montrer dans les pages précédentes que le système africain de justice pénale internationale essuie des critiques mais celles-ci ne lui sont pas fatales. Dans le but de sauvegarder et de renforcer son apport au système de justice internationale, nous pensons que le « modèle africain » peut être amélioré de façon à assurer une représentation féminine, à garantir le respect de certaines normes minimales d'équité procédurale ou à le doter d'assistants juridiques. En même temps, on devrait éviter de le dénaturer notamment en lui imposant une procédure et un droit applicables devant les systèmes de justice criminelle classique.

A. Assurer une représentation des femmes en matière de conception et de fonctionnement du « modèle africain »

Dans le cas des institutions judiciaires traditionnelles, nous avons vu qu'elles sont parfois discriminatoires à l'égard des femmes. Pour ce faire, nous pensons que le système gagnerait à revoir la composition sexiste des sièges de ces institutions afin de donner une place active et significative aux femmes. Il est en effet insoutenable de prétendre que la droiture, le sens de l'équité ainsi que la connaissance des coutumes soient l'apanage des seuls hommes. Nous pouvons relever et saluer l'exemple du Rwanda où le système *Gacaca* rénové comporte des femmes juges en son sein. À notre sens, mis à part le défaut d'argument juridique solide fondant cette exclusion, la situation et le rôle actuels des femmes dans les sociétés postconflituelles justifient leur association au processus. En effet, ces dernières sont largement majoritaires dans les villages étant donné que la plupart des hommes sont morts ou sont emprisonnés pour les crimes commis lors de crises comme c'est le cas au Rwanda. Les femmes sont donc de

véritables chefs de famille dans la plupart des ménages. Cette situation en fait également des témoins privilégiés.

En outre, l'ampleur des crimes à caractère sexuel¹⁵⁶ ou de ceux commis par des enfants mineurs dans le contexte des conflits armés milite en faveur de la participation des femmes dans le processus. Ainsi, l'implication des femmes juges ou des femmes commissaires permettrait de donner une chance aux nombreuses victimes de crimes à caractère sexuel perpétrés dans le contexte d'une guerre de faire entendre leurs voix. En effet, étant donné le caractère tabou qui entoure tout ce qui a trait au sexe ainsi qu'à la composition masculine des tribunaux, le risque d'une double victimisation des femmes qui ont subi ces crimes est grand. Seuls des jurys spéciaux composés exclusivement ou majoritairement de femmes pourraient traiter de cette question de façon crédible et efficace, car ils inspireraient confiance aux victimes et offriraient la compassion et la sensibilité nécessaires¹⁵⁷. Certains auteurs estiment même que les mécanismes d'inspiration traditionnelle constituent un forum idéal par rapport au système classique qui aboutit généralement à une revictimisation des femmes victimes des infractions d'ordre sexuel¹⁵⁸. En effet, le système contradictoire permet aux avocats des accusés d'amener les victimes d'infractions sexuelles à raconter leur version des faits dans une perspective visant à tester

156. Voir à cet effet Human Rights Watch, *Shattered lives : Sexual Violence during the Rwandan Genocide and its Aftermath*, Washington, D.C., 1996.

157. Cela a été fait en Afrique du Sud avec la Commission vérité et réconciliation; voir notamment Banque mondiale, *Gender, Justice and Truth Commissions*, Washington, DC, Banque mondiale, 2006 à la p. 26; voir également Diane Orentlicher, *Étude indépendante, assortie de recommandations, visant à aider les états à renforcer les moyens dont ils disposent au niveau national pour combattre l'impunité sous tous ses aspects*, Doc. ONU E/CN.4/2004/88, 27 février 2004 au par. 19(f). Il en a été de même au sein des juridictions rwandaises *Gacaca*, voir Sarah L. Wells, « Gender, Sexual Violence and Prospects for Justice at the Gacaca Courts in Rwanda » (2005) 14 *Southern California Review of Law and Women's Studies* 167.

158. Bell et O'Rourke, *supra* note 118 à la p. 26.

leur crédibilité¹⁵⁹. Elles ne se sentent donc pas à l'aise de libérer leur esprit et de raconter leurs malheurs devant un auditoire peu compatissant.

Enfin, au-delà même de l'implication féminine dans le fonctionnement des mécanismes de justice transitionnelle, les femmes devraient également participer à la conception de ces cadres afin que ces derniers puissent leur inspirer confiance et soient effectifs¹⁶⁰. C'est même à notre sens une question d'équité et d'égalité dans la mesure où les femmes constituent la force active majoritaire dans des sociétés postconflituelles.

B. Garantir le respect de certaines normes minimales d'équité procédurale

Le « modèle africain » peut aussi être amélioré afin de tenir en considération certaines des garanties juridiques d'un procès équitable telles qu'elles sont comprises par la communauté internationale. Précisons néanmoins que cette proposition vaudrait pour les mécanismes, comme le *Gacaca*, qui auraient la compétence d'engager des poursuites pour crimes internationaux, intégrant ainsi des aspects de la justice criminelle classique rétributive. L'octroi d'une telle compétence serait donc manifestement incompatible avec l'absence de représentation légale qui caractérise les systèmes judiciaires traditionnels et communautaires. Cette omission heurterait profondément une protection fondamentale de la personne humaine à savoir le droit à un avocat considéré comme un élément important du droit à un procès équitable¹⁶¹. La question qui se pose dès lors est celle de

159. Julie Mertus, « Shouting from the Bottom of a Well: the Impact of International Trials for Wartime Rape on Women's Agency » (2004) 6 *International Feminist Journal of Politics* 110 à la p. 112.

160. Bell et O'Rourke, *supra* note 118 à la p. 31. Voir aussi Orentlicher, « Principes », *supra* note 150, principes 6, 7, 32 et 35.

161. *Le Procureur c. Hinga Norman, Fofana et Kondewa*, SCSL-04-14-T, Decision on the Application of Samuel Hinga Norman for Self Representation Under Article 17(4)d of the Statute of the Special Court (8 juin 2004) au par. 23, (Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL), Chambre de première instance) *Le Procureur c. Slobodan Milosevic*, IT-02-

savoir si la communauté internationale, pour le compte de laquelle la justice est rendue, tolérerait une entorse juridique d'une telle gravité surtout que les suspects font face à des accusations graves qui, une fois juridiquement prouvées et judiciairement établies, emportent une sanction pénale privative de liberté. Nous estimons qu'il serait important de prévoir, ne fut-ce qu'à titre facultatif, que les accusés qui le veulent soient assistés par leurs conseils. Cela se justifie essentiellement par le risque pour eux d'être condamnés à une peine d'emprisonnement¹⁶² mais aussi par le fait que le droit applicable ainsi que la procédure ne relèvent plus du droit coutumier.

La position de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples par rapport au droit à l'assistance d'un avocat appuie notre point de vue. En effet, dans ses directives et ses principes relatifs à un procès équitable, la Commission soutient que : « The following provisions shall apply, as a minimum, to all proceedings before traditional courts: (...) an entitlement to seek the assistance of and be represented by a representative of the party's choosing in all proceedings before the traditional court »¹⁶³. Pour la commission, « an accused person (...) has right to choose his or her own legal representative at all stages of the case »¹⁶⁴. Ce droit est tellement important qu'elle a jugé bon de l'étendre même aux procédures qui se déroulent devant les tribunaux traditionnels. Aussi, tout en reconnaissant

54-T, *Motifs de la décision relative à la commission d'office des conseils de la défense* (22 septembre 2004) au par.32 (TPIY, Chambre de première instance).

162. Les juridictions *Gacaca* peuvent prononcer une peine d'emprisonnement allant jusqu'à 30 ans, voir *Loi Gacaca 2008*, *supra* note 21 à l'art. 17.

163. *Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa*, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Doc. OS(XXX) 247 au par. Q b) 8), à la p.22.

164. *Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa*, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Doc. OS(XXX)247 au par. H (d) à la p. 7; voir également plus loin où il est stipulé « the accused has the right to choose his or her counsel freely. This right begins when when the accused is first detained or charged. A judicial body may not assign counsel for the accused if a qualified lawyer of the accused's own choosing is available », au par. N(2) d) à la p. 14.

leur importance, M. Annan estime que les mécanismes extrajudiciaires ou semi-judiciaires doivent conserver leur rôle « (...) en se conformant à la fois aux normes internationales et à la tradition locale »¹⁶⁵. Les Principes de Chicago appellent également tous les intéressés, États, sociétés civiles et communautés à travailler de concert pour trouver « a balance between traditional processes of justice and key human rights protections »¹⁶⁶.

Dans le cas d'autres mécanismes appliquant exclusivement du droit coutumier, où la confrontation n'est pas de mise entre les parties et ne pouvant pas prononcer une sanction d'emprisonnement, nous pensons que l'objectif des poursuites (réconciliation, restauration de l'harmonie sociale, protection des intérêts de la communauté), la nature des mécanismes alternatifs ainsi que les sanctions possibles en cas de déclaration de culpabilité pourraient justifier la non-représentation des accusés. Devant les structures judiciaires locales typiques, l'intégrité morale, le bon sens, la sagesse et le sens d'équité des juges ainsi que la participation populaire suffiraient pour garantir un procès juste et équitable dont le but est de restaurer l'harmonie sociale par la médiation des différends. Par ailleurs, la procédure devant ces fora traditionnels est considérée comme « substantially informal and less intimidating, with the people who utilise these courts being more at ease in an environment that is not foreboding »¹⁶⁷. Les règles de pratique devraient être très simplifiées afin de sauvegarder l'indépendance des citoyens-juges ainsi que leur liberté de trouver des solutions adéquates.

C. Doter les institutions d'assistants juridiques

Dans ce contexte précis de crimes graves, il est fondamental que les juridictions traditionnelles et les CVR soient assistées, dans l'accomplissement de leurs nouvelles attributions, par un corps de gens dotés d'une formation juridique, de préférence en droit coutumier. Dans le cas des CVR, tout dépendra de son

165. Doc. ONU S/2004/616, *supra* note 150 à la p. 16 au par.36.

166. *Principes de Chicago*, *supra* note 46, principe 6 à la p. 36.

167. Choudree, *supra* note 83 à la p. 13.

mandat. Si comme en Afrique du Sud, une commission doit accorder des mesures d'amnisties, l'assistance des experts en droit s'impose. Devant la CVR sud-africaine, la commission chargée d'étudier les demandes d'amnistie était présidée par un juge de la Cour suprême. Dans le cas des juridictions traditionnelles, ces assistants tiendraient notamment le registre des décisions prises dont ils auraient dressé des rapports synthétiques d'audiences. Dans certains États, cela a même été suggéré pour les affaires pénales ordinaires. Ainsi, la South African Law Commission estime que « trained para-legals should be appointed by the Ministry of Justice to assist traditional courts as clerks of court. This would help the courts to assess and avoid decisions that might be in violation of the Constitution or the law or that are beyond the jurisdiction of the court »¹⁶⁸. De même, des juristes spécialisés en droit coutumier assistent et assurent la formation des juges et autres intervenants au sein des tribunaux coutumiers sierra-léonais¹⁶⁹. Nous estimons que cette proposition vaut *a fortiori* pour les situations où les citoyens-juges font face à une criminalité grotesque, systématique et généralisée. Ce qui a d'ailleurs été fait au Rwanda car la loi N° 16/2004 du 19/6/2004 prévoit que les juridictions *Gacaca* peuvent s'assurer du concours de conseillers juridiques désignés par le Service national des juridictions *Gacaca* chargé d'assurer le suivi, la supervision et la coordination des activités des juridictions *Gacaca* chaque fois qu'elles en ressentent le besoin¹⁷⁰. Pour ce faire, l'enseignement du droit coutumier dans les écoles de droit devrait avoir une place significative afin de comprendre l'enracinement socioculturel des règles juridiques applicables devant les institutions judiciaires traditionnelles.

3. Reconnaître une compétence matérielle limitée aux institutions ayant un rôle essentiellement judiciaire

Dans le cas des institutions traditionnelles qui se voient principalement attribuer une compétence judiciaire en matière de

168. South African Law Commission, *supra* note 102 au par. 5.7.

169. Alie, *supra* note 84 à la p. 134.

170. *Loi Gacaca 2004*, *supra* note 21 art. 26.

crimes internationaux comme les *Gacaca*, nous pensons que leur compétence matérielle devrait être limitée aux gens qui ont agi comme exécutant plutôt que comme planificateurs et autres supérieurs hiérarchiques. En effet, ces derniers risquent de défier ou de manipuler le système traditionnel composé essentiellement de gens non instruits qui généralement présentent un complexe d'infériorité face aux gens scolarisés. Ces criminels de haut rang ne seraient pas pour autant impunis; les tribunaux étatiques ou internationaux pourraient s'en charger ou alors leur responsabilité serait mise en cause devant des CVR.

Ainsi, les citoyens-juges pourraient juger tous les crimes commis par des personnes qui agissent en tant qu'exécutants. Dans ce groupe, une catégorie spéciale de criminels de guerre attire notre attention : ce sont les enfants qui ont commis des crimes dans le contexte des conflits armés ou des atrocités généralisées et systématiques, comme le cas des ex-enfants soldats. Actuellement, il y a un débat sur la question de savoir si ces enfants devraient être considérés comme des auteurs ou des victimes de l'embrasement social auquel ils ont malheureusement participé¹⁷¹. Quelle que soit la réponse apportée à cette problématique, il nous semble que les enfants qui, malgré leur jeunesse, ont été impliqués à la perpétration des atrocités doivent faire face à une forme de responsabilisation pour leurs actes. La question qui se pose serait plutôt celle du forum approprié pour les confronter à leurs victimes et à leurs actes monstrueux. Les tribunaux étatiques sont certainement compétents surtout en se fondant sur la compétence territoriale et sur les lois pénales étatiques. De même, certains tribunaux internationaux se voient conférer la compétence de juger les enfants criminels de guerre. C'est le cas notamment du Tribunal spécial pour la Sierra Leone qui, en vertu de l'art. 7 de son statut, est habilité à juger les

171. Pour un résumé de cette problématique, voir Pacifique Manirakiza, « Les enfants face au système international de justice : à la recherche d'un modèle de justice pénale internationale pour les délinquants mineurs », (2009) 34 *Queen's L J* 719.

enfants. Néanmoins, à une année de la fin de son mandat¹⁷², aucune poursuite n'a été engagée contre une personne réputée enfant au moment des faits.

Malgré la compétence des tribunaux criminels classiques, il nous semble que ces instances, surtout les tribunaux internationaux, ne seraient pas appropriées pour juger les enfants criminels de guerre. De notre point de vue, le modèle de juridictions traditionnelles ainsi que celui des CVR réglerait adéquatement les contentieux impliquant les enfants lorsqu'ils découlent des atrocités généralisées. En effet, les intervenants dans ces institutions sont en mesure de comprendre comment les enfants sont arrivés jusque-là et également pouvoir prendre des mesures adaptées aux besoins directs de la communauté et des enfants eux-mêmes. En Sierra Leone par exemple, certains enfants soldats ont comparu devant la CVR sierra léonaise¹⁷³ et d'autres devant des mécanismes traditionnels; ces initiatives ont favorisé leur réintégration sociale¹⁷⁴. Cela est d'ailleurs conforme aux recommandations onusiennes¹⁷⁵ et aux prescriptions de certains instruments juridiques internationaux¹⁷⁶. Au Rwanda, bien que le phénomène des enfants soldats n'était pas prononcé, force nous est de faire constater que des enfants ont été poursuivis pour génocide bien qu'il soit douteux que certains d'entre eux en aient eu la *mens rea* requise¹⁷⁷. En fin de compte,

172. *Special Court for Sierra Leone Completion strategy*, Doc. NU A/59/816-S/2005/350, 27 mai 2005.

173. The Final Report of the Truth & Reconciliation Commission of Sierra Leone, 2001, volume 3B. La CVR sierra léonaise a même rédigé un rapport spécifique aux enfants, voir Truth and Reconciliation Commission Report For the Children of Sierra Leone, en ligne : <<http://www.trcsierraleone.org/pdf/kids.pdf>>.

174. Alie, *supra* note 84 à la p. 145.

175. Doc. ONU S/2000/915, *supra* note 97.

176. *Principes directeurs relatifs aux enfants associés aux forces armées ou aux groupes armés*, adoptés à l'occasion de la Conférence internationale consacrée aux enfants associés aux groupes et forces armés : « Libérons les enfants de la guerre », Paris, février 2007 au par. 3. 6.

177. Renata Winter, « Child Soldiers », dans Collins et al. (ed.), *Droits de l'enfant : actes de la Conférence internationale*, Ottawa 2007 à la p. 494.

ils étaient renvoyés vers le Centre de réhabilitation et de réinsertion de Gitagata.

Nous pensons donc que le modèle des institutions judiciaires traditionnelles ainsi que celui des CVR constitue un forum idéal de rééducation et de resocialisation des enfants présumés criminels de guerre. Comparissant au sein de leur communauté, ces derniers devraient avant tout être considérés comme ayant été victimes de la crise et des circonstances qui ont débouché à la crise avant d'en porter le fardeau. Un mécanisme de justice locale ou de CVR serait donc le mieux indiqué pour assurer leur « réhumanisation », tout en leur donnant l'espoir de vivre comme de bons membres de la communauté et non comme des parias ou des gens totalement déviants. Les cérémonies de purification¹⁷⁸ ou de prières qui font généralement partie de la procédure des mécanismes locaux contribuent énormément à redonner espoir dans cette jeunesse complètement désabusée par les adultes.

178. En Ouganda, l'ethnie Acholi fait souvent recours au mécanisme dit *Mato Oput* qui est un cérémonial de réconciliation consistant à réunir un responsable et sa victime ou une parenté de la victime au cours duquel on leur fait boire un liquide extrait des racines d'un arbre (*Oput*) et mélangé à de l'alcool. En plus, les membres des deux familles boivent à la même coupe et à la fin un repas copieux est partagé par les chefs et toute l'assistance en guise de célébration de cette réconciliation. Cela symbolise qu'on met fin à la colère. En même temps, une tête de chèvre et une tête de bouc sont échangées entre les deux familles, voir Latigo, *supra* note 85 à la p. 105; voir également Barney Afako, « Reconciliation and Justice : « Mato Oput » and the Amnesty Act », cité dans Apuuli, *supra* note 128. De même, on recourt au *moyo kum*, une cérémonie pendant laquelle le corps d'une personne est lavé afin d'éloigner les malédictions ou les mauvais esprits qui se sont acharnés sur lui; voir Latigo, *supra* note 85 à la p. 106.

4. Éviter de leur imposer d'appliquer le droit pénal international

Même si le système des CVR et des institutions judiciaires traditionnelles interviennent dans le contexte des crimes de droit international, il serait illogique, voire inconcevable, de leur demander d'appliquer le droit pénal international pertinent (même si c'est le cas pour les *Gacaca*). Non seulement cela risquerait de compromettre leur mission et d'altérer leur nature, mais aussi les intervenants seraient incapables de comprendre le sens et la portée de ses règles. Dans le cas des CVR à la sud-africaine, il importe de souligner que les commissaires déterminent et suivent une procédure essentiellement inspirée des conceptions africaines de résolution des conflits, mais qui leur permettrait d'atteindre leurs objectifs globaux en matière de justice. Pour ce qui est des tribunaux locaux, ils appliquent un droit et une procédure qu'ils comprennent bien, c'est-à-dire le droit coutumier. Dans tous les cas, le droit applicable n'est pas figé; il se caractérise par sa flexibilité qui lui permet d'être efficace pour trouver des solutions justes dans toutes les situations¹⁷⁹. De cette façon, l'objectif même des procédures devant ces institutions – l'harmonie sociale – peut être aisément accompli. On ne devrait pas demander aux mécanismes de justice transitionnelle d'appliquer le complexe droit pénal international qui découle d'une combinaison de règles relevant de plusieurs branches du droit, notamment le droit international humanitaire, le droit international public et le droit international des droits de l'homme. Les citoyens-juges seraient incapables d'en comprendre le sens et la portée.

De même, dans plusieurs contextes, ce droit pénal international n'a aucune assise socioculturelle et consiste plutôt en une importation de principes et de concepts juridiques dont la maturation a été réalisée dans d'autres cultures, en l'occurrence

179. Pour M. Choudree, « traditional courts have a major advantage in comparison with the other types of courts in that their processes are substantially informal and less intimidating, with the people who utilise these courts being more at ease in an environment that is not foreboding », voir Choudree *supra* note 83 à la p. 13.

la culture occidentale¹⁸⁰. Il est donc, dans une certaine mesure, déphasé d'autant qu'il répond inadéquatement aux besoins de la population et des sociétés éprouvées par des crises cycliques. Ainsi, l'expérience tentée au Rwanda où l'on a demandé aux citoyens-juges d'agir comme un véritable tribunal appliquant des concepts du droit pénal international s'est avérée inefficace. En effet, les juridictions *Gacaca* fonctionnent comme des tribunaux répressifs qui visent essentiellement la détermination de la culpabilité et l'imposition de peines classiques. Néanmoins, n'ayant pas de formation juridique, les juges *Inyangamugayo* ne sont pas en mesure d'interpréter et d'appliquer correctement le complexe droit relatif au génocide et aux crimes contre l'humanité.

Il faudrait donc éviter de transformer les institutions communautaires de justice transitionnelle en une sorte de justice formelle appliquant un droit écrit et prononçant des sanctions pénales classiques. Une telle tentative de dénaturation désorienterait les intervenants au point de miner la crédibilité ainsi que la réputation des mécanismes locaux chargés d'administrer une justice pénale postconflictuelle. L'application du droit pénal international devrait rester l'apanage des tribunaux étatiques classiques et internationaux qui comprennent des juges professionnels dotés d'une solide formation et d'une expérience juridiques. Les jugescitoyens et les membres d'une CVR devraient quant à eux restés compétents pour appliquer un droit et une procédure auxquels ils sont familiers et à la conception desquels ils participent également. Cela répondrait aussi à une préoccupation constante qui veut que ceux qui contribuent grandement à la conception des normes de droit international (les pays développés) et ceux qui les reçoivent (les pays en développement) sont généralement différents et distants les uns

180. Pour M. Drumbl, « The entire package of international criminal justice remains a reflection of the hegemonic values of Western punitive criminal justice (...). It is not a genuine communitarian amalgam that accommodates the disempowered victims of mass violence—largely from non-Western audiences—lacking a voice in international relations », voir *Drumbl, Mass atrocity*, *supra* note 121 aux pp. 599-560.

des autres¹⁸¹. Ceci alimente souvent des incompréhensions comme c'est actuellement le cas entre la Cour pénale internationale et le peuple Acholi de l'Ouganda¹⁸².

Ainsi, malgré la nature internationale des crimes qu'ils connaissent, les citoyens-juges et les commissaires des CVR ne devraient pas appliquer le droit pénal international qui régit ces incriminations. Ce droit leur est inaccessible car ils n'ont même pas une formation juridique de base. Il n'est pas non plus conçu pour atteindre les objectifs globaux d'une justice postconflictuelle de type africain. Il revient au droit international de s'adapter aux réalités locales et économiques de chaque État affecté. Les mécanismes communautaires doivent également s'ajuster pour tenir compte de l'évolution de la société et du monde¹⁸³ et se conformer aux normes internationales en matière d'équité procédurale¹⁸⁴.

V. Conclusion générale

L'Afrique n'est pas seulement un terrain d'expérimentation du droit pénal international; elle participe aussi à son développement et à son enracinement. L'expérience de la CVR sud-africaine ainsi que celle des juridictions *Gacaca* l'ont démontré. Même si les résultats sont mitigés dans le contexte des tribunaux *Gacaca*, il importe d'en retenir le concept et il y a lieu de l'améliorer conformément à nos suggestions. En optant pour

181. « As transitional justice has come to dominate international attention, it has become readily apparent that the conflicts that give rise to these responses have emerged primarily in the developing countries, while international responses are largely driven by countries from the North. This has led to accusations by some that universalizing justice mechanisms for crimes of this magnitude is a new form of imperialism where the developed countries impose their own standards on those less developed and where indigenous forms of justice or local innovations are deemed unacceptable or irrelevant », Editorial Note, *supra* note 137 aux pp. 2-3.

182. Ci-dessus, *supra* note 128.

183. Baines, *supra* note 110 à la p. 114.

184. Latigo, *supra* note 85 à la p. 110.

une conception plus large de la justice, l'Afrique du Sud et le Rwanda ont démontré que les poursuites pénales devant les tribunaux classiques ne donnent pas des réponses adéquates aux problèmes relatifs à la criminalité massive et systématique. Ces deux expériences ont ainsi fourni et développé des outils utiles pour d'autres pays. Cette nouvelle façon de penser permet d'engager toute la société dans le règlement des problèmes qui ont ébranlé ses assises. En réalité, c'est toute la société qui est embrasée et ses membres ont été impliqués d'une façon ou d'une autre dans la perpétuation des tueries massives. Il est donc plus qu'impérieux que tout le monde soit impliqué dans le redressement social. Mais en même temps, cette implication ne doit pas être une forme de justice formelle déguisée. Cela dépasserait les capacités des mécanismes communautaires et risquerait même de délégitimer tout le processus et porterait atteinte à sa crédibilité pourtant nécessaire à son succès.

Néanmoins, il faudrait se garder de prendre le « modèle africain » comme une panacée. Ainsi, sans en avoir une vision romantique, nous pensons que les institutions traditionnelles et les CVR seraient efficaces en tant que compléments aux autres mécanismes, en l'occurrence les tribunaux internationaux ou les tribunaux étatiques classiques. C'est de cette façon qu'on mettrait à profit leur potentiel et leur expertise dans la gestion des conflits sociaux. Au lieu de regarder les mécanismes communautaires de justice traditionnelle avec une certaine suspicion, la communauté internationale devrait les appréhender sérieusement par rapport aux objectifs globaux du droit pénal international. Des spécialistes du fonctionnement de ces mécanismes doivent être mis à contribution afin d'éviter que le débat ne soit encore monopolisé par les juristes et les diplomates qui sont souvent le produit de cultures juridiques où ces mécanismes ne sont pas de mise dans le combat du phénomène criminel.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'ÉVENTUALITÉ DE MÉCANISMES RÉFLEXIFS DANS LE CADRE DU
PROCÈS PÉNAL FRANÇAIS

Auteur(s) : François DESPREZ

Revue : RDUS, 2009-2010, volume 40, numéro 1-2

Pages : 479-509

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10458>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10458>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

L'ÉVENTUALITÉ DE MÉCANISMES RÉFLEXIFS DANS LE CADRE DU PROCÈS PÉNAL FRANÇAIS

par François DESPREZ*

La procédure pénale française connaît, depuis quelques années, une tendance législative consistant à créer des voies procédurales fondées sur une collaboration du justiciable avec l'institution judiciaire de manière à déterminer la réponse pénale la plus appropriée à l'infraction commise. Ces mécanismes procéduraux, qui sont une dégénérescence du plaider-coupable anglo-saxon, renvoient sous certains aspects à l'idée de réflexivité. Ils induisent également une modification de l'acception de la justice et du rôle du juge.

In French criminal procedure, there has been a recent legislative trend of creating procedural means of determining the most appropriate penalty for offences committed and which involves the participation of the accused. This procedural process, which appears to be a degeneration of a guilty plea in Anglo-Saxon law, refers in some way, to the notion of reflexivity. It also implies a change in the meaning of justice and in the role of the judge.

* . Maître de conférences à l'Université Paris Ouest Nanterre.

SOMMAIRE

Introduction	481
I – L'évolution actuelle du droit pénal : vers une collaboration du justiciable à la détermination de la sanction	483
II – Un indice de réflexivité consistant en la participation active du justiciable à la détermination de la décision judiciaire	489
A – La matérialisation de la participation du justiciable à la détermination de la réponse pénale	489
B – Une forme de réflexivité soumise à un risque de retour au circuit procédural classique.....	495
III – Une forme de réflexivité s'insérant dans une nouvelle acception de la mission de la justice pénale	498
A – La motivation du recours à des procédés alternatifs oscillant entre pragmatisme et pédagogie.....	498
B – Des procédés témoignant d'une évolution conceptuelle du procès pénal.....	503
Conclusion	509

« À la force imposée de la
sentence, qui tombe de la bouche
du juge à la manière d'un oracle,
on préfère en certains cas
recueillir l'accord du
condamné »¹.

Le terme de réflexivité évoque la répercussion², il s'agit d'une réflexion se prenant elle-même pour objet. Appliquée au domaine juridique, la réflexivité « se conçoit comme convoquant nécessairement les acteurs, et non seulement leur participation, mais leur construction du sens de la norme »³. Les lois à exigence de réflexivité suggèrent une communication et consistent en des normes qui pour leur contenu et/ou leur application nécessitent l'intervention des destinataires de la norme⁴. Cette intervention permet une application de la norme dans toute son amplitude. Le citoyen participe ainsi à la production du droit. La réflexivité renvoie à deux types de normes. À côté des lois énonçant des dispositifs d'application imposant la mise en place de modes de gestion citoyenne, un second type de norme est catégorisé comme disposant d'un contenu incitatif, promotionnel ou pédagogique⁵. La norme réflexive sera d'autant mieux acceptée, comprise et effective, que ses destinataires auront concouru à sa construction. C'est dans cette perspective particulière que s'inscrit cette étude, qui prendra la matière pénale pour champ d'observation des lois à exigence de réflexivité.

-
1. Philippe Conte, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal » dans *Droit et actualité. Études offertes à Jacques Béguin*, Paris, LexisNexis Litec, 2005, à la p. 143.
 2. Émile Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Librairie Hachette et Cie, 1875, s.v. [réflexif].
 3. Louise Lalonde, « La parole des citoyens interpellée par les lois à exigence de réflexivité, quel(s) usage(s) et quelle(s) parole(s)? » dans Vincente Fortier et Sébastien Lebel-Grenier, dir., *La parole et le droit*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 2008, à la p. 28.
 4. *Ibid.* à la p. 32.
 5. *Ibid.*

De prime abord, il peut être considéré que le droit pénal se prête moins bien que d'autres branches du droit à l'éventualité de lois à exigence de réflexivité. En effet, l'État s'est arrogé le monopole de la sanction pénale et le justiciable n'a pas à intervenir dans un tel domaine; en cette matière, plus encore que dans d'autres, la loi n'est pas négociable; de manière plus triviale, il peut être affirmé qu'au pénal la sanction tombe. « Le concept traditionnel de la procédure pénale ne se prête pas à un consensus : le droit de punir, le principe de la légalité, le caractère strict des règles procédurales, la recherche de la vérité comme but du procès [...] ne semblent pas permettre une telle flexibilisation »⁶. Ces éléments pourraient laisser penser que le justiciable, et plus généralement le citoyen, n'a pas à participer à l'application de la norme pénale. Cependant, l'interrogation peut être formulée de savoir si, malgré tout, le droit pénal ne présente pas certains mécanismes relevant de la réflexivité; soit en répondant parfaitement à la définition des lois à exigence de réflexivité, soit en présentant certaines subtilités tenant aux particularités de la matière.

Il existe, dans le domaine pénal, une véritable tendance législative à faire collaborer le justiciable avec l'institution judiciaire pour déterminer l'issue de l'affaire le concernant (I). Cependant, ces procédés relèvent-ils des lois à exigence de réflexivité? Dans l'éventualité d'une réponse affirmative, se situent-ils dans une parfaite réflexivité ou existe-t-il des subtilités qui pourraient être dues aux particularités de la matière pénale? En outre, quelles sont les raisons qui justifient un recours accentué à ce type de procédé. Quels avantages présentent-ils pour l'institution judiciaire et la personne mise en cause? Cette reconnaissance initiale des faits dans le cadre de ces voies

6. Heike Jung, « Le plaider coupable et la théorie du procès pénal » dans *Mélanges offerts à Jean Pradel. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006 à la p. 808. Le terme même de peine paraît difficilement conciliable avec les concepts de convention ou d'accord (Pierre Couvrat, « Contractualisation en matière pénale, en général » dans Loïc Cadet et Laurent Richer, dir., *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, à la p. 198).

procédurales ne modifie-t-elle pas l'acception du procès pénal? L'analyse de l'éventuel aspect réflexif de ces procédés (II) permettra de présenter l'acception nouvelle du procès pénal qu'elle suscite (III).

I – L'évolution actuelle du droit pénal : vers une collaboration du justiciable à la détermination de la sanction

En matière pénale, une illustration évocatrice de la réflexivité réside dans l'institution du jury populaire. Lors de la période révolutionnaire, influencé notamment par les écrits de Montesquieu et de Beccaria, faisant respectivement l'éloge de la procédure anglaise⁷ et du jugement d'un individu par ses pairs⁸, l'ensemble des réformateurs est séduit par le jury criminel constituant la meilleure garantie des droits de l'accusé en confiant son jugement à ses pairs, et permettant ainsi d'éviter l'arbitraire des parlements. Cet élan a été relayé par les cahiers de doléances et l'Assemblée nationale a adopté le principe du jury criminel le 30 avril 1790⁹; la loi des 16-29 septembre 1791 institua le jury¹⁰. Le jury populaire constitue la meilleure illustration en procédure pénale de dispositions relevant des lois à exigence de réflexivité. Le législateur en appelle aux citoyens eux-mêmes pour rendre justice. La norme attend donc, pour son accomplissement, une participation active de ceux qui en sont les destinataires. Il s'agit

7. Charles Louis de Secondat, Baron de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Paris, Gallimard, 1995, Livre XI, Chapitre VI, à la p. 330.

8. Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, Paris, Flammarion, 1991 à la p. 92.

9. André Laingui et Arlette Lebigre, *Histoire du droit pénal*, vol. II, Paris, Cujas, 1979 à la p. 135. La Révolution avait instauré un jury d'accusation et un jury de jugement. Le premier a disparu en 1808 avec le Code d'instruction criminelle (Jean-Marie Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2006 à la p. 436, au par. 238).

10. *Loi des 16-29 septembre 1791 concernant la police de sûreté, la justice criminelle et l'établissement des jurés*, art. 23 du Titre VI dans Duvergier, tome III, 2^e éd. à la p. 296.

de l'application par excellence du principe selon lequel la justice est rendue au nom du peuple¹¹.

Le droit pénal, dans le cadre des alternatives à la sanction traditionnelle, connaît des dispositions susceptibles de relever de la notion de réflexivité. Il en va ainsi du travail d'intérêt général et du sursis. Selon l'article 131-8 du Code pénal, en matière délictuelle, le tribunal peut prescrire à la place de l'emprisonnement l'accomplissement par le condamné d'un travail d'intérêt général. Cette peine ne peut être prononcée à l'encontre d'un prévenu absent lors de l'audience ou qui la refuse. C'est pourquoi, avant de prendre sa décision, le juge informe le prévenu de son droit de refuser et reçoit sa réponse quant à l'éventualité de l'accomplissement d'un travail d'intérêt général. Le sursis dispense le condamné d'exécuter sa peine si pendant le délai imparti il ne commet pas une nouvelle infraction, et, pour le sursis avec mise à l'épreuve ou avec obligation d'accomplir un travail d'intérêt général, effectue l'obligation décidée par le juge¹². Selon Mireille Delmas-Marty, les sursis appartiennent à la catégorie des peines dites évolutives, à savoir répondant à l'idée selon laquelle une évolution de la personnalité du délinquant est possible. C'est une application du principe de l'individualisation de la peine qui

11. Cependant, il importe de souligner que le législateur tend désormais de plus en plus à contourner l'office du jury populaire, au risque de porter atteinte à l'un des éléments fondamentaux de la démocratie et à un précieux héritage de la Révolution (André Toulemon, *La question du jury*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1930 à la p. 61). Des mécanismes, tels la correctionnalisation ou le recours à des cours d'assises spéciales, bien que non dénués d'avantages, réduisent le domaine d'intervention du jury populaire et cantonnent son office aux débats spectaculaires (Jean-Claude Farcy, *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours. Trois décennies de recherches*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001 à la p. 208. Georges Levasseur, « La juridiction correctionnelle depuis l'application du Code de procédure pénale » (1959) *Rev. science crim. et dr. pén. comparé* à la p. 577. William Roumier, *L'avenir du jury criminel*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t.39, 2003 à la p. 59, au par. 105).

12. Art. 132-29 et s., 132-40 et s. et 132-54 et s. C. pén. respectivement pour le sursis simple, le sursis avec mise à l'épreuve et le sursis avec obligation d'accomplir un travail d'intérêt général.

suppose une interactivité¹³. Cette idée d'interaction réside dans la confiance dont fait montre l'institution judiciaire envers le condamné, à charge pour lui d'y répondre de façon satisfaisante. Cette interaction renvoie à la réflexivité en ce que ces dispositions législatives ne peuvent recevoir application sans une participation active du destinataire de la norme, le condamné.

Surtout, désormais, l'éventualité de lois à exigence de réflexivité semble trouver principalement un point d'appui en procédure pénale. Concernant la justice pénale quotidienne, progressivement, le législateur a multiplié le recours à des procédés imposant une participation du justiciable pour la détermination de la décision. Ces dispositifs consistent en des dégénérescences du plaider-coupable anglo-saxon et sont susceptibles de relever, au moins en partie, des lois à exigence de réflexivité en ce qu'ils supposent une participation active du justiciable qui fait l'objet de ces procédés. En effet, il semble que désormais les mécanismes réflexifs se concentrent principalement autour de la participation du justiciable à la détermination de la réponse pénale concernant l'infraction qui lui est reprochée. Par cette intervention dans le processus judiciaire, le justiciable participe alors à la production du droit. Cette idée de participation du justiciable à l'élaboration de la décision le concernant est déjà connue du procès civil. Ainsi, la médiation relève des lois à exigence de réflexivité en ce qu'elle attend des justiciables une participation active à la détermination de l'issue du litige; le souhait de l'actuel ministre de la Justice de faciliter, dans les domaines civil, commercial et prud'homal, le recours à des procédés permettant d'éviter le procès, et notamment la conciliation et la médiation en matière familiale, témoigne de l'actualité et de la pertinence du recours à des mécanismes de type réflexif¹⁴. En matière pénale, le législateur développe des procédures fondées sur la parole de celui qui en bénéficie : alternatives aux poursuites (et particulièrement la médiation

13. Mireille Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004 aux pp. 102 et s.

14. Michèle Alliot-Marie (entretien), « Réforme de la procédure pénale », *Gaz. Pal.* 7-9 mars 2010 (n° 66-68) à la p. 8.

pénale), composition pénale, comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC). Ces procédés sont mis à la disposition du parquet dans le cadre de l'opportunité des poursuites. Il existe une véritable tendance législative à faire collaborer le justiciable avec l'institution judiciaire pour déterminer la réponse pénale la mieux appropriée à l'affaire qui le concerne.

Ainsi, ces dernières années, la procédure pénale a été marquée par le développement des options procédurales mises à la disposition du parquet dans le cadre de l'opportunité des poursuites. Devant l'absence de dispositif judiciaire adapté pour répondre aux infractions de faible gravité et particulièrement devant l'inadéquation de la dichotomie entre la poursuite ou le classement sans suite, localement se sont développées des pratiques, consistant en un classement sous condition, une médiation pénale ou une orientation vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle¹⁵, qui, tout en apportant une réponse à l'acte infractionnel, pouvait permettre d'éviter le déclenchement des poursuites¹⁶. Considérant le classement sous condition comme un instrument privilégié d'une politique criminelle efficace et moderne, le ministère de la Justice a incité les parquets à mettre en œuvre ces procédés¹⁷. Outre le désengorgement des juridictions, de telles pratiques permettent, d'une part, d'obtenir une réponse pénale correspondant davantage à la réalité de la situation¹⁸, et d'autre part, de rapprocher l'institution judiciaire

15. Aurore Bureau, « État des lieux d'un dispositif procédural atypique : la composition pénale » (2005) 27 Archives de politique criminelle aux pp. 125-126.

16. Georges Apap, « La conciliation pénale à Valence » (1990) 3 Rev. science crim. et dr. pén. comparé 633 à la p. 633. Marie-Élisabeth Cartier, « Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale » (1998) 1 Revue générale des procédures 1 à la p. 2. Jean Pradel, « Une consécration du « plea bargaining » à la française : la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 » D. 1999. Chron. à la p. 379.

17. Cartier, *supra* note 16 à la p. 4.

18. Apap, *supra* note 16.

des justiciables¹⁹. Pour respecter le principe général du droit d'égalité de traitement des justiciables et pour uniformiser ces pratiques tout en leur déterminant un cadre, le législateur est intervenu²⁰. La loi du 4 janvier 1993 institutionnalise la médiation pénale²¹. Vers la fin 1994, le législateur devait permettre au procureur de la République d'éteindre l'action publique après avoir adressé au délinquant une injonction pénale; le Conseil constitutionnel censura une telle disposition en constatant l'absence d'intervention d'un magistrat du siège lors de cette procédure et l'atteinte à la séparation des fonctions de poursuite et de jugement²². Le législateur a donc été amené à envisager une autre voie pour pallier le fort nombre de classements sans suite et l'« engorgement » des juridictions correctionnelles. Une loi du 23 juin 1999, prenant en compte les remarques du Conseil constitutionnel, institua la composition pénale²³, procédure nouvelle non issue d'une pratique innovante expérimentée sur le terrain²⁴; tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, le procureur de la République a la possibilité de proposer une mesure de composition pénale²⁵ qui, si elle est acceptée par le prévenu, validée par le juge du siège et exécutée, a pour effet d'éteindre l'action publique. Cette même loi de 1999 consacra les alternatives aux poursuites, reconnaissant ainsi les innovations issues de la pratique; avant la mise en œuvre des

-
19. Jocelyne Leblois-Happe, « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives » (1994) 3 *Rev. science crim. et dr. pén. comparé* 525 à la p. 525.
 20. Sophie Pokora, « La médiation pénale » (2003) 2 *AJ pénal* à la p. 58.
 21. *Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale*, J.O., 5 janvier 1993.
 22. Cons. constitutionnel, 95-360 DC, 2 février 1995, *Loi relative à l'organisation des juridictions et la procédure civile, pénale et administrative*, Rec. 1995.195 [Cons. constitutionnel].
 23. *Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale*, J.O. 24 juin 1999.
 24. Philip Milburn, Christian Mouhanna et Vanessa Perrocheau, « Controverses et compromis dans la mise en place de la composition pénale » (2005) 27 *Archives de politique criminelle* à la p. 151.
 25. Remise du véhicule, dessaisissement de la chose qui a permis ou est le résultat de l'infraction, stage de citoyenneté, injonction thérapeutique, mise à niveau scolaire ou professionnelle...

poursuites, le procureur de la République peut proposer certaines mesures²⁶; l'emploi de ce procédé suspend la prescription de l'action publique. En outre, la loi du 9 mars 2004 compte parmi ses principales dispositions la CRPC²⁷. Cette procédure consiste pour le parquet, en échange d'une reconnaissance des faits, à proposer au prévenu une peine atténuée par rapport à celle encourue; la décision d'homologation de cet accord par le juge du siège lui confère la qualité de jugement immédiatement exécutoire. Ce mode de jugement des délits constitue un maillon supplémentaire dans le processus de privatisation du procès pénal se traduisant notamment par l'apparition d'une justice consensuelle coexistant avec la justice pénale impérative²⁸. Enfin, le Comité de réflexion sur la justice pénale, dont le rapport a été remis le 1^{er} septembre 2009, propose de rendre la procédure criminelle plus efficace, notamment en allégeant celle-ci en cas de reconnaissance de culpabilité de la part de l'accusé²⁹. Estimant inutile de consacrer une grande partie des débats à des faits dont la matérialité n'est pas contestée, le Comité suggère, pour certains crimes, l'instauration d'une procédure simplifiée originale en cas de reconnaissance de culpabilité en matière criminelle³⁰.

-
26. Rappel à la loi, orientation vers une structure sanitaire et sociale, réparation du dommage, médiation pénale, régularisation de la situation au regard de la loi ...
 27. *Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, J.O. 10 mars 2004.
 28. Xavier Pin, « La privatisation du procès pénal » (2002) 2 Rev. science crim. et dr. pén. comparé 245 à la p. 257 [Pin, « Privatisation »].
 29. Comité de réflexion sur la justice pénale, *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, France, Président de la République et Premier Ministre, (1^{er} septembre 2009), Proposition n° 11 aux pp. 36 et s.
 30. Le Comité envisage alors une procédure avec une audience lors de laquelle la Cour s'assurerait du caractère fondé de la reconnaissance des faits, puis se déroulerait un débat concernant la peine devant être prononcée. Pour bénéficier de cette procédure simplifiée (et d'une peine minorée), la reconnaissance des faits doit intervenir préalablement à l'audience, l'accusé étant assisté de son avocat.

II – Un indice de réflexivité consistant en la participation active du justiciable à la détermination de la décision judiciaire

Deux éléments permettent de présenter ces procédés comme étant, sous certains aspects, réflexifs : la reconnaissance des faits et la nécessité d'exécuter la réponse pénale adoptée (A). Cette forme de réflexivité, pour fonctionner, doit renvoyer au risque de l'audience pénale (B).

A – La matérialisation de la participation du justiciable à la détermination de la réponse pénale

Les procédés, que constituent les alternatives aux poursuites, la composition pénale et la CRPC, sont confiés au procureur de la République qui, dans le cadre de l'opportunité des poursuites, peut décider d'y recourir. À différents degrés, ils constituent des adaptations du plaider-coupable anglo-saxon (ou plaider négocié au Canada) qui consiste pour l'accusé à s'entendre avec la police, l'accusation ou le juge sur l'étendue de l'accusation³¹ ou sur la peine en échange de la reconnaissance de sa culpabilité. Le recours au *plea bargaining* est plus limité au Canada et en Angleterre qu'aux États-Unis ou en Italie; concernant les États-Unis, environ 90 % des affaires pénales passent par le *plea bargaining*. Au Canada, alors que la doctrine majoritaire est hostile à ce type de procédé et que la jurisprudence tend à en limiter l'emploi en raison de l'absence de toute source formelle, la pratique judiciaire utilise le marchandage sur la peine³². Le recours au *plea bargaining* « aboutit, sinon à une conciliation qui ferait obstacle au procès, mais à une solution amiable que les parties proposent ensuite au juge qui se contente le plus souvent d'enregistrer la solution proposée »³³. Les

31. Qualification pénale réduite, suppression de certains chefs d'accusation.

32. Mikaël Benillouche, « Le plaider de culpabilité. À la recherche d'une vérité judiciaire négociée » dans Edwige Rude-Antoine, dir., *Le procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, Paris, Presses Universitaires de France, 2007 aux pp. 264-266.

33. Delmas-Marty, *supra* note 13 à la p. 130.

alternatives aux poursuites, la composition pénale et la CRPC, se rapprochant du système du plaider-coupable, renvoient également à cette idée de détermination commune entre les parties principales au procès pénal de la réponse à apporter à la commission d'une infraction. Ainsi, l'*imperium*, très prononcé dans la matière pénale, semble parfois susceptible de s'estomper au profit d'une participation du justiciable à l'œuvre de justice. Ces procédés, principalement la CRPC, matérialisent une forme de révolution procédurale, car contrairement au droit anglo-saxon, il n'appartient pas à la culture juridique française de juger une personne grâce à une reconnaissance préalable des faits. Transposer un tel mécanisme procédural en France peut surprendre, car cela suppose une vision différente du procès pénal qui n'appartient pas à notre culture juridique³⁴. En France, le

34. Le « plaider-coupable » dérive du système accusatoire; et donc imposer une telle procédure dans les pays de tradition romano-germanique, très marqués par l'inquisitoire, peut surprendre. Ce sont deux conceptions différentes du procès. La procédure inquisitoire renvoie à l'idée de faute, la recherche de la vérité constituant l'objet fondamental du procès. La procédure accusatoire renvoie à l'accusation, argumentation logique d'une supposition (Bruno Montanari, « La « faute » et l'« accusation » : réflexions sur la vérité dans le procès » (1997) 68 Rev. I.D.P. à la p. 44). Dans cette dernière hypothèse, le « plaider-coupable » se justifie, car il est fondé sur la liberté individuelle d'une personne développant une argumentation.

De surcroît, en pratique, l'instauration de la CRPC est surprenante puisque lorsque les charges sont évidentes et que la culpabilité ne fait pas de doute, les avocats admettent la culpabilité de leur client devant la juridiction de jugement, essayant alors d'obtenir une sanction appropriée au délinquant et moins sévère. Cela permet notamment au juge de s'attarder sur le choix de la peine qui correspond le mieux à la personnalité du délinquant.

Cependant, il importe de préciser que l'Ancien Régime connaissait la procédure du jugement en état fondée sur la négociation. Les idées de consentement de l'accusé et du ministère public, de reconnaissance des faits et de demande implicite de modération permettent d'opérer un rapprochement avec une procédure de « plaider coupable » (Hervé Piant, « Au service des justiciables? Autonomie et négociation dans la procédure criminelle d'Ancien Régime » dans *Gens de robe et gibier de potence en France du Moyen Âge à nos jours*, Actes du colloque d'Aix-en-Provence, 14-16 octobre 2004, Archives départementales des Bouches-du-Rhône, Marseille, Images En Manœuvres, 2007, 312 à la p. 320).

procès pénal vise à faire émerger la vérité, or avec la CRPC, la vérité en elle-même n'a plus d'intérêt, seul compte l'usage que l'on fait d'un aveu, à savoir le *quantum* de la peine. À l'inverse, le procès anglo-saxon privilégie cette démarche : se fonder sur la position que prend la personne mise en cause (coupable, non coupable ou sans contestation) pour ensuite discuter des circonstances, de la personnalité du justiciable et de la sanction éventuelle³⁵.

Les alternatives aux poursuites, dont la composition pénale, et le mode de jugement que constitue la CRPC connaissent un champ d'application très proche. Ce domaine d'application n'est pas clairement déterminé pour les alternatives aux poursuites; selon l'article 41-1 du Code de procédure pénale, celles-ci peuvent recevoir application lorsqu'elles permettent d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble à l'ordre public ou de contribuer au reclassement de l'auteur. La faible gravité de la réponse pénale alors apportée suppose une infraction peu préjudiciable à la société. Pour la composition pénale et la CRPC, le champ d'application est identique, à savoir, par principe, les délits pour lesquels la peine encourue n'excède pas cinq ans d'emprisonnement³⁶. Lorsqu'elles peuvent trouver à s'appliquer, ces procédures sont fondées sur le consensualisme, le législateur attend du prévenu une participation active à la détermination de la solution judiciaire. Cette participation se manifeste par trois étapes : une reconnaissance des faits, une acceptation de la réponse pénale proposée et une exécution de cette réponse pénale.

35. Le *plea* constitue la porte d'entrée du procès (Ioannis Papadopoulos, dir., « *Plaider-coupable* », *La pratique américaine, le texte français*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004 à la p. 17).

36. Le projet de loi relatif à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles prévoit d'élargir le champ d'application de la CRPC à l'ensemble des délits à l'exception de ceux mentionnés à l'art. 495-16 C. proc. pén. (Art. 21 du *Projet de loi relatif à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles*, 3 mars 2010).

Alors que le législateur a explicitement imposé la reconnaissance des faits concernant la CRPC³⁷ et la composition pénale³⁸, cette reconnaissance des faits n'est qu'implicitement exigée pour envisager le recours à une procédure d'alternative aux poursuites. En effet, bien que non affirmée par l'article 41-1 du Code de procédure pénale, pour qu'un tel procédé puisse aboutir dans les meilleures conditions, une reconnaissance préalable des faits paraît indispensable.

La réussite de ces procédés suppose également une acceptation de la part du prévenu de la réponse pénale proposée. Si tel n'est pas le cas, le procureur de la République emploie une voie procédurale plus contraignante. Ainsi, pour la CRPC, en cas de refus de la proposition de peine formulée par le procureur de la République, ce dernier saisit la juridiction correctionnelle³⁹. En cas de refus par le prévenu de la mesure de composition pénale proposée, le procureur de la République met en mouvement l'action publique⁴⁰. Pour les alternatives aux poursuites, l'éventualité d'un refus de la réponse pénale proposée n'est pas envisagée par le Code de procédure pénale, contrairement aux autres voies procédurales fondées sur le consentement du prévenu. Cependant, un refus de la mesure proposée par le procureur de la République a pour conséquence qu'il peut employer une voie procédurale plus contraignante, sans quoi il serait dans l'impossibilité d'apporter une réponse pénale à la commission de l'infraction.

Suivant la même logique, en cas de défaut d'exécution, par le prévenu, de la réponse pénale adoptée dans le cadre de ces

37. Selon l'art. 495-7 C. proc. pén., la CRPC n'est envisageable que « *lorsque [la] personne reconnaît les faits qui lui sont reprochés* ».

38. Selon l'art. 41-2 C. proc. pén., la composition pénale ne peut être engagée qu'à l'encontre d'une « *personne physique qui reconnaît avoir commis un ou plusieurs délits...* ».

39. Art. 495-12 C. proc. pén. Il en va de même en cas de refus d'homologation de la part du juge du siège.

40. Art. 41-2 C. proc. pén. En cas de non-validation de l'accord entre le prévenu et le procureur de la République par le juge du siège, la proposition de composition pénale devient alors caduque.

procédés, relevant d'un circuit procédural alternatif, le législateur a prévu le recours à un système plus contraignant. Ainsi, pour les alternatives aux poursuites, en cas de non-exécution de la mesure à raison du comportement de l'auteur des faits, le procureur de la République met en oeuvre une composition pénale ou engage les poursuites⁴¹. En cas de non-exécution d'une mesure de composition pénale, le procureur de la République met en mouvement l'action publique⁴². Enfin, pour la CRPC, l'accord entre le prévenu et le procureur de la République, s'il est homologué par le juge du siège, a l'effet d'un jugement immédiatement exécutoire⁴³.

La réussite de ces voies procédurales suppose donc, à différents niveaux, une participation de la personne mise en cause. À ce titre, ces procédures appartiennent à une justice consensuelle coexistant avec la justice pénale impérative⁴⁴ ou encore à un ordre négocié se développant à côté d'un ordre imposé⁴⁵. Ces procédures consistent en la survenance d'un accord entre les deux parties principales au procès pénal (le parquet et la défense), accord soumis par la suite (pour la composition pénale et la CRPC) à l'assentiment du juge du siège⁴⁶. Dans le cadre de cette justice consensuelle, il est attendu un investissement important, susceptible de renvoyer à certains éléments de la notion de la loi à exigence de réflexibilité, est attendu de la personne mise en cause.

Fondés sur le consensualisme, ces procédés, s'apparentant au plaider-coupable, peuvent être rapprochés d'autres mécanismes relevant du procès civil (cette remarque est d'autant

41. Art. 41-1 *in fine* C. proc. pén.

42. Art. 41-2 C. proc. pén.

43. Art. 495-11 C. proc. pén.

44. Pin, « Privatisation », *supra* note 28 à la p. 257.

45. Jung, *supra* note 6 à la p. 809. De surcroît, avec la CRPC, la justice négociée n'est plus uniquement la voie médiane entre le renvoi en jugement et le classement sans suite, mais semble comprendre la phase de jugement elle-même (Brigitte Pereira, « Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense? » D. 2005. Chron. à la p. 2041).

46. Voir Xavier Lagarde, « Transaction et ordre public » D. 2000. Chron. à la p. 217.

plus vraie pour l'alternative aux poursuites que constitue la médiation pénale) : la médiation judiciaire en France ou la Conférence de règlement à l'amiable au Québec. La médiation se définit comme « un mode conventionnel de règlement des conflits par lequel un tiers permet aux parties de trouver une solution amiable au conflit qui les oppose, en procédant à l'audition des colitigants et en confrontant leurs points de vue »⁴⁷. La Conférence de règlement à l'amiable consiste en une « forme de “négociation” entre les parties, dont le but est d'obtenir un “accord” sur une “entente complète” permettant d'éteindre le litige devant la Cour »⁴⁸. La réussite d'une Conférence de règlement amiable repose sur la communication, principal outil du juge conciliateur⁴⁹; il en va de même pour une médiation civile, et à un degré différent, puisqu'impliquant le procureur de la République (partie principale au procès pénal), pour une alternative aux poursuites, une composition pénale ou une CRPC.

La Conférence de règlement amiable et la médiation judiciaire doivent leur développement au moins en partie aux limites de la justice formelle et à l'évolution de la société qui attend moins de l'institution judiciaire l'application du syllogisme⁵⁰. Dans leur principe, ces procédés font primer l'équité sur une application formelle des règles, cette idée est due notamment à l'avènement, suite à la Seconde guerre mondiale, des droits de l'homme⁵¹. Une logique similaire semble pouvoir être appliquée en matière pénale pour les procédures fondées sur le consensualisme. Le développement de telles voies procédurales, tant au civil qu'au pénal, témoigne d'une modification du rôle et de la mission de la justice et d'une mutation dans l'acception

47. Pierre Julien et Nathalie Fricero, *Droit judiciaire privé*, 3^e éd., Paris, LGDJ Lextenso, 2009 à la p. 463, au par. 823.

48. Georges Legault, « Valeur de la justice négociée et enjeux éthiques » dans Vincente Fortier, dir., *Le juge, gardien des valeurs?*, Paris, CNRS, 2007, à la p. 174.

49. Louise Lalonde, « Valeur de la justice négociée et processus de médiation » dans Vincente Fortier, dir., *Le juge, gardien des valeurs?*, Paris, CNRS, 2007, à la p. 180.

50. Legault, *supra* note 48 à la p. 175.

51. *Ibid.* à la p. 177.

qu'en ont les citoyens. Selon Louise Lalonde, « il n'y a pas de médiation sans collaboration intersubjective. Cette intersubjectivité marque, du point de vue de la régulation sociale, une rupture fondamentale par rapport aux modes traditionnels, dont le judiciaire, modes hiérarchiques, pyramidaux ou transcendants, extérieurs aux sujets, "exogènes" par opposition à "endogènes" »⁵². Pour Antoine GARAPON, les procédés relevant de l'idée de médiation « constituent une autre manière de symboliser la coexistence humaine qui n'est pas apolitique, qui n'est pas antipolitique, et qui augure une nouvelle manière d'être ensemble »⁵³. Parce qu'ils permettent d'aboutir à une justice plus consensuelle, apaisée et par laquelle les parties se réapproprient leur litige, une grande attention est portée à ces mécanismes⁵⁴. Au pénal, les alternatives aux poursuites (principalement la médiation pénale) et la composition pénale ont démontré leur efficacité en recréant un dialogue⁵⁵; la CRPC semble suivre la même voie.

B – Une forme de réflexivité soumise à un risque de retour au circuit procédural classique

Parce que fondés sur le consensualisme, les procédés que constituent les alternatives aux poursuites, la composition pénale et la CRPC ne peuvent fonctionner qu'en cas de risque d'un retour au circuit procédural classique. La voie consensuelle n'est jamais la seule solution envisageable, car la justice risquerait la paralysie. « Le droit pénal ne saurait, en effet, être entièrement facultatif : à côté des règles consensuelles, il existe forcément des règles impératives qui jouent dans l'hypothèse d'un refus de

52. Lalonde, *supra* note 49 à la p. 189.

53. Antoine Garapon, « Le devenir du rituel judiciaire? » dans Christian Biet et Laurence Schifano, dir., *Représentations du procès. Droit, Théâtre, Littérature, Cinéma*, Nanterre, Université Paris X – Nanterre, 2003, à la p. 26.

54. Julien et Fricero, *supra* note 47 à la p. 464, au par. 823.

55. Christine Lazerges, « Typologie des procédures de médiation pénale » dans *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, à la p. 218.

consentir »⁵⁶. C'est pourquoi le législateur a systématiquement prévu l'éventualité d'un retour au circuit procédural classique en cas d'échec de ces voies consensuelles. Ainsi, en cas d'échec d'une alternative aux poursuites, le procureur de la République peut recourir à une composition pénale ou déclencher les poursuites. En cas d'échec d'une composition pénale, il peut déclencher les poursuites. Enfin, en cas d'échec d'une CRPC, le procureur de la République saisit le Tribunal correctionnel selon l'un des modes traditionnels.

Ce qui fonde le consensualisme dans le cadre du recours à ces procédés, c'est une volonté commune des parties principales au procès pénal d'éviter le recours à une voie procédurale plus contraignante, et particulièrement l'audience pénale. Cela évite au procureur de la République l'emploi d'une voie procédurale plus longue et lui imposant d'apporter la preuve d'une éventuelle culpabilité du prévenu; pour ce dernier, les avantages résident dans une réponse pénale moins sévère et une voie procédurale plus discrète. Ainsi, l'audience pénale, particulièrement la sanction plus sévère qu'elle suggère, est brandie comme un « épouvantail » pour inciter le prévenu à accepter la proposition du représentant du parquet. Les engagements que sous-tendent ces procédés permettent d'éviter un contact avec la justice traditionnelle, de la mettre à distance, comme si celle-ci était d'autant plus efficace qu'elle était rarement employée, son efficacité étant ainsi tout aussi symbolique que réelle⁵⁷.

Pour parvenir à ce contournement du circuit procédural classique, le législateur accorde de l'importance à la parole du justiciable et le responsabilise en donnant à ses propos des effets juridiques. L'institution judiciaire attend désormais du justiciable un véritable investissement dans le processus de réponse pénale à l'infraction. La parole du prévenu va bénéficier d'un effet juridique.

56. Xavier Pin, *Le consentement en matière pénale*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 36, 2002 à la p. 334, au par. 389.

57. Antoine Garapon, « La notion d'engagement dans la justice française contemporaine » (1987) 13 Dr. et Cult. 51 à la p. 55.

Ainsi, la reconnaissance des faits par le prévenu a pour conséquence de l'engager dans une voie procédurale alternative et son acceptation de la réponse pénale proposée suppose son accomplissement. Le prévenu se trouve donc responsabilisé en ce que sa parole dispose d'effets juridiques. Ces hypothèses d'engagement restent cependant soumises à l'éventualité d'un retour à un ordre imposé en cas de non-respect⁵⁸.

Parce qu'ils induisent un engagement du prévenu qui en fait l'objet et octroient des effets juridiques à la parole donnée par ce même prévenu, ces procédés appartiennent à ce qui est réflexif, c'est-à-dire à ce qui relève de la répercussion. Les alternatives aux poursuites, la composition pénale et la CRPC renvoient à une meilleure acceptabilité de la sanction.

Si ces procédés répondent à certains aspects de la notion de loi à exigence de réflexivité, cette réflexivité n'est cependant pas totale. En effet, ces procédés ne sont pas entièrement réflexifs en ce qu'ils seraient exclusivement laissés aux mains du justiciable. L'institution judiciaire intervient par l'intermédiaire du parquet et d'un juge du siège (pour la composition pénale et la CRPC). Ainsi, le parquet a la maîtrise du recours à ces procédés, car il décide de l'emploi des alternatives aux poursuites, de la composition pénale ou de la CRPC⁵⁹. Également, à l'exception des alternatives aux poursuites, ces procédés imposent l'intervention d'un juge du siège qui, concernant l'accord survenu entre le parquet et le

-
58. Si la mesure d'alternative aux poursuites n'est pas respectée, le procureur de la République peut mettre en œuvre une composition pénale ou engager les poursuites (art. 41-1 C. proc. pén.). Si la composition pénale n'est pas exécutée, le procureur de la République met en mouvement l'action publique (art. 41-2 C. proc. pén.). Dans le cadre de la CRPC, en cas d'absence d'homologation du fait du prévenu ou du juge du siège, le procureur de la République saisit le Tribunal correctionnel selon les modalités de l'art. 388 C. proc. pén. (art. 495-12 C. proc. pén.); en cas d'homologation, l'ordonnance est exécutoire.
59. Pour cette dernière procédure, si la loi prévoit que le prévenu peut demander à ce qu'elle soit employée, c'est au procureur de la République qu'appartient la décision finale d'y recourir ou non et donc de répondre par l'affirmative ou la négative à la requête du prévenu (art. 495-15 C. proc. pén.).

prévenu, procède à une validation (pour la composition pénale) ou à une homologation (pour la CRPC). Cette intervention d'un juge du siège est essentielle en ce que les réponses pénales proposées par le procureur de la République dans le cadre de la composition pénale et de la CRPC peuvent s'avérer très contraignantes. Le juge du siège est gage d'impartialité, son intervention permet de s'assurer de la reconnaissance des faits du prévenu et de préserver ses garanties et droits procéduraux. D'ailleurs, fin 1994, le législateur avait envisagé la création d'une procédure proche de l'actuelle composition pénale : l'injonction pénale; le Conseil constitutionnel a censuré un tel dispositif devant la gravité des réponses pénales susceptibles d'être apportées sans qu'un juge du siège intervienne. Selon le Conseil constitutionnel, « en matière de délits et de crimes, la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement concourt à la sauvegarde de la liberté individuelle »⁶⁰. L'impérativité de l'intervention d'un juge du siège témoigne de la difficulté de laisser une totale indépendance au justiciable au pénal et le fait que cette matière se prête peut-être moins bien que d'autres à une réflexivité « parfaite ».

III – Une forme de réflexivité s'insérant dans une nouvelle acception de la mission de la justice pénale

Pour comprendre la mutation du procès pénal induite par le développement de ce type de procédé (B), il faut d'abord s'attarder sur les motivations ayant entraîné son développement (A).

A – La motivation du recours à des procédés alternatifs oscillant entre pragmatisme et pédagogie

Le développement de procédés pouvant être considérés comme des adaptations du plaider-coupable est dû à une double motivation du législateur : une gestion des flux contentieux et une meilleure acceptation de la réponse pénale à laquelle le prévenu a participé.

60. Cons. constitutionnel, *supra* note 22.

Tout d'abord, en instaurant ce genre de procédure, et particulièrement la CRPC, le législateur souhaite désengorger les audiences correctionnelles, accélérer le processus judiciaire et développer la systématique de la réponse pénale⁶¹. Principalement, la composition pénale et la CRPC participent d'un mouvement visant à réduire le débat devant le juge pour gérer les flux⁶². De surcroît, une opposition entre le législateur et l'institution judiciaire quant à la mise en œuvre de la CRPC illustre cette volonté législative d'accélérer le processus judiciaire. En effet, quant à ce mode de jugement des délits, la question s'est posée de savoir s'il était possible pour le procureur de la République de recourir au procédé de la double convocation. Par souci de célérité, certains parquets mettaient en œuvre une CRPC et saisissaient en même temps le Tribunal correctionnel selon l'un des modes prévus par l'article 388 du Code de procédure pénale, permettant ainsi de gagner du temps en cas d'échec de la CRPC (la convocation à une audience traditionnelle permettant le retour au circuit procédural classique ayant déjà été accomplie)⁶³. La

-
61. Circulaire CRIM 04-12-E8, NOR : JUSD0430176C, du 2 septembre 2004, présentant les dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité relatives à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité à la p. 5 : BOMJ n° 95, 1^{er} juillet – 30 septembre 2004. Florence Bussy, « L'attraction exercée par les principes directeurs du procès civil sur la matière pénale » (2007) 1 Rev. science crim. et dr. pén. comparé 39 à la p. 48. François Molins, « Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité » dans *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Dalloz, n° 3-4. Jean Pradel, *Manuel de procédure pénale*, 14^e éd., Paris, Cujas, 2008-2009 à la p. 575, n° 613. Claire Saas, « Les procédures simplifiées de traitement des délits en France et en Allemagne : un jugement sans procès? » (2008) 1 Rev. pénit. et dr. pén. 17 à la p. 17 [Saas]. Samuel Vuelta Simon, « Aperçu de la justice pénale française à l'aube du XXI^{ème} siècle », dans *Mélanges offerts à Jean Pradel. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, à la p. 663.
62. Didier Liger, « Fonction de la justice : mieux juger ou traiter les flux policiers? » Gaz. Pal. 2004 Doctr. 1554. Paul-Albert Iweins, dans *Les évolutions du procès pénal*, Colloque, Aix-en-Provence, 3 et 4 octobre 2003, Gaz. Pal. janvier-février 2004, Les entretiens du palais à la p. 184.
63. Jean Danet, « La CRPC : du modèle législatif aux pratiques... et des pratiques vers quel(s) modèle(s)? » (2005) AJ pénal à la p. 440. Pierre-

circulaire d'application du 2 septembre 2004 admettait une telle pratique⁶⁴. Mais la Cour de cassation a affirmé, au regard des dispositions de l'article 495-12 du Code de procédure pénale, que le procureur de la République ne pouvait saisir le Tribunal correctionnel selon les dispositions de l'article 388 du Code de procédure pénale avant que le prévenu ait déclaré ne pas accepter la ou les peine(s) proposée(s) ou que le président du Tribunal ait rendu une ordonnance de refus d'homologation⁶⁵. De même, dans le cadre d'une composition pénale, la circulaire d'application en date du 11 juillet 2001, tout en affirmant qu'en pratique le procureur de la République qui propose une composition pénale s'engage à ne pas mettre en mouvement l'action publique, évoque implicitement l'éventualité de poursuites engagées par le parquet parallèlement à la composition pénale⁶⁶. Mais la Cour de cassation a affirmé qu'il ressort de l'article 41-2 du Code de procédure pénale que le procureur de la République ne recouvre la possibilité de mettre en mouvement l'action publique qu'en cas de refus de validation par le juge ou de non-exécution intégrale par l'agent de

Jérôme Delage, « Les obscures pratiques du « plaider-coupable » », note sous Cass. crim., 4 octobre 2006, D. 2007. Jur. 58 [Delage].

64. Circulaire, *supra* note 61.

65. Crim., 4 octobre 2006 : *Bull. crim.* n° 244; D. 2007. Jur. à la p. 58 (note Delage); *AJ pénal* 2007 à la p. 79 (note Leblois-Happe); *Droit pénal* 2007, Comm. n° 27 (note Maron); *Procédures* 2007, Comm. n° 44 (note Buisson). Cass., avis, 23 avril 2007 : D. 2007, AJ à la p. 1503. Crim., 14 octobre 2008 : D. 2008, AJ à la p. 2796; *JCP G* 2008.IV.2861; *Procédures* 2008, Comm. n° 340 (note Buisson); *AJ pénal* 2008 à la p. 517. La Chambre criminelle a par la suite précisé qu'il est possible au procureur de la République de revenir à une procédure classique lorsque, après la délivrance d'une convocation en vue d'une CRPC, il renonce à proposer une peine en raison de l'absence de tout avocat liée à un mouvement de grève de la profession (Crim., 29 octobre 2008; D. 2008, AJ à la p. 2943; *AJ Pénal* 2009 à la p. 38 (obs. Saas); *Procédures* 2009, Comm. n° 62 (note Buisson); *Gaz. Pal.* 28-29 janvier 2009 (n° 28-29) à la p. 21 (note Desprez).

66. Circulaire CRIM 2001-14 F1, NOR: JUSD0130103C, du 11 juillet 2001, relative à la présentation des dispositions concernant la composition pénale issues de la loi du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale et du décret du 29 janvier 2001 (pt 1.1.) : BOMJ n° 83, 1^{er} juillet – 30 septembre 2001.

la composition pénale validée⁶⁷. Ainsi, une fois après avoir choisie la voie de l'ordre négocié (composition pénale, CRPC), celle-ci doit parvenir à son terme pour qu'en cas d'échec il puisse être recouru à un ordre imposé (saisine classique du Tribunal correctionnel). La Cour de cassation se montre vigilante quant à l'utilisation faite par les membres du parquet des prérogatives relatives à l'opportunité des poursuites octroyées par le législateur⁶⁸. Concernant la CRPC, le législateur, par l'intermédiaire de l'article 129 de la loi du 12 mai 2009, est revenu en partie sur cette jurisprudence. En effet, ce texte permet, dorénavant, au procureur de la République de recourir simultanément à une CRPC et à une convocation par officier de police judiciaire, agent de police judiciaire, greffier ou chef d'établissement pénitentiaire⁶⁹. Cette intervention du législateur, en vue de contourner la position adoptée par la Cour de cassation, démontre très clairement que l'objectif de la procédure de CRPC est d'accélérer le processus judiciaire, le législateur intervenant pour écarter tout obstacle qui ne permettrait pas d'atteindre cet objectif.

Ensuite, le législateur attend de ces procédés une véritable pédagogie de la réponse pénale et corollairement une meilleure acceptation de celle-ci du fait de la participation du prévenu à son élaboration. Il peut être noté une défaillance de pédagogie dans le

67. Crim., 20 novembre 2007, *D.* 2008, AJ à la p. 91; *D.* 2008, Chron. 118 (obs. Danielle Caron et Sylvie Ménotti).

68. Également, démontrant une véritable harmonie dans la jurisprudence de la Cour de cassation, la Chambre criminelle a estimé que le procureur de la République qui décide de saisir la juridiction correctionnelle selon la procédure de comparution immédiate ne peut requérir l'ouverture d'une information judiciaire pour les mêmes faits. (Cass. crim., 20 février 2007, AJ pénal 2007, 234; Robert Finielz, « Procédure pénale : le principe du contradictoire » (2007) 4 *Rev. science crim. et dr. pén. comparé* 836 à la p. 844.)

69. La loi du 12 mai 2009 insère au sein du Code de procédure pénale un article 495-15-1 selon lequel la mise en œuvre de la CRPC « *n'interdit pas au procureur de la République de procéder simultanément à une convocation en justice en application de l'article 390-1. La saisine du tribunal résultant de cette convocation en justice est caduque si la personne accepte la ou les peines proposées et que celles-ci font l'objet d'une ordonnance d'homologation* ».

cadre de ces procédés puisque l'audience traditionnelle en est absente. Or, celle-ci est la mieux disposée à faire comprendre à la personne mise en cause l'importance de l'instant judiciaire, la gravité des actes commis et la réponse pénale que la société y apporte. Cependant, cette même absence de l'audience traditionnelle permet au prévenu de s'exprimer plus aisément (dans le cadre de son entretien avec le représentant du parquet pour les alternatives aux poursuites ou dans le cadre des deux entretiens successifs avec le procureur de la République et le juge du siège pour la composition pénale et la CRPC). En effet, en l'absence d'un formalisme rigoureux, de publicité et de rituel judiciaire, il est plus aisé pour le prévenu de prendre la parole et d'expliquer son acte, la situation dans laquelle il se trouvait et qui a pu l'entraîner à la commission de l'infraction. En outre, dans le cadre de la composition pénale et de la CRPC l'interdit posé par la loi et la désapprobation sociale dont fait l'objet son acte lui sont rappelés à deux reprises : par le représentant du parquet (dans le cadre de la proposition de réponse pénale) et par le juge du siège (dans le cadre de la validation ou de l'homologation). Surtout, le prévenu participe à l'élaboration de la décision judiciaire. À ce titre, d'une part, l'institution judiciaire fait montre davantage de pédagogie, d'autre part, la réponse pénale apportée à la commission de l'acte est mieux acceptée du fait de la participation du justiciable à sa détermination. Certes, il peut être regretté que l'entretien avec le procureur de la République puisse se transformer en une forme de « négociation » à propos de la réponse pénale, que ces procédés se fondent sur la crainte du prévenu de devoir affronter l'audience pénale traditionnelle et sur une incitation de ce même prévenu à accepter la proposition du procureur de la République par une minoration de la réponse pénale (par rapport à la peine encourue et par rapport à la jurisprudence du Tribunal correctionnel en la matière). Cependant, il est indéniable que lorsque le justiciable participe lui-même à la détermination de la réponse pénale dont il fait l'objet, celle-ci sera mieux comprise et plus facilement exécutée. Cette volonté de pédagogie et de meilleure acceptation de la réponse pénale renvoie à l'idée de réflexivité entendue comme propriété consistant à pouvoir réfléchir sur soi-même. Cependant,

cette réflexivité paraît imparfaite en ce qu'elle n'est pas complètement libre. En effet, le mécanisme de ces procédés induit une forme d'incitation à l'acceptation de la réponse pénale proposée. Puisque le prévenu se trouve plus ou moins directement orienté vers une acceptation de la réponse pénale proposée (notamment, car elle consiste uniquement en une mesure ou en une peine atténuée), la réflexivité s'avère relative.

B – Des procédés témoignant d'une évolution conceptuelle du procès pénal

Un premier élément marquant une certaine évolution du concept de procès pénal réside dans le fait que ces procédés, sous réserve d'une reconnaissance des faits, permettent d'engager une discussion à propos de la norme. Si une telle éventualité peut être admise dans le cadre du procès civil qui ne met en jeu que des intérêts privés, elle peut paraître plus surprenante dans le cadre du procès pénal qui a pour objet de trancher sur l'action publique et ainsi de déterminer la culpabilité ou non de la personne mise en cause et l'éventuelle réponse pénale afférente.

Surtout, ces procédés témoignent d'une modification dans l'acception du procès pénal. Dans le cadre de ce dernier, désormais, ce qui prédomine c'est moins la démonstration de l'autorité de l'institution judiciaire qui prononce la peine, que l'octroi de droits à chacune des parties de manière à ce que la justice soit bien rendue. Désormais, la mise en exergue d'une bonne administration de la justice prime sur la volonté d'obtenir la vérité et la démonstration de l'autorité de l'intervention judiciaire. Cette modification est due à l'influence chaque jour croissante de l'Europe des droits l'homme sur le procès pénal; or, les procédés que constituent les alternatives aux poursuites, la composition pénale et la CRPC s'insèrent dans la logique de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Il est possible de soutenir que ces procédés, et principalement la CRPC (qui constitue un mode de jugement et dont la réponse pénale est plus sévère que pour les autres

procédés), contreviennent à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Ainsi, avec le recours à ce type de voie procédurale, la preuve pénale est fragilisée alors qu'elle constitue l'objet principal du procès⁷⁰. Également, ces procédés occultent une partie des droits de la défense, car le justiciable renonce au droit de la preuve et au droit au silence en admettant sa culpabilité; or, traditionnellement, l'aveu ne constitue qu'un élément de preuve parmi d'autres dont le juge apprécie la portée⁷¹, de surcroît, le droit de la preuve, comme la présomption d'innocence, appartient aux valeurs essentielles protégées par la procédure pénale, et il est regrettable qu'il puisse être sacrifié au profit de l'exigence de célérité⁷². Alors qu'au regard de l'esprit des principes directeurs du procès pénal, ces adaptations du plaider-coupable pourraient paraître discutables, la Cour européenne des droits de l'homme admet ce type de procédure en affirmant que le choix d'une personne mise en cause de renoncer à certaines garanties procédurales doit être considéré comme libre et volontaire même s'il visait à obtenir un avantage sur le plan de la sanction pouvant être prononcée⁷³. Ainsi, ces procédés s'intègrent dans le respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et illustrent la modification du procès pénal sous l'influence de celle-ci. En effet, traditionnellement, l'intervention judiciaire, particulièrement dans le domaine pénal, souhaite aboutir à un « juger le bien », consistant à déterminer le vrai du faux, à accéder à la vérité judiciaire, en faisant la démonstration de l'autorité de son intervention, principalement du fait de l'application de la loi. À l'aune de l'Europe des droits de l'homme, le procès pénal est observé différemment; marquant un

70. Brigitte Pereira, « Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense? » D. 2005, Chron. 2041.

71. Saas, *supra* note 61 à la p. 29.

72. Jacques Normand, « Le traitement de l'urgence : exception ou principe? » dans Loïc Cadet et Laurent Richer, dir., *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, à la p. 165.

73. CEDH, 20 juin 2002, *Borghi c. Italie*, n° 54767/00, RTDH 2003 963 à la p. 971 (obs. Marie-Aude Beernaert).

certain éloignement avec la recherche de la vérité⁷⁴, il est attendu désormais de l'institution judiciaire qu'elle s'assure que chacune des parties a eu les moyens de présenter au mieux les arguments qui sont les siens au soutien de la cause qu'elle défend. L'objectif est alors d'obtenir un « bien juger », à savoir, pour l'institution judiciaire, veillé au respect des droits et prérogatives des parties dans le cadre du procès pénal. L'influence de l'Europe des droits de l'homme est marquée par « l'affaiblissement du rôle autoritaire et répressif de l'État, au profit d'un procès de défense, plus proche du “due process modell” anglo-saxon, au cours duquel les parties privées jouent un rôle essentiel »⁷⁵. À ce titre, pour ce qui est des procédés constituant une adaptation du plaider-coupable, libre aux parties d'exercer comme elles le souhaitent leurs prérogatives et éventuellement d'y renoncer.

Au-delà de l'interrogation relative à la modification de l'acception du procès pénal, le développement de procédés de type réflexif renvoie à un questionnement à propos de la légitimité du juge, qui se traduit désormais davantage dans la procédure mise en œuvre pour résoudre le litige que dans l'application de la loi et qui résulte de l'évolution du juge au sein de la société contemporaine. Dans le cadre du droit libéral du XIX^e siècle qui fut celui du pouvoir législatif, le juge était un serviteur de la loi qui devait sanctionner les individus fautifs. Il avait un rôle à la marge et se bornait à statuer rarement et majestueusement. Le droit matériel de l'État providence du XX^e siècle est celui de l'exécutif, le juge doit redresser les injustices du marché et réparer les sinistrés de l'industrialisation; le juge est alors entouré d'experts et de travailleurs sociaux. Progressivement, ce modèle semble laisser la place à un modèle arbitral classique dans lequel le juge viendrait trancher un litige dans le respect des règles de procédure⁷⁶. Au-delà de cette fonction d'arbitre, le juge doit également se faire

74. Alexandra Fabbri et Christian Guéry, « La vérité dans le procès pénal ou l'art du catalogue » (2009) 2 Rev. science crim. et dr. pén. comparé 343 à la p. 343.

75. Pin, « Privatisation », *supra* note 28 à la p. 245.

76. Antoine Garapon, « La question du juge » (1995) 74 Pouvoirs 13 à la p. 24.

conciliateur, pacificateur des relations sociales, il doit aussi être un référant pour l'individu perdu et isolé par la société contemporaine et qui cherche, dans la confrontation à la loi, un ultime repère⁷⁷.

Ce rôle nouveau du juge est éloigné de l'idée d'autorité. Le magistrat doit davantage mettre en œuvre les procédures permettant la résolution du litige qu'opérer une application autoritaire de la loi. Ainsi, cette modification du rôle du juge est due au moins en partie à une réduction du caractère sacré de la loi. Ce phénomène de « désacralisation » de la loi, amplifié par la multiplication des textes internationaux, est dû à un accroissement du nombre de normes et à leurs fréquents changements; à l'inverse, au XIX^e siècle, la loi, rare, stable et bien faite, inspirait un respect pouvant aller jusqu'au culte⁷⁸. L'image d'un juge infaillible a fait place à celle d'un juge-personne avec ses forces et ses faiblesses. Il s'agit d'un individu qui a connaissance des règles de procédure lui permettant d'aboutir, avec l'aide des parties, à la solution du litige. La justice, notamment en matière pénale, connaîtrait ainsi un double mouvement : une atténuation de l'aspect autoritaire de l'intervention du juge et de la suprématie de la justice ainsi qu'une « désacralisation » de la loi que l'institution doit appliquer. Les éléments de ce double mouvement sont interdépendants. Parallèlement à une perte d'influence de la norme législative, l'action du juge s'est vue modifiée et devient moins autoritaire pour être plus consensuelle.

Cette idée d'un juge plus faillible ne doit pas occulter tout de même le fait qu'il subsiste une confiance mythique envers les juges qui occupent un rôle éminent dans le fonctionnement de la

77. *Ibid.* à la p. 17.

78. Michel Jéol, « La Cour de cassation, juge du droit » dans *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque, Laboratoire d'épistémologie juridique de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 10 et 11 décembre 1993, Paris, La Documentation française, 1994, à la p. 41.

société⁷⁹. Il intervient dans de nombreux domaines; il est arbitre des mœurs, de la moralité politique, il se prononce dans la vie internationale, économique, morale ou sociale⁸⁰. En effet, le juge reste un recours essentiel lorsqu'un problème délicat se pose. Il est compétent pour recevoir la déclaration des futurs parents en cas de procréation médicalement assistée (article 311-20 du Code civil). De même, il reçoit les déclarations d'autorisation de prélèvement d'organes de la part de donneurs vivants (article L.1231-1 du Code de la santé publique)⁸¹. Le rôle du juge s'est également amplifié. Il incombe à ce dernier de dire le droit, d'interpréter, d'argumenter voire de compléter la loi. Mais au-delà de tous ces éléments, le juge doit écouter et concilier; de surcroît, il importe qu'il soit gestionnaire, administrateur, enquêteur ou psychologue tout en s'inquiétant des statistiques et du nombre de dossiers à traiter⁸². Enfin, si auparavant la justice ne constituait que l'une des manifestations de l'État démocratique, elle tend désormais à devenir le lieu de prédilection de la démocratie. « Le lieu symbolique de la démocratie émigre silencieusement de l'État vers la justice »⁸³. Progressivement, des considérations d'ordre politique pénètrent au sein des salles d'audience. Le citoyen s'avère être de plus en plus exigeant envers l'institution judiciaire en attendant d'elle des missions qui au préalable étaient dévolues à l'État. Il subsiste donc un rôle important du magistrat, considéré notamment comme le garant d'intérêts jugés supérieurs. Alors qu'il perd ses vertus autoritaires, il reste un référent majeur et essentiel lorsque d'importantes questions de droit et d'éthique se

79. Dominique Rousseau, « Pouvoir juridictionnel et responsabilité des magistrats », dans Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, dir., *Responsabilité et démocratie*, Paris, Dalloz, 2008, à la p. 51.

80. Marie-Jeanne Gérard-Segers, « Réflexions psychanalytiques à propos du droit négocié » dans Philippe Gérard, François Ost et Michel van de Kerchove, dir., *Droit négocié, droit imposé?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, à la p. 316.

81. Mireille Imbert-Quaretta, « La vie quotidienne des juges » (1995) 74 *Pouvoirs* 85 à la p. 87.

82. Julie Joly-Hurard, « La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats » (2006) 58 *R.I.D.C.* 439 à la p. 439.

83. Antoine Garapon, *Le gardien des promesses. Le juge et la démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996 à la p. 44.

posent. Le juge apparaît comme un recours fondamental pour une société démocratique qui ne parvient plus à gérer autrement les complexités et diversités qu'elle engendre⁸⁴.

Au sein de la société contemporaine, le juge semble enfermé dans un paradoxe consistant à limiter son rôle à une simple application d'une procédure permettant une bonne administration de la justice dans le cadre de la résolution des litiges tout en se référant à ses compétences et qualités pour des questions fondamentales et d'ordre éthique.

La justice, même si elle reste le lieu privilégié d'application de la norme, doit avant tout permettre une résolution du litige ou le traitement d'une infraction pénale dans le respect des prérogatives des justiciables. « La légitimité actuelle du juge ne reposerait donc plus uniquement sur son pouvoir de juger autrui; mais aussi sur sa manière de juger »⁸⁵. Plus qu'un acte d'autorité qui s'impose, l'acte de juger est désormais perçu comme le fait de tout mettre en œuvre pour que chacun ait pu s'exprimer, présenter ses arguments ou contester ceux de la partie adverse permettant au juge d'être éclairé quant à la décision à prendre. Dans une telle acception, il n'est pas question de transcendance, l'acte de juger est davantage envisagé comme immanent. La légitimité fonctionnelle du juge se fonde principalement sur un débat transparent respectueux des prérogatives des parties, l'application de la loi passe au second plan. Le recours à des procédés de type réflexif, comme les alternatives aux poursuites, la composition pénale ou la CRPC, s'insère parfaitement dans cette acception de l'acte de juger. Ces procédés, induisant une participation active du justiciable à l'élaboration de la réponse pénale, supposent une prédominance de la méthode juridictionnelle sur une intervention autoritaire de la justice pénale fondée sur l'application de la loi.

84. *Ibid.* à la p. 22.

85. Joly-Hurard, *supra* note 82 à la p. 440.

Conclusion

« Le juge a la haute mission de trancher. C'est en tranchant le litige dans le respect des principes directeurs du procès qu'il accomplit son office, qu'il trouve sa raison d'être, en un mot qu'il exerce son art juridique et judiciaire »⁸⁶. Bien évidemment, l'activité de juger reste légitimée par l'application de la norme législative. Cependant, un mouvement de fond, déjà bien ancré et dont l'influence s'accroît chaque jour davantage, multiplie les références à l'Europe des droits de l'homme dans le cadre du procès, particulièrement dans le domaine pénal. L'activité de juger, non seulement doit s'y référer, mais de surcroît, se trouve légitimée par la mise en œuvre d'une méthode juridictionnelle respectant les canons européens du procès équitable. L'influence croissante de l'Europe des droits de l'homme dans le procès induit une prépondérance de la méthode juridictionnelle au détriment de l'application de la loi dans le cadre de la légitimité fonctionnelle de l'activité de juger. C'est dans un tel contexte que s'insère l'instauration de mécanismes de type réflexif. Le juge se trouve alors présenté comme un arbitre qui doit veiller à la bonne application des procédures; particulièrement en matière pénale, il doit s'attarder sur la participation du justiciable à la détermination de la réponse judiciaire susceptible d'être apportée à la commission d'une infraction. En effet, cette participation engage la personne mise en cause dans une voie de droit et suppose l'atténuation de certaines des garanties dont elle bénéficie. Le juge peut alors être présenté comme un garant d'une participation viable du justiciable au processus décisionnel.

86. Jean-Marie Coulon, Marie-Noëlle Teiller et Emmanuelle Serrand, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, France, Ministre de la Justice, Garde des Sceaux, Paris, La Documentation française, coll. Des rapports officiels, 1997 à la p. 101.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : PERSPECTIVES POUR UN PRINCIPE DE SÉCURITÉ JURIDIQUE EN DROIT CANADIEN : LES PISTES DU DROIT EUROPÉEN

Auteur(s) : Martin NADEAU

Revue : RDUS, 2009-2010, volume 40, numéro 1-2

Pages : 511-550

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10459>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10459>

Page vide laissée intentionnellement.

PERSPECTIVES POUR UN PRINCIPE DE SÉCURITÉ JURIDIQUE EN DROIT CANADIEN : LES PISTES DU DROIT EUROPÉEN

par Martin NADEAU*

La sécurité juridique dans le discours juridique européen a d'abord été conçue ou présentée comme une valeur ou un objectif du droit et était principalement l'objet d'études en théorie et en philosophie du droit. Progressivement, le discours juridique européen a évolué vers une reconnaissance de son statut formel et est alors devenu aux yeux des auteurs, un principe, une norme juridique. Particulièrement, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de la Communauté européenne ont reconnu et appliqué dans leur jurisprudence un principe général de la sécurité juridique. La doctrine a, par la suite, fait écho à la jurisprudence et a affirmé qu'il y a eu, sous son impulsion, émergence et consécration d'un principe de sécurité juridique dans certains droits nationaux et en droit supranational européen. Mais certains auteurs vont plus loin en soutenant que la sécurité juridique est une norme universelle inhérente à l'État de droit et s'imposerait aux juges et législateurs. La sécurité juridique, concept à contenu variable, se révèle être une norme polymorphe et adaptable qui fédère les exigences propres à chaque système juridique et dont l'autonomie est problématique.

*Au Canada, les discours juridictionnel et doctrinal ont récemment introduit le concept de sécurité juridique, mais ne lui reconnaissent pas expressément un statut de norme juridique. L'exemple des juridictions européennes illustre le potentiel juridique du principe, c'est-à-dire son influence sur la pensée juridique et sur l'élaboration des règles de droit. Cette mise en forme discursive dans le discours juridique canadien rend probable, mais hypothétique, une reconnaissance à terme par les juristes d'un statut de principe à ce qui demeure pour l'instant un objectif ou une valeur du droit canadien**.*

*. Avocat, ministère de la Justice du Québec, soutien à la magistrature, Cour supérieure du Québec.

** . L'auteur a réalisé un mémoire sur le concept de sécurité juridique (Martin Nadeau, *Sur les traces d'un principe de sécurité juridique en droit canadien. Les pistes du droit européen*, mémoire de maîtrise en droit, sous la direction de Mathieu Devinat, Université de Sherbrooke, 2009 [non publié]).

In European juridical discourse, legal certainty was initially conceptualized as a legal value or objective and, for the most part, was a subject of research in the field of legal theory and philosophy. European legal discourse gradually recognized the formal status of legal certainty, which subsequently became a principle or legal norm. The European Court for Human Rights and the Court of Justice of the European Communities, in particular, have recognized and now apply a general principle of legal certainty in their case law. Considering this, legal scholarship now states that the principle of legal certainty in domestic and supranational European law has emerged and has been officially enshrined. But some writers go further by arguing that legal certainty is a universal norm inherent in the rule of law and binding on judges and legislators. The multifaceted concept of legal certainty has now become a versatile, malleable standard that dictates the specific requirements of each judicial system whose autonomy is problematic.

In Canada, the concept of legal certainty was recently introduced in jurisdictional and doctrinal discourse, without, however, receiving express status as a legal norm. The European example illustrates the concept's legal potential, in other words, its impact on judicial thought and on the implementation of laws. The Canadian discursive approach to the concept makes it likely, yet hypothetical, that legislators will eventually confer on legal certainty, which is currently a legal value and objective, the status of a principle.

(2009-10) 40 R.D.U.S.	<i>Perspectives pour un principe de sécurité juridique en droit canadien : les pistes du droit européen</i>	513
-----------------------	---	-----

SOMMAIRE

Introduction	515
Section I : Un débat à l'ombre des règles : la sécurité juridique comme objectif du droit	523
Section II : Émergence du principe de sécurité juridique dans le discours juridique européen	533
Section III : Émergence dans le discours juridique canadien du concept de sécurité juridique	540
A. <i>Le discours doctrinal</i>	541
B. <i>Le discours du juge de la Cour suprême</i>	546
Conclusion générale	548

Introduction

Définir le sens attribué par la doctrine européenne au concept de sécurité juridique est une entreprise périlleuse. Les « contours assez fluctuants » du concept de sécurité juridique font que « chacun peut s'en faire sa propre idée »¹. « Il paraît donc malaisé de concevoir la notion en soi, de manière générique ou abstraite »² parce qu'il s'agit d'un concept hétéronyme aux multiples statuts (règle de droit positif, valeur éthique ou philosophique, objet d'étude). Malgré l'impossibilité de constituer une définition « parfaite » de la sécurité juridique, il n'est pas inutile de donner une « définition téléologique » de la sécurité juridique « qui repose essentiellement sur une recherche des consensus de la doctrine »³. Cette définition est purement conventionnelle⁴, mais elle permet de cerner les buts poursuivis par les tenants de la sécurité juridique et le sens qui lui est généralement attribué.

-
1. Hubert Groutel, « Exposé introductif » (1998) 3 R.G.D.A. dans *Insécurité juridique et assurance* à la p. 419.
 2. Sylvia Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droit Allemand, Communautaire et Français*, thèse de doctorat en droit public, sous la direction de Didier Truchet, Université Pantheon-Assas (Paris II), 2000 [non publiée] à la p. 148 [Calmes, thèse].
 3. Anne-Laure Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, Paris, L.G.D.J., 2005 à la p. 13.
 4. Drieu Godefride, « État de droit, liberté et démocratie » (2004) 23 n° 1 *Politique et Sociétés* à la p. 144 : « toute théorie du droit repose nécessairement sur des *élucidations minimales* de termes. Sans doute Karl Popper a-t-il raison d'écrire que « nous devrions absolument éviter, comme la peste, de discuter le sens des mots » et de récuser toute question du type « Qu'est-ce que? » parce que purement linguistique et donc stérile (Karl Popper, *La connaissance objective*, Paris, Aubier, 1991 aux pp. 10, 456). Les mots sont des conventions. Seule la réalité, leur dénotation, doit nous importer. Mais il n'en reste pas moins que, d'une part, pour conventionnels qu'ils soient, les mots sont notre seul accès à la réalité et que, d'autre part, pour que des mots disputés puissent être qualifiés de « conventions », il faut en préciser les termes. Un dialogue entre deux interlocuteurs incapables de s'entendre sur ne serait-ce qu'une définition partielle des termes utilisés équivaut à un dialogue téléphonique entre un Chinois unilingue et un Luxembourgeois unilingue, c'est-à-dire à une absence de dialogue ».

La sécurité juridique dans sa définition téléologique renvoie à l'idée d'une série d'exigences que doivent posséder soit les normes juridiques, soit le système pris en tant que tel⁵. Ainsi, « [l]'exigence [de sécurité juridique] a, à son tour, ... des exigences »⁶. D'abord, la sécurité juridique se décrit comme l'exigence de la prévisibilité du droit, à cet égard, les règles de droit ne doivent régir que les actions futures afin de permettre aux justiciables de prévoir les conséquences juridiques de leurs actes et de leurs actions (ex : principe de non-rétroactivité, « rule of law », règles de droit transitoire). Ensuite, dans l'optique de savoir afin de prévoir, la sécurité juridique présuppose l'accessibilité aux normes juridiques. Au plan formel, cela requiert la publication des normes juridiques. Au plan matériel, l'accessibilité exige que les justiciables soient en mesure de comprendre les normes juridiques (ex. : principe de précision des lois, intelligibilité des motifs des jugements). Enfin, les justiciables doivent pouvoir compter sur leurs prévisions lorsqu'ils actualisent une action dans la durée, ce qui exige la stabilité du droit (ex. : respect des attentes légitimes, délai de prescription, délai de recours, publicité des droits, autorité de la chose jugée, règle du précédent, nullité prospective d'une loi inconstitutionnelle). La sécurité juridique est donc, selon le statut que les juristes lui accordent et les contextes, un concept, un idéal ou un principe qui exige la prévisibilité, la stabilité et l'accessibilité aux règles⁷.

La sécurité juridique n'est pas une norme prévue expressément dans les textes législatifs ou constitutionnels par les ordres juridiques canadiens et européens. Soutenir que la sécurité juridique est un principe de droit positif revient à prendre position

-
5. Caroline Salviejo, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, thèse de doctorat en droit public, sous la direction de Frédéric Sudre, Université de Montpellier I, 2003 [non publiée] à la p. 2.
 6. Sylvie Ciamonti, « Sécurité juridique et mécanismes d'application du droit dans le temps » (2008) 110 R. du N. 631 à la p. 633.
 7. Certains auteurs y ajoutent une dimension spatiale. Pour une étude exhaustive sur cette question : Philippe Raimbault, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, t. 256, Paris, L.G.D.J., 2009 aux pp. 197-352.

sur son statut juridique formel controversé⁸. En effet, « [l]a norme créée par le juge [et la doctrine] ne bénéficie pas d'une formulation arrêtée » et affirmer que la sécurité juridique est une norme juridique valide parce qu'elle est créée par le juge [ou reconnue par la doctrine], cela sous-tend « un processus de sélection d'information par le juriste qui s'appuie sur une méthode lorsqu'il identifie et interprète une règle dérivée de la jurisprudence [ou de la doctrine] »⁹.

Nous n'utilisons pas la notion de sécurité juridique pour désigner une norme juridique ou un principe dans tous les cas, et ce, afin de ne pas accorder *a priori* un statut de norme juridique formelle à la sécurité juridique. Notre objectif est de présenter le statut que les auteurs accordent à la sécurité juridique et d'analyser les fonctions de la sécurité juridique dans les discours juridiques¹⁰. Pour cette raison, la présente étude n'a pas pour objet de s'interroger sur la nature juridique du principe de sécurité juridique. Elle cherche plutôt à dégager le sens qu'il revêt au sein du discours juridique, « c'est-à-dire le sens que cette

8. Voir par ex. Ingrid Fournol, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et en droit administratif français*, thèse de doctorat en droit public, sous la direction de Jacqueline Dutheil de la Rochère, Université Pantheon-Assas (Paris II), 1999 [non publiée] à la p. 358 : l'interprétation des jugements de la CJCE ne permet pas de donner « une qualification juridique indiscutable à la sécurité juridique ».

9. Mathieu Devinat, *La règle prétorienne en droit civil français et dans la common law canadienne. Étude de méthodologie juridique comparée*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005 à la p. 6; Philippe Malaurie, « Rapport français » dans *La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges*, Paris, Economica, 1982 à la p. 83 : « Le jugement parle un langage qui ne se lit pas immédiatement comme une règle de droit; c'est à la doctrine que revient la tâche de formuler la règle, reliant les différents jugements, mettant en relief les limites et les exceptions à la règle énoncée ».

10. Comparer Philippe Raimbault, « La sécurité juridique, nouvelle ressource argumentative? » (2008) 110 R. du N. 520 : « C'est précisément cette inflation des références à la "sécurité juridique" qu'il est souhaitable de comprendre, ce qui, d'un point de vue théorique, impose d'analyser les fonctions que remplissent ces énoncés dans les discours juridiques, et plus particulièrement dans l'argumentation juridique ».

pratique a pour les participants »¹¹. Notre étude a donc pour objet « moins les règles de droit valides et identifiables empiriquement, que le discours, le raisonnement et l'argumentation juridique qui constituent la pratique juridique dans son ensemble »¹². Cette étude se situe donc au-delà des sources positives du droit parce qu'elle vise à « rendre compte du point de vue des juristes »¹³. Les « outils de connaissance » sont donc strictement « textuels » et « documentaire[s] » parce que nous nous intéressons à ce qui « forment un discours sur le droit »¹⁴. Notre analyse est

11. Luc B. Tremblay, « La théorie constitutionnelle canadienne et la primauté du droit » (1994) 39 McGill L.J. 101 aux pp. 141-142.

12. Sur cette approche, voir *ibid.* aux pp. 141-142 : « démarche qui, tant en sciences humaines qu'en théorie générale du droit, consiste moins à observer empiriquement les faits qu'à comprendre les pratiques et les actions humaines. Cette approche, qualifiée d'herméneutique, repose sur le postulat que les pratiques sociales, les actions, les comportements, les discours ou autres phénomènes sociaux, possèdent une dimension que ne possèdent pas les faits bruts de la nature. Cette dimension correspond à ce qu'on peut appeler leur "signification interne". Contrairement aux faits bruts de la nature qui n'ont pas conscience de ce qu'ils sont ni de ce qu'ils font, les actions humaines et pratiques sociales ont un sens pour ceux qui les produisent. [...] la compréhension de la signification d'une pratique sociale passe nécessairement par la clarification de son sens interne, c'est-à-dire le sens que cette pratique a pour les participants. [...] Selon ces postulats [méthodologiques qui caractérisent la théorie générale du droit contemporaine] la théorie du droit doit avoir pour objet moins les règles de droit valides et identifiables empiriquement, que le discours, le raisonnement et l'argumentation juridique qui constituent la pratique juridique dans son ensemble ».

13. Devinat, *supra* note 9 à la p. 10.

14. *Ibid.* à la p. 10 ; Sur cet aspect, notre méthode est semblable à celle d'un historien. En ce sens : Paul Veynes, *Comment on écrit l'histoire. Essai d'épistémologie juridique*, Paris, Éditions du Seuil, 1971 aux pp. 274-276 : « [D]eux siècles de spéculation historiciste ont trop associé le mot histoire à ceux de science ou de philosophie, alors que le lieu naturel de l'histoire, connaissance documentaire du concret, se place vers le pôle opposé, celui de l'érudition. [...] En somme, ce qui fonde en raison l'érudition est que ni l'histoire ni la poésie ne relèvent d'une intuition immédiate, mais se perçoivent à travers des documents ou des textes. [...] le genre historique, se réduirait à son noyau essentiel et indestructible, l'érudition ».

descriptive, mais « de par la nature de l'objet étudié – le discours sur le droit –, elle prêterait elle-même à discussion »¹⁵.

L'objet de notre étude est limité au discours juridique européen et canadien¹⁶. Elle se limite au discours juridique du 20^e et du 21^e siècle, essentiellement parce que cette période correspond à celle de son émergence. En retour, ce choix ne repose pas sur la prétention qu'il existe « une césure historique » dans la « représentation »¹⁷ de la sécurité juridique tant il est vrai qu'un regard *a posteriori* sur l'histoire permet de découvrir, bien

-
15. Michel Boudot, *Le dogme de la solution unique. Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, thèse de doctorat, sous la direction de Otto Pfersmann, Faculté de droit et de science politique de l'Université d'Aix-Marseille, 1999 [non publiée] à la p. 3. Sur cette question, comparer Michel Villey, *Leçons d'histoire et de philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962 aux pp. 291-292 : « Le droit n'est pas un objet pur; il n'existe pas, on le fait. Et qu'il en ait ou non conscience, le juriste défend une cause. Décrire pour lui c'est choisir »; Jean-François Gaudreault-Desbiens, « Identitarisation du droit et perspectivisme épistémologique. Quelques jalons pour une saisie juridique complexe de l'identitaire » (2000) 13 Can. J. L. & Jur. 33 : « [...] la science du droit ne peut prétendre, comme la physique ou la chimie, être froidement descriptive, car les doctrines des juristes se veulent destinées à guider la jurisprudence »; Chritian Atias, *Épistémologie juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985 à la p. 166 : « L'épistémologie démontre aujourd'hui que ce qui est connu n'est jamais totalement indépendant de celui qui connaît, de la façon qu'il a de connaître, de ses convictions et de sa démarche intellectuelle »; Bjarne Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1998 à la p. 10 : Les auteurs ne peuvent « faire l'objet d'une recherche de la Vérité » et nous devons les considérer comme « des interlocuteurs avec qui nous confrontons nos idées » grâce au « dialogue »; Mathieu Kessler, *Nietzsche ou le dépassement esthétique de la métaphysique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999 aux pp. 4, 9 : « [I]l n'y a pas de faits mais seulement des interprétations » et celles-ci sont « lieutenant du sens »; Christophe Grzegorzczuk, Françoise Michaut et Michel Troper, *Le positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J., 1992 à la p. 174 : « [...] le positivisme juridique [prétend déposer] les jugements de valeur [...] Il a illusion de le faire; en réalité il prend position, même s'il ne s'en aperçoit pas et croit être objectif. La prétention d'être éthiquement neutre est infondée ».
16. Nous présenterons plus spécifiquement le discours des juristes ayant publié en français.
17. Devinat, *supra* note 9 à la p. 23.

avant l'émergence du concept de sécurité juridique au 20^e siècle, le souci implicite d'accessibilité, de prévisibilité et de stabilité des normes juridiques dans le discours de certains philosophes¹⁸ et juristes¹⁹. « À aucune époque de son histoire, dans aucun système

-
18. Voir par ex. Thomas Hobbes, *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, trad. par Gérard Mairret, Paris, Gallimard, 2000 aux pp. 226, 231 : « [L]e droit consiste en la liberté de faire ou de ne pas faire, alors que la loi détermine et contraint dans un sens ou dans l'autre ». Si aucune loi n'interdit d'accomplir certaines actions, ce n'est pas un « péché » puisque « [t]ant que les lois n'ont pas été faites, on ne peut les connaître »; John Locke, *Traité du gouvernement civil*, trad. par David Mazel, 2^e éd., France, GF Flammarion, 1992 aux pp. 207, 244-245, 252 : « [L]'autorité législative ou suprême, n'a point droit d'agir par des décrets arbitraires, et formés sur-le-champ, mais est tenue de dispenser la justice, et de décider des droits des sujets par les lois publiées et établies et par des juges connus et autorisés. [...] Un pouvoir arbitraire et absolu, et un gouvernement sans lois établies et stables, ne sauraient s'accorder avec les fins de la société et du gouvernement. [...] » [L]es lois qui concernent les sujets entre eux, étant destinées à régler leurs actions, doivent précéder ces actions-là ».
19. Voir par ex. Charles Demolombe, *Traité de la publication et des effets et de l'application des lois en général*, 3^e éd., Paris, Auguste Durand et L. Hachette et Cie, 1865 à la p. 10 : « Le but essentiel des lois positives est précisément de prévenir, à cet égard, l'incertitude et l'arbitraire en déterminant, parmi les règles si nombreuses et quelquefois même si controversées du droit naturel, celles qui deviendront lois! Celles qui seront légalement obligatoires »; Jean-Étienne-Marie Portalis, « Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801) » (23 juillet 2008), en ligne : UQAC <[http://decouverte.quebec.ca/primolibweb/action/search.do?mode=Basic&vid=UQAC&dscent=0&srt=rank&ct=search&frbg=&scp.scps=scope%3A\(CLAA\)&indx=1&dum=true&dstmp=1279031365781&fn=search&vl\(freeText0\)=Discours%20preliminaire%20du%20premier%20projet%20de%20Code%20civil&vl\(11972214UI0\)=any&tab=default_tab&vl\(69065447UI1\)=all_items&fromLogin=true](http://decouverte.quebec.ca/primolibweb/action/search.do?mode=Basic&vid=UQAC&dscent=0&srt=rank&ct=search&frbg=&scp.scps=scope%3A(CLAA)&indx=1&dum=true&dstmp=1279031365781&fn=search&vl(freeText0)=Discours%20preliminaire%20du%20premier%20projet%20de%20Code%20civil&vl(11972214UI0)=any&tab=default_tab&vl(69065447UI1)=all_items&fromLogin=true)> : « [I]l ne faut point de lois inutiles; elles affaibliraient les lois nécessaires; elles compromettraient la certitude et la majesté de la législation [...] [L]es lois ne [peuvent] obliger sans être connues [...] Or les hommes ne peuvent que se « contenter d'une publicité relative, qui, si elle ne peut produire à temps, dans chaque citoyen, la connaissance de la loi à laquelle il doit se conformer, suffit au moins pour prévenir tout arbitraire sur le moment où la loi doit être exécutée ».

juridique, la sécurité juridique n'est absente des préoccupations sur le droit »²⁰.

La signification du concept de sécurité juridique est dépendante du contexte juridique, culturel et politique dans lequel il s'inscrit²¹. La notion de sécurité juridique « a vocation à être interprétée en fonction du système qui la met en œuvre »²². Les juristes européens et canadiens n'appréhendent pas de la même façon le thème de la sécurité juridique et ce concept ne renvoie pas à des réalités de même nature²³. Ainsi, une analyse séparée de

-
20. Jean-Louis Bergel, «La sécurité juridique» (2008) 110 R. du N. 271 à la p. 273 [Bergel, «sécurité juridique»]. Pour une perspective historique du concept de sécurité juridique, voir Philippe Raimbault et Dominique J.M. Soulas de Russell, «Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point» (2003) 55 R.I.D.C. 85.
 21. Maire-Claire Belleau et Rebecca Johnson, « La diversité identitaire et les opinions dissidentes de la Cour suprême du Canada : Conséquences sur la sécurité juridique » (2008) 110 R. du N. 319 à la p. 322; Comparer Jean Grondin, *L'universalité de l'herméneutique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993 à la p. 182 : selon Gadamer, « comprendre un discours, cela ne se laisse jamais réduire à la saisie intellectuelle d'un état de fait objectif par un sujet, cela relève plus de l'appartenance à une tradition en formation, c'est-à-dire à un dialogue en cours à partir duquel ce qui est dit acquiert sens et cohérence pour nous [...] la compréhension est d'abord affaire de participation, de participation à un sens, à une tradition, ultimement, à un dialogue ».
 22. Anne-Laure Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, Thèse de doctorat en droit, sous la direction de Jacques Robert, Université de Panthéon-Assas (Paris II), Paris, L.G.D.J., 2005 à la p. 418 ; Sylvia Calmes, « Le principe de sécurité juridique en droit allemand, communautaire et français », (2008) 110 R. du N. 287 à la p. 303 : « La sécurité juridique est 'axiomatique', inhérente à la notion même d'ordre juridique, de sorte que son évocation ne revêt finalement de signification particulière que par l'usage que décident d'en faire les acteurs – notamment les juges – d'un système juridique donné ».
 23. Comparer Sylvia Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droit Allemand, Communautaire et Français*, t. 1, Paris, Dalloz, 2001 à la p. 113 [Calmes, *principe de protection*]; Paolo Mengozzi, « Évolution de la méthode suivie par la jurisprudence communautaire en matière de protection de la confiance légitime : De la mise en balance des intérêts, cas par cas, à l'analyse en deux phases », trad. par L. Duhannoy, *Revue du Marché Unique Européen*, 1997 à la p. 16.

la signification du concept de sécurité juridique dans le discours des juristes européens et canadiens s'impose²⁴.

Durant presque la totalité du 20^e siècle, la sécurité juridique est considérée dans le discours doctrinal européen comme un « objectif » du droit ou, en d'autres mots, comme une « valeur » vers laquelle les systèmes juridiques doivent tendre. En tant que « valeur », les juristes conçoivent la sécurité juridique comme une norme générale de caractère non juridique. Or, depuis les années 1990, il y a introduction dans le discours de la doctrine européenne et du juge européen d'une conception qui attribue à la sécurité juridique le statut de principe de droit d'où peuvent être déduites des normes juridiques. La sécurité juridique ferait donc, selon cette deuxième conception, partie intégrante du droit positif, source de droit.

Encore aujourd'hui, il y a coexistence dans le discours des juristes de cette double conception de la sécurité juridique. Ainsi, le discours des juristes sur la sécurité juridique ne correspond pas à un système de pensée monolithique²⁵. Malgré ce constat, pour des considérations pratiques, nous divisons ces deux conceptions pour mieux les présenter²⁶. Nous aborderons donc tour à tour ces

24. Pierre Legrand, « Comparer » (1996) R.I.D.C. à la p. 293 : « Ce n'est, en effet, qu'à travers une analyse des structures cognitives fondant une tradition juridique et permettant d'explicitier les formes de la connaissance juridique qui y sont précisées et qui continuent à régir le processus de fabrication et d'interprétation du droit qu'il est possible au comparatiste d'expliquer comment et pourquoi le droit est ce qu'il est, là où il est. Le comparatiste doit donc chercher à situer le corps complexe des données empiriques qui retiennent son attention dans un contexte socio-cognitif plus large faisant, notamment, sa place à l'historique, au social, au culturel. C'est cette association entre la partie et le tout, l'articulation entre, par exemple, la proposition normative et la culture juridique, qui permet au comparatiste d'affirmer sa compétence spécifique. [...] Lui seul peut donner à la partie le sens dont elle reste autrement apparemment dépourvue sans sa réinsertion dans une totalité ».

25. En ce sens, Boudot, *supra* note 15 à la p. 9.

26. Évidemment, ce constat de l'existence de deux conceptions n'est pas une négation de la présence de plusieurs autres.

deux conceptions dans le discours juridique, soit la sécurité juridique comme valeur (**Section I**) et comme principe de droit positif (**Section II**).

Le discours juridique canadien est caractérisé par un souci implicite de sécurité juridique. En ce sens, les juristes accordent aux valeurs de certitude, prévisibilité et stabilité du droit une grande place dans leur ordre de discours. En retour, ils ne conçoivent pas la sécurité juridique comme un principe ou une règle de droit positif²⁷ (**Section III**).

Section I : Un débat à l'ombre des règles : la sécurité juridique comme objectif du droit

Les juristes européens introduisent au 20^e siècle le concept de sécurité juridique dans leurs discours²⁸. Selon Philippe Raimbault, la notion de sécurité juridique est présente dans de rares occasions dans la doctrine publiciste classique tout en n'étant pas dotée d'une véritable définition²⁹. La sécurité juridique n'est alors pas un thème de réflexion en soi chez les juristes³⁰.

Les résultats de nos recherches nous portent à croire que l'expression est clairement affirmée et probablement introduite en 1911 dans le discours doctrinal. Dans son œuvre désormais

27. En ce sens, Pierre Larouche, « Table ronde internationale : Constitution et sécurité juridique – Canada » (1999) A.I.J.C. aux pp. 132-133.

28. Philippe Jestaz et Christophe Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004 à la p. 145.

29. Raimbault, *supra* note 7 aux pp. 5-6.

30. *Ibid.* à la p. 6, n. 30. L'auteur énonce : « R. BONNAR s'en sert par exemple pour justifier l'intangibilité des effets individuels des actes juridiques en énonçant que ce dernier principe est « nécessaire pour assurer la sécurité juridique, qui est chose indispensable pour le bon fonctionnement du commerce juridique », in *Précis de droit administratif*, LGDJ, Paris, 1940 à la p. 114. Quant à H. Kelsen, il semble en faire un objectif pour l'ordre juridique en considérant que la formulation des normes doit être faite « de telle façon que les équivoques ou ambiguïtés inévitables soient réduites à un minimum, (...) ce qui assurera réellement le plus haut degré de sécurité juridique », dans *Théorie pure du droit*, trad. par C. Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962 à la p. 463 ».

classique, René Demogue, affirme que le « plus grand des desiderata de la vie juridique et sociale, son moteur central, [c'est] le besoin de sécurité »³¹. Il rappelle cependant que le « domaine du droit » ne peut réaliser absolument la sécurité du droit parce qu'il s'agit d'un « idéal utopique dans une certaine mesure »³², « tout sacrifier à la sécurité, c'est ne viser qu'à un but qu'il est impossible d'atteindre complètement »³³. De plus, la sécurité juridique ne doit pas avoir une portée absolue : « le désir de sécurité si considérable qu'il soit n'est pas tout »³⁴. L'auteur utilise habituellement la notion de sécurité, mais nous avons trouvé une référence à l'expression « sécurité juridique » dans son ouvrage³⁵. À l'instar de la doctrine publiciste classique, René Demogue avait recours à la notion de sécurité juridique ou à des notions substantiellement similaires pour justifier le recours au formalisme³⁶. Également, « la doctrine publiciste française emprunte la formulation d'origine privatiste de "sécurité du commerce juridique" pour regrouper des règles formelles de bon fonctionnement de l'ordre juridique »³⁷.

Quelques années plus tard, en 1936, le juriste anglais Gustave Radbruch prétend que « la sécurité juridique » est un

-
31. René Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911 à la p. 63.
 32. *Ibid.* à la p. 86.
 33. *Ibid.* à la p. 87.
 34. *Ibid.*
 35. *Ibid.* à la p. 74.
 36. Raimbault, *supra* note 7 à la p. 36; N.-J. Mazen, *L'insécurité juridique inhérente au système juridique*, (thèse Dijon), 1979 aux pp. 74-76; Jacques Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme » dans *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, études offertes à G. Ripert*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1950 aux pp. 93 et ss.
 37. Raimbault, *supra* note 7 à la p. 35, n. 3. L'auteur énonce : « Cette présentation est par exemple utilisée par B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, Paris, 1954 à la p. 92 et ss. La même idée est également énoncée, sans aucunement faire allusion à la sécurité juridique, par M. HAURIOU pour qui « les formalités de procédure constituent, avec la détermination précise des compétences, la principale condition de l'ordre et de la modération dans l'exercice du pouvoir administratif », dans *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, Paris, 1927 à la p. 418 ».

« principe prédominant, [dans] toute l'histoire du droit anglais »³⁸. Il rappelle qu'il y a un conflit inévitable et inéluctable entre la justice, le but du droit et la sécurité. Ces trois éléments s'exigent et se contredisent mutuellement, car « tout renforcement de l'un entraî[n]e un affaiblissement de l'autre »³⁹. Radbruch en conclut que ce serait une grave erreur que de vouloir supprimer cette structure antinomique en donnant la préférence à l'un de ces éléments. Il indique que la véritable méthode consiste plutôt à faire ressortir les antinomies et à les conserver dans une vue d'ensemble⁴⁰.

Le juriste allemand Wilhelm Sauer dans une traduction française de Roubier et Mankiewicz (1937) consacre un article clef sur la sécurité juridique. Il y affirme que « la sécurité juridique entre en conflit avec la justice [...] qui passe pour être le premier des devoirs moraux et sociaux de celui-ci »⁴¹. En effet, « [l]a sécurité juridique, au sens de conformité aux normes et d'ordre, s'oppose à la justice et aux considérations d'opportunité supérieures au sens qu'attribue à ces principes l'idée du droit »⁴². En ce sens, pour Sauer, seul le droit juste au point de vue du fond est considéré comme du droit⁴³. Par conséquent, lorsqu'une norme juridique particulière produit dans un cas concret un résultat contraire à la justice, le juge doit « utiliser tous les moyens [respectant le formalisme et la sécurité juridique] dont il dispose pour aboutir dans le cas concret à un résultat juste, c'est-à-dire conforme à l'idée du droit »⁴⁴. Si le respect de la sécurité juridique l'empêche de rendre justice, « le juge doit s'engager dans la voie,

38. Gustav Radbruch, « La sécurité en droit d'après la théorie anglaise » (1936) A.P.D.S.J. à la p. 89.

39. *Ibid.* à la p. 87.

40. George Gurvitch, « Une philosophie antinomique du droit : Gustave Radbruch », (1932) A.P.D.S.J. à la p. 537.

41. Wilhelm Sauer, « Sécurité juridique et justice », trad. par Paul Roubier et Henri Mankiewicz dans *Introduction à l'étude du droit comparé Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, t. 5, Paris, L.G.D.J., 1938 à la p. 34.

42. *Ibid.* à la p. 39.

43. *Ibid.* à la p. 37.

44. *Ibid.* aux pp. 41-42.

qui est la plus dure et constitue son ultime recours, et justifier devant soi-même et devant les autres la nullité et l'inefficacité de ce droit qui est injuste »⁴⁵. C'est ainsi, constate Sauer, que l'on parvient à l'harmonie entre la loi et l'idée du droit, entre la sécurité juridique et la justice⁴⁶. Les juristes devraient donc accepter un « système de relativisme » dans la mesure où il peut y avoir selon le contexte et l'époque une prédominance de la sécurité juridique ou de la justice⁴⁷.

Dans le célèbre ouvrage *Le déclin du droit* (1949) au chapitre intitulé *L'insécurité juridique*, Georges Ripert exploite habilement la fonction critique du concept : « la servitude est supportée par la certitude de correction qu'elle donne à l'action » et la pire chose est l'arbitraire⁴⁸. Il en conclut que la sécurité juridique est la première valeur que les ordres juridiques doivent atteindre⁴⁹. L'insécurité juridique dont parle Ripert découle notamment du fait que la loi qui donne la règle de conduite n'est pas édictée clairement et précisément⁵⁰. Selon lui, elle est plus dangereuse que « l'insécurité de fait car elle détruit l'autorité »⁵¹. Une procédure de création, d'application et de validité des règles qui est claire et certaine et qui permet d'assurer l'ordre et la connaissance de ses droits constitue l'élément essentiel de la sécurité juridique⁵².

Dans son œuvre, Ripert analyse quelques causes de l'insécurité juridique qu'il considère comme indésirables en droit français. Selon lui, elle est premièrement causée par la difficulté de connaître la loi applicable. Également, nous dit Ripert, l'insécurité naît de l'incertitude de savoir à partir de quel moment une loi doit s'appliquer et jusqu'à quel moment⁵³. D'après Ripert, malgré ce constat de la difficulté à connaître la loi « [n]ous

45. *Ibid.* à la p. 42.

46. *Ibid.* à la p. 43.

47. *Ibid.* à la p. 36.

48. Georges Ripert, *Le déclin du droit*, Paris, L.G.D.J., 1949 à la p. 155.

49. *Ibid.*

50. *Ibid.* à la p. 156.

51. *Ibid.*

52. *Ibid.*

53. *Ibid.* à la p. 165.

continuons à dire que nul n'est censé ignorer la loi. Mais il faut reconnaître quelque mérite à ceux qui la connaissent »⁵⁴.

Durant le troisième quart du XX^e siècle, les professeurs Batiffol et Roubier ont élaboré une doctrine qui considérait la justice, le progrès social et la sécurité juridique comme les valeurs qui inspirent l'ordre juridique⁵⁵. Selon Roubier, « là où cette valeur essentielle qu'est la sécurité juridique a disparu, il n'y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister, le mot même de progrès devient dérision, et les pires injustices se multiplient avec le désordre »⁵⁶. Ainsi, sans sécurité juridique, aucune autre valeur ne peut subsister⁵⁷ puisqu'elle conditionne la justice et le progrès social. Selon Gwenaëlle Dufour, certains ont critiqué les idées de Roubier qui subordonneraient le droit à la positivité en ne tenant pas compte également de l'impératif de justice⁵⁸. Batiffol estime plutôt que « la justice lui importe toujours » parce qu'il « ne lui est pas indifférent que l'ordre s'établisse de n'importe quelle manière »⁵⁹. Selon Batiffol, « un ordre injuste n'est pas un ordre, mais le désordre »⁶⁰.

54. *Ibid.*

55. Voir Henry Batiffol, *Problème de base de philosophie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1979 à la p. 394 [Batiffol, *Problème*]; Jean-Louis Bergel, *Théorie générale du droit*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1999 à la p. 19; Paul Roubier, *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1951 à la p. 318; Bichara Tabbah, « La trilogie : sécurité, justice et progrès social » dans *Théorie générale du droit et droit transitoire. Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, Paris, Dalloz-Sirey, 1961 à la p. 459.

56. Roubier, *ibid.* à la p. 334.

57. Paul Roubier, *Théorie générale du droit*, Paris, Sirey, 1^{er} éd., 1946 à la p. 279.

58. Gwenaëlle Dufour, *Sécurité juridique et règle de droit. Illustration en droit des contrats*, thèse de doctorat en droit privé, sous la direction de Ch. Jestaz, Université Lille II, 2005 [non publiée] à la p. 9.

59. Henry Batiffol, « La théorie générale du droit de P. Roubier » dans *Choix d'articles*, Paris, L.G.D.J., 1976 à la p. 354.

60. Batiffol, *Problème*, *supra* note 55 à la p. 399.

Il appert que les juristes préfèrent inclure la sécurité juridique dans un processus « dialectique »⁶¹, en lui préférant certaines valeurs dans certaines circonstances. Encore aujourd'hui, les juristes nuancent l'hégémonie d'une conception absolutiste de la sécurité juridique, l'introduisent dans le cadre de réflexion sur la hiérarchie des valeurs en droit. Par exemple, Perelman observe que la recherche d'un équilibre entre le progrès, la justice et la sécurité juridique constitue l'un des objectifs du droit⁶². Également, Josse Mertens De Wilmars et Jacques Steenbergen considèrent que le droit est une recherche permanente d'équilibre entre « les exigences fondamentales, mais parfois antinomiques, de la liberté et de la justice et les nécessités non moins impérieuses de la sécurité juridique et de l'efficacité, dans la régulation inévitable d'un certain nombre de rapports entre êtres humains »⁶³. Enfin, les juristes opposent souvent à la sécurité juridique le principe de mutabilité du droit essentiel à son évolution⁶⁴.

La sécurité juridique est généralement considérée comme une valeur relative, et décrite comme l'une des raisons d'être du

-
61. Sur cette question précise, voir Gurvitch, *supra* note 40 aux pp. 530-563; Henri Radbruch, « Conception dialectique des antinomies juridiques » dans *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965 aux pp. 387-388, 391.
62. Chaïm Perelman, *Éthique et droit*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990 à la p. 755; Chaïm Perelman, « À propos de l'idée d'un système de droit » dans *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, L.G.D.J., 1984 à la p. 98.
63. Josse Mertens de Wilmars et Jacques Steenbergen, « La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes » dans *Mélanges offerts à Robert Legros*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1985 à la p. 449.
64. Voir notamment Valembois, *supra* note 3 à la p. 468; Jean Bigot, « Ouverture du colloque » (1998) 3 R.G.D.A. dans *Insécurité juridique et assurance* à la p. 414; Frédéric Pollaud-Dulian, « À propos de la sécurité juridique » (2001) 3 R.T.D. civ. 488; Paul Fouret, « L'ambiguïté et l'insécurité juridique » (1998) 3 R.G.D.A. dans *Insécurité juridique et assurance* à la p. 450; Pierre Sargos, « Peut-on parler d'insécurité juridique » (1998) 3 R.G.D.A. dans *Insécurité juridique et assurance* à la p. 426; François Ost, « Les multiples temps du droit » dans *Le droit et le futur*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985 à la p. 115.

droit et de la règle de droit. Quel que soit le sens qui lui est attribué, que ce soit à titre de fondement, de justification, d'exigence, de droit naturel, de mission, de fonction, d'essence, de valeur fondamentale du droit ou de l'une de ses finalités⁶⁵, cette conception de la sécurité juridique établie presque toujours un lien direct organique ou symbiotique avec le droit. La notion de sécurité juridique est considérée comme inhérente à la notion de droit⁶⁶.

On peut comprendre en ce sens que certains juristes considèrent que l'expression « sécurité juridique » serait « tautologique ou redondante »⁶⁷ même si cette conception est contestée⁶⁸. « [C]ette présentation dominante de l'exigence première d'une sécurité juridique inhérente au droit [...] a [également] été ponctuellement dénoncée comme procédant d'une illusion rationaliste »⁶⁹. Le caractère irréductible⁷⁰ et illusoire⁷¹ de

65. Pour les nombreuses références, voir Martin Nadeau, *Sur les traces d'un principe de sécurité juridique en droit canadien. Les pistes du droit européen*, mémoire de maîtrise en droit, sous la direction de Mathieu Devinat, Université de Sherbrooke, 2009 [non publié].

66. Jean-Louis Bergel, *Théorie générale du droit*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1999 à la p. 282 : « la sécurité est liée à l'idée même du droit »; Bergel, «sécurité juridique», *supra* note 20 à la p. 273 : « l'impératif de sécurité juridique est inhérent au droit et constitue nécessairement l'une des valeurs fondamentales du droit »; Dufour, *supra* note 58 à la p. 9 : « la sécurité est incontestablement consubstantielle au droit ».

67. Jean Boulouis et Roger-Michel Chevallier, *Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes*, t.1, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1994 à la p. 76; Jean Boulouis, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique » dans *Mélanges Pescatore*, 1987 à la p. 53.

68. Dufour, *supra* note 58 aux pp. 6-7.

69. Sylvie Cimamonti, *supra* note 6 à la p. 634. Sur cette question, voir : Serge Morard, « La sécurité juridique en droit public français, une illusion conceptuelle ? », (2008) 110 R. du N. 409.

70. Jérôme Kullman, «Les remèdes à l'insécurité juridique» (1998) 3 R.G.D.A. dans *Insécurité juridique et assurance* aux pp. 492, 496; Salviejo, *supra* note 5 à la p. 402; Jérémie van Meerbeeck, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence communautaire : un principe en quête de sens » (2008) 110 R. du N. 497 à la p. 515 : « Il y a donc une insécurité juridique irréductible ».

71. Michel Fromont, « Le principe de sécurité juridique » A.J.D.A. 1996, n^o spécial aux pp. 35, 42 : « L'idée que la sécurité juridique est une illusion

l'insécurité juridique a été constamment rappelé par la doctrine. Pour la plupart, « il n'est pas souhaitable de rechercher une sécurité à tout prix » et « il convient d'admettre une certaine dose d'insécurité juridique »⁷².

Dans d'autres contextes, si une insécurité juridique est constatée, peu importe la cause, le caractère souhaitable de la sécurité juridique (souvent indiscuté et postulé) permet de dénoncer⁷³ l'insécurité juridique et de proposer⁷⁴ ou prescrire⁷⁵ des solutions pour enrayer les causes d'insécurité juridique identifiées. Les revendications doctrinales d'un droit transitoire de la règle jurisprudentielle dont certaines défendent la théorie du

n'est pas neuve [...] c'est l'idéal de la sécurité juridique qui doit être nuancée »; Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. par Henri Thévenaz, 2^e éd., Neuchâtel (Suisse), Éditions De La Baconnière, 1988 à la p. 155 : « Quand le sens d'une norme est douteux, il y a selon la doctrine traditionnelle une seule interprétation correcte et une méthode scientifique permettrait de la déterminer dans chaque cas d'espèce. Le droit serait un ordre fixe, réglant de façon non équivoque la conduite des hommes et en particulier celle des tribunaux et des autres organes chargés de l'appliquer. Il garantirait sinon une sécurité économique, du moins une sécurité juridique. Une telle idée est cependant illusoire et la Théorie pure, qui s'adonne à la seule recherche de la vérité, est obligée de détruire cette illusion, malgré ses effets très utiles qu'elle peut avoir dans le domaine de la politique »; Valembois, *supra* note 3 à la p. 8.

72. Antoine Mazeaud, « La sécurité juridique et les décisions du juge » (2006) 651 Dr. Soc. à la p. 752.

73. Bergel, « sécurité juridique », *supra* note 20 à la p. 274 : « L'inflation et l'instabilité législative [...] L'insécurité qui résulte de la jurisprudence [...] sources d'insécurité juridique qui menacent la protection des intérêts individuels et qui sont ressenties par les intéressés comme une véritable injustice. Il faut donc réagir! ».

74. Mireille Delmas-Marty, « L'enjeu d'un code pénal (réflexions sur l'inflation des lois pénales en France) » dans *Mélanges offerts à Robert Legros*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1985 aux pp. 166, 168 : nous devons « savoir où se tient précisément le mal avant de proposer les remèdes ».

75. Christian Mouly, « Le revirement pour l'avenir » J.C.P. 1994. I. 3776 à la p. 326 : « Les normes ne doivent pas être rétroactives [...] Elle porte atteinte au principe supérieur de sécurité juridique »; Jean-Pierre Camby, « Sécurité juridique et insécurité jurisprudentielle » (2006) 6 R.D.P. à la p. 1512 : « Tout ce qui contribue à des évolutions modulées, et qui assure la sécurité juridique est souhaitable ».

revirement pour l'avenir afin d'éviter ou de diminuer l'effet rétroactif de la règle jurisprudentielle constituent un exemple⁷⁶. Ainsi, l'exposition des causes de l'insécurité juridique, d'une part celles qui sont inéluctables, et d'autre part, celles qui peuvent être enrayées ou diminuées, constitue un préliminaire nécessaire à l'offre de solutions. La sécurité juridique est conçue alors comme un « principe-remède à une donnée structurelle du système »⁷⁷. La dénonciation de l'insécurité juridique résultant du « désordre normatif constitue ainsi un argument qui permet aux professionnels du droit de s'approprier l'énoncé des solutions au "problème" »⁷⁸.

Cet usage de la sécurité juridique dans le discours des juristes a amené certains auteurs à affirmer que la thématique de la sécurité juridique est une « rhétorique de l'éviction des solutions possibles » parce que l'on « prétend découvrir une solution » à partir d'une « sophistique qui crée l'illusion que la solution prescrite est fournie par le système juridique lui-même »⁷⁹. La sécurité juridique est utilisée par certains comme un concept neutre qui permet implicitement de soutenir un discours nettement marqué par la prescription. Par exemple, lorsque le juriste affirme que le respect d'une jurisprudence constante et définitive sur un sujet par la Cour est souhaitable et bon pour la sécurité juridique et donc la seule et unique solution possible (et ce, même si cette solution ancienne est injuste). En ce sens, la sécurité juridique est une sorte de « slogan [...] en vue de justifier

76. Pour les nombreuses références, voir Nadeau, *supra* note 65 aux pp. 33-34.

77. Nicolas Molfessis et R. Libchaber, « Source du droit en droit interne, les "avancées" de la sécurité juridique » (2000) R.T.D. civ. 660.

78. Rachel Vanneuville, « Sécuriser le droit pour mieux gouverner les conduites : les enjeux sociopolitiques de la promotion contemporaine de la sécurité juridique », Colloque : La gouvernance des sociétés contemporaines au regard des mutations de la normativité, Université Paris XII, Val-de-Marne, 13-15 décembre 2007 [non publié]. Transcription disponible en ligne : Université d'Ottawa <<http://biblio.cdp-hrc.uottawa.ca/dbtw-wpd/docs/largotec/vanneuville.pdf>>.

79. Boudot, *supra* note 15 à la p. 7.

et légitimer, non les solutions décrites, mais la solution prescrite »⁸⁰.

La sécurité juridique, concept hétéronyme aux multiples statuts (règle de droit positif, valeur éthique ou philosophique, objet d'étude) est évidemment un terrain fertile à la sophistique. Or, cet usage ne fait pas exception. En effet, aucun concept juridique n'est exempt de la nécessité d'être interprété selon la précompréhension de l'interprète et aucun concept ne peut contenir en soi un sens fixe et définitif. Toute discussion abstraite et théorique et tout jugement comprennent leur part de subjectivité et de rhétorique. En général, « les principes juridiques sont abondamment mis à contribution pour ne rien exprimer, asservis à la rhétorique »⁸¹. Les juristes en appellent aux principes pour soutenir leurs pensées, mais en réalité ils ne recherchent quelquefois que des « vêtements magnifiques pour des opinions discutables »⁸².

La sécurité juridique conçue par la doctrine comme une valeur vers laquelle la science du droit et les systèmes juridiques doivent tendre a donc « une dimension quasi philosophique relevant de l'idéal juridique »⁸³. À titre de « valeur "métajuridique", du domaine de l'axiologie »⁸⁴ elle est un idéal chargé de l'efficacité symbolique d'un mythe. Contre l'insécurité, la doctrine juridique a recours à son « pouvoir incantatoire »⁸⁵.

La sécurité juridique fait partie intégrante des grands débats et discussions de la théorie du droit. En particulier, elle participe aux réflexions sur le « droit contemporain, tant dans son rôle social que dans son mode de production »⁸⁶. Elle est utilisée

80. *Ibid.*

81. Patrick Morvan, « La sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité » (2006) 651 Dr. Soc. à la p. 708.

82. Georges Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1955 au n° 132.

83. Salviejo, *supra* note 5 à la p. 209.

84. *Ibid.* à la p. 8.

85. Valembois, *supra* note 3 à la p. 10.

86. Vanneuville, *supra* note 78 à la p. 6.

par la doctrine « pour mieux décrire, comprendre et expliquer »⁸⁷, notamment sur « une base de réflexion critique (au sens constructif du terme) sur les structures de l'ordre juridique »⁸⁸.

Section II : Émergence du principe de sécurité juridique dans le discours juridique européen

La volonté chez les auteurs européens de faire de la sécurité juridique un véritable principe positif, une norme réelle et non simplement souhaitée, émerge vers la fin des années 1990. Selon cette nouvelle conception, la sécurité juridique est une norme générale juridiquement obligatoire, de laquelle peuvent être déduites d'autres normes. Elle est donc conçue comme un « principe du droit positif » qui protège et concrétise la sécurité juridique. Sous cette forme, il s'agit d'un principe fédérateur de règle⁸⁹, un « sur-principe » ou une « super-notion »⁹⁰. En ce sens, le principe de sécurité juridique est une « règle pour les règles de droit, qui, d'un point de vue technique, doivent répondre à certaines exigences »⁹¹.

Selon cette nouvelle conception qui accorde à la sécurité juridique le statut de « principe de droit positif », celui-ci « n'acquiert un sens et un contenu véritables que parce qu'il se "rattache" à des principes existants qui viennent le soutenir »⁹². La sécurité juridique est donc considérée, dans le discours de la doctrine européenne, comme un principe composé de plusieurs normes juridiques non écrites, mais obligatoires envers les branches de l'État et les sujets de droit.

87. Valembois, *supra* note 3 à la p. 393.

88. *Ibid.* à la p. 467.

89. Bertrand Mathieu, « Pour une reconnaissance de principes matriciels en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme » D. 1995. Chron. 211; Bertrand Mathieu, « Table ronde internationale : Constitution et sécurité juridique – France » A.I.J.C. 1999 à la p. 155.

90. Willy Zimmer, « Table ronde internationale : Constitution et sécurité juridique – Allemagne » A.I.J.C. 1999 à la p. 91.

91. Dufour, *supra* note 58 à la p. 12.

92. *Ibid.* à la p. 23. En ce sens voir Valembois, *supra* note 3 à la p. 13. Voir aussi Zimmer, *supra* note 90 à la p. 91.

Dans cette perspective très orientée vers la technique du droit, le principe de sécurité juridique a une « fonction de sécurisation du système juridique »⁹³. Ce principe de sécurité juridique élaboré par la doctrine récente vise, en effet, à rendre conforme aux exigences de la sécurité juridique « la règle de droit, soit-elle de nature législative, réglementaire ou jurisprudentielle »⁹⁴.

Plusieurs auteurs qui attribuent le statut de règle de droit à la sécurité juridique considèrent la sécurité juridique comme « inhérente au modèle théorique de l'État de droit »⁹⁵ et comme une « exigence liée à l'État de droit »⁹⁶. Pour certains, si le principe de l'État de droit est expressément consacré en droit constitutionnel d'un pays, le principe de la sécurité juridique déduit du principe de l'État de droit en tire donc sa valeur constitutionnelle, sa source juridique et est donc implicitement consacré en droit positif⁹⁷. Certains vont même jusqu'à affirmer que la sécurité juridique est un principe positif obligatoire pour tous les systèmes de droit puisqu'elle est inhérente au principe de l'État de droit lui-même universel⁹⁸.

93. Valembois, *supra* note 3 à la p. 8.

94. Michèle de Salvia, « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » C.C.C. 200, n°11 à la p. 94.

95. Valembois, *supra* note 3 à la p. 29.

96. *Ibid.* à la p. 28.

97. Salviejo, *supra* note 5 à la p. 17 : sécurité juridique est l'un des fondements de l'État de droit, ce qui permet d'affirmer qu'elle possède « des bases textuelles nationales, souvent constitutionnelles »; Dufour, *supra* note 58 à la p. 472 : « En effet, malgré l'absence de valeur juridique formelle de la sécurité juridique, celle-ci a une réalité dans le système juridique français. En tant qu'impératif rattaché à l'État de droit, la sécurité juridique prescrit des règles relatives à l'élaboration du droit positif. C'est une règle des règles de droit, une métarègle ».

98. Calmes, *principe de protection*, *supra* note 23 à la p. 111 : la sécurité juridique est un véritable principe du droit parce qu'elle est « une nécessité apparente à tout ordre juridique » en tant que « composante élémentaire de l'État de droit ».

Voici un exemple de ce type de raisonnement. En parlant du droit communautaire, la juriste Caroline Salviejo suggère que « si la sécurité juridique ne fait pas l'objet d'une inscription explicite en ces termes dans le corps de ses dispositions conventionnelles, on ne peut considérer qu'elle y est absente dans la mesure où elle est, normalement, inhérente à tout système de droit qui doit répondre à des critères de stabilité, de prévisibilité et d'accessibilité »⁹⁹. Elle conclut donc que le principe de sécurité juridique « dont la qualification est absente, trouve ses racines dans le principe de prééminence du droit, principe fondamental d'interprétation majeure dans l'œuvre du juge européen »¹⁰⁰. Michèle de Salvia utilise le même raisonnement pour ce qui est du droit de la Convention européenne des droits de l'homme : « la sécurité juridique du justiciable est précisément un des objectifs de la CEDH, car il se rattache directement à un des principes généraux d'interprétation auquel la jurisprudence de Strasbourg se réfère fréquemment et qui est d'ailleurs proclamé dans le Préambule de la CEDH : la prééminence du droit »¹⁰¹.

Dans d'autres contextes, la doctrine ne prétend pas que le principe de sécurité juridique tire sa source du principe de l'État de droit, mais s'efforce à montrer combien les préoccupations sécuritaires étayent depuis longtemps les décisions des tribunaux supérieurs, en quoi la sécurité juridique dans le « non-dit » est une « réalité sur tous les fronts jurisprudentiels » et que les Cours, « [s]ans affirmer la notion, [...] en garanti[es] progressivement les composantes »¹⁰². Il s'agirait d'une véritable stratégie doctrinale qui vise la promotion de la sécurité juridique. Ainsi, « certaines études doctrinales [...] invitent à considérer que l'exigence de sécurité juridique a matériellement une valeur constitutionnelle et

99. Salviejo, *supra* note 5 à la p. 4.

100. *Ibid.* à la p. 46.

101. De Salvia, *supra* note 94 à la p. 94.

102. Jean-Pierre Camby, « La sécurité juridique : une exigence juridictionnelle » (2006) R.D.P. à la p. 1172.

qu'elle est un outil implicitement actionné par le juge constitutionnel français »¹⁰³.

Sous l'influence du droit communautaire, certains prescrivent simplement sa consécration en droit positif interne¹⁰⁴, notamment parce que les atteintes croissantes à la sécurité juridique justifient d'élever celle-ci en principe¹⁰⁵. Enfin, certains auteurs contestent l'idée que la sécurité juridique est un principe ou remettent en question l'opportunité de sa consécration en droit positif¹⁰⁶.

Cette nouvelle conception de la sécurité juridique comme un principe de droit dans la doctrine européenne n'est certainement pas étrangère au fait que certaines juridictions nationales et supranationales européennes accordent à la sécurité juridique le prestigieux statut de principe de droit positif.

103. Valembois, *supra* note 3 à la p. 460; Voir par ex. Bertrand Mathieu, «La sécurité juridique: un principe constitutionnel clandestin, mais efficient» dans *Mélanges Patrice Gélard*, Paris, L.G.D.J., 2000 à la p. 302.

104. Emma Ben Merzouk, « La fausse consécration du "principe de sécurité juridique" » D. 2003. Jur. à la p. 2723 : « Certains aspirent, [...] à la consécration d'un 'principe de sécurité juridique' »; Morvan, *supra* note 81 à la p. 715 : « La juridiction du Palais-Royal pouvait-elle résister encore longtemps sur la pente naturelle conduisant à la diffusion des principes généraux du droit communautaire au sein du droit français? La doctrine administrative l'y invitait ».

105. Molfessis et R. Libchaber, *supra* note 77 à la p. 660.

106. Calmes, thèse, *supra* note 2 à la p. 117 : la sécurité juridique devrait « plutôt rester une ligne directrice concrétisée par des exigences précises, une perspective, un souci, tout au plus un impératif »; Antoine Cristau, «L'exigence de sécurité juridique» D. 2002.chron.2816; Bernard Pacteau, «La sécurité juridique, un principe qui nous manque?» A.J.D.A. 1995, n° spécial aux pp. 153, 156 : « on ne peut que préférer à l'émergence d'un principe de sécurité juridique ce qu'on appellerait plutôt l'instillation dans notre droit d'une perspective de sécurité [...] Le thème de la sécurité juridique est plus riche en inspiration qu'il ne peut l'être en implications directes »; Emma Ben Merzouk, *Le principe de sécurité juridique en droit positif*, thèse de doctorat en droit, Université Paris II, 2003 [non publiée] : L'objet de cette thèse est de montrer l'absence de nécessité d'une consécration par le droit français d'un principe de sécurité juridique.

Selon certaines études, les juges d'Allemagne¹⁰⁷, de Suisse¹⁰⁸ et des Pays-Bas¹⁰⁹ ont fait application du principe de sécurité juridique et de ses équivalents. Le droit espagnol aurait consacré explicitement l'équivalent d'un principe de sécurité juridique dans leur constitution nationale¹¹⁰.

Le principe de sécurité juridique a également fait son introduction en France dans les dispositifs de certaines décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État¹¹¹.

Le juge européen a consacré la sécurité juridique à titre de principe fondamental du droit européen à partir des années 1960.

107. Calmes, thèse, *supra* note 2 à la p. 11; Salviejo, *supra* note 5 aux pp. 2-3.

108. Fromont, *supra* note 71 à la p. 178; Calmes, thèse, *supra* note 2 à la p. 9.

109. Manuel Delamarre, « La sécurité juridique et le juge administratif français » A.J.D.A. 2004, 186.

110. *Ibid.* Salviejo, *supra* note 5 à la p. 22; Dufour, *supra* note 58 à la p. 14; Dominique Colas, *Textes constitutionnels français et étrangers, textes essentiels*, Paris, Larousse, 1994 à la p. 335 : Article 9 alinéa 3 du texte fondamental espagnol de 1978 énonce que « la Constitution garantit le principe de la légalité, la hiérarchie des normes, leur publicité, la non-rétroactivité des dispositions punitives qui ne favorisent pas ou restreignent des droits individuels, la sécurité juridique et la responsabilité des pouvoirs publics et protège contre toute action arbitraire de ceux-ci ».

111. Voir par ex. Cass. Soc., 2 mai 2000, Bull. civ. 2000. V. 127, n° 162, D. 2000. IR. 168 : Une disposition permettant à l'employeur de modifier unilatéralement le contrat de travail des salariés « suscite une difficulté sérieuse quant à sa légalité au regard du principe de la sécurité juridique »; Cons. d'État, 24 mars 2006, *Société KPMG (Assemblée)*, A.J.D.A. 2006 288460 à la p. 841 : « Considérant que le principe de confiance légitime, qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, ne trouve à s'appliquer dans l'ordre juridique national que dans le cas où la situation dont on a à connaître le juge administratif français est régie par le droit communautaire [...] Considérant qu'indépendamment du respect de cette exigence, il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle; qu'il en va ainsi en particulier lorsque les règles nouvelles sont susceptibles de porter une atteinte excessive à des situations contractuelles en cours qui ont été légalement nouées ».

Ainsi, le droit européen, à travers le droit de la *Cour européenne des droits de l'homme* (CEDH) et de la *Cour de justice de la Communauté européenne* (CJCE), a progressivement élaboré un principe de sécurité juridique.

Le principe de sécurité juridique « prend essentiellement la forme d'une norme jurisprudentielle souple et évolutive » dont la source dans les traités du droit européen « ne représente qu'un lointain support »¹¹². En effet, la Convention européenne des droits de l'homme et les Traités constitutifs des Communautés européennes¹¹³ ne reconnaissent pas expressément un principe de sécurité juridique.

La CJCE a reconnu dans les années 1960 le principe de sécurité juridique. La CJCE parle alors vaguement du « principe du respect de la sécurité juridique »¹¹⁴. Un an plus tard, la CJCE déclare que « le principe général de sécurité juridique » est « une règle de droit à respecter dans l'application du traité »¹¹⁵. La CJCE a qualifié la sécurité juridique d'impératif¹¹⁶ d'exigence fondamentale¹¹⁷, de règle de droit supérieure¹¹⁸, de principe

112. Bertrand Mathieu, « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique » C.C.C. 2001, n°11 à la p. 110.

113. Salviejo, *supra* note 5 à la p. 36 : le principe de sécurité juridique « est formellement absent dans les traités constitutifs des Communautés européennes »; Jürgen Schwarze, *Droit administratif européen, Le principe de sécurité juridique*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1994 à la p. 207 : la CJCE ne fait référence à aucune source textuelle qui permettrait de « reconnaître l'existence de la sécurité juridique et d'en délimiter le contenu ».

114. C.J.C.E., 22 mars 1961, *Société nouvelle des usines de Pontlieue Aciéries du Temple (S.N.U.P.A.T.) c/ Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (C.E.C.A.)*, aff. 42 et 49/59, Rec.1961.103 [*Aciéries du Temple*]; Voir aussi C.J.C.E., 13 juillet 1961, *Meroni c/ Haute Autorité de la CECA*, aff. 14, 16, 17, 20, 24, 26, 27/60 et 1/61, Rec.1961.319.

115. C.J.C.E., 6 avril 1962, *De Geus en Uitdenboger d c/ Bosch*, aff. 13/61, Rec.1962.115.

116. C.J.C.E., 15 décembre 1987, *Pays-Bas c/ Commission*, aff. 326/86, Rec.1987.5091.

117. C.J.C.E., 14 juillet 1972, *Azianda Colori Nazionali c/ Commission*, aff. 57/69, Rec.1972.933 : « l'exigence fondamentale de la sécurité juridique

fondamental de la Communauté¹¹⁹, de principe fondamental¹²⁰ et enfin de principe général inhérent à l'ordre juridique communautaire¹²¹.

La première référence explicite et directe du principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la CEDH remonte à 1979 dans l'arrêt *Marckx*. Le juge européen y indique que « le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent aux droits de la Convention comme au droit communautaire, dispense l'État belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt »¹²². Vingt ans plus tard, la CEDH réaffirmait que la sécurité juridique est un « principe général implicite dans la Convention et [...] constitue l'un des éléments fondamentaux de l'État de droit »¹²³. Notons que « les cas d'application directe de la notion de sécurité juridique sont peu nombreux »¹²⁴, mais existent tout de même. Le principe de sécurité juridique est une sorte d'impératif pris en compte par le juge de la CEDH dans ses motifs. À titre d'exemple, dans l'affaire *Cossey*,

s'oppose à ce que la Commission puisse retarder indéfiniment l'exercice de son pouvoir d'infliger des amendes ».

118. C.J.C.E., 14 mai 1975, *Comptoir national technique et agricole (C.N.T.A.) c/ Commission*, aff. 74/74, Rec. 1975 553.

119. Calmes, thèse, *supra* note 2 à la p. 25; Voir aussi *Aciéries du Temple*, *supra* note 114 à la p.125 : « principes fondamentaux d'une bonne administration et de la sécurité juridique ».

120. C.J.C.E., 16 décembre 1976, *Comet BV c/ Produktshap voor Siergewassen*, aff. 45/76, Rec.1976.2043 : « la fixation de tels délais, en ce qui concerne les recours de nature fiscale, constitue l'application du principe fondamental de sécurité juridique qui protège à la fois le contribuable et l'administration concernée »; C.J.C.E., 25 janvier 1979, *Racke c/ Hauptzollamt Mainz*, aff. 98/78, Rec.1979.69 : « un principe fondamental dans l'ordre juridique communautaire exige qu'un acte émanant des pouvoirs publics ne soit pas opposable aux justiciables avant qu'il n'existe pour ceux-ci la possibilité d'en prendre connaissance ».

121. C.J.C.E., 27 mars 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato c/ Denkvit italiana*, aff. 61/79, Rec. 1980 1205.

122. *Marckx c/ Belgique* (1979), C.E.D.H. Notice A31 à la p. 317.

123. *Baranowski c/ Pologne*, n°28358/95, [2000] 2000-III C.E.D.H. au par. 58.

124. De Salvia, *supra* note 94 à la p. 95.

la CEDH considère que ses décisions antérieures ne la lient pas « si des raisons impérieuses lui paraissaient le demander »¹²⁵. Elle rappelle toutefois que, en général, elle « a coutume d'en suivre et [d'en] appliquer les enseignements, dans l'intérêt de la sécurité juridique et du développement cohérent de la jurisprudence relative à la convention »¹²⁶.

Cette présentation montre que dorénavant certains auteurs et juges partagent ce que certains pourraient décrire comme une croyance collective : la sécurité juridique n'est plus uniquement une valeur, elle constitue dans plusieurs pays européens et en droit supranational européen une norme juridique.

Section III : Émergence dans le discours juridique canadien du concept de sécurité juridique

Au Canada, les questions relatives à la sécurité juridique se présentent différemment. Nos recherches nous portent à croire que pendant longtemps, le concept de sécurité juridique a été exempt du discours juridique canadien. Or, depuis une vingtaine d'années, la littérature juridique a multiplié les références à cette notion et la sécurité juridique a fait depuis l'objet d'études ponctuelles¹²⁷. Par exemple, l'Université de Sherbrooke a

125. *Cossey c/ Royaume-Uni* (1990), C.E.D.H. Notice A184 à la p. 35.

126. *Ibid.*

127. Les articles de doctrine consacrés expressément à l'étude de la sécurité juridique en droit canadien que nous avons trouvés, sont les suivant : Charlotte Lemieux, « Jurisprudence et sécurité juridique : une perspective civiliste » dans *Droit contemporain*, Cowansville, Yvon Blais, 1998 à la p. 503; Larouche, *supra* note 27 à la p. 131; Leonard I. Rotman, « The fiduciary concept and the subjective nature of legal certainty » (2008) 110 R. du N. 359; Belleau et Johnson, *supra* note 21; Jean-Luc Bilodeau, « La sécurité juridique et l'efficience des marchés : le cas de l'AMF » (2008) 110 R. du N. 429; Élise Charpentier, « Le prix de la sécurité juridique en matière contractuelle » (2008) 110 R. du N. 545; Pierre-André Côté, « Le souci de la sécurité juridique dans l'interprétation de la loi au Canada » (2008) 110 R. du N. 685 [Côté, «souci de la sécurité»]; Anne-Françoise Debruche, Mathieu Devinat et Anne Saris, « Préface - Actes du X^e Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique : Sécurité juridique/Legal certainty » (2008) 110 R. du N. 265 : Au Canada,

récemment été l'hôte, en 2007, du X^e Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, qui a été entièrement consacré à l'étude du concept de sécurité juridique et où plusieurs intervenants canadiens ont participé¹²⁸. Quant aux juges de la Cour suprême, ils utilisent cette expression depuis les années 1990, mais sans vraiment la définir. Cependant, il appert que le droit canadien n'a pas encore attribué de statut formel au principe de sécurité juridique. L'absence d'un principe de sécurité juridique consacré formellement et officiellement dans le discours juridique n'implique cependant pas que le droit canadien ne consacre pas de règles qui protègent la sécurité juridique¹²⁹.

A. Le discours doctrinal

Pour les auteurs qui évoquent la notion de sécurité juridique, celle-ci est habituellement considérée comme souhaitable. Par exemple, pour une auteure, celle-ci serait une « pierre angulaire du droit, son pilier essentiel »¹³⁰ et pour un autre, elle constitue un « avantage »¹³¹.

Certains auteurs ne définissent pas la notion de sécurité juridique lorsqu'ils en font usage¹³² ou lui attribuent un sens abstrait sans référence¹³³. Cependant, lorsqu'ils le font, la majorité des auteurs tirent les éléments de la définition du concept de sécurité juridique à partir de propositions élaborées par la doctrine européenne. Par exemple, lorsque Danielle Grenier définit

la sécurité juridique a « suscité peu d'études approfondies dans les communautés juridiques de common law et de droit civil ».

128. Anne-Françoise Debruche, Mathieu Devinat et Anne Saris, Comité organisateur, *Actes du Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique*, « Sécurité juridique/legal certainty », Sherbrooke, les 24-27 octobre 2007, (2008) 110 R. du N. aux pp. 265-727.

129. Sur cette question, voir Nadeau, *supra* note 65 aux pp. 73-92.

130. Catherine Kessedjian, « Le temps du droit au XXI^e siècle - Compatibilité avec la codification? » (2005) 46 C. de D. 547 à la p. 554.

131. Guy Lefebvre et Juliette d'Hollander, « La normalisation des contrats internationaux d'ingénierie » (1997) 31 R.J.T. 209 à la p. 230.

132. Voir par ex. Bilodeau, *supra* note 127.

133. Voir par ex. Côté, «souci de la sécurité», *supra* note 127; Larouche, *supra* note 27 à la p. 131; Charpentier, *supra* note 127.

le concept de sécurité juridique, elle mentionne deux propositions des auteurs Michel Fromont et Moncef Kdhir¹³⁴. Marie-Claire Belleau et Rebecca Johnson évoquent également des auteurs européens¹³⁵ lorsqu'elles définissent la sécurité juridique, soit Gérard Cornu et Moncef Kdhir¹³⁶. Enfin, Charlotte Lemieux évoque un auteur européen lorsqu'elle définit la notion de sécurité juridique, soit D. Foussard¹³⁷.

Cet usage rend compte de l'influence du droit européen en droit canadien. Le sens accordé par les juristes canadiens au concept semble commun à celui développé par la communauté juridique européenne. En effet, l'accessibilité¹³⁸ (accès formel et intelligibilité du texte), la prévisibilité¹³⁹ et la stabilité¹⁴⁰ du droit recoupent l'ensemble des définitions que l'on a pu dégager de la littérature canadienne¹⁴¹. Le dialogue qui s'établit avec les juristes européens permet aux juristes canadiens de s'inspirer de ce qui se fait ailleurs et contribue au renouvellement de la réflexion relativement aux concepts, idéaux et normes juridiques reliés à la sécurité juridique.

134. Danielle Grenier, « La notion de confiance légitime et la jurisprudence des tribunaux de droit administratif » dans *Droit contemporain*, Cowansville, Yvon Blais, 1998 à la p. 487; Fromont, *supra* note 71 à la p. 178; Moncef Kdhir, « Vers la fin de la sécurité juridique en droit français? » (1993) 46 *Rev. admin.* à la p. 538.

135. Belleau et Johnson, *supra* note 21 aux pp. 322-323.

136. Gérard Cornu, dir., *Vocabulaire juridique*, 7^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1998 aux pp. 776-777; Moncef Kdhir, *supra* note 134 à la p. 538.

137. Lemieux, *supra* note 127 à la p. 505; D. Foussard, « Rapport de synthèse » dans *Sécurité du droit et jurisprudence*, Entretiens de Nanterre, J.C.P. éd. Entreprise 1990 à la p. 17.

138. Carmen Lavallée, « À la frontière de l'éthique et du droit » (1993) 24 *R.D.U.S.* 1 aux pp. 20, 22.

139. Lemieux, *supra* note 127 à la p. 505; Côté, «souci de la sécurité», *supra* note 127 à la p. 687.

140. Charpentier, *supra* note 127 à la p. 547; Grenier, *supra* note 134.

141. Belleau et Johnson, *supra* note 21 aux pp. 323-324 : « En ce sens, la finalité de la sécurité juridique consiste en 'la recherche d'un système plus stable, accessible et prévisible' ».

La doctrine canadienne partage avec son homologue européen un discours qui rejette et dénonce une conception trop absolue de la sécurité juridique¹⁴² qui serait susceptible de justifier l'injustice¹⁴³ ou d'occulter les questions juridiques fondamentales¹⁴⁴.

142. Voir par ex. Belleau et Johnson, *supra* note 21 aux pp. 325, 334; Luc B. Tremblay, « Le normatif et le descriptif en théorie du droit » (2002-2003) 33 R.D.U.S. 69 aux pp. 92-93.

143. Voir par ex. Richard Tremblay, *L'essentiel de l'interprétation des lois*, Cowansville, Yvon Blais, 2004 aux pp. 20-21 : « Une approche aussi pragmatique s'écarte évidemment d'une philosophie positiviste extrême qui recherche avant tout la prévisibilité des jugements, prévisibilité qui serait, selon ses promoteurs, garante d'une plus grande sécurité juridique. Or, on voit mal comment la mise en application d'une norme dont le sens littéral est clair, mais absurde pourrait être gage de sécurité juridique, puisqu'elle ne respecte pas les faits et a toutes les chances d'être source d'injustice »; Jeanne Simard, « L'interprétation législative au Canada : la théorie à l'épreuve de la pratique » (2001) 35 R.J.T. 549 à la p. 554 : « Cette conception de l'interprétation législative, en apparence rassurante pour le milieu juridique canadien, favorise la prévisibilité des décisions de justice et assure une certaine forme de sécurité dans les relations juridiques. [...] La doctrine, pour sa part, propose de plus en plus des modèles faisant appel à des valeurs plus dynamiques que celles de la stabilité des lois et de la sécurité juridique sans pour autant négliger le texte et ses différents contextes d'utilisation ».

144. Jean-François Gaudreault-Desbiens, « Identitarisation du droit et perspectivisme épistémologique. Quelques jalons pour une saisie juridique complexe de l'identitaire » (2000) 13 Can. J.L. & Jur. 33 aux pp. 71-74: « Certes peut-on souhaiter une réintroduction du doute dans le procès de connaissance juridique [...] Pour bon nombre de juristes, toutefois, pareille démarche ne va pas de soi tant l'idéal positiviste de la sécurité juridique est souvent compris comme une injonction d'adhérer au dogme de l'immobilisme. En fait, la réceptivité des juristes, qu'ils soient universitaires ou praticiens, à l'idée d'un nécessaire questionnement des postulats de leur discipline, de leurs méthodes d'appréhension de certains types de faits ainsi que de l'impact de ces postulats et méthodes sur la pensée juridique, risque en bout de ligne d'être fonction de leur conception de ce qu'est le droit, de ce que doit être sa place dans la société et, surtout, de l'image qu'ils se font de leur propre rôle en tant que juristes. [...] Nous ne prôtons pas l'abandon complet des idéaux de sécurité juridique ou de cohérence normative, bien au contraire. Nous prôtons strictement leur abandon lorsqu'ils empêchent le questionnement juridique fondamental que nous appelons de nos vœux. Nous souhaitons en fait par là un retour à ce qui nous

La valeur de sécurité juridique est utilisée par la doctrine comme un concept descriptif (parfois postulé comme souhaitable ou cela se déduit implicitement). Notamment, ce concept lui permet d'identifier les phénomènes constitutifs d'insécurité juridique. Par exemple, c'est ce que fait le professeur Jean-Luc Bilodeau lorsqu'il affirme que « les normes composant le droit québécois des valeurs mobilières connaissent une croissance faramineuse en quantité, en volume et en complexité » et que « ce phénomène nuit à la sécurité juridique des citoyens »¹⁴⁵. La professeure Charlotte Lemieux utilise la même approche en relevant les « facteurs » constitutifs de sécurité ou d'insécurité juridique¹⁴⁶. Par exemple, affirme-t-elle, « [l]a rétroactivité d'une règle de droit est certainement la pire menace pour la sécurité et la prévisibilité du droit. Or, la loi interprétative offre au législateur la malheureuse possibilité de déguiser une rétroactivité substantielle en loi interprétative »¹⁴⁷. Également, elle constate « l'abondance des lois rétroactives au Québec, abondance contre laquelle personne ne semble s'insurger, la loi n'est même plus en mesure d'offrir au citoyen la certitude qu'il vit sous l'empire de règles présentes et non sous celles de règles futures, dont la teneur est forcément occulte »¹⁴⁸.

Le concept de sécurité juridique est également envisagé selon une deuxième approche en ce qu'il serait un souci implicite¹⁴⁹ ou une valeur qui sous-tend ou regroupe un ensemble

paraît être le fondement même de ces idéaux, soit la protection des justiciables par le truchement de normes substantielles et procédurales qui sont relativement précises, prévisibles, publiques, mais aussi perçues comme légitimes ».

145. Bilodeau, *supra* note 127 à la p. 431.

146. Lemieux, *supra* note 127 à la p. 506 : « Nous nous proposons d'examiner la sécurité juridique que l'activité des tribunaux de droit civil est en mesure d'offrir au citoyen [...] Or, en droit civil, certains facteurs nous rapprochent du principe de sécurité juridique et certains facteurs, parfois les mêmes, mais vus sous un angle différent, nous en éloignent ».

147. *Ibid.* à la p. 513.

148. *Ibid.* à la p. 511.

149. En ce sens : Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999 aux pp. 9, 12, 13, 513; Louise Rolland, « Les Principes

de règles de droit positif ou d'interprétation. Sous cette forme, la sécurité juridique est considérée comme une valeur qui inspire¹⁵⁰ et assure le fondement¹⁵¹ de certaines méthodes d'interprétation ou de règles de droit positif.

En ce sens, Pierre-André Côté affirme qu'il ne fait « aucun doute que la sécurité juridique soit une préoccupation constante et parfois même déterminante dans l'établissement du sens des lois, que ce soit par le juge ou par les autres acteurs de la vie juridique au Canada »¹⁵². Élise Charpentier estime que « le sort réservé aux contrats lésionnaires en droit québécois constitue une illustration particulièrement éloquente de la diversité des règles auxquelles la sécurité juridique a donné naissance au fil du temps »¹⁵³. Pierre Larouche considère que la sécurité juridique est « un principe inconnu de l'ordre juridique canadien », mais que « plusieurs principes à valeur constitutionnelle (non-rétroactivité des lois, principe de précision ainsi que primauté du droit) ou non (respect des droits acquis, respect des attentes légitimes, doctrine du précédent) procèdent de l'idée générale de sécurité juridique »¹⁵⁴.

Bref, la doctrine canadienne ne considère toujours pas la sécurité juridique comme une norme juridique, mais comme un

d'UNIDROIT et le *Code civil du Québec* : variations et mutations » (2002) 36 R.J.T. 583 aux pp. 594, 595, 608.

150. En ce sens : Sylvio Normand, « La codification de 1866 : contexte et impact » dans *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Yvon Blais, 1993 à la p. 44; Esther Arroyo I Amayuelas, « Le Code civil catalan : choix, finalités et transplantations législatives du Code civil québécois » (2005) 46 C. de D. 271 à la p. 276. Pierre Larouche, *supra* note 127 à la p. 141.

151. En ce sens : Pierre Azard, « Le problème des sources du droit civil dans la province de Québec » (1966) 44 R. du B. can. 417 à la p. 456; Stéphane Bernatchez, « Les traces du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada » (2005-2006) 36 R.D.U.S. 165 à la p. 230.

152. Côté, « souci de la sécurité », *supra* note 127 à la p. 687.

153. Charpentier, *supra* note 127 à la p. 547.

154. Larouche, *supra* note 27 à la p. 141.

idéal qui permet d'expliquer voire de décrire ou de critiquer l'état du droit.

B. Le discours du juge de la Cour suprême

L'étude du discours des juges canadiens sera limitée en droit canadien aux juges de la Cour suprême du Canada. Soulignons que les tribunaux inférieurs évoquent également occasionnellement le concept de sécurité juridique dans leurs jugements¹⁵⁵.

La première référence à l'expression « sécurité juridique » que nous avons recensée remonte à l'année 1989 lorsque la Cour suprême cita un ouvrage¹⁵⁶ qui utilisait cette expression¹⁵⁷. En 1992, la Cour suprême utilise pour la première fois l'expression dans le cadre de son argumentation¹⁵⁸. Un an plus tard, dans

-
155. Par ex. *Brochu c. Société des loteries du Québec (Loto-Québec)*, 2009 QCCS 5678 au par. 91 : « Évidemment, la jurisprudence en droit privé québécois demeure un guide important. La Cour supérieure a suivi généralement la voie tracée par la Cour d'appel et la Cour suprême du Canada pour des motifs qui sautent aux yeux des praticiens. Notamment, le principe de sécurité juridique, voulant que la règle de droit jurisprudentielle reflète pour les justiciables un certain degré de certitude, prévisibilité et stabilité raisonnable, exige des motifs sérieux pour qu'un tribunal s'écarte d'un courant de jurisprudence constant et bien établi (exemple : corriger une erreur, éviter une injustice, assurer le progrès et l'évolution du droit en le réformant et rechercher la véritable intention du législateur) »; *Québec (P.G.) c. Corneau*, 2010 QCCS 463 (CanLII) au par. 39 : « Dans ces conditions, bien que la règle du « stare decisis » n'existe pas en droit civil québécois, le principe de la sécurité juridique commande que le Tribunal suive le courant jurisprudentiel inspiré de l'arrêt Hétu, en l'absence de motif sérieux de s'en écarter ».
156. Gilles Pépin et Yves Ouellette, *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd. Cowansville, Yvon Blais, 1982 à la p. 221
157. *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848 au par. 42 [Chandler].
158. *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952 [Tremblay], le juge Gonthier écrit, au nom de la Cour, à la p. 968 : « [C]et objectif de cohérence répond à un besoin de sécurité des justiciables, mais également à un impératif de justice. Les décisions de la

l'arrêt *Domtar Inc. c. Québec (CALP)*, la Cour suprême du Canada a admis alors que la sécurité juridique est un « objectif du droit »¹⁵⁹. Depuis, la sécurité juridique a été considérée par la Cour comme un objectif du droit pénal¹⁶⁰ et du droit international privé¹⁶¹.

L'objectif de sécurité juridique a été rarement évoqué par la Cour suprême¹⁶² et il n'a jamais fait l'objet d'une définition claire ou d'une explication par le plus haut tribunal du Canada. La sécurité juridique constitue une sorte de critère qui est parfois évoqué explicitement sans qu'il fasse l'objet d'un exposé. L'évocation de la sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour suprême n'est pas significative en ce qu'elle se limite à la considérer comme un objectif ou un critère d'application de principe ou à titre d'élément d'une analyse beaucoup plus large. L'utilisation dans le discours des juges de la Cour suprême du concept de sécurité juridique demeure donc limitée et semble parfois fortuite. Dans tous les cas, la Cour n'a pas ressenti le besoin de définir le sens et les conséquences juridiques qui en découleraient.

L'introduction du concept de sécurité juridique dans le discours juridictionnel et doctrinal canadien n'a pas amené le droit canadien à reconnaître un statut formel à la sécurité juridique en droit positif. La doctrine canadienne n'a pas évolué d'une conception de la sécurité juridique en tant qu'objectif du droit vers une conception normative, comme l'a pourtant fait son homologue européen. Également, la Cour suprême n'attribue pas

Commission étant sans appel, c'est à la Commission elle-même qu'il revient de prévenir les incohérences décisionnelles ».

159. *Domtar Inc. c. Québec (CALP)*, [1993] 2 R.C.S. 756 aux pp. 799-800.

160. *Proulx c. Québec (P.G.)*, [2001] 3 R.C.S. 9 au par. 144.

161. *GreCon Dinter Inc. c. J.R. Normand Inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401 au par. 19 [GreCon].

162. *Chandler*, *supra* note 157; *Tremblay*, *supra* note 158; *Domtar*, *supra* note 159; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3; *Lefebvre (Syndic de)*; *Tremblay (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 326; *Groupe HPS c. Bureau des services financiers*, [2003] R.J.Q. 897; *GreCon*, *supra* note 161; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801.

de statut normatif à la sécurité juridique contrairement au discours juridictionnel européen.

Conclusion générale

Notre étude du droit européen révèle que la reconnaissance par le juge européen et par la doctrine d'un statut de « principe » à la sécurité juridique a fait suite à une vaste littérature dans le discours doctrinal sur la « valeur » de sécurité juridique. L'exemple des juridictions européennes illustre le potentiel juridique du principe, c'est-à-dire son influence sur la pensée juridique et sur l'élaboration des règles de droit. En effet, « l'action de l'interprète conduit à modifier les représentations des concepts juridiques parce que sa parole est juricréatrice » et parce que « le travail de la doctrine participe à la précompréhension et à l'élaboration des outils intellectuels d'interprétation des faits et des normes »¹⁶³. D'ailleurs, plusieurs concepts nés dans la doctrine ont été ensuite reconnus par le pouvoir juridictionnel, comme revêtus d'un statut de règle ou de principe de droit positif.

La popularité croissante dans la doctrine de la notion de sécurité juridique et ses récentes concrétisations jurisprudentielles à titre de principe dans les droits nationaux et supranational européen permettent d'anticiper un renouvellement de l'intérêt relativement à la sécurité juridique en droit canadien. L'usage récent de la notion de sécurité juridique dans le discours

163. Boudot, *supra* note 15 à la p. 338; Gérard Cornu, « Réflexion finale » dans *Théorie des actes du langage, éthique et droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986 à la p. 251; Philippe Jestaz, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », D. 1987. Chron. à la p. 17 : il y aurait en somme deux sources du droit : la loi pour l'essentiel; et à égalité de rang, quoiqu'avec un rayon d'action infiniment moindre, l'*opinio juris* ou la commune reconnaissance des juristes. Celle-ci donnerait force de droit et légitimité à des propositions linguistiques exprimées soit par un folklore anonyme (règle d'origine coutumière), soit à la rigueur par des sources prestigieuses ou représentatives (droit non légiféré d'origine diverse), soit surtout par une haute juridiction (jurisprudence proprement dite en qui s'absorbe plus ou moins les autres sources extralégales).

des juristes canadiens exprime « une représentation nouvelle de la réalité » qui pourrait « par un effet de dépassement » « agir sur elle » et emporter l'émergence d'un principe de sécurité juridique¹⁶⁴. Si « [l]e discours juridique est une parole créatrice, qui fait exister ce qu'elle énonce »¹⁶⁵ et qu'il « a un effet performatif dans la mesure où les arguments de la doctrine ont pour conséquences de convaincre que des concepts sont devenus des réalités »¹⁶⁶, l'émergence du concept de sécurité juridique dans le discours juridique canadien pourrait se métamorphoser en une conception normative de la sécurité juridique.

Ainsi, en droit canadien, le recours à la notion de sécurité juridique et sa mise en forme discursive pourraient être le signe précurseur d'une éventuelle consécration en droit positif de la sécurité juridique. D'un point de vue hypothétique, la doctrine canadienne et le droit européen, qui contribuent à définir la sécurité juridique et s'appuient sur son autorité, pourraient influencer à terme la Cour suprême, qui, utilisant déjà l'expression, pourrait être tentée de consacrer dans sa jurisprudence le principe de sécurité juridique.

En particulier, il est possible que ce concept devienne à terme, un principe d'interprétation. Par exemple, en août 2009, dans le cadre d'une requête interlocutoire en Cour fédérale, un demandeur a récemment introduit le concept de sécurité juridique dans son discours à titre de principe devant guider l'interprétation des tribunaux, principe d'interprétation qui doit céder le pas au principe de démocratie dans certaines circonstances¹⁶⁷. La Cour

164. Étienne Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France, dans *Les droits fondamentaux - Une nouvelle catégorie juridique?* » A.J.D.A. 1998, n° spécial juillet-août à la p. 6.

165. Pierre Bourdieu, *Ce que parler veut dire*, Paris, Fayard, 1982 à la p. 21.

166. Boudot, *supra* note 15 à la p. 318.

167. *Roger Collard c. La présidente d'élection du Conseil de Bande de Betsiamites*, 2009 CF 812 au par. 40 : « Le demandeur note que le principe de délai de recours et de la prescription ont notamment pour fondements la stabilité et la sécurité juridique découlant de la rule of law. Or, en matière d'élection, l'objet de la loi est de préserver la confiance des citoyens envers les institutions démocratiques et d'assurer l'effectivité du

suprême a déjà reconnu l'indépendance judiciaire, le fédéralisme, la primauté du droit, le constitutionnalisme, la démocratie et la protection des minorités à titre de principes implicites de l'ordre constitutionnel canadien¹⁶⁸. La Cour a d'ailleurs expressément mentionné que cette liste n'est pas limitative. Ces principes constitutionnels implicites reconnus par la Cour suprême « ont un caractère prescriptif, au sens juridique du terme [...] bien que leur justiciabilité soit variable et puisse faire l'objet de débat »¹⁶⁹. Ils « guident l'interprétation des dispositions explicites de la Constitution, de toute disposition législative et, généralement, de l'action gouvernementale »¹⁷⁰. Ainsi, le droit canadien pourrait, à l'avenir, reconnaître le statut de principe implicite de l'ordre constitutionnel à la sécurité juridique.

Évidemment, le futur est incertain sur la forme que prendra le concept de sécurité juridique en droit canadien. L'on ne peut savoir avec certitude l'impact du discours des juristes sur l'évolution du droit sur cette question et la forme qu'aura, le cas échéant, la sécurité juridique¹⁷¹. Il est permis de croire que les juristes canadiens ne pourront éviter la délicate tâche de préciser l'état du droit relativement à la sécurité juridique.

principe de démocratie, deux principes qui doivent guider l'interprétation des tribunaux (voir Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217, 81 A.C.W.S. (3d) 798 aux par. 50, 61, 64 et 67). Le juste équilibre entre le principe de la démocratie et de la *rule of law* requiert la possibilité pour la présidente d'élection de proroger le délai pour contester l'élection en vertu du Code électoral pour des motifs exceptionnels ». Dans cette affaire, le Code électoral de la communauté autochtone de Betsiamites prévoyait que le délai pour interjeter appel de l'élection était de 14 jours. Le demandeur voulait faire reconnaître le pouvoir de déroger exceptionnellement à cette règle en cas d'impossibilité en fait d'agir.

168. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 aux par. 50, 61, 64, 67.

169. Jean-François Gaudreault-Desbiens et Diane Labrèche, « Le contexte social du droit dans le Québec contemporain », École du Barreau du Québec, *Éthique, déontologie et pratique professionnelle*, collection de droit, vol.1, Cowansville, Yvon Blais, 2007 à la p. 233.

170. *Ibid.*

171. Comparer Valembois, *supra* note 3 à la p. 461 : « [o]n ne peut prédire la survenue de sa cause occasionnelle ni les formes qu'elle prendra ».

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA PROPORTIONNALITÉ PROCÉDURALE : UNE PERSPECTIVE
COMPARATIVE

Auteur(s) : Catherine PICHÉ

Revue : RDUS, 2009-2010, volume 40, numéro 1-2

Pages : 551-597

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10460>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10460>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

LA PROPORTIONNALITÉ PROCÉDURALE : UNE PERSPECTIVE COMPARATIVE

par Catherine PICHÉ*

Dans cet article, l'auteure aborde le principe et les définitions de proportionnalité en droit procédural en fonction des deux traditions juridiques fondamentales de droit civil et de common law. Cette étude lui permet de constater l'importance relative de la proportionnalité à travers les traditions juridiques. L'auteure aborde aussi les applications canadiennes de la proportionnalité, soit la proportionnalité québécoise de l'article 4.2 C.p.c., puis la proportionnalité des nouvelles règles de procédure civile ontariennes et celle des règles de Colombie-Britannique. Elle s'interroge, au surplus, sur la valeur de la proportionnalité comme principe directeur du droit procédural, puis aborde des perspectives d'avenir et de réforme. L'auteure conclut l'article en insistant sur le fait que l'évolution du principe de proportionnalité doit se faire de pair avec un changement de culture, une interprétation large du principe et un remaniement important aux codes de déontologie des avocats.

In this article, the writer addresses the concept and definitions of proportionality in procedural law in light of the civil and common law traditions. The relative importance of proportionality in both legal cultures is emphasized. The writer also addresses the Canadian applications of proportionality in Quebec law with article 4.2 C.C.P., as well as in Ontario and British Columbia law with their new rules of civil procedure. The writer discusses the value of proportionality as a guiding principle of procedural law, along with perspectives for future reform. She concludes that the concept of proportionality must evolve in conjunction with a corresponding change in outlook, a broad interpretation of this principle and important adjustments to the rules of ethics governing the legal profession.

* . Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal. L'auteure remercie ses deux assistantes de recherche, Bianca Picard-Turcot et Andréanne Morin.

SOMMAIRE

I.	DÉFINITIONS ET TRADITIONS JURIDIQUES	554
A.	Géométrie, diversité des figures et des espaces de la proportionnalité	554
B.	Incidence du contexte, de la tradition juridique.....	557
1.	Définitions et traditions.....	557
2.	Applications à degrés variables	562
 II.	 APPLICATIONS CANADIENNES DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ PROCÉDURALE	 567
A.	Proportionnalité québécoise	568
B.	Proportionnalité ontarienne	578
C.	Proportionnalité de Colombie-Britannique	582
 III.	 PERSPECTIVES D'AVENIR ET DE RÉFORME	 586
A.	Quelle valeur doit-on donner à la proportionnalité comme principe directeur?	586
B.	Pistes de réforme	588
1.	Un changement de culture	588
2.	L'interprétation large de la proportionnalité et déontologie	592
 CONCLUSION		 597

« Ô vous, qui entreprenez d'écrire, choisissez une matière proportionnée à vos talents, et examinez longuement ce que peuvent ou ne peuvent point porter vos épaules. Celui qui aura choisi un sujet proportionné à ses forces, saura l'ordonner avec clarté et le revêtir d'expressions convenables »¹.

La proportionnalité n'est « ni simple, ni évidente, ni permanente, ni normale »². Pilier de la procédure civile québécoise, elle a été discutée à plus d'une reprise depuis son apparition formelle dans notre *Code de procédure civile*. Considérée fondamentale ici à l'article 4.2 C.p.c. comme ailleurs au Canada et dans le monde, elle continue à être tout aussi pertinente dans nos discussions de réforme – et même davantage, en regard des nouveaux articles 54.1 et suivants du *Code*. La proportionnalité est donc un sujet qui peut paraître *disproportionné* aux talents des théoriciens du droit, de prime abord, puisqu'étant considérée plutôt « caméléon »³, elle suggère des interprétations changeantes et des applications contextuelles.

Pourquoi une étude comparative de la proportionnalité? Parce que l'éclairage du droit comparé permet une compréhension plus précise de la notion et de ses applications judiciaires et professionnelles, ainsi qu'une plus adéquate contextualisation du changement de culture qui doit s'opérer au Québec dans le cadre de notre réforme du droit procédural.

-
1. Nicolas Louis Achaintre, *Œuvres complètes d'Horace*, trad. par Charles Batteux, Paris, Dalibon, 1825 à la p. 383, cité dans Denys Simon, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des communautés européennes » *Petites affiches* n° 46 (5 mars 2009) 17.
 2. Martine Behar-Touchais, « Droit privé – Rapport introductif » *Petites affiches* n° 117 (30 septembre 1998) 3.
 3. Petr Muzni, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Marseilles, PU Aix-Marseille, 2005.

Ainsi, dans cet article, nous aborderons d'abord les définitions de proportionnalité en fonction des deux traditions juridiques fondamentales de droit civil et de common law. Cette étude nous permettra de constater l'importance relative de la proportionnalité à travers les traditions juridiques. Nous aborderons ensuite les applications canadiennes de la proportionnalité, soit la proportionnalité québécoise de l'article 4.2 C.p.c., puis la proportionnalité des nouvelles règles de procédure civile ontariennes et celle des règles de Colombie-Britannique. En troisième lieu, nous nous interrogerons sur la valeur de la proportionnalité comme principe directeur du droit procédural, puis aborderons des perspectives d'avenir et de réforme. Nous conclurons l'article en insistant sur le fait que l'évolution du principe de proportionnalité doit se faire de pair avec un changement de culture, une interprétation large du principe et un remaniement important aux codes de déontologie des avocats.

I. DÉFINITIONS ET TRADITIONS JURIDIQUES

A. GÉOMÉTRIE, DIVERSITÉ DES FIGURES ET DES ESPACES DE LA PROPORTIONNALITÉ

Laissons d'abord de côté la proportionnalité strictement juridique – pour un court moment – afin de faire un clin d'œil rapide à la proportionnalité mathématique étudiée à la petite école, puis abandonnée plus tard au profit d'études en droit et d'une profession de juriste!

En fait, ce parallèle entre les deux notions nous permet de constater, d'abord, leurs points communs. Autant la règle de proportionnalité mathématique que le principe de proportionnalité juridique ont comme fondement un certain sens de la « mesure », une relation particulière entre deux grandeurs, deux suites de nombres – ou séries de facteurs, deux ou plusieurs procédures, recours ou compensations. En somme, il s'agit d'évaluer certains éléments par rapport à d'autres.

De plus, tant la proportionnalité mathématique que la proportionnalité juridique nécessitent comme étape primordiale une organisation particulière, logique des données. On ne peut comparer des poires et des prunes; il faut ordonner ses idées d'abord et classer les éléments à comparer dans les bonnes catégories! Comme il le sera discuté ci-après, pour appliquer la proportionnalité juridique, il faut d'une part qualifier le recours, circonscrire ses objectifs et sa finalité, et d'autre part, établir quelles procédures ont été entreprises pour y arriver et combien de temps et d'argent ont été engagés pour ce faire.

Enfin, les deux types de proportionnalité sont fonction des choix stratégiques des parties, et de l'organisation et de la présentation des données. Dans les deux cas, il existe une diversité des processus de résolution et des modes d'analyse. En mathématiques, les modes de résolution de la règle passent de l'apprentissage de l'algorithme de résolution (par exemple la règle de trois), à l'apprentissage par la perception d'une relation particulière entre deux grandeurs et le modèle des proportions. En droit, l'évaluation de la proportionnalité se fera par le juge, qui lui, portera un regard subjectif, individuel, sur le dossier qui pourra avoir été présenté de bien diverses manières par les parties en litige.

Une fois les ressemblances ou points communs notés, on note que la proportionnalité juridique reste un concept malgré tout plus subtil, principalement à cause de son lien intime avec la langue, la plaidoirie et le droit. En effet, elle réfère généralement à l'équilibre dans le choix des moyens mis en œuvre pour la réalisation, juste et équitable, des droits des justiciables, à la plus proche mesure de la valeur de l'enjeu litigieux.

Plusieurs mots importants ressortent de cette définition. Les mots « équilibre » et « mesure », d'abord, qui réfèrent directement à la comparaison et adéquation de deux mesures, discutées ci-dessus. Ensuite, le « choix », qui existe, toujours, pour les parties, d'un recours ou d'un autre, d'une procédure ou d'une autre. De plus, le « juste » et l'« équitable », deux notions

similaires, mais certainement pas identiques, symboles d'un système idéal de justice civile. Enfin, la « valeur » de l'enjeu litigieux, qui implique une évaluation – la plus objective possible – de la somme et de l'importance de l'objet du litige. Mais comment définir cette valeur, cette importance de « l'enjeu litigieux »? Est-ce qu'un dossier à enjeu financier plus important mérite nécessairement plus de ressources, de temps, de *discovery*? L'impact social ou humain n'est-il pas beaucoup plus important en l'espèce?

Le mot proportionnalité a une double appartenance aux langages juridique et courant, et a aussi plusieurs produits dérivés, soit les qualificatifs « nécessaire », « raisonnable », « adéquat », « opportun » et « justifié »⁴. Il a, de plus, plusieurs antonymes : « non nécessaire », « déraisonnable », « inadéquat », « inopportun » et « injustifié »⁵. On réfère alternativement à l'adjectif « proportionnel » et à son adverbe « proportionnellement », ou à l'adjectif « proportionné » et à son adverbe « proportionnement ». Lesquels adjectifs et adverbes sont préférables en l'instance? Les premiers apparaissent comme des notions plus mathématiques, tandis que les deuxièmes sont des notions plus fines, plus juridiques et donc plus appropriées lorsque l'on traite de proportionnalité juridique.

En somme, la proportionnalité juridique vise à effectuer un double contrôle sur l'instance. D'abord, un contrôle de pertinence, de justification : le moyen employé « doit permettre effectivement d'atteindre le but poursuivi » par le recours⁶. C'est ainsi que les justiciables pourront, par exemple, se voir refuser le droit de se faire entendre quant à une procédure que le tribunal juge *a priori* vouée à l'échec⁷. Ensuite, « un contrôle d'incidence ou de

4. Denys Simon, *supra* note 1 à la p. 2.

5. *Ibid.*

6. Nicolas Dupont, « Droit au respect de la vie privée versus droit à la preuve » *Gazette du Palais* n° 337 (2 décembre 2008) 33.

7. *Lefebvre c. Préfontaine*, 2010 QCCS 2123 aux par. 29-32, permission d'en appeler accordée le 14 juillet 2010, 2010 QCCA 1346; *Syndicat des*

conséquences », de sorte que le moyen n'a pas de conséquences excessives sur les droits ou intérêts de la partie poursuivie⁸. À ce deuxième type de contrôle, on pourrait même rajouter un contrôle plus large, dont nous discuterons à nouveau ci-après, de proportionnalité collective, qui veut que le moyen n'ait pas de conséquences excessives sur le système judiciaire et n'affecte pas l'accès à la justice des justiciables.

B. INCIDENCE DU CONTEXTE, DE LA TRADITION JURIDIQUE

Quelle est l'incidence du contexte et de la tradition juridique sur l'évaluation du principe de proportionnalité juridique? Y a-t-il, justement, des distinctions à faire dans les définitions, modes d'analyse et d'interprétation, et applications par le juge? Il semble que la réponse soit à la fois oui et non. D'un côté, la définition reste toujours, largement, la même. De l'autre, l'interprétation est nécessairement différente, car les philosophies sont divergentes, et les applications, multiples et variées. Quoi qu'il en soit, l'association du concept à un système de justice ou à une tradition juridique permet de mieux saisir le contexte, les acteurs et la culture juridique en cause.

1. Définitions et traditions

La proportionnalité trouve origine dans les travaux d'Aristote, pour qui la justice et la proportion devaient entretenir une relation étroite. Dans *Éthique à Nicomaque*, il écrivait : « la proportion est un moyen et le juste une proportion »⁹. Pour Aristote, deux formes de proportion servaient la justice : la proportion arithmétique et la proportion géométrique.

copropriétaires du 4576-4578 Harvard c. Silberman, 2010 QCCA 270 au par. 10 [*Syndicat des copropriétaires du 4576-4578 Harvard*].

8. Dupont, *supra* note 6.

9. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Livre V, Paris, Librairie philosophique Jacques Vrin, 1990 à la p. 230.

Sans trop vouloir simplifier ni résumer l'histoire du droit de la proportionnalité, il est utile de souligner qu'elle est d'abord apparue, en Europe, en droit administratif, constitutionnel, européen, pénal et communautaire. Dès 1789, la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* prévoyait à son Article VIII que « [l]a loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée »¹⁰. Beaucoup plus tard, en 1957, le *Traité de Rome* imposait la proportionnalité aux législateurs nationaux, à l'article 36, quant aux exceptions à la libre circulation des marchandises admises par cet article, alors que l'article 85(3) rendait obligatoire ce principe aux contractants, en exigeant que les restrictions contractuelles à la concurrence, pour qu'elles soient exemptées, ne soient pas disproportionnées par rapport au but poursuivi¹¹. C'est ainsi que la proportionnalité a acquis un statut formel en droit civil européen. La *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* a, elle aussi, conduit les institutions européennes à mener un contrôle de la proportionnalité¹².

De la même manière, la doctrine de la proportionnalité est apparue fin dix-neuvième siècle en droit substantif allemand pour protéger les droits individuels des citoyens¹³. Elle a ensuite été transposée en droit privé par le biais de certaines applications de l'exigence de la bonne foi, et la sanction de nullité de tous les

10. « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », décrétée par l'Assemblée Nationale dans les séances des 20, 21, 23, 24 et 26 août 1789, acceptée par le Roi (28 octobre 2010), en ligne : Sosnet <<http://sos-net.eu.org/etrangers/ddhc/ddhc89.htm>>.

11. « Traité instituant la Communauté économique européenne », 25 mars 1957 (28 octobre 2010), en ligne : Traités de Rome <<http://mjp.univ-perp.fr/europe/1957rome1.htm>>.

12. « Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », 4 novembre 1950, Rome, 4.XI.1950, art. 8-11, 15, 18 (28 octobre 2010), en ligne : Conseil de l'Europe <<http://conventions.coe.int/treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CL=FRE>>.

13. Claude Witz, *Droit privé allemand. Actes juridiques, droits subjectifs*, Paris, Litec, 1992, n° 663.

contrats synallagmatiques qui contiennent une disproportion flagrante, imposée par un contractant à un cocontractant dans une situation de faiblesse, dont l'autre a tiré profit, et donc pour protéger l'équilibre contractuel¹⁴.

C'est en droit anglais que le principe de proportionnalité semble avoir été, pour la première fois, appliqué précisément en procédure civile. Lord Woolf, dans son rapport final de réforme de la procédure civile anglaise intitulée « Access to Justice »¹⁵, cherche à créer un meilleur équilibre entre les parties, les avocats et le juge, afin d'assurer une meilleure proportionnalité entre la nature de la cause et la procédure utilisée, et d'atténuer les effets négatifs du système contradictoire. Pour ce faire, il préconise notamment la gestion d'instance, le contrôle des expertises et l'encadrement de la preuve, tout en encourageant la responsabilisation des parties dans la conduite de leur dossier. Ainsi, il propose que la proportionnalité soit l'un des principes fondamentaux du droit judiciaire anglais, à la base d'un système de justice civile « juste » :

Rule I of the new procedural code, which imposes an obligation on the courts and the parties to further the overriding objective of the rules so as to deal with cases justly. *The rule provides a definition of 'dealing with a case justly', embodying the principles of equality, economy, proportionality and expedition which are fundamental to an effective contemporary system of justice.* These requirements of procedural justice, operating in the traditional adversarial context, will give effect to a system which is substantively just in the results it delivers as well as in the way in which it does so [nos italiques]¹⁶.

14. *Ibid.*

15. The Right Honourable The Lord Woolf, Master of the Rolls, « Access to Justice – Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales », Londres, Her Majesty's Stationery Office, juillet 1996 (28 octobre 2010), en ligne : DCA <<http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>> [Rapport Woolf].

16. *Ibid.*

Les idées modernes de Lord Woolf sur la proportionnalité ont éventuellement été importées en Amérique du Nord, puis au Québec, comme il le sera discuté ci-après.

La proportionnalité a-t-elle changé au fil de ses nombreux voyages dans le temps et dans l'espace? Nous ne le croyons pas. Si la proportionnalité vise, en droit civil européen, une relation raisonnable entre l'objectif à être atteint et les moyens utilisés à cette fin, elle implique de manière similaire, en tradition de common law, une extension du principe du « raisonnable », une relation équitable entre la fin et les outils pour y arriver.

Pour le Doyen Cornu, la proportionnalité réfère à une « juste mesure, [un] principe d'adéquation, de modération... [à la] mise en œuvre de moyens appropriés à l'objectif à atteindre... »¹⁷. Pour Lord Woolf, la proportionnalité implique que l'on « ... [traite] chaque instance d'une manière qui soit proportionnée à son importance, à la somme en jeu, à la complexité des questions en litige et à la situation financière des parties »¹⁸ [traduction par l'auteur]. Enfin, au Canada, la proportionnalité veut « que le recours à la justice respecte les principes de la bonne foi et de l'équilibre entre les plaideurs et n'entraîne pas une utilisation abusive [des] institutions de la justice civile »¹⁹.

Au fil des traditions juridiques et des différents contextes, la même perspective de justice distributive demeure. Il y aura proportionnalité lorsque des ressources raisonnables sont investies dans le système de justice civile par rapport aux autres facilités publiques dont la communauté a besoin. Or, lorsqu'elle est appliquée plus spécifiquement aux parties à la justice civile, la proportionnalité implique que l'on compare les procédures et les

17. Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2005.

18. *Rapport Woolf*, *supra* note 15, r. 1.1(2)(c).

19. *Marcotte c. Longueuil (Ville de)*, [2009] 3 R.C.S. 65 [Marcotte]. Cette formulation de l'objectif du principe de la proportionnalité a été reprise abondamment par la jurisprudence ultérieure, notamment par la Cour d'appel dans l'affaire *Vergers Leahy inc. c. Fédération de l'UPA de St-Jean-Valleyfield*, 2009 QCCA 2401 au par. 42.

coûts engendrés à la complexité des questions en litige, à la valeur en litige et à la nature de la réclamation²⁰. Que l'on navigue à travers l'une ou l'autre des traditions juridiques, les préoccupations sociales sous-jacentes à la proportionnalité sont les mêmes. De fait, on déclame que la justice a un coût qui est à la fois économique, social et humain, et qu'il faut se munir d'outils efficaces permettant de détecter et de dissuader les pratiques judiciaires abusives. En même temps, il faut pouvoir balancer le droit fondamental d'accès à la justice et celui à une défense pleine et entière. Ces préoccupations, de fait, étaient déjà présentes au Québec en l'an 2000 :

[...] la justice a un coût inévitable. [Compte tenu des] coûts tant économiques que sociaux et humains inhérents aux procédures judiciaires, [...] divers moyens peuvent être envisagés. L'incitation à conclure des conventions entre procureurs sur le déroulement de l'instance, l'exercice d'un meilleur contrôle de l'instance par le tribunal au moyen de la tenue, entre autres, de conférences préparatoires et de gestion d'instance, peuvent entraîner une réduction des coûts. Mais, plus encore, il importe d'intégrer au code des règles témoignant d'un *souci constant de contrôler les coûts de la procédure et d'inciter à la recherche de la proportionnalité, c'est-à-dire à une meilleure adéquation entre la nature et la finalité d'une action en justice et les recours disponibles pour l'exercer* [nos italiques]²¹.

Par ailleurs, ces préoccupations d'économie de la justice sont également présentes sur le plan international ou transnational. Les *Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile*

-
20. C'est ainsi que, dans l'affaire *Y.L. c. Yu. V.*, 2010 QCCA 808 [Y.L.], la Cour d'appel réduit les frais d'expertise auxquels les demandeurs peuvent prétendre, car déraisonnables en fonction de la valeur en litige et excessifs en considération de l'apport de l'expertise au dossier (voir aux par. 43-47).
21. Ministère de la Justice, « La révision de la procédure civile », Document de consultation sur la révision de la procédure civile, Québec (28 octobre 2010), en ligne : Justice Québec <<http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/crpc-rap1.htm>>.

transnationale tiennent aussi compte de la nécessité de proportionnalité, en l'associant cette fois aux termes suivants : « raisonnable », « significatif », « non excessif », ou « équitable »²². Ainsi, le Principe 11 prévoit que « [l]es parties partagent avec le tribunal la charge de favoriser une solution du litige équitable, efficace et *raisonnablement rapide*. Les parties doivent s'abstenir de tout abus de procédure [...] » [nos italiques]. La proportionnalité devient donc une responsabilité partagée entre les parties et le juge. De plus, elle entraîne une responsabilisation des parties et du juge quant à l'équité des processus et résultats du litige.

2. Applications à degrés variables

Même si la définition de proportionnalité change peu lorsque l'on voyage d'un système juridique à l'autre, ou d'un continent à l'autre, ses applications, elles, peuvent varier. Alors que la proportionnalité semble en quelque sorte ignorée ou présumée en pays à tradition civiliste, elle est élevée comme principe fondamental de la procédure dans les pays de common law. Les divergences de philosophie et de rôles des acteurs judiciaires dans ces systèmes laissent à penser que la proportionnalité a certainement une importance plus fondamentale dans les pays à tradition de common law.

Plusieurs théoriciens résistent à la tentation de catégoriser les systèmes en traditions de common law ou de droit civil, ces systèmes étant en mouvance constante et convergeant en des principes de réforme généralisés. De fait, on parle, dans la majorité des systèmes juridiques, d'un juge gestionnaire ou administrateur²³.

22. *Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale*, Rev. dr. unif. (28 octobre 2010), en ligne : Unidroit <<http://www.unidroit.org/french/principles/civilprocedure/main.htm>>.

23. Judith Resnik, « Managerial Judges » (1982) 96 Harv. L. Rev. 374; Robert F. Peckham, « The Federal Judge as a Case Manager: The New Role in Guiding a Case from Trial to Disposition » (1981) 69 Cal. L. Rev. 779.

Malgré tout, en navigant d'un système à l'autre, on remarque, d'abord, que les modes d'interprétation de la loi varient d'un système juridique à un autre. Le juge civiliste aura, le plus souvent, un raisonnement inductif qui le conduira à appliquer la proportionnalité comme suit : il expliquera d'abord les faits en litige – incluant le moyen procédural privilégié, référera à l'article codifiant le principe de proportionnalité, puis conclura que le moyen choisi est proportionnel à la fin escomptée et à la valeur en litige. Le juge de common law, par ailleurs, voudra déduire d'applications jurisprudentielles de la proportionnalité, et de situations de faits proportionnées ou disproportionnées, un fondement appuyant sa conclusion que la procédure en cause est proportionnée à l'objectif escompté.

Les traditions civilistes et celles de common law ont aussi des philosophies bien distinctes, malgré les courants modernes de réforme du droit procédural. On associe souvent les systèmes de droit civil à la tradition inquisitoire. Quelles sont ses principales caractéristiques? Les codes de procédure civile y sont la principale source de droit procédural. Ces codes font référence au caractère public de l'audience ainsi qu'au contrôle des allégations et de la preuve par les parties. Ce contrôle est d'ailleurs tempéré par le grand pouvoir du juge de supervision et d'initiative dans les procédures. Alors que la tradition civiliste recherche la vérité à tout prix, la tradition de common law est davantage préoccupée par l'équité procédurale, et présume que la vérité découlera plus naturellement des représentations des parties²⁴.

Les rôles des acteurs judiciaires sont également bien distincts, d'un système à l'autre. Le juge civiliste, d'une part, a un rôle qualifié d'inquisitoire, et possède une initiative et un contrôle considérables dans le développement des procédures et de la preuve, tout en étant principalement responsable de l'élaboration des faits. Le juge de common law, d'autre part, est

24. Glendon, Gordon & Osakwe, *Comparative Legal Traditions*, Eagan (Minnesota), West Publishing Co., 1994 à la p. 167; John Anthony Jolowicz, *On Civil Procedure*, Cambridge, CUP, 2000 à la p. 20.

traditionnellement retiré de l'élaboration de la preuve et des faits, et doit rester neutre, passif, stoïque face aux parties²⁵.

Comme le décrivent si habilement Glendon, Gordon et Osakwe, le juge civiliste est, en pratique, beaucoup plus impliqué dans le déroulement de l'instance :

[...] a civil law action is a continuing series of meetings, hearings, and written communications during which evidence is introduced, testimony is taken, and motions are made and decided. During this process, the judge plays an active role in questioning witnesses, and in framing or reformulating the issues. Although the questioning is typically done by the judge, the questions are often submitted by the parties' counsel who sometimes are permitted to question a witness directly. As the action proceeds, the judge may inject new theories, and new legal and factual issues, thus reducing the disadvantage of the party with the less competent lawyer. [...] the court may obtain certain types of evidence, such as expert opinions, on its own motion. [...] the parties informally introduce documents after providing the other side with notice and an opportunity to inspect. The weight to be accorded the evidence is for the free evaluation of the court²⁶.

De ce rôle inquisitoire découlent peut-être une préoccupation plus naturelle et une responsabilisation plus prononcée du respect de la proportionnalité par le juge, malgré son désir de vérité. De fait, ce juge doit comprendre le litige plus tôt et plus vite, tout en anticipant davantage la suite nécessaire des choses. Le juge inquisitoire a été formé comme un juge professionnel, responsable de la recherche de la vérité, et ce, malgré son nouveau rôle d'administrateur ou de gestionnaire plus concentré sur la réduction des délais. Ainsi, dans ses nombreuses interventions et prises de décision quant au déroulement de l'instance, le juge inquisitoire doit constamment avoir à l'esprit de

25. Resnik, *supra* note 23 à la p. 380.

26. Glendon, Gordon & Osakwe, *supra* note 24.

prendre la décision la plus « proportionnée » possible, compte tenu de la nature du dossier, de l'objectif poursuivi.

Par opposition, le juge de common law a une implication plus superficielle dans le déroulement de l'instance, et n'est donc pas aussi naturellement préoccupé par la proportionnalité des procédures. En fait, il n'a pas l'implication nécessaire dans le dossier pour en juger aussi adéquatement que son collègue civiliste. De plus, il existe en common law un droit fondamental à tout document pertinent et non privilégié (dans un contexte de *discovery*), qui fait en sorte que le juge hésitera à faire prévaloir la proportionnalité sur la pertinence. Ces habitudes devront changer avec l'adoption de nouvelles règles de procédure civile dans deux des provinces de common law canadiennes – dont le principe de proportionnalité, tel que nous en discuterons ci-après.

Le rôle des avocats change aussi selon la tradition juridique. Les avocats civilistes, d'une part, suggèrent des pistes d'enquête sur les faits ainsi que des théories de droit, assistent le juge lorsqu'il interroge les témoins, et plaident le droit. Les « commonlawyers », eux, sont des « zealous advocates »²⁷ qui contrôlent le déroulement de l'instance, et veulent gagner le procès à tout prix en présentant le meilleur dossier possible au juge. Pour eux, la recherche de la vérité se fait par l'emploi de tous les outils possibles et disponibles, même par des demandes d'échanges de documents parfois exagérées²⁸.

Les avocats de litige en système civiliste ou inquisitoire sont souvent considérés comme étant des « law-adversaries », alors que ceux en système de common law ou contradictoire sont plutôt des « law-and-fact adversaries »²⁹. C'est donc dire que les avocats

27. Roderick A. MacDonald, « Legal Culture – Discussion Paper », Civil Justice Reform Working Group, 23 février 2005 (28 octobre 2010), en ligne : Civil justice reform group <http://www.bcjusticereview.org/working_groups/civil_justice/cjrwg_paper_02_23_05.pdf>.

28. Jolowicz, *supra* note 24 à la p. 22.

29. John H. Langbein, « Restricting Adversary Involvement in the Proof of Fact: Lessons from Continental Civil Procedure », discours prononcé au

civilistes se préoccupent de plaider la meilleure version du droit applicable, alors que ceux des systèmes de common law se « battent » sur le droit et les faits. On se demandera, ci-après, si les « commonlawyers » sont adéquatement outillés pour se préoccuper de proportionnalité, et comment leurs obligations de loyauté et de diligence envers leurs clients peuvent se concilier avec ce principe fondamental.

Malgré tout, les divergences de rôle de l'avocat, en fonction des systèmes, semblent s'atténuer avec le temps. L'avocat d'aujourd'hui est encouragé à se concentrer moins centralement sur les intérêts de son client, et plus généralement sur la Justice afin d'en être un « facilitateur » :

[...] the emphasis of lawyering is slowly shifting away from zealous pursuit of the client's cause within the bounds of the law to the pursuit of the cause of justice. That pursuit demands that lawyers engage in behaviour that will enhance a fair, other-regarding, and non-discriminatory process of problem-solving and that will protect the right of the client to obtain the remedy he or she is entitled to under the law properly interpreted³⁰.

En somme, le juge civiliste aurait de nombreuses occasions de recourir à une application et à un contrôle de la proportionnalité, « tantôt par raison d'autorité, tantôt par l'autorité de la raison »³¹, mais il semble peu enclin à le faire, tel qu'il appert des trop rares applications jurisprudentielles du principe³². Peut-

American College of Trial Lawyers, 25 septembre 1984, cité dans Glendon, Gordon & Osakwe, *supra* note 24 à la p.185.

30. Jay Naster, « Divided Loyalties », Septième colloque sur la profession juridique du juge en chef de l'Ontario, octobre 2006 à la p. 4 (28 octobre 2010), en ligne : The Chief Justice of Ontario's Advisory Committee on Professionalism <http://www.lsuc.on.ca/media/seventh_colloquium_naster.pdf>.

31. Jean-Baptiste Seube, « Le contrôle de la proportionnalité exercé par le juge judiciaire : présentation générale » *Petites affiches* n° 46 (5 mars 2009) 86.

32. *Ibid.* à la p. 4, citant Cass. Civ. 2^e, 3 juin 2004, D. 2004 à la p. 2069. Un des rares exemples cité par le Professeur Seube dans son article,

être est-ce parce que le respect de la proportionnalité est implicite, dans ces traditions, ou peut-être est-ce plutôt parce que les abus sont moins évidents ou prononcés. Par opposition, le juge de common law se préoccupe de la proportionnalité, l'applique en droit procédural, et l'élève même au rang de principe directeur³³. Cette importance grandissante du principe de proportionnalité en tradition de common law s'explique, du moins en partie, par la philosophie du système et le rôle des acteurs judiciaires. Elle nous permet aussi de conclure que le respect de la proportionnalité est fondamental dans les traditions de common law.

II. APPLICATIONS CANADIENNES DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ PROCÉDURALE

Au Canada, trois provinces se préoccupent fondamentalement de la proportionnalité des procédures, l'élevant au rang de principe directeur : le Québec, l'Ontario et la Colombie-Britannique. Ces trois provinces ont formellement reconnu que les coûts et les délais de la justice civile s'accroissent, et que pour tenter de pallier cette situation, des mesures sont nécessaires, d'où la codification du principe. Nous verrons tour à tour comment la proportionnalité est décrite, perçue et appliquée dans ces trois provinces, dont l'une seule est régie par un code de procédure d'origine civiliste. Malgré cette dernière distinction, il n'en demeure pas moins que les juges québécois, tout comme ceux de l'Ontario et de la Colombie-Britannique, exercent leurs fonctions en vertu de la tradition de la common law, comme nous le verrons ci-après.

d'application de la proportionnalité en pays de droit civil est celui de la cause où un époux divorcé, débiteur d'une prestation compensatoire, avait engagé un détective pour établir les éléments du train de vie de son ancienne épouse. La Cour de cassation avait alors conclu que la surveillance de l'épouse constituait, en quelque sorte, une « immixtion dans sa vie privée disproportionnée par rapport au but poursuivi », d'une manière telle à avoir violé les dispositions du Code civil.

33. Voir notamment *Marcotte*, *supra* note 19.

A. PROPORTIONNALITÉ QUÉBÉCOISE

Même si le principe de proportionnalité a toujours existé en droit de la procédure civile québécois³⁴, il est officiellement codifié dans le *Code de procédure civile* (« C.p.c. ») depuis la dernière réforme de 2003. Cette réforme avait introduit trois principes directeurs, dont la proportionnalité, qui avait pour but de rendre le processus judiciaire plus économique, efficace et accessible.

On peut se demander, de prime abord, si le caractère mixte de la procédure civile québécoise et sa tradition d'interprétation civiliste³⁵ font en sorte que la proportionnalité ait ici un sens et des applications distinctes et spécifiques. Une réponse positive s'impose. Comme nous le verrons ci-après, les techniques de raisonnement et d'interprétation du juge québécois sont bien distinctes de celles des provinces de common law et confirment, à ce stade, l'autonomie intellectuelle de la culture juridique québécoise.

L'article 4.2 C.p.c. témoigne d'une volonté du législateur d'assurer que l'exercice des droits légitimes soit proportionnel aux intérêts en litige³⁶ :

34. *Droit de la famille* – 071223, [2007] J.Q. 5046 au par. 77 (C.A.). Voir également le jugement rendu dans l'affaire *Gadoua c. Beaudoin*, 1999-14586 au par. 29 (C.S.) (REJB), où, avant même que ne soit codifié le principe de la proportionnalité à l'article 4.2 C.p.c., l'honorable juge Dalphond tenait les propos suivants : « Ce principe du coût raisonnable d'une expertise par rapport à la nature de l'affaire soumise au tribunal est fondamental car il en va, à la limite, de l'accessibilité à la justice. En effet, rien n'empêche la personne qui décide de produire un rapport d'engager l'expert le plus onéreux qui soit, de l'entourer d'une équipe toute aussi coûteuse et de se livrer à de fréquentes consultations, discussions de stratégie, préparations de témoignage,... Elle ne peut cependant espérer, si elle a gain de cause, que le luxe dont elle a les moyens devienne un fardeau punitif pour la partie adverse ».

35. *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] R.C.S. 743 au par. 39.

36. *Anber c. Piché*, 2009-163964 au par. 22 (C.S.) (EYB) [Anber].

Dans toute instance, les parties doivent s'assurer que les actes de procédure choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigés, proportionnés à la nature et à la finalité de la demande et à la complexité du litige; le juge doit faire de même à l'égard des actes de procédure qu'il autorise ou qu'il ordonne.

Cet article s'inscrit donc parfaitement dans le « nouvel environnement » créé par la réforme, et concorde à la fois avec « le niveau [accru] d'intervention du tribunal dans la gestion du dossier »³⁷ et la nouvelle responsabilisation des parties de leur dossier et du déroulement de l'instance, consacrée à l'article 4.1 C.p.c. C'est d'ailleurs en ce sens que le Comité de révision de la procédure civile décrivait les objectifs de la réforme, dans son rapport intitulé « Une nouvelle culture judiciaire » :

Pour que la justice civile demeure un service public accessible, il y a lieu de veiller à ce que les coûts et les délais en soient raisonnables. Dans la poursuite de cet objectif, il importe que les dispositions du Code de même *que l'action des parties et des tribunaux soient inspirées par une même préoccupation de proportionnalité* entre, d'une part, les procédures prises, le temps employé et les coûts engagés et, d'autre part, la nature, la complexité et la finalité des recours. Ce principe permet de mieux établir l'autorité du juge lorsqu'il intervient dans la gestion de l'instance et de guider l'action des parties et de leurs procureurs [nos italiques]³⁸.

37. *Pharmascience Inc. c. Option consommateurs*, [2005] J.Q. 4770 au par. 30 (C.A.). La Cour d'appel reconnaît d'ailleurs cette « plus large marge de manœuvre » accordée aux juges de première instance quant à la proportionnalité des procédures et se voit désormais plus réticente à intervenir et réviser l'exercice de cette discrétion, tel qu'on peut le constater dans l'affaire *Dubois c. Robert*, 2010 QCCA 775 au par. 170. Dans l'affaire *Droit de la famille – 10288*, 2010 QCCA 246 au par. 17, la Cour d'appel précise, par ailleurs, qu'elle n'interviendra que s'il lui est démontré que telle discrétion a été exercée de façon déraisonnable et qu'il en résulte un préjudice irréparable.

38. Québec, Comité de révision de la procédure civile, *Une nouvelle culture judiciaire*, juillet 2001, (28 octobre 2010), en ligne : Justice Québec

La Cour suprême du Canada a récemment traité de la proportionnalité dans l'arrêt *Marcotte c. Longueuil (Ville de)*, un dossier qui provenait de la Cour d'appel du Québec et nécessitait une interprétation des règles québécoises sur le recours collectif. La majorité, sous la plume du juge Lebel, y reconnaît que la proportionnalité est un principe directeur, par opposition à un « simple principe à valeur interprétative », et se sert du principe comme source d'un pouvoir d'intervention des tribunaux³⁹. À ce sujet, le juge Lebel écrit :

[43] Le principe de la proportionnalité qu'énonce l'art. 4.2 C.p.c. n'est pas entièrement nouveau. Toute bonne procédure devrait le respecter [...]. L'exigence de proportionnalité dans la conduite de la procédure reflète d'ailleurs la nature de la justice civile qui, souvent appelée à trancher les litiges privés, remplit les fonctions d'État et constitue un service public. Ce principe veut que le recours à la justice respecte les principes de la bonne foi et de l'équilibre entre les plaideurs et n'entraîne pas une utilisation abusive du service public que forment les institutions de la justice civile⁴⁰.

La proportionnalité québécoise est unique au Canada. Premièrement, son respect repose, à la fois, sur les épaules des avocats et sur celles des juges. Ainsi, ce sont non seulement les parties qui doivent agir proportionnellement, mais les juges de première instance et d'appel. Ces derniers doivent assurer le respect de la proportionnalité en prenant des moyens ou en rendant des ordonnances qui permettront de simplifier ou d'accélérer la procédure, ou encore d'abréger l'audition⁴¹. Ainsi, les

<<http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/crpc/crpc-rap2.pdf>> [Rapport de 2001].

39. *Marcotte*, *supra* note 19 au par. 42.

40. *Ibid.* au par. 43.

41. Denis Ferland et Benoît Emery, *Précis de procédure civile du Québec*, Cowansville, Yvon Blais, 2003 à la p. 17. Le juge d'appel est aussi lié par le principe de proportionnalité et pourra, en vertu de l'article 508.2 C.p.c., convoquer les parties pour conférer avec elles sur l'opportunité de préciser les questions en litige et sur les moyens propres à simplifier la procédure et à abréger l'audition, ou limiter s'il y a lieu, les actes de

juges ont dorénavant l'obligation de s'assurer que les recours intentés sont proportionnés à la nature et à la finalité du litige, eu égard aux coûts et au temps exigé et, à défaut, doivent intervenir pour rectifier la situation⁴². Au surplus, il est permis de penser que les juges devront, eux aussi, user des pouvoirs qui leur sont accordés de manière proportionnée. Leur sera-t-il possible, enfin, de fonder leurs décisions de gestion sur la proportionnalité? Cette suggestion pourra être discutée plus longuement, dans le cadre de nos discussions de futures réformes, mais il est utile de souligner, d'ores et déjà, qu'il est résolument à l'avantage des justiciables que toute décision de gestion considère la proportionnalité procédurale.

Deuxièmement, la proportionnalité de l'article 4.2 C.p.c. est unique en ce qu'elle s'applique largement dans le temps, soit à toutes les étapes de l'instance judiciaire, de la signification de la requête introductive d'instance au procès⁴³. Il faut donc que les parties et leurs avocats puissent justifier les décisions, stratégies et choix qu'ils auront privilégiés dans leur gestion du dossier. Ainsi, il est préférable de s'être toujours posé une série de questions préalables quant au coût, au temps, à la nature de la demande et à son objectif ultime⁴⁴.

Troisièmement, la proportionnalité québécoise est unique, car elle reçoit une interprétation large depuis l'arrêt *Marcotte*⁴⁵. De fait, dans *Marcotte* la Cour suprême du Canada réfère, d'un côté, à

procédure et les documents à produire, abréger ou prolonger les délais prévus au Code, de fixer des délais, etc.

42. *Commission des normes du travail c. Groupe-conseil GIE inc.*, 2010 QCCA 1133 au par. 7; *J2 Global Communications Inc. c. Protus IP Solutions Inc.* (10 mars 2010), Hull 550-05-013775-096, J.E. 2010-676 au par. 59 (C.S.), inscription en appel le 7 avril 2010 (C.A.), 500-09-020615-100.

43. *Bal Global Finance Canada Corporation c. Aliments Breton (Canada) inc.*, 2010 QCCS 325, appel accueilli le 22 juillet 2010, 2010 QCCA 1369.

44. Notamment : les procédures choisies permettront-elles l'inscription de la cause dans le délai de rigueur de 180 jours? Les coûts en honoraires judiciaires et extrajudiciaires sont-ils élevés? Quel est le type de recours? Les droits en cause sont-ils importants? Le droit substantif et la preuve sont-ils complexes? Quel est le but, l'objectif recherché par la procédure?

45. *Marcotte*, *supra* note 19.

une proportionnalité individuelle, évaluée à l'intérieur du dossier, en fonction des recours et procédures choisis⁴⁶. De l'autre, elle réfère à une proportionnalité plus collective, qui considère les ressources judiciaires et le temps-juge consacrés au dossier compte tenu des autres dossiers actifs de la cour⁴⁷.

C'est donc dire que la proportionnalité est concernée non seulement par l'utilisation des services judiciaires publics par les parties au litige, mais également par l'utilisation de ces services par la population entière. Elle sert ainsi à assurer un usage optimal et équitable des services judiciaires publics par tous les citoyens⁴⁸. C'est d'ailleurs pour cette raison que la Cour d'appel a récemment rejeté plus d'une requête pour permission d'en appeler, jugeant notamment que la somme en jeu ne justifiait pas un tel usage des ressources publiques⁴⁹. Au surplus, il apparaît évident que les tribunaux refuseront de rejeter un recours pour l'unique raison qu'il n'a pas été intenté selon le véhicule procédural approprié⁵⁰, puisque cela obligerait le demandeur à instituer de nouvelles procédures, ce qui est contraire à l'esprit de l'article 4.2 C.p.c.

Quatrièmement, la proportionnalité québécoise est encadrée, en quelque sorte, par les articles 54.1 et suivants C.p.c., entrés en vigueur le 4 juin 2009 par la *Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et*

46. *Ibid.* aux par. 42 et ss.

47. *Ibid.* au par. 43. Il faut noter que le Ministre de la justice faisait référence plutôt implicite à cette proportionnalité collective dans son rapport de 2006 : Québec, Ministère de la Justice, *Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du Code de procédure civile*, mars 2006 à la p.38 (28 octobre 2010), en ligne : Justice Québec <<http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/crpc/crcp-rap4.pdf>> [*Rapport d'évaluation de 2006*]. Par contre la Cour suprême dans *Marcotte* réaffirme avec beaucoup plus de vigueur cette notion de proportionnalité collective.

48. À cet effet, voir *Matic c. Trottier*, 2010 QCCS 1466 aux par. 61-66 [*Matic*].

49. *Caron c. Remax Westmount*, 2010 QCCA 716 au par. 8 et *Garcia Morin c. Toitures Raymond et Associés inc.*, 2010 QCCA 79 au par. 3.

50. *Beaulieu c. Falardeau* (1^{er} juin 2010), Joliette 705-22-009360-080, J.E. 2010-1227 au par. 39.

*favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics*⁵¹. Ces articles permettent au juge de sanctionner tout abus de procédure, en application du principe de la bonne foi procédurale de l'article 4.1 C.p.c. – et de la proportionnalité de l'article 4.2 C.p.c.! Ces articles appuient une volonté du législateur « d'assainir l'activité judiciaire » par le biais d'outils additionnels destinés à sanctionner les comportements abusifs dans l'institution et le déroulement des procédures⁵². Ils doivent donc être lus et interprétés de pair avec le principe de proportionnalité, et permettent notamment une application de ce principe par le juge.

L'article 54.1 C.p.c. prévoit que le juge peut user de ses pouvoirs discrétionnaires de sanction des abus « à tout moment » et « même d'office », à l'encontre d'une demande en justice ou d'« un autre acte de procédure ». Fait intéressant, à cet égard, l'honorable juge Yves Alain de la Cour supérieure nous rappelle, dans la décision qu'il a rendue récemment dans l'affaire *Bellemare c. Québec (Directeur général des élections) (DGE)*⁵³, que ce pouvoir de rejeter une procédure abusive est un pouvoir inhérent des tribunaux. Il explique que :

[l]a Cour suprême avait déjà reconnu, dans *Hunt v. Carey Canada Inc.*, que le droit de rejeter sommairement une procédure abusive constitue, en réalité, un pouvoir inhérent des tribunaux. La Cour suprême traitait alors de l'article 19 des *British Columbia Rules of Court*, qui

51. P.L. 9, *Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics*, 1^{re} sess., 39^e lég., Québec, 2009.

52. Anber, *supra* note 36. Voir aussi *Cosoltec inc. c. Structure Laferté inc.*, 2010 QCCA 1600 [Cosoltec]; *Lebel c. Québec (P.G.)* (30 novembre 2009), Hull 550-05-000501-901, J.E. 2010-263 (C.S.); Luc Chamberland, « La règle de proportionnalité : à la recherche de l'équilibre entre les parties? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec 2006, *La réforme du Code de procédure civile, trois ans plus tard*, vol. 242, Cowansville, Yvon Blais, 2006 à la p. 10.

53. (29 juillet 2010), Québec 200-17-012904-108, J.E. 2010-1408 (C.S.).

prévoyait un régime juridique semblable aux articles 54.1 et suivants C.p.c.⁵⁴.

Mais l'article 54.1 C.p.c. va plus loin. Le fardeau de la preuve, d'abord, y est renversé de telle sorte que dès qu'une partie établit sommairement qu'un acte de procédure donné peut constituer un abus, la partie qui l'a introduit doit démontrer que son choix de procédure n'a pas été exercé de manière déraisonnable ou excessive et qu'il se justifie en droit⁵⁵. Ensuite, la liste de mesures judiciaires possibles en cas d'abus de l'article 54.3 C.p.c. inclut, notamment, le pouvoir de rejeter la demande en justice ou l'acte de procédure⁵⁶, ainsi que celui de refuser l'exercice de certains droits tel le droit de procéder à un interrogatoire ou d'assigner un témoin⁵⁷. Enfin, ce régime de droit nouveau va encore plus loin en permettant au tribunal d'accorder des dommages-intérêts punitifs lorsque les circonstances le justifient, tel que stipulé à l'article 54.4 C.p.c.⁵⁸.

Par ailleurs, il faut souligner que la jurisprudence majoritaire traitant de l'article 54.1 C.p.c. applique la juris-

54. *Ibid.* au par. 36.

55. Art. 54.2 C.p.c.

56. Voir *Grill Newman inc. c. Demers Beaulne s.e.n.c.*, 2010 QCCA 358 aux par. 26-27, 36.

57. Pour une application jurisprudentielle de l'article 54.3 C.p.c., voir : *Ordinateurs MG c. Ordinateurs MG* 2007 (6 août 2009), Laval 540-22-013068-092, J.E. 2009-2038 aux par. 162, 166 (C.Q.).

58. 9089-8941 *Québec inc. c. Sultan* (19 janvier 2010), Montréal 500-22-148947-081, J.E. 2010-551 aux par. 19, 25 (C.Q.) [9089-8941 *Québec inc.*]. Dans l'affaire *Bal Global Finance Canada Corporation c. Aliments Breton (Canada) inc.*, la Cour supérieure précise néanmoins que «si une demande en justice manifestement mal fondée peut constituer un abus au sens de l'article 54.1 C.p.c. le Tribunal conclut toutefois qu'elle ne donne pas nécessairement lieu à une ordonnance, par exemple, en vertu de l'article 54.4 C.p.c., à moins d'être le fruit d'un comportement répréhensible, scandaleux, outrageant, abusif, de mauvaise foi ou, en d'autres termes, d'un abus du droit d'ester en justice, soit l'utilisation de la procédure de manière excessive et déraisonnable, de manière à nuire à autrui», ce qui en limite grandement le champs d'application, (*Bal Global Finance Canada Corporation c. Aliments Breton (Canada) inc.*, *supra* note 43 au par. 123, inf. par 2010 QCCA 1369).

prudence antérieure développée sous l'ancien article 75.1 C.p.c., en vertu de laquelle la prudence doit prévaloir. Ainsi, on y indique que les tribunaux devraient être prudents avant de rejeter, avant enquête et audition complètes, une demande en justice en raison de son caractère abusif⁵⁹. Cette jurisprudence indique également qu'il faut tenir compte du stade de l'instance auquel une telle procédure est présentée. En effet, la Cour d'appel a récemment rejeté une telle requête pour rejet, présentée tardivement, parce qu'elle :

constitu[ait], [...] une utilisation disproportionnée et déraisonnable des ressources judiciaires. [et qu'il était] injustifiable d'exiger que deux formations distinctes de trois juges étudient le même dossier de plus de 20 volumes, à quelques mois d'intervalle, pour la première, décider si l'appel est totalement ou simplement partiellement abusif et pour la seconde, le cas échéant, statuer sur le fond⁶⁰.

Fait intéressant, la Cour d'appel a récemment appliqué la proportionnalité à la détermination des sanctions permises en vertu de l'article 54.1 C.p.c., rappelant par le fait même que la modération est de mise, et jugeant démesurée la sanction imposée par le juge de première instance⁶¹. Le juge Dalphond explique :

[78] Cela dit avec les plus grands égards, *la sanction imposée sous l'art. 54.1 C.p.c., le rejet de la demande reconventionnelle de l'appelante, ne respecte pas les principes généraux que j'ai énoncés précédemment, notamment ceux de la modération en matière de perte de droit, de la proportionnalité de la sanction aux*

59. Voir à cet égard *Makohoniuk c. Stephanian* (26 février 2010), Montréal 500-17-042275-084, J.E. 2010-630 au par. 25 (C.S.). De plus, on ne peut ignorer la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Aliments Breton (Canada) inc. c. Bal Global Finance Canada Corporation*, 2010 QCCA 1369, où la décision de première instance est renversée, car fondée sur une preuve fragmentaire (voir au par. 46).

60. *Simard c. Larouche*, 2010 QCCA 63 au par. 21.

61. *Cosoltec*, *supra* note 52.

manquements et de la meilleure administration de la justice.

[79] D'abord, l'interdiction à l'appelante de présenter à nouveau sa réclamation dans le même dossier ou dans un dossier qui pourrait ensuite y être joint signifie que l'appelante devra procéder dans le cadre d'un recours parallèle, qui sera jugé séparément. *Il en résultera un gaspillage des ressources judiciaires, une obligation pour les parties de s'affronter dans deux recours distincts (violation de la règle de proportionnalité : art. 4.2 C.p.c.)* et la possibilité de jugements contradictoires (incohérence du système).

[80] Ensuite, cette sanction prive l'appelante d'un droit substantiel, celui à la compensation judiciairement prononcée (art. 1673 C.c.Q.), et ce, alors que le juge reconnaît qu'elle a fourni des informations adéquates à l'égard d'au moins la moitié de sa réclamation.

[81] Finalement, la radiation de tous les paragraphes relatifs à la demande reconventionnelle, alors que des pièces supportant la moitié de celle-ci ont été produites, est une sanction excessive. La réduction de la demande reconventionnelle aux seuls montants expliqués ou justifiés *prima facie* aurait, peut-être, été justifiable, mais le rejet de toute la réclamation ne l'est pas [nos italiques]⁶².

Malgré tout, une lecture conjointe des articles 4.1, 4.2 et 54.1 et ss. C.p.c. nous permet de conclure que le juge a le devoir, à titre *curatif*, de s'assurer du respect de la proportionnalité. Mais il a aussi ce devoir à titre *préventif*, comme gestionnaire de l'instance, et pourrait donc intervenir de son propre chef en cas de gestion disproportionnée du dossier par les parties⁶³. Au surplus, il se dégage de ces articles deux fondements ou raisons d'être au principe de proportionnalité québécoise. D'abord, de s'assurer que

62. *Ibid.* aux par. 78-81.

63. La Cour d'appel rejettera sur cette base certaines requêtes pour permission d'en appeler de jugements interlocutoires, jugeant qu'il n'est pas dans l'intérêt des parties de retarder indûment la marche de l'instance, par des appels coûteux et inopportuns. Voir à ce sujet : *Droit de la famille* — 10859, 2010 QCCA 753 au par. 4 et *Syndicat des copropriétaires du 4576-4578 Harvard*, *supra* note 7 au par. 10.

les ressources collectives investies dans le système de justice soient utilisées à bon escient et non gaspillées en conséquence des abus des justiciables. Ensuite, maintenir l'équilibre des forces entre les parties.

Les tribunaux, par contre, usent trop peu de leurs pouvoirs de gestion dans l'état du droit actuel, alors que ce pouvoir existe à tout stade de procédures et devrait être utilisé de manière systématique. C'est pourquoi la tenue d'une conférence de gestion de l'instance devrait être permise, tel qu'il l'a été suggéré lors de l'évaluation de la réforme en 2006⁶⁴, et même rendue obligatoire, afin que le tribunal puisse vérifier l'entente déposée et discuter avec les parties de son contenu dès l'instigation de l'action. De fait, comme le reconnaissait le ministère de la Justice en 2006 :

[L]identification des questions en litige et la détermination des démarches à effectuer inscrites dans des délais précis permettraient aux tribunaux d'appliquer la règle de la proportionnalité de la procédure avant que les parties aient engagé des sommes importantes⁶⁵.

Somme toute, nous croyons que la proportionnalité devrait être interprétée le plus largement possible par les tribunaux. Ainsi, la proportionnalité devrait s'étendre non seulement aux procédures, mais aussi aux démarches, attitudes et choix stratégiques des parties, aux moyens de preuve qu'elles auront choisis⁶⁶, et même, aux sanctions imposées⁶⁷. Cet élargissement est impératif dans le contexte actuel de complexité grandissante de la pratique du droit et de la justice civile au Québec, et ailleurs dans le monde. Il témoigne d'une nécessité de sensibilisation des avocats aux coûts globaux du système de justice, les encourageant à justifier leurs choix stratégiques tout au long de l'instance. De plus, en balançant les coûts du dossier par rapport

64. *Rapport d'évaluation de 2006*, *supra* note 47 à la p. 25.

65. *Ibid.*

66. Voir sur l'application de la proportionnalité aux moyens de preuve : Yves-Marie Morissette, « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions » (2009) C. de D. 381.

67. Voir *Cosoltec*, *supra* note 52.

à la solution recherchée, on incite à un respect plus raisonnable du rapport de force entre les parties par rapport aux coûts du système.

B. PROPORTIONNALITÉ ONTARIENNE

Le 1^{er} janvier 2010, de nouvelles règles de procédure civile sont entrées en vigueur en Ontario, visant à réformer un système judiciaire critiqué comme étant trop peu accessible et équitable pour les justiciables⁶⁸. Ainsi, les nouvelles règles adoptent plusieurs principes énoncés par Lord Woolf dans son rapport intitulé « Access to Justice », dont celui que chaque citoyen ait un droit constitutionnel d'accès à la justice, une « égalité des armes » quant à l'accès aux tribunaux et à la justice civile⁶⁹. Elles permettent aux particuliers et aux entreprises d'avoir un accès plus facile, moins coûteux et plus rapide au système de justice et aux tribunaux civils ontariens. Elles haussent également le seuil monétaire applicable à la procédure simplifiée à 100 000 \$.

C'est donc dans ce contexte que la proportionnalité a été formellement codifiée aux *Rules of Civil Procedure* de l'Ontario⁷⁰. Les principes d'interprétation des règles incluent la règle 1.1, qui codifie le principe de proportionnalité en prévoyant que le tribunal devra,

[e]n appliquant les présentes règles, donner des ordonnances et des directives qui sont proportionnées à

68. *Solutions with Impact Inc. v. Domino's Pizza of Canada Ltd.*, 2010 ONSC 630.

69. *Moosa v. Hill Property Management Group Inc.*, 2010 ONSC 13 au par. 101 (CanLII).

70. *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 1.04 (1.1) [Ontario Rules]. Pour une discussion intéressante du principe de proportionnalité dans les provinces canadiennes de common law, voir Radu Razvan Gherghus, *The Curious Case of Civil Procedure Reform in Canada, So Many Reform Proposals with So Few Results*, thèse de doctorant en droit, Université de Toronto, 2009 [non publiée].

l'importance et à la complexité des questions en litige, ainsi qu'à la somme en litige [traduction par l'auteur]⁷¹.

C'est donc cette règle qui permet au juge ontarien de rendre des ordonnances telles la suivante :

[23] In light of the new emphasis on proportionality regarding the said Rules, I find that it is not reasonable or justified to proceed with the Defendant's proposal to examine [the claimants] for the purpose intended. This would only add expense and time to the proceeding and further risk a delay in the commencement of the trial.

[24] I find the added time, expense and undue prejudice involved in the Defendant's request is out of proportion to the matters in issue in the litigation⁷².

Or, la référence, dans ce principe de proportionnalité ontarienne de la règle 1.1., à « l'importance, à la complexité et à la somme en litige » est moins spécifique que la référence à « la nature et la finalité de la demande » du texte de l'article 4.2 C.p.c., qui considère l'importance de l'objectif de la procédure en cause. De plus, contrairement au texte du principe directeur québécois, celui de la proportionnalité ontarienne ne concerne que le juge, et non les parties au litige. C'est plus loin, dans les *Ontario Rules*, que l'on retrouvera des dispositions sur la proportionnalité qui concernent les parties. Par ailleurs, le devoir de proportionnalité du juge ontarien est formulé plus largement que celui du juge québécois, car il s'applique aux ordonnances et aux directives – ou instructions. Le devoir du juge québécois s'étend uniquement aux « actes de procédure ».

71. *Ibid.* Texte original : « The court shall make orders and give directions that are proportionate to the importance and complexity of the issues, and to the amount involved, in the proceeding ».

72. *Blenkhorn et al. v. Mazzawi et al.*, 2010 ONSC 699 aux par. 23-24. Voir aussi : *Tucci v. Pugliese, Aviva and Pilot*, 2010 ONSC 2144, aux par. 31 et ss.; *Mawji v. AXA Insurance*, 2010 ONSC 2146 aux par. 36 et ss.; *Van Blankers v. Stewart*, 2010 ONSC 3978, aux par. 60 et ss.; *Re Polywheels Inc.*, 2010 ONSC 2445 au par. 5.

Les règles ontariennes apportent également un changement important relativement au processus de *discovery*, qui lui aussi doit être proportionné. Ainsi, on limite par exemple, à la règle 31.05.1, le nombre d'heures permises pour les interrogatoires au préalable à sept heures pour chacune des parties :

31.05.1 (1) *No party shall, in conducting oral examinations for discovery, exceed a total of seven hours of examination, regardless of the number of parties or other persons to be examined, except with the consent of the parties or with leave of the court.*

Considerations for Leave

(2) In determining whether leave should be granted under subrule (1), the court shall consider,

- (a) the amount of money in issue;
- (b) the complexity of the issues of fact or law;
- (c) the amount of time that ought reasonably to be required in the action for oral examinations;
- (d) the financial position of each party;
- (e) the conduct of any party, including a party's unresponsiveness in any examinations for discovery held previously in the action, such as failure to answer questions on grounds other than privilege or the questions being obviously irrelevant, failure to provide complete answers to questions, or providing answers that are evasive, irrelevant, unresponsive or unduly lengthy;
- (f) a party's denial or refusal to admit anything that should have been admitted; and
- (g) *any other reason that should be considered in the interest of justice.* [nos italiques]

Hormis ce dernier article, la procédure de *discovery* est maintenant limitée dans le temps et l'espace⁷³, et en fonction de la « pertinence » aux faits en litige, d'un plan et d'une liste de facteurs. Il existe aussi un échéancier de *discovery* – ou « *discovery plan* » qui doit tenir compte de plusieurs facteurs de proportionnalité⁷⁴. Les tribunaux sont donc invités à soupeser les

73. Ontario Rules, *supra* note 70, r. 29.3.03 (1).

74. *Ibid.*, r. 29.1.03 (3) e).

coûts, le temps et l'impact ou préjudice potentiel d'une procédure choisie⁷⁵. Par exemple, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a récemment conclu que l'étendue du droit de contre-interroger sur affidavit devait être interprétée en fonction d'un objectif de proportionnalité :

[17] All of this, however, must be filtered through the lens of proportionality, such that what has been requested has to be considered within the context of the particular case, to ensure that it is not overly onerous when measured against what is at stake on a variety of levels. Thus, even if the response to the above question is : "yes, the response could assist the trial judge in making a determination regarding a matter in issue", a second question must be asked: "is there enough at stake, in terms of significance or money, to justify the time and expense of the disclosure sought?"⁷⁶

Cet extrait suggère l'existence d'une proportionnalité davantage collective ou contextuelle, similaire à la proportionnalité québécoise, laquelle est également implicite dans une seconde décision récente, cette fois du juge Ferguson, dans *Buchanan v. Goetel Communications Corp.*⁷⁷ :

[...] the bottom line is that the proposed costs are excessive. They are excessive from two perspectives: costs of this magnitude will make litigation inaccessible as a method of dispute resolution; costs of this magnitude are also disproportionate to the value of the legal work necessary to represent a client in this dispute. *If counsel do not use more restraint in deciding how much to invest in litigation, they will put both the bar and the Courts out of*

75. Dan Michaluk, « Ontario courts ease into the era of proportionality », 17 février 2010 (28 octobre 2010), en ligne : Slaw.ca <<http://www.slaw.ca/2010/02/17/ontario-courts-ease-into-the-era-of-proportionality>>.

76. *Romspen Investment Corporation v. Woods et al.*, 2010 ONSC 30005 au par. 17.

77. *Buchanan v. Goetel Communications Corp.*, [2002] O.J. N° 3063 (ON S.C.).

*business which will profoundly harm the public whom we
both serve [nos italiques]*⁷⁸.

Il existe, de plus, aux *Ontario Rules*, un devoir implicite de « coopération », de courtoisie et de professionnalisme des avocats. Les avocats auront aussi une obligation plus formelle – quoiqu'à force non obligatoire⁷⁹ – de présenter et conduire leur dossier judiciaire conformément aux *Principes de déontologie pour les avocats* et aux *Principes de courtoisie entre avocats*, publiés en 2009 par l'*Advocates' Society*⁸⁰. Ces Principes prévoient, comme quatrième principe applicable au devoir de l'avocat d'assurer l'accès à la justice, le principe de proportionnalité applicable à la conduite d'un procès et aux conseils donnés aux clients⁸¹. Ainsi, les avocats de litige sont *incités* à respecter la proportionnalité des procédures, mais n'y sont pas *obligés* comme au Québec en vertu de l'article 4.2 C.p.c.

C. PROPORTIONNALITÉ DE COLOMBIE-BRITANNIQUE

La proportionnalité existe depuis 2005 dans les règles de procédure civile de la Colombie-Britannique, mais elle a été élevée au rang de principe directeur de procédure civile en juillet 2010. Ainsi, elle occupe, là aussi, une place de premier choix en procédure civile. Même si la formulation du texte de la proportionnalité des règles de 2010 ressemble à celui de l'article 4.2 C.p.c., son application en demeure plus limitée comme nous le verrons ci-après.

78. *Ibid.* aux par. 10-11.

79. Martin Teplitsky, « Making civil justice work: A new vision » (2008) 27:3 *Advocates' Soc. J.* 7; Advocates' Society, « Civility: A Cornerstone of Professionalism », hiver 2008 (28 octobre 2010), en ligne : Ontario Lawyers' Gazette <http://www.lsuc.on.ca/media/olg_winter08_professionalism.pdf>.

80. Advocates' Society, « Principes de déontologie pour les avocats - Principes de courtoisie entre avocats » (28 octobre 2010), en ligne : Advocates.ca <<http://www.advocates.ca/assets/files/pdf/publications/principles-of-civility-french.pdf>>.

81. Ce principe se lit comme suit : « Dans sa conduite d'un procès et dans ses conseils aux clients, l'avocat doit respecter le principe de la proportionnalité ».

La première codification du principe de la proportionnalité en Colombie-Britannique a eu lieu en 2005 avec l'adoption de la *Rule 68* des *Supreme Court Rules*⁸², à laquelle on réfère couramment comme étant le « BC Expedited Litigation Project ». L'objectif fondamental de cette règle était, d'ores et déjà, le respect de la proportionnalité :

One of the options in a "multi-track" court system that has been discussed in B.C. for many years is the "economical litigation" track. The concept is based on the reality that there is a range of claims that are simply uneconomical to litigate - where the cost of hiring a lawyer is disproportionate to the amount of the claim. [...] A number of reports, including the CBA Task Force, the Lord Woolf Report, and Ontario's Civil Justice Review, have called for a special track - sometimes also classed "simplified litigation" - to deal with cases with a value in the \$25-50 000 range. *The underlying principle of these recommendations is proportionality: the costs of litigation should be proportionate to the amount of the claim* [nos italiques]⁸³.

La règle 68 a donc réalisé l'objectif de proportionnalité en créant, d'abord, un nouvel éventail de procédures simplifiées pour les litiges dont la valeur est inférieure à 100 000 \$. Elle restreint donc, notamment, l'usage des requêtes préliminaires et l'étendue de la preuve admissible au procès⁸⁴, et requiert que certaines informations soient communiquées entre les parties dès le début de l'instance⁸⁵. Elle prévoit également une interdiction d'interroger avant procès, sauf de consentement ou sur ordonnance du juge⁸⁶,

82. *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90, r. 68.

83. Forum canadien sur la justice civile, « Inventaire des réformes : BC Expedited Litigation Project » (28 octobre 2010), en ligne : [Cfcj-fcjc.org <http://cfcj-fcjc.org/inventory/reform.php?id=9>](http://cfcj-fcjc.org/inventory/reform.php?id=9).

84. *Supreme Court Rules*, *supra* note 82, r. 68 (10) et (32.1).

85. *Ibid.*, r. 68 (32).

86. *Ibid.*, r. 68 (23) à (30).

dans tous les cas pour un maximum de deux heures par partie, et rend obligatoire l'expert unique⁸⁷.

La règle 68 impose également aux tribunaux, de manière plus spécifique, qu'ils adoptent la solution la plus raisonnable compte tenu de la somme en litige. Ainsi, une proportionnalité plus spécifique y est officiellement codifiée au sous-paragraphe 13 de la règle, lequel se lit comme suit :

(13) En considérant une requête introductive d'instance présentée sous cette règle, le tribunal doit considérer ce qui est raisonnable relativement à la somme en litige dans l'action » [traduction par l'auteur] .

Force est de constater que la proportionnalité de la règle 68 est adéquate, car obligatoire, mais plus restreinte que celle du Québec et de l'Ontario puisqu'elle ne s'évalue qu'en référence à la somme en litige. Ainsi, le tribunal n'a pas à tenir compte de la proportionnalité quant à la complexité ou à l'importance du litige, ou encore quant à la capacité financière des parties. Cela pourra être problématique dans les cas où l'impact d'une poursuite de 95 000 \$ est considéré plus important pour le justiciable que pour la compagnie multinationale, et que la nécessité de proportionnalité dans le premier cas apparaît nécessairement plus grande.

En juillet 2010, les règles de procédure civile de la Colombie-Britannique ont été amendées et prévoient dorénavant un concept de proportionnalité élargi, en fonction des coûts de l'instance et de l'importance et de la complexité du litige. L'amendement-clé en l'espèce est la règle 1-3 des *British Columbia Supreme Court Civil Rules*, dont les extraits les plus pertinents se lisent comme suit [traduction par l'auteur] :

87. Un second expert sera accordé à une partie seulement dans l'éventualité où l'expert n'a pas été en mesure de répondre à l'expert de la partie adverse : voir *Supreme Court Rules*, *supra* note 82, r. 68 (33).

« L'objectif des présentes règles est de s'assurer de la résolution rapide, juste et économique d'une action au fond, [...] incluant, *dans la mesure du possible*, la conduite du dossier d'une manière *proportionnée* à la somme en litige, à l'importance des questions en litige et à la complexité des procédures » [nos italiques]⁸⁸.

L'inclusion de la mention « dans la mesure du possible » fait en sorte que ce principe de proportionnalité perd malheureusement de sa force d'application puisqu'il devient facultatif. Par contre, la proportionnalité est évaluée en fonction d'un triple facteur composé de la somme en litige, de l'importance des questions en litige et de la complexité des procédures. Cette formulation est similaire à celle de la proportionnalité québécoise. Fait intéressant, le nouveau texte des règles de Colombie-Britannique de 2010 prévoit un système de procédure accélérée – « fast-track » – à la règle 15, qui s'applique aux litiges d'une valeur inférieure à 100 000 \$. Cette règle requiert qu'une conférence de gestion doive avoir lieu, sauf exception⁸⁹, que les interrogatoires soient limités à deux heures⁹⁰, et que le procès soit tenu rapidement et soit de courte durée⁹¹. Enfin, contrairement à l'Ontario, la Colombie-Britannique n'a pas d'équivalent des Principes du *Advocates' Society* imposant le respect de la proportionnalité par les avocats.

La proportionnalité de la justice civile est garante de la participation de tous les acteurs judiciaires. Les régimes juridiques des provinces canadiennes discutés encouragent tous trois le respect de la proportionnalité par tous les acteurs judiciaires. Le Québec prévoit une formulation large du principe de proportionnalité, appuyée de nouveaux articles permettant de sanctionner l'abus de procédures. Les nouvelles règles de 2010 en Ontario et en Colombie-Britannique demeurent tout aussi efficaces pour sensibiliser les parties au besoin de s'assurer

88. *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009.

89. *Ibid.*, r. 15 (7) à (9).

90. *Ibid.*, r. 15 (11).

91. *Ibid.*, r. 15 (13) et (14).

d'avoir un équilibre dans le choix des moyens mis en œuvre pour la réalisation juste et équitable des droits des justiciables, en fonction de la valeur de l'enjeu litigieux. Il faudra toutefois évaluer l'application concrète des principes codifiés dans ces provinces pour mieux situer la portée et l'efficience de leurs garanties procédurales respectives.

III. PERSPECTIVES D'AVENIR ET DE RÉFORME

A. QUELLE VALEUR DOIT-ON DONNER À LA PROPORTIONNALITÉ COMME PRINCIPE DIRECTEUR?

Plusieurs questions peuvent être soulevées quant à la valeur de la proportionnalité comme principe directeur de la justice civile face à sa récente codification dans le droit procédural de trois provinces canadiennes.

Premièrement, la plus grande rapidité d'exécution de la justice proportionnée affecte-t-elle l'équité et la qualité des processus judiciaires et de leurs résultats? Autrement dit, un système de justice proportionnée est-il un gage de processus et de résultats plus justes et équitables⁹²? On peut penser que lorsqu'un avocat choisit d'agir de manière proportionnée (au nom de son client), c'est qu'un sujet, une question, un argument que l'on avait prévu explorer, discuter, ou démontrer est laissé de côté. De la même manière, lorsque le juge décide de manière proportionnée, c'est qu'il a choisi, et délaissé, de manière réfléchie, une option par rapport à une autre. Cela veut-il dire que les processus judiciaires ou leurs résultats sont moins équitables ou moins justes, car nécessairement incomplets?

Nous ne le croyons pas. Le fait de mieux circonscrire des questions en litige, de choisir une voie judiciaire considérée plus convaincante qu'une autre, une requête plus efficace qu'une autre, ou ayant des chances de succès plus grandes, ne veut pas

92. Voir aussi : Colleen M. Hanycz, « More Access to Less Justice : Efficiency, Proportionality and Costs in Canadian Civil Justice Reform » (2008) 27:1 C.J.Q. 98.

dire que le client sera moins bien servi – bien au contraire. L’avocat qui aura su circonscrire le dossier le plus habilement et simplement possible gagnera sa cause. De la même manière, le juge qui aura décidé un dossier de manière proportionnée sera celui qui l’aura mieux compris et qui assurera le résultat le plus équitable possible pour les parties.

Deuxièmement, on peut se demander si des avantages financiers de la justice proportionnée découlent nécessairement un regain de confiance des justiciables en leur système. Les justiciables font-ils davantage confiance à un système proportionné ou proportionnel? Cette question est fondamentale dans le contexte actuel de désaffectation des tribunaux civils québécois, principalement pour cause de crise de confiance des justiciables. Ces derniers ont-ils davantage confiance lorsque leurs frais judiciaires sont moins élevés grâce à une gestion plus adéquate et efficace de leur dossier? Peut-être. Les justiciables font confiance aux processus judiciaires qui leur semblent équitables et justes⁹³. La justice proportionnée serait donc assurément avantageuse à ce niveau.

Troisièmement, la justice proportionnée est-elle compatible avec les règles déontologiques et éthiques des avocats? En pilotant leur dossier de manière proportionnée, les avocats font-ils leur travail? Respectent-ils les règles déontologiques – notamment, de diligence et de compétence – qui leur sont applicables? Explorent-ils toutes les facettes possibles du dossier, usent-ils de tous les moyens judiciaires disponibles? L’exigence de proportionnalité

93. Edgar Allan Lind et Tom R. Tyler, *The social psychology of procedural justice*, New York, Plenum Press, 1988. Voir aussi E. A. Lind et coll., *The Perception of Justice: Tort Litigants’ Views of Trial, Court-Annexed Arbitration and Judicial Settlement Conferences*, Santa Monica, Rand Corp., 1989; Mary Stratton et Diana Lowe, *Public Confidence and the Civil Justice System: What Do We Know About the Issues?*, article préparé pour le Justice Policy Advisor Subcommittee on Public Confidence, Canadian Forum on Civil Justice, 2006 [non publié]; Pierre Noreau, *Accès à la justice et démocratie en panne: constats, analyses et projections*, Observatoire du droit à la justice, Centre de recherche en droit public, 2010 [non publié].

limite les actions des avocats et rend la question parfaitement légitime. Dans la mesure où le principe de proportionnalité est explicitement codifié aux codes et règles de procédure civile abordés, les avocats doivent agir proportionnellement. Ainsi, il faudra s'assurer de remanier les règles déontologiques pour qu'elles s'accordent mieux avec le droit procédural canadien. Nous discuterons plus longuement de ce remaniement déontologique ci-après.

B. PISTES DE RÉFORME

1. Un changement de culture

Déjà, en 2001, le Comité de réforme de la procédure civile suggérait le développement d'une « nouvelle culture judiciaire » dont les premiers bénéficiaires seraient, d'abord et avant tout, les justiciables, et auquel devaient participer « tous les acteurs ou intervenants judiciaires »⁹⁴. Le Comité y recommandait une révision complète de la procédure civile fondée sur une vision nouvelle articulée autour du respect des personnes, de la responsabilisation des parties, de l'intervention accrue du juge, de la proportionnalité de la procédure et de l'ouverture aux technologies de l'information⁹⁵. Le 1^{er} janvier 2003, les derniers articles d'un nouveau *Code de procédure civile* entraient en vigueur, et ce, suite à l'adoption en juin 2002 de la *Loi portant sur la réforme du Code de procédure civile*⁹⁶. Cette dernière modifiait alors, entre autres, les règles en matière de procédure introductive d'instance, d'appel, de recouvrement des petites créances et de recours collectifs.

Quelques années plus tard, en 2006, il est question, encore une fois, d'un changement de culture dans le *Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme de la procédure civile*⁹⁷. Le Ministère de la

94. *Rapport de 2001, supra* note 38.

95. *Ibid.*

96. P.L. 54, *Loi portant réforme du Code de procédure civile*, 2^e sess., 36^e lég, Québec, 2002.

97. *Rapport d'évaluation de 2006, supra* note 47.

Justice y préconise alors, comme « voie d'orientation », que la proportionnalité soit :

modifiée pour préciser *qu'elle s'applique* non seulement aux actes de procédure, mais à *l'ensemble du processus judiciaire, dont les moyens de preuve, y compris les interrogatoires préalables et les expertises*. Cette approche permettrait d'évaluer l'ensemble du dossier pour juger de l'application de la règle et pourrait faciliter la gestion de certains dossiers qui exigent beaucoup de *ressources* eu égard à l'ensemble de celles qui sont disponibles. Enfin, il faudrait favoriser l'application de la règle de la proportionnalité lorsque le tribunal se prononce sur les dépens [nos italiques]⁹⁸.

Le 31 janvier 2008, le professeur Hubert Reid déposait un Mémoire à la Commission des institutions intitulé « Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du Code de procédure civile »⁹⁹. Dans ce rapport, il proposait une réflexion sur l'évolution de la justice civile au Québec et la place du justiciable dans la conception et l'application des règles québécoises sur le déroulement de l'instance¹⁰⁰. Critique envers la réforme québécoise, il y remarquait que le modèle actuel du *Code de procédure civile* québécois s'inspire toujours largement de celui de 1867, dans ses principes directeurs, comme la maîtrise du dossier par les parties, et dans les phases principales de l'instance civile. Il y concluait que les « amendements apportés aux différentes versions du Code ont certes permis d'améliorer le déroulement des procès civils, mais ils n'en ont pas transformé les fondements et la philosophie »¹⁰¹.

98. *Ibid.* à la p. 64.

99. Québec, Commission des institutions, « Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du Code de procédure civile », 31 janvier 2008 (28 octobre 2010), en ligne : Wilson & Lafleur <<http://www.wilsonlafleur.com/wilsonlafleur/wl-images/cat/Memoire.pdf>>.

100. *Ibid.*

101. *Ibid.* à la p. 3. Voir sur le sujet du changement de culture judiciaire : Denis Ferland, « La transformation de la justice civile : la « nouvelle culture judiciaire » du juge et des avocats », dans Louis LeBel et Pierre

Nous partageons cet avis. Au-delà des amendements au *Code de procédure civile*, un profond changement de culture est nécessaire pour notamment permettre la mise en œuvre complète des principes directeurs du Code. Ce changement ne peut s'opérer que par une nouvelle attitude des acteurs judiciaires, et par certaines altérations aux fondements et philosophies de la justice civile québécoise.

D'abord, les justiciables délaissent les tribunaux, car ils ne leur font plus confiance. Comment susciter un regain de confiance chez ces derniers? Premièrement, par un meilleur échange d'informations entre les parties, ainsi qu'une plus claire divulgation quant aux frais et budgets de litige. Il ne faut jamais oublier que le client veut et doit participer à la proportionnalité. Il ne veut pas être coincé devant le fait accompli d'une procédure à laquelle il n'adhère pas, ou surpris par une facture de frais juridiques trop élevés qu'il ne peut tout simplement pas payer.

Le regain de confiance peut sûrement s'effectuer, deuxièmement, par un plus grand souci de concision et de précision de la part des avocats dans les procédures judiciaires. Ils devraient, par exemple, s'efforcer de fournir une preuve écrite plus concise, des experts communs, des listes d'autorités plus concrètes et ciblées. Troisièmement, le litige ne peut et ne doit plus être une bataille; ainsi, le regain de confiance accompagnera peut-être l'abandon de la terminologie de justice « adversariale » ou contradictoire, et son remplacement par les notions de justice collaborative¹⁰².

Par ailleurs, on note que le changement de culture est lent chez certains juges. Certains de ces juges semblent peu à l'aise avec leur rôle de gestionnaire et sont peu proactifs dans le

Verge, dir., *L'oreille du juge. Études à la mémoire de Me Robert P. Gagnon*, Cowansville, Yvon Blais, 2007 à la p. 25.

102. À ce sujet, lire : Julie MacFarlane, *The New Lawyer*, Vancouver, UBC Press, 2008.

déroulement de l'instance¹⁰³. Hormis les séances de formation pour juges sur la gestion d'instance, qui existent déjà à Montréal du moins, il faudra que le changement continue de s'opérer à travers la jurisprudence (celle qui est publiée) et les textes de doctrine.

La décision récente de la Cour supérieure dans *Constructions Infrabec inc. c. Drapeau*¹⁰⁴ constitue un excellent exemple de ce changement de culture – et d'une certaine ouverture des juges face à la gestion d'instance et à la proportionnalité. Dans cette affaire, l'honorable juge Turcotte a accueilli une requête en rejet, déclaré abusive la requête introductive d'instance, rejeté l'action intentée et condamner la demanderesse à payer au défendeur 15,000 \$ en dommages-intérêts. En effet, les heures de travail effectuées pour se défendre contre la poursuite ont été évaluées comme dépassant « de beaucoup le temps normalement requis », et ainsi, on a jugé « injuste que la demanderesse assume la totalité de cette portion des honoraires »¹⁰⁵.

En réalité, pour que le principe de proportionnalité soit réellement respecté, et que le changement de culture s'effectue, il faudrait abolir l'article 4.1 C.p.c. qui prévoit la maîtrise du dossier par les parties. De fait, les praticiens n'ayant d'un côté aucune contrainte déontologique de conduite proportionnée du dossier, et de l'autre, un droit de grande maîtrise de leur dossier – doublé d'une protection de ce droit à l'article 4.1 C.p.c., la motivation de respect de la proportionnalité n'y est pas. Ils ne sont alors guidés que par leur obligation de compétence envers leur client dans la conduite du dossier. Les articles 4.1 et 4.2 C.p.c. s'affrontent

103. Par exemple, tel que mentionné dans la décision *Matic* (*supra* note 48 au par. 29), la Cour supérieure retiendra de l'affaire *Anber* (*supra* note 36), que le rôle qui lui est dévolu en vertu des articles 4.2 et 54.1 C.p.c. consiste en « veiller à éviter les dérapages, mais ne doit pas empêcher les parties d'être entendues ». Cette interprétation relève davantage de la prudence, que de l'interventionnisme souhaité.

104. 2010-173246 (C.S.) (EYB).

105. *Ibid.* aux par. 37-40. Voir également 9089-8941 *Québec inc.*, *supra* note 58.

donc, somme toute, d'une manière telle que l'un doit céder. D'ailleurs, pour une plus grande maîtrise du dossier, les parties auront toujours la possibilité d'envisager un mode alternatif de règlement des litiges.

Enfin, nous croyons que ce changement de culture se manifestera en partie à travers une interprétation plus large du principe de proportionnalité par les juges canadiens, et en partie par des réformes visant à préciser les textes législatifs actuels. Au surplus, nous sommes d'avis qu'il devrait y avoir un remaniement des règles d'éthique et de déontologie des avocats, tel que discuté ci-après.

2. L'interprétation large de la proportionnalité et déontologie

Dans le contexte de discussions de futures réformes, il est absolument fondamental d'interpréter largement la proportionnalité. La proportionnalité est un principe directeur qui « coiffe »¹⁰⁶ les dispositions du *Code de procédure civile* et qui doit être interprété comme *faisant partie* des obligations de maîtrise du dossier par les parties et des obligations de gestion d'instance du juge. Ainsi, il n'est donc pas ici question de priorité entre les principes directeurs.

De plus, puisque la proportionnalité procédurale est à la fois individuelle aux parties et au litige, et sociétale, et qu'elle requiert à la fois un maintien de l'équilibre des forces entre les parties, et un équilibre des ressources investies dans le litige quant à celles du système judiciaire, doit-on prioriser l'un de ces fondements, et si oui, lequel? Dans un cas, il faut situer l'importance du litige par rapport à l'utilisation qui est faite de l'appareil judiciaire. Dans l'autre, il faut comparer les ressources mobilisées par chacune des parties. Ainsi, dans le premier cas, une utilisation de plus grandes ressources par l'une des parties serait acceptable, dans la mesure où cette utilisation n'est pas

106. *Fleury c. Québec (P. G.)*, 2009 QCCA 1968 au par. 16.

abusive. Dans le second, cette même utilisation serait également acceptable, mais dans la mesure où l'équilibre des forces est préservé¹⁰⁷.

À notre avis, il est plutôt nécessaire d'effectuer ici un contrôle de proportionnalité procédurale à deux niveaux. D'abord, la garantie procédurale de proportionnalité requiert, quant au litige considéré individuellement, que les parties aient chacune eu la possibilité de présenter leur cause de manière proportionnée et équilibrée¹⁰⁸. Il ne pourra alors être permis, par exemple, que l'une des parties puisse contre-interroger un témoin une deuxième fois alors que l'autre n'a pu le faire. De plus, dans certains cas ce deuxième contre-interrogatoire ne pourra être permis, par exemple, si le litige n'est pas assez important. L'importance du litige devra alors être déterminée en fonction non seulement de la valeur monétaire du litige, mais de la complexité des questions en litige. Un litige pourra aussi être considéré important, même si la somme en litige n'est pas très élevée, s'il implique des enjeux non monétaires importants, tels la détermination d'une question de droit constitutionnel ou de droits de l'homme, ou ayant des répercussions importantes sur l'opinion publique.

Au deuxième niveau, il faut contrôler la proportionnalité sociétale. Des ressources raisonnables doivent avoir été investies

107. Le serait-il réellement? Cela est une question pertinente, lorsque l'une des parties a des ressources plus importantes que l'autre.

108. À cet égard, l'article 4.2 C.p.c. militera en faveur de l'octroi d'une provision pour frais lorsque le déséquilibre économique entre les parties au litige est tel qu'il en résulte une incapacité pour la partie économiquement faible de faire valoir sa cause. La décision *Québec (P.G.) c. Corneau* (10 février 2010), Chicoutimi 150-05-002108-001, J.E. 2010-580 aux par. 63, 68 (C.S.) illustre cette application de l'article 4.2 C.p.c., alors que la partie défenderesse se voyait dans l'impossibilité de contrer les moyens déployés par la partie adverse. Le tribunal refusera également une demande de communication d'écrits se rapportant au litige, lorsque ceux-ci se dénombrent par milliers et que cette démarche interlocutoire ne vise qu'à contrer une seule allégation de la défense, voir *Aviva (Compagnie d'assurances du Canada) c. René Poisson inc.*, 2010 QCCA 246 aux par. 1-2. En matière d'expertises, voir *Y.L.*, *supra* note 20 aux par. 43-47.

dans le litige par les parties, sans abus, et ce, compte tenu des ressources judiciaires dont la communauté a besoin, notamment, du temps-juge disponible aux justiciables¹⁰⁹. Ainsi, plusieurs aspects du litige pourront – et devront – être examinés dans la détermination de proportionnalité des procédures judiciaires, soit, entre autres, les actes de procédures (leur longueur, leur complexité)¹¹⁰, les interrogatoires et contre-interrogatoires, les expertises¹¹¹, les heures facturées et les frais d'avocats chargés, le temps d'audience, les délais, les conférences préparatoires et téléphoniques, les témoins.

Par ailleurs, la proportionnalité doit pouvoir s'appliquer largement *dans le temps*, à tous les stades du déroulement de l'instance. Dans le texte d'évaluation de la réforme de 2006, le Ministère de la Justice suggérait d'implanter :

[...] un certain *mécanisme de vérification des ententes pour permettre, dès le début de l'instance, l'intervention d'un juge afin de s'assurer du respect de la règle de la proportionnalité*. Un examen préalable effectué par un greffier, comme cela se fait déjà dans certains districts judiciaires, pourrait augmenter l'efficacité de l'intervention du juge de façon significative. [...]

La réforme impose d'analyser les dossiers en profondeur dès le début. Dans bon nombre de cas, il est possible de faire une telle analyse — plus en profondeur et plus complète. Cependant, tant que les parties n'effectueront pas davantage ce type d'analyse, et ce, même pour les dossiers les plus complexes, l'absence de négociation d'une véritable entente avant la présentation ne permettra

109. *Matic*, *supra* note 48 aux par. 61-66.

110. De fait, le tribunal refusera un amendement qui s'avérerait inutile et contraire aux intérêts de la justice « dans le contexte de la règle de la proportionnalité prévue à l'article 4.2 C.p.c. » (*Huard c. Saguenay (Ville de)*, 2010 QCCA 583 au par. 21), de même qu'un amendement qui aurait pour effet de rendre un dossier ingérable, le tout « afin d'assurer une saine gestion de l'instance ainsi qu'une saine administration de la justice aux termes des articles 4.1 et 4.2 C.p.c. » (*Langevin c. Bouchard*, 2010 QCCS 3417 au par. 9).

111. *Lesage inc. c. Dubé*, 2010 QCCA 811 aux par. 12-13.

pas de limiter le litige à l'essentiel; de plus, il sera très difficile, voire même impossible, de rendre efficace la présentation et les autres mécanismes de gestion ou de règlement et d'appliquer la règle de la proportionnalité.

La voie d'orientation ne se situe donc pas dans des restrictions législatives additionnelles ni dans des extensions de délai qui ne feraient que reporter le moment de discuter du litige. Elle *se situe plutôt dans la formation des avocats et des juges sur le mécanisme existant et dans une promotion qui les inciterait plus à l'utiliser à meilleur escient en précisant davantage l'entente, particulièrement en ce qui concerne la durée, le nombre, l'objet, le coût anticipé et les conditions en général des interrogatoires préalables et des expertises* [nos italiques]¹¹².

Ainsi, la proportionnalité serait mieux respectée si une divulgation avait lieu quant aux interrogatoires et expertises initialement dans l'action. Les avocats devraient être obligés de présenter à leur client un budget *pro forma* estimant – même approximativement – les coûts (frais juridiques, débours, frais d'experts, etc.) afférents à l'introduction ou à la contestation de l'action. Des mises à jour périodiques devraient aussi être fournies, surtout après les interrogatoires. Cette exigence ferait, idéalement, partie de l'entente sur le déroulement de l'instance, et pourrait aussi être reprise dans le *Code de déontologie des avocats*. À tout le moins, les clients devraient être informés des coûts probables d'un procès, même si cela est fait de manière confidentielle. De plus, l'avocat devrait être requis de démontrer que les coûts anticipés sont raisonnables, et surtout, proportionnés à la nature et à l'importance du dossier.

Or, pour mieux appliquer le principe de la proportionnalité et pour avoir des résultats concrets de cette application, il faut prévoir une sanction formelle des agissements fautifs ou délinquants à cet égard :

If the decisions as to what is proportional are left to the parties, the present problems of access to the courts will

112. *Rapport d'évaluation de 2006, supra note 47.*

not change much. Litigation steps that seem « proportional » for defendants, will not seem so for plaintiffs who lack the resources, tax-deductibility and other advantages that defendants typically enjoy in our system. Making « proportionality » into an operating principle of the Court Rules will require that parties have ready access to judicial case management and the availability of sanctions that deter the running up of litigation costs¹¹³.

Comment sanctionner le plus efficacement possible les comportements fautifs, les choix disproportionnés des parties? D'abord, et principalement, grâce aux nouveaux articles 54.1 et ss. C.p.c. sur la sanction des procédures abusives. Ces articles, dont nous avons discuté préalablement, doivent être interprétés en relation avec les principes de proportionnalité et de gestion des articles 4.1 et 4.2 C.p.c. Mais la sanction est-elle adéquate? Adéquate, oui, mais incomplète, car elle néglige un arrimage avec les principes de déontologie des avocats.

Nous croyons que la courtoisie devrait devenir une règle de droit et une responsabilité partagée, comme en Ontario, et qu'elle devrait, de la même manière, inclure une obligation de proportionnalité. Il existe, dans le *Code de déontologie des avocats* québécois¹¹⁴, un devoir de s'abstenir de recourir à des procédures judiciaires abusives, dilatoires, inutiles, aux articles 2.05, 3.02.11 et 4.02.01 a), mais nulle part il est question de procédures judiciaires disproportionnelles ou disproportionnées.

L'avocat doit non seulement « servir la justice », comme il est prévu à l'article 2.01.01, mais il doit le faire en donnant des conseils juridiques proportionnés :

113. William G. MacLeod, « Is Defensive Practice by Lawyers an Obstacle for Access to the Courts? », article présenté au Justice Review Task Force and the Civil Justice Reform Working Group, juin 2005 à la p. 62 [non publié].

114. *Code de déontologie des avocats*, L.R.Q. c. B-1, art. 15.

The courts' rules and procedures can, and must, be modified to encourage proportionality, but it is the legal profession which must ultimately address the problem of disproportionate litigation. Lawyers must be better prepared to do what they are trained and paid to do – to provide thoughtful, timely, dispassionate and, indeed, proportionate legal advice to clients¹¹⁵.

Par conséquent, nous croyons que les règles de déontologie devraient codifier le principe de proportionnalité, ainsi que la sanction de non-respect, et que les devoirs de l'avocat envers la justice devraient y être réaffirmés dans ce contexte.

CONCLUSION

Qui dit juste dit proportionné. La justice, l'équité *et la proportionnalité* sont au centre de tout système de justice idéal. Il faut laisser de côté les chiffres de notre ancienne vie, de la petite école et oublier la proportionnalité mathématique. La proportionnalité procédurale est tributaire de l'impact social et humain qu'aura un dossier sur les parties en litige, plutôt que de son impact financier ou monétaire.

C'est le principe fondamental de proportionnalité procédurale qui assurera l'accès à la justice des citoyens d'aujourd'hui et de demain. Ainsi, elle doit être respectée par les usagers des systèmes judiciaires, quelle que soit leur tradition juridique, et doit être appliquée par les tribunaux de toutes les instances, et ce, de manière proactive.

115. Hon. Warren Winkler, « Professionalism and Proportionality », *Journal des plaideurs* (mars 2009), en ligne : <http://www.ontariocourts.on.ca/coa/en/ps/publications/professionalism_proportionality.pdf>.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA DÉCISION CHRISTENSEN C. ARCHEVÊQUE CATHOLIQUE
ROMAIN : LORSQUE LE TUTEUR DOIT POURSUIVRE L'AGRESSEUR

Auteur(s) : Julie MCCANN

Revue : RDUS, 2009-2010, volume 40, numéro 1-2

Pages : 599-624

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10461>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10461>

Page vide laissée intentionnellement.

COMMENTAIRE

LA DÉCISION CHRISTENSEN c. ARCHEVÊQUE CATHOLIQUE ROMAIN : LORSQUE LE TUTEUR DOIT POURSUIVRE L'AGRESSEUR

par Julie MCCANN*

Le délai entre le moment où elle subit des actes d'agression et celui où la victime de telles agressions entame des procédures judiciaires civiles peut parfois être de quelques décennies, surtout si elle était mineure au moment des agressions. La prescription du recours de la victime d'agression sexuelle a ceci de singulier que l'extinction du droit de poursuivre peut survenir avant même que la victime n'ait été en mesure d'établir le lien entre les actes fautifs et le préjudice souffert. La question de l'impossibilité d'agir des parents, comme motif de suspension de la prescription suscite plusieurs questions liées au rôle du tuteur et à la protection de l'enfant. L'analyse de la décision Christensen c. Archevêque catholique romain de Québec nous permet de remettre en contexte la délicate question des agressions sexuelles d'enfants, à la lueur notamment de la Convention sur les droits de l'enfant.

Several decades may elapse between a sexual assault on a person and the filing of a civil action, especially when the victim was underage at the time of the assault. In this type of situation, extinctive prescription can adversely affect the victim's recourse and indeed, may extinguish the right to obtain indemnification even before the victim has realized the existence of a causal relation between the wrongful act and the injury suffered. In these cases, parents acting in their capacity as tutors may also be unable to act on behalf of their pupils. Suspension of prescription raises several issues relating to the parents' role as tutors as well as to their duty to protect their children. This comment analyses the case of Christensen v. Roman Catholic Archbishop of Québec and aims at encouraging the courts to examine the sensitive issues surrounding the sexual abuse of children in light of the Convention on the Rights of the Child.

*, Avocate, Doctorante à l'Université McGill, Chargée de cours à l'Université Laval. L'auteure a rédigé *La prescription des créances : à la croisée du droit substantiel et du droit processuel*, mémoire de maîtrise, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2007, qui a remporté le prix 2009 de l'Association des professeurs de droit du Québec pour le meilleur mémoire de maîtrise. L'auteure remercie M. Martin Thiboutot, étudiant au baccalauréat, pour son aide à la recherche. Les apports des étudiantes Isabelle Dalpé, Stephany El-Murr, Sarah Rineau-Rossi et Marie-Christine Roy ont aussi permis d'alimenter la réflexion précédant la rédaction de cet article.

SOMMAIRE

I.	L'historique des procédures judiciaires	601
II.	L'irrecevabilité préliminaire fondée sur la prescription du recours	602
III.	La prescription du recours fondé sur l'agression sexuelle d'une victime mineure	605
	a) Les fondements de la prescription extinctive revisités.....	606
	b) Le nécessaire équilibre entre les droits du débiteur (agresseur) et ceux du créancier (victime).....	608
	c) La difficile détermination du point de départ de la prescription pour les victimes d'agressions sexuelles.....	610
IV.	Les agressions sexuelles d'enfants mises en contexte	617
	a) L'article 2904 à la lueur des droits de l'enfant	618
	b) Les obligations du tuteur.....	620
	Conclusion	623

Le Québec assiste depuis quelques années à une augmentation marquée du nombre de recours de victimes d'agressions sexuelles à l'encontre de leur agresseur, parfois plusieurs années après les gestes fautifs. Un exemple parmi tant d'autres est l'affaire *Christensen c. Archevêque catholique romain de Québec*¹, où la question de l'impossibilité d'agir des parents, comme motif de suspension de la prescription, s'est posée.

I. L'historique des procédures judiciaires

La victime, « Shirley Christensen », intente, en juin 2007, un recours en responsabilité civile fondé sur des allégations d'agressions sexuelles. Les actes reprochés au défendeur, l'ancien curé Paul-Henri Lachance, auraient eu lieu de manière répétée, à la fin des années 1970 et au début des années 1980; la victime était alors âgée de 6 à 8 ans. En juillet 1981, un acte plus envahissant se produit, ce qui amène la victime à se confier à ses parents. Ces derniers rencontrent les représentants de l'Archevêque catholique romain de Québec (ci-après l'« Archevêque »), lesquels affirment se charger de l'affaire et leur demandent de ne pas ébruiter l'affaire. En 2006, après avoir pris conscience des conséquences des agressions subies, la victime dépose une plainte pour attentat à la pudeur d'une personne de sexe féminin à laquelle le défendeur Lachance plaide coupable. Un recours civil en dommages est par la suite intenté en Cour supérieure. Les défendeurs, Lachance et l'Archevêque, à titre de commettants, déposent, à titre préliminaire, une requête en irrecevabilité fondée sur la prescription du recours de la demanderesse.

La décision de première instance : l'absence d'allégation de crainte comme motif de suspension de la prescription — La requête en irrecevabilité est accueillie en Cour supérieure. De l'avis du premier juge, le délai de prescription a commencé à courir au plus tard en 1983. En l'absence d'un état de crainte

1. 2010 CSC 44 [l'affaire *Christensen*].

entraînant une impossibilité d'agir, aucun motif sérieux ne permet de conclure *prima facie* que le délai de prescription ait été suspendu. Le recours est donc prescrit.

La décision en appel : l'absence de motif appuyant l'impossibilité d'agir des parents — La majorité des juges de la Cour d'appel rejette l'appel, mais ne fait pas siens les motifs du juge de première instance. La Cour d'appel est d'avis que le recours est prescrit. Le point de départ de la prescription est fixé à juillet 1981, moment où la victime ou ses parents auraient pu agir. La Cour rejette l'argument voulant qu'il y ait eu des préjudices distincts, préférant qualifier de manifestation graduelle l'aggravation de l'état de la victime. Les parents n'ayant pas été dans l'impossibilité d'agir, il n'y aurait pas eu de suspension de prescription.

La dissidence du juge Chamberland — Le juge Chamberland, dissident en Cour d'appel, aurait accueilli le pourvoi et rejeté la requête en irrecevabilité au motif qu'en tenant les faits pour avérés, le juge de l'irrecevabilité aurait dû faire preuve de prudence et éviter de trancher une question de fait qui aurait dû être tranchée par le juge du fond. Il est d'avis que, telles que rédigées, les allégations de la requête introductive d'instance établissent le point de départ de la prescription à l'été 2006 et que seule la preuve au procès permettrait d'en apprécier le bien-fondé.

La décision rendue par la Cour suprême — La Cour suprême a, à l'unanimité, accueilli l'appel. Dans une décision laconique, le plus haut tribunal endosse les motifs retenus par le juge Chamberland, dissident en cour d'appel.

II. L'irrecevabilité préliminaire fondée sur la prescription du recours

La cause dont il est question reposait essentiellement sur une question d'irrecevabilité du recours de la victime (ou de son tuteur) en application de l'article 165 (4) C.p.c :

Le défendeur peut opposer l'irrecevabilité de la demande et conclure à son rejet :

[...]

4. Si la demande n'est pas fondée en droit, supposé même que les faits allégués soient vrais.

Un recours prescrit est, à sa face même, non fondé en droit et par conséquent irrecevable². Dans le cas d'une requête en irrecevabilité, présentée à titre préliminaire au motif que l'action est non fondée en droit, la cour doit « s'interroger sur la question de savoir si l'ensemble des faits allégués dans la requête et tenus pour avérés pouvait juridiquement donner naissance au remède recherché »³. La requête en irrecevabilité pourra être accueillie à la condition que la situation de droit soit claire et évidente⁴. À cette étape, le juge doit :

- Tenir pour avérés les seuls faits allégués, sans toutefois tenir pour acquis la qualification juridique qui leur est donnée et prendre connaissance des pièces déposées à leur soutien⁵;
- Éviter de rechercher d'autres hypothèses, ou tenter d'imaginer ou deviner quels autres faits une partie aurait pu ou pourrait à l'avenir ajouter;
- Déterminer si, tenant les faits allégués, mais seulement ceux-ci, pour avérés, il peut rejeter en bloc

-
2. Il suffit ici de rappeler la définition de la prescription extinctive à l'effet que la prescription extinctive est « un moyen [...] d'opposer une fin de non-recevoir à une action », art. 2921 C.c.Q.
 3. *Gillet c. Arthur*, [2005] R.J.Q. 42 (C.A.); *Bourcier c. Citadelle (Compagnie d'assurances générales)*, [2007] R.R.A. 543 (C.A.); *Fruits de Mer Gascon ltée c. Brotherton*, [2000] J.Q. n° 5167, REJB 2000-21621 (C.S.).
 4. *Hampstead (Ville de) c. Jardins Tuileries ltée*, [1992] R.D.J. 163 (C.A.).
 5. Denis Ferland et Benoît Emery, dir., *Précis de procédure civile du Québec*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2003 aux pp. 287-288; *Osmari c. École Barthélémy-Vimont*, [1994] R.D.J. 581 (C.A.); *O'Hearn c. Roy*, [1997] R.R.A. 64 (C.A.); *Creighton c. Immeubles Trans-Québec inc.* [1988] 37 R.J.Q. 27 (C.A.) au par. 28; *Gille c. Placements Diar inc.*, [1992] R.J.Q. 2746 (C.A.); *Godin c. Société canadienne de la Croix-Rouge*, 1993 CanLII 3881 (C.A. Qué.); *Fruits de M Gascon ltée c. Brotherton*, *supra* note 3 au par. 15.

la requête; et à cette fin, examiner le lien de droit entre l'ensemble des faits allégués, même si disparates ou confus, et le remède recherché;

- Faire preuve de prudence;
- N'accueillir la requête en irrecevabilité que s'il est convaincu que la demande n'est pas fondée en droit, qu'elle n'a aucune chance de succès, en supposant que tous les faits allégués soient vrais. Autrement dit, s'abstenir de mettre fin prématurément à un procès⁶, à moins d'être convaincu du bien-fondé de l'irrecevabilité.

Dans des situations où l'impossibilité psychologique d'agir est invoquée comme motif de suspension de la prescription, le rôle du juge statuant sur l'irrecevabilité consiste à se demander si les faits allégués à la requête introductive d'instance et les pièces produites à leur soutien :

- (1) permettent de déterminer avec suffisamment de certitude quel était le point de départ de la prescription et que le délai de prescription est échu et
- (2) supportent la thèse de l'impossibilité d'agir de la partie demanderesse ou de son tuteur.

La requête en irrecevabilité présentée au motif que le recours est prescrit ne sera accueillie que s'il est clair⁷, à la lecture des allégations de la requête et des pièces à leur soutien, que le délai pour être entendu est expiré. Par conséquent, dans les cas de prescription d'un recours basé sur une manifestation graduelle d'un préjudice, les tribunaux doivent faire preuve de circonspection au stade de l'irrecevabilité; règle générale « le moment où le préjudice s'est manifesté d'une façon appréciable

6. *Hampstead (Ville de) c. Jardins Tuileries ltée*, supra note 4.

7. « [L]a prescription invoquée doit apparaître de façon claire et précise sans nécessité d'interpréter avec subtilité les nuances de la jurisprudence et de la loi qui s'appliquent », *C.I.B.C. Equipment Finance Ltd. c. Transport J.M. Thibeault et Fils inc.*, 2002 CanLII 24900 (C.S. Qué.); *Québec (Ville de) c. Constructions Bé-Con inc.*, 2003 CanLII 33217 (QC C.S.); (2003) R.L. 311 (C.S.) au par. 18 et 19.

nécessite une évaluation de la preuve qui relève du juge du fond »⁸. Dans les situations où le recours semble prescrit *prima facie*, mais où le demandeur allègue une impossibilité d'agir ayant vraisemblablement pu interrompre la prescription, l'appréciation des faits supportant cette impossibilité *en fait* doit être laissée à l'appréciation du juge du fond.

Avec respect pour l'opinion du premier juge, il nous semble que dans ces situations, la victime n'a pas à démontrer, « selon la balance des inconvénients [...] qu'elle était dans l'impossibilité d'agir »⁹. Une simple déclaration à cet effet dans la requête introductive d'instance, au stade de l'irrecevabilité, devrait suffire. Comme il sera discuté plus loin dans le texte, l'impossibilité d'agir du représentant doit être examinée à la lueur du préjudice et des dommages soufferts par la victime; s'il est allégué qu'elle ne pouvait agir avant 2006, alors son représentant ne le pouvait pas non plus.

III. La prescription du recours fondé sur l'agression sexuelle d'une victime mineure

La décision à l'étude amène un nombre de questions particulièrement délicates compte tenu de la nature du recours. Dans un contexte où ni la jurisprudence ni la littérature ne se sont penchées sur la question, il convient (1) de revisiter les fondements de la prescription extinctive, (2) de rappeler qu'il est nécessaire de se questionner sur l'équilibre entre les droits du débiteur (agresseur) et ceux du créancier (victime) et (3) de se pencher sur la difficile détermination du point de départ de la prescription pour les victimes d'agressions sexuelles.

8. *Investissements Intergem inc. c. Ultramar Canada inc.*, 2006 QCCA 1470 au par. 3.

9. *S.C. c. Lachance*, 2008 QCCS 2724 au par. 25.

a) Les fondements de la prescription extinctive revisités

Historiquement, quatre principaux fondements ont servi à justifier qu'une réclamation, autrement bien fondée, puisse être considérée comme irrecevable parce que prescrite. La prescription est donc tour à tour considérée comme un outil de protection du débiteur ou une sanction de la négligence du créancier à faire valoir ses droits. Elle sert parfois de présomption de paiement et permet d'assurer la stabilité des relations juridiques, dans un souci d'ordre public¹⁰.

La prescription extinctive vient établir le droit du débiteur à la tranquillité d'esprit une fois qu'un certain délai s'est écoulé entre l'exigibilité de la dette qu'il a envers le créancier; il peut se considérer comme libéré et ne pas craindre que de trop anciennes dettes ne reviennent le hanter. Cette protection du débiteur s'accompagne aussi d'une sanction de la conduite du créancier négligent : en ne faisant pas valoir ses droits diligemment, la prescription sanctionne son inaction en rendant son recours tardif irrecevable.

Ces fondements doivent toutefois être mis en perspective : en présence d'un recours bien-fondé pour lequel le débiteur a été empêché de faire valoir ses droits, il faut éviter de privilégier la tranquillité d'esprit du débiteur au détriment des droits du créancier. C'est pourquoi nous remettons en question ce passage, abondamment cité :

[I]l faut prendre bien garde de ne point relaxer la computation des délais, de déchéance comme de procédure, au point de les rendre presque inopérants, car ces clauses servent la justice et ont pour raison d'être la protection de droits que le législateur a voulu à certaines

10. Voir à ce propos le développement portant sur les fondements de la prescription extinctive dans Julie McCann, *La prescription des créances : à la croisée du droit substantiel et du droit processuel*, mémoire de maîtrise, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2007.

conditions privilégier, fût-ce au détriment de ceux des autres en les plaçant à l'abri des plaideurs qui se manifestent tardivement [...]. Aussi ne faudrait-il donc pas élargir outre mesure la notion de « l'impossibilité absolue en fait d'agir » que prévoit l'art. 2232 du Code civil comme fondement d'une suspension des délais¹¹.

Cette position étant encore souvent celle des tribunaux aujourd'hui¹², il importe de rappeler que depuis 1994, le législateur a choisi d'assouplir le caractère strict¹³ du délai et de la notion d'impossibilité d'agir en écartant le terme « absolue » qui la qualifiait alors.

Nous remarquons qu'avec le temps, les tribunaux ont privilégié une application stricte des délais de prescription extinctive alors qu'en fait, tout milite pour que l'équité¹⁴ serve de guide, surtout au stade de la requête en irrecevabilité. Une appréciation fondée sur l'équité doit avoir pour trame de fond qu'au stade de l'irrecevabilité, l'idée est de distinguer la victime « passive » de la victime qui a réellement été psychologiquement dans l'incapacité d'agir.

11. *Oznaga c. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 113 au par. 31.

12. Par exemple dans la décision *Catudal c. Borduas*, 2006 QCCA 1090, (Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée).

13. « L'impossibilité en fait d'agir exigée par la loi demeure donc une question laissée à l'appréciation des tribunaux [...] qui devraient, eu égard au texte de l'article 2904 C.c. [...] se montrer moins stricts que sous l'ancien régime. » Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, « La prescription » dans *La responsabilité civile*, Volume I - Principes généraux, 7^e éd., 2007, EYB2007RES30 au par. 1-1420.

14. « [L]équité doit présider à l'application des règles et l'individualité des cas rend parfois dangereuse une trop grande généralisation », *ibid.* au par. 1-1418.

b) Le nécessaire équilibre entre les droits du débiteur (agresseur) et ceux du créancier (victime)

Dans le cadre d'un recours civil, en matière de créances, le droit ne distingue pas la nature de la créance : il s'agit d'un recours en dommages-intérêts, pour compenser l'inexécution d'une obligation – de nature contractuelle ou extracontractuelle. Une nuance s'impose toutefois dans le cas de dommages exemplaires, où le caractère de l'atteinte (« illicite et intentionnel ») et la nature de l'atteinte (« un droit garanti par la charte ») seront examinés¹⁵. Une présomption existe voulant que la prescription extinctive est édictée à l'avantage du débiteur. Cette quiétude du débiteur, corollaire d'une présomption de l'abandon du droit à la réparation du créancier qui néglige de le faire valoir, ne peut être appliquée de manière stricte dans les cas d'agressions graves¹⁶. Dans ces situations, par souci d'équité, on doit tenir compte du fait que les « créances » reposent sur des événements socialement hautement répréhensibles, et même constitutifs d'infractions criminelles.

Comment les tribunaux évaluent-ils la gravité du délit d'agression sexuelle dans le contexte de recours criminels? Il ressort de cela que la nature du délit et l'état de vulnérabilité de la victime *doivent être pris en compte* lorsqu'il s'agit de pondérer les droits de la victime et ceux de l'auteur du préjudice. Nous faisons nôtres les propos du juge Stevenson, alors juge à la Cour suprême :

Il faut beaucoup de courage et de force de caractère aux victimes d'abus sexuels pour révéler ces secrets personnels et ouvrir d'anciennes blessures. Si les procédures devaient être arrêtées en raison du seul temps

15. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 49.

16. Louise Langevin, Nathalie Des Rosiers *et al.*, « L'impossibilité psychologique d'agir et les délais de prescription : lorsque le temps compte » (2008) 42 R.J.T. 395 aux pp. 411-412; *M.(K.) c. M.(H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, 31; *Gauthier c. Baumont*, [1998] 2 S.C.R. 3 au par. 67.

écoulé entre les mauvais traitements et la mise en accusation, *les victimes seraient tenues de dénoncer ces incidents avant d'être psychologiquement prêtes à assumer les conséquences de leur dénonciation*. Il a été reconnu dans d'autres contextes que le retard à dénoncer les abus sexuels est une conséquence commune et prévisible dans ces cas... Si les tribunaux devaient imposer une prescription, cela signifierait que les auteurs d'abus sexuels pourraient tirer avantage de l'absence de dénonciation dont ils sont, dans bien des cas, eux-mêmes responsables. Ce n'est pas là une conséquence que nous devrions encourager¹⁷. [nos italiques]

Le fait que la victime se retrouve demanderesse dans une instance civile n'enlève rien au caractère criminel des gestes subis. En classant l'agression sexuelle parmi les infractions criminelles et en permettant aussi l'imposition de peines pour de tels délits, un message est envoyé à l'effet que « la conduite du contrevenant doit être punie parce qu'elle a porté atteinte au code des valeurs fondamentales de notre société »¹⁸; il s'agit d'une atteinte à l'ordre public. La gravité particulière de la faute commise, laquelle donnerait éventuellement lieu à l'octroi de dommages exemplaires en raison de son caractère illicite et intentionnel, milite en faveur d'une interprétation de la prescription qui ne soit pas toute à l'avantage du débiteur.

On remarque aussi que dans les cas d'agressions sexuelles commises sur des enfants, la Cour est généralement réticente à

17. *R. c. L. (W.K.)*, [1991] 1 R.C.S., 1091, 1100 et 1101.

18. « La société doit, par l'entremise des tribunaux, communiquer sa répulsion à l'égard de certains crimes, et les peines qu'ils infligent sont le seul moyen qu'ont les tribunaux de transmettre ce message. [...] Notre droit criminel est également un système de valeurs. La peine qui exprime la réprobation de la société est uniquement le moyen par lequel ces valeurs sont communiquées à enseigner de manière positive la gamme fondamentale des valeurs communes que partagent l'ensemble des Canadiens et des Canadiennes et qui sont exprimées par le *Code criminel*. », *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500 au par. 81.

considérer que le délai¹⁹ écoulé entre les infractions commises et le prononcé de la sentence puisse être un facteur atténuant.

Le long délai écoulé entre la commission des infractions et la dénonciation n'est pas une circonstance exceptionnelle dans le cas des infractions d'ordre sexuel commises sur de jeunes enfants. Souvent, *le long délai constitue une caractéristique inhérente à ce genre de crime* puisque les victimes ne sont pas en mesure de se plaindre étant donné leur jeune âge, leur totale vulnérabilité et, souvent, les menaces qui les tiennent bâillonnées²⁰.

Bien que les lois sur la prescription des actions soient « des lois destinées à assurer la tranquillité d'esprit », les tribunaux devraient refuser de leur donner une application stricte dans des cas où la nature du recours fait échec à la protection de la tranquillité d'esprit du défendeur, par exemple dans les cas d'inceste ou d'agression sexuelle, où il serait inéquitable de favoriser la tranquillité d'esprit de l'agresseur au détriment de la victime.

c) La difficile détermination du point de départ de la prescription pour les victimes d'agressions sexuelles

Intrinsèquement liés à la naissance du droit d'action, les recours en responsabilité civile reposant sur la commission d'agressions sexuelles posent certains problèmes particuliers, compte tenu de la nature du préjudice et éventuellement des dommages causés. À partir de quel moment le droit d'action

19. La Cour d'appel a été appelée à examiner le délai de 17 ans écoulé depuis les agressions et où l'agresseur plaidait qu'il occupait un emploi stable et entretenait une relation stable à titre de circonstances atténuantes. Il soutenait aussi « qu'au terme de deux décennies, il faut laisser émerger l'oubli et la réconciliation » ce à quoi la Cour a répondu que les « caractéristiques personnelles qui s'attachent au bien-être du délinquant ne témoignent ni de la dénonciation ni de la dissuasion générale qui doit frapper les crimes sexuels commis sur des enfants en bas âge », *R. c. L. (J.J.)*, 1998 CanLII 12722 (C.A. Qué.).

20. *Ibid.*

prend-il naissance? Poser cette question nous ramène inévitablement à se demander à quel moment la faute, le préjudice et le lien causal surviennent.

La faute — De l'avis du professeur Gardner, « la victime d'une agression sexuelle subit un préjudice corporel, puisque l'atteinte à son intégrité physique ou psychique est patente »²¹. De cela, nous retenons donc que le moment de la (ou des fautes) est facilement identifiable et lié aux actes d'agression. La détermination du moment de la commission de la ou des fautes est ce qui semble poser le moins de problèmes.

Le préjudice — La difficulté dans la détermination du moment de la réalisation du préjudice est liée à la nature même du dommage subi : il s'agit d'un dommage, d'une conséquence invisible qui sera bien souvent latente et dont les effets néfastes pourront surgir de manière contemporaine aux agressions, ou encore plusieurs années plus tard. L'enfant qui n'a pas conscience du caractère répréhensible des actes pourra ne présenter de séquelles qu'à l'âge adulte. Sa cause d'action étant reportée d'autant²². Ainsi s'exprimait la Cour d'appel dans *Christensen* :

[65] Le point de départ de la prescription représente le premier moment où la personne victime d'un préjudice peut agir [...]. Il arrive que l'acte fautif produise immédiatement un préjudice; dans un tel cas, la prescription débute dès cet instant [...]. En d'autres circonstances, il se peut que le préjudice se réalise de façon graduelle. Le point de départ de la prescription est

21. Daniel Gardner, « La qualification de préjudice corporel et ses conséquences » dans *Le préjudice corporel*, 3^e éd., 2009, EYB2009EPC3 au par. 24.

22. « La jurisprudence, plus réaliste, fait partir le délai du jour de la réalisation du préjudice, puisque c'est à ce moment seulement que les conditions juridiques du droit de poursuite se trouvent enfin réunies [...] », Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *supra* note 13 au par. 1-1420.

alors le moment où le préjudice se manifeste de façon appréciable [...].

La manifestation appréciable du préjudice — La prescription commence dès que le préjudice apparaît pour la première fois (art. 2926 C.c.Q.). Dans le cas de préjudices corporels dont les conséquences dommageables seront échelonnées dans le temps - et ne se manifesteront pas seulement en une seule fois, mais bien graduellement - il ressort que la « première manifestation » puisse ne pas suffire à la naissance de la cause d'action. De l'avis de certains auteurs, il faudrait que « le critère de la "première fois" soit défini comme étant le moment où la demanderesse prend conscience de l'importance et de l'étendue du préjudice, même si ce dernier ne s'est pas totalement manifesté »²³.

[67] Le moment où les différents préjudices subis par l'appelante se seraient manifestés pour la première fois n'apparaît cependant pas aussi clairement des procédures.

Les dommages causés à une victime d'agressions sexuelles devraient être appréciés à la lueur des « séquelles »²⁴ que la faute a entraînées. Ces séquelles peuvent entraîner en divers troubles psychiques et physiques qui se manifesteront au fil de la vie de la victime; celle-ci pourra ne prendre conscience du lien entre le préjudice subi et ses conséquences qu'une fois rendue adulte²⁵.

23. Louise Langevin, « Suspension de la prescription extinctive : à l'impossible nul n'est tenu » (1996) 56 R. du B. 185 à la p. 54 au par. 113.

24. « [L]e Tribunal ne peut retenir que le préjudice [...] existait lorsqu'il a reçu son congé de l'Hôpital [...]. Son préjudice ne se limite pas au coma profond et à la détresse respiratoire qui ne sont que les manifestations de l'injection d'une surdose de phénobarbital: ce sont les séquelles que le [...] neurologue, n'était pas encore en mesure de constater [...] qui font l'objet de la poursuite. », *Lévesque c. Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke*, 2003 CanLII 54459 (C.S. Qué.)

25. « Un événement particulier pourra également agir à titre d'élément déclencheur, qui fera prendre conscience à la victime de son préjudice et

Dans une instance criminelle, la Cour d'appel retient que l'« âge de la victime est un élément intimement lié à l'évaluation du rapport d'autorité qu'entretient l'agresseur avec celle-ci » et [que] dans ces circonstances les séquelles psychologiques chez la victime sont plus facilement inférées par les tribunaux »²⁶. Donc, bien que les séquelles psychologiques causées par de tels agissements puissent objectivement être prévisibles, ce n'est qu'un examen subjectif de la situation particulière de la victime qui pourra permettre de déterminer à partir de quel moment est née la cause d'action de la victime.

Le lien de causalité — L'autre problème lié à la naissance de la cause d'action réside dans le lien de causalité entre les actes fautifs et les dommages soufferts. En effet, une personne extérieure peut très bien « anticiper » que les actes fautifs puissent entraîner des séquelles, encore faut-il que la victime elle-même soit en mesure d'établir ce lien. Le lien peut être présumé fait à « partir du jour où une victime raisonnablement prudente et avertie pouvait soupçonner le lien entre le préjudice et la faute »²⁷; c'est le critère de la « victime raisonnable placée dans les mêmes circonstances ».

Comme la naissance de la cause d'action doit déterminer le début de l'écoulement du délai de prescription, il semble inéquitable d'imposer à la victime d'intenter son recours dans un délai de trois ou quatre ans après avoir acquis sa majorité, alors qu'elle n'est pas en mesure de faire le lien entre les gestes posés et le préjudice subi. « [I]l faut préalablement que la partie demanderesse soit réellement consciente du préjudice subi et de sa cause probable »²⁸. En matière de délits sexuels, le lien de

du lien existant avec la situation d'abus dont elle a été victime », Daniel Gardner, *supra* note 21 au par. 40.

26. William A. Schabas, *Les infractions d'ordre sexuel*, Cowansville, Yvon Blais, 1995 à la p. 271, cité dans R. c. R.D., 2008 QCCA 1641 au par. 54.

27. Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *supra* note 13 au par. 1-1420.

28. M.(K.) c. M.(H.), *supra* note 16.

causalité entre les actes commis et le préjudice souffert est souvent refoulé ou tout simplement neutralisé par le syndrome du choc post-traumatique²⁹.

En *common law*, la notion de possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi a été développée³⁰. Elle sous-tend un cheminement intellectuel entrepris par la victime lui permettant de relier les dommages subis aux actes incestueux, et donc de faire naître la cause d'action. La découverte du préjudice subi n'est donc possible qu'une fois que la victime se trouve en mesure de lier les éléments de faute et de préjudice. La Cour suprême a établi une présomption selon laquelle « c'est seulement en suivant une forme quelconque de psychothérapie que certaines victimes d'inceste découvrent le lien nécessaire entre les préjudices qu'elles ont subis et le mal qu'on leur a fait (et ainsi leur cause d'action) »³¹. Cette présomption facilite la preuve de la découverte du préjudice subi en la reliant à l'aide thérapeutique reçue : elle peut être réfutée par une preuve à l'effet contraire, soit que la victime était consciente du préjudice subi et de son caractère répréhensible à un moment antérieur. Cette présomption semble tranquillement se frayer un chemin en droit québécois³².

On peut aussi raisonnablement s'attendre à ce que soient appliqués ces mêmes critères, et même de manière assouplie,

29. Louise Langevin, Nathalie Des Rosiers *et al.*, *supra* note 16 à la p. 415.

30. En droit américain, on observe une tendance similaire, soit la règle de la découverte tardive, voir *M.(K.) c. M.(H.)*, *supra* note 16.

31. *Ibid.*

32. Dans *A c. B*, 2007 QCCS 5, EYB 2007-112340 (C.S.), J.E. 2007-288 (C.S.), [2007] R.R.A. 172 (C.S.) au par. 61, La cour invoque la décision *M.(K.) c. M.(H.)*, *supra* note 16, qui pose que « On peut présumer que cette prise de conscience a lieu au moment où la victime reçoit *une certaine forme d'aide thérapeutique*, que ce soit d'un professionnel ou de la collectivité en général. J'en suis venu à cette conclusion après avoir étudié les témoignages d'experts en l'espèce et la jurisprudence américaine qui s'est attaquée à ce problème au cours de la dernière décennie. Il va sans dire que cette présomption sera écartée si la preuve révèle que la victime a découvert le préjudice et sa cause probable à un autre moment » [nos italiques].

lorsqu'un représentant légal est tenu d'entreprendre un recours ayant pour fondement un préjudice qu'il ne subit pas lui-même.

La suspension de la prescription : l'impossibilité d'agir du mineur ou du tuteur? — On reconnaît au détenteur d'un droit une suspension du délai pour agir en justice lorsqu'il se trouve dans l'« impossibilité d'agir » ou encore lorsqu'il n'est pas en mesure de connaître les éléments essentiels de sa réclamation. Il s'agit donc soit du jour où la partie a effectivement découvert les éléments donnant ouverture au droit qu'elle réclame ou à l'identité de la personne responsable³³. De manière à ce que la preuve de la connaissance ne puisse pas couvrir l'ignorance de la partie qui aurait été négligente, le délai de prescription commence à compter du moment où une « personne raisonnable possédant les mêmes capacités et se trouvant dans la même situation que le titulaire du droit de réclamation aurait dû apprendre les faits »³⁴ ayant donné naissance au droit d'action.

L'article 2904 C.c.Q. dispose que :

La prescription ne court pas contre les personnes qui sont dans l'impossibilité en fait d'agir soit par elles-mêmes, soit en se faisant représenter par d'autres.

L'impossibilité d'agir d'une personne ou de son représentant entraîne donc une suspension de la prescription. Dans le cas d'une personne incapable, tel un mineur ou un majeur inapte, l'impossibilité d'agir devra être appréciée à la lueur de la situation du représentant. En doctrine et en jurisprudence, il semble que

33. On considère que les faits sont découverts au jour où le titulaire apprend les faits essentiels, soit la survenance des préjudices, pertes ou dommages, les actes ou omissions les ayant causé, ou l'identité de la personne responsables de ceux-ci, *Loi de 2002 sur la Prescription des actions*, L.O. 2002, c. 24, ann. B, art. 5(1); « Unless otherwise provided in this Act, no proceedings shall be commenced with respect to a claim after two years from the day on which the claim is discovered. », *Limitations Act*, S.S. 2004, c. L-16.1, art. 5.

34. *Loi de 2002 sur la Prescription des actions*, *Ibid.*, art. 5(1) b).

deux thèses s'affrontent quant à la portée de l'article 2904 C.c.Q. : d'une part, certains prétendent que le mineur *et* son représentant doivent être dans l'impossibilité d'agir pour que la prescription soit suspendue alors que d'autres soutiennent que la seule impossibilité d'agir du mineur *ou* de son représentant ont cet effet. À cet effet, nous tenons à rappeler que le mineur est frappé d'une incapacité juridique générale, sauf quelques exceptions : il n'est pas dans l'impossibilité d'agir, il en est tout simplement incapable. Par ailleurs, l'impossibilité d'agir du représentant est intimement liée à celle du représenté : la naissance du droit d'action doit être appréciée du point de vue de la victime. S'il est plausible que la victime elle-même ait été dans l'impossibilité d'établir le lien entre les gestes posés et le préjudice subi, comment peut-on prétendre que le représentant aurait pu (ou dû) entreprendre un recours plus tôt? L'impossibilité d'agir de la victime se transmet au représentant.

L'incapacité d'agir et la diligence raisonnable – Le défaut d'intenter un recours dans les délais prescrits peut être interprété comme un manque de diligence de la part du créancier de l'obligation de réparer. Cependant, la diligence implique et repose sur la présomption qu'une personne est au courant des droits qu'elle possède. Par exemple, les personnes frappées d'une incapacité juridique sont présumées ignorer leurs droits — et donc les recours dont elles disposent; il serait injuste de s'attendre à ce qu'elles fassent preuve de diligence, à la manière d'une personne entièrement apte³⁵. Par ailleurs, prétendre que les victimes d'agression sexuelle qui tardent à faire valoir leurs droits font preuve d'un manque de diligence traduit une méconnaissance des conséquences psychologiques causées par un tel délit.

La déclaration de culpabilité : aveu judiciaire équivalent à reconnaissance de dette?³⁶ — Il est prévu au Code civil que la reconnaissance de dette a un effet interruptif de la prescription

35. *Murphy c. Welsh; Stoddard c. Watson*, [1993] 2 R.C.S. 1069.

36. Voir le développement à ce sujet dans : J. McCann, *supra* note 10.

(art. 2898 C.c.Q.)³⁷; après la reconnaissance de dette, peu importe que le délai de prescription soit échu, celui-ci recommencera à courir par le même laps de temps (art. 2903 C.c.Q.). Celui qui pouvait bénéficier de la prescription perd le bénéfice du temps écoulé s'il reconnaît — même implicitement — le bien-fondé du droit de son créancier. Il s'agit donc d'un aveu fait par le débiteur que la dette est due³⁸. Rappelons que « [c]ette reconnaissance n'est soumise à aucune formalité impérative de la loi. Elle peut être expresse ou tacite [...]. Pour être valable, elle doit cependant montrer clairement la volonté du débiteur de reconnaître sa dette »³⁹.

L'intimé Lachance a enregistré un plaidoyer de culpabilité à une accusation criminelle d'attentat à la pudeur : bien qu'une condamnation criminelle ne puisse tenir le civil en l'état, il n'en demeure pas moins qu'il y a une reconnaissance judiciaire de l'infraction et donc, du préjudice causé. Peut-on inférer qu'il s'agit ici d'une reconnaissance de dette? Il nous semble que répondre par l'affirmative ne ferait qu'écarter l'obstacle de la prescription pour permettre qu'une preuve quant aux actes reprochés puisse être administrée.

IV. Les agressions sexuelles d'enfants mises en contexte

On ne peut passer sous silence le contexte social plus large dans lequel s'inscrit la problématique de l'agression sexuelle d'enfants en bas âge. L'affaire *Christensen* porte sur des actes d'agression commis à la fin des années 1970 et au début des années 1980. Pour évaluer la situation, on doit s'attarder à

-
37. *Deschamps c. Banque de Nouvelle-Écosse*, [1989] R.D.J. 456 (C.A.); *Richer c. Gironne*, [1999] R.L. 498; *Taillefer c. Services Immobiliers Syst.-M.A. Réal inc.*, [1991] R.J.Q. 1788; *Letarte c. Prévoyants du Canada*, [1974] R.P. 428 et *Caisse Populaire St-Conrad d'Anjou c. Stadler*, J.E. 97-1374. Et *Dumoulin c. Spiegel*, 2003 CanLII 2878 (QC C.Q.).
38. Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1998 à la p. 799.
39. Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *supra* note 13 au par.1-1434.

l'intérêt marqué et à l'évolution de la protection des droits de l'enfant et remettre les événements dans le contexte social de l'époque pour examiner le comportement des parents.

a) L'article 2904 C.c.Q. à la lueur des droits de l'enfant

Un des éléments déterminants de l'affaire *Christensen* concerne l'âge de la victime au moment de la commission des actes. Elle était âgée de 6 à 8 ans, et donc, avait à peine l'âge de raison. Peu importe que ce soit cette personne maintenant devenue adulte qui intente le recours : la faute a été commise à l'égard d'une enfant.

À cet âge, l'enfant est frappé d'une incapacité juridique⁴⁰. Sa capacité de jouissance est cependant entière et on en fait une catégorie de personnes auxquelles une protection additionnelle doit être conférée. « L'âge de la minorité constitue juridiquement un “avantage” puisqu'il implique normalement une protection accrue »⁴¹.

En droit civil québécois, il est reconnu que toutes les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt (art. 33 C.c.Q.). Cependant, cette primauté du droit de l'enfant est relativement récente. Ce n'est que depuis les années 1980 que les enfants sont réellement sujets de droit dont l'intérêt a acquis un statut prépondérant⁴².

40. « Les personnes deviennent pleinement capables d'exercer tous leurs droits civils lorsqu'elles deviennent majeures. La loi fixe l'âge de la majorité à 18 ans (art. 153 C.c.Q.). Cette ligne de démarcation entre minorité et majorité implique que, du jour au lendemain, le mineur perd le bénéfice des *mécanismes de protection de la loi* », Édith Deleury et Dominique Goubau, « La protection civile des mineurs » dans *Le droit des personnes physiques*, 4e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2008, EYB2008DPP16 au par. 470 [nos italiques].

41. *Ibid.*

42. « La notion de l'intérêt de l'enfant [...] a été édictée pour la première fois par le législateur, comme règle générale de protection des enfants, en 1980 [...] », *ibid.*

Ainsi a été érigé le système de détermination de la peine pour des infractions commises sur des enfants au motif « [qu'] en regard des infractions contre les enfants [...] la protection des enfants représente l'une des valeurs essentielles des sociétés organisées [...] ».

En tant qu'État signataire de la *Convention sur les droits de l'enfant*, le Canada a fait de la protection des droits de l'enfant un enjeu central. Dans les cas d'agressions faites à l'égard d'enfants, la législation doit s'assurer de protéger la personne de l'enfant⁴³; le droit à la réparation fait aussi partie des préoccupations.

Le droit des enfants à la réparation – Lorsque la victime est un enfant, la Convention accorde implicitement le droit à la réparation. Ce droit doit se traduire non seulement par le droit d'être représenté pour faire valoir ses droits, mais aussi par une procédure et des mesures compensatoires qui sont proportionnelles aux préjudices soufferts⁴⁴. Faire coïncider le point de départ de la prescription avec le moment où l'acte fautif est commis peut avoir un double effet indésirable. D'une part, l'enfant devrait subir, parfois de manière prématurée, un recours civil où, en tant que témoin principal, il lui incomberait de venir faire la preuve de ses dommages. D'autre part, cela équivaldrait à lui nier un droit reconnu aux victimes adultes, soit le bénéfice de la suspension de la prescription pour impossibilité psychologique

43. « 1. Les États parties prennent toutes les mesures [...] appropriées pour protéger l'enfant contre toutes formes de violence, [...] y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié. », art. 19 de la *Convention*.

44. « Legislation concerning the right to a remedy should be reviewed with a view [...]. Ensuring that procedural norms concerning the representation of children in such proceedings, and safeguards concerning the use and control of compensation awarded to children, protect the best interests of the child », UNICEF, *Child Protection: A Handbook for Parliamentarian*, en ligne : <http://www.unicef.org/french/crc/files/Guide_Enfants_OK.pdf> à la p.155.

d'agir⁴⁵, impossibilité liée à la nature des dommages soufferts. Dans tous les cas, on doit tenir compte du fait que les questions mettant en jeu les intérêts d'un enfant font appel à un nombre de notions et d'expertises qui transcendent l'application d'un droit trop strict⁴⁶.

b) Les obligations du tuteur

La Cour d'appel retenait principalement que les parents auraient dû intenter un recours civil, entre 1981 et 1984, au nom de leur fille :

[102] Contrairement à d'autres victimes, l'appelante a rapporté à ses parents ce qui lui était arrivé. On ne saurait donc prétendre que les parents n'avaient pas connaissance des fautes de l'intimé Lachance.

[105] Selon ce qu'il appert du rapport d'expertise [l]es parents ont consulté parce que l'appelante présentait certains troubles de comportement.

Essentiellement, on infère des faits que d'une part, les parents étaient au courant des actes fautifs et d'autre part, que leur comportement révèle qu'ils avaient aussi connaissance du préjudice souffert par leur fille et qu'ils avaient en mains toute

45. « The right of child victims to seek reparations for injuries suffered is important for several reasons. First, like any other victims, children have a right to be compensated for the moral, physical and psychological injuries caused by violation of their rights. Second, holding the perpetrators responsible economically can be an effective deterrent, especially where corporations or public or private agencies are involved in the violation. Third, compensation of the victims can help facilitate social reintegration. », *ibid.* à la p.152.

46. « [L]'intérêt d'un enfant est tributaire d'un très grand nombre de facteurs difficiles à évaluer [...]. Ici, le droit ne suffit plus. En effet, il faut faire appel à des critères non juridiques, relevant essentiellement des sciences humaines [...]. C'est pourquoi les tribunaux recourent aux spécialistes de l'enfance: médecins, éducateurs, travailleurs sociaux, psychologues, psychiatres », Édith Deleury et Dominique Goubau, « Le respect des droits de l'enfant » dans *Le droit des personnes physiques*, 4^e éd., 2008, EYB2008DPP19.

l'information pour agir en justice. Cette affirmation doit cependant être nuancée, à la lueur du contexte historique.

Un bref survol de la situation des recours civils intentés à la suite de la commission d'actes à caractère sexuel est fort révélateur. La banque de données SOQUIJ répertorie 15426 décisions rendues avant le 31 décembre 1982. De toutes celles-ci, il ressort qu'une seule décision⁴⁷, rendue en 1978, porte sur une question liée à une agression sexuelle dans le contexte d'un procès civil.

Le problème de l'abus sexuel a toujours été présent dans la société, mais avant l'adoption de la *Loi concernant la protection des enfants soumis à des mauvais traitements* (L.Q. 1974, c. 59) et de la *Loi sur la protection de la jeunesse* (L.Q. 1977, c. 20), les centres de services sociaux de cette époque avaient peu rencontré cette réalité. L'abus sexuel était alors traité comme un problème familial et le recours à la justice, rarement utilisé⁴⁸.

À l'époque où les gestes reprochés se sont déroulés, aucune sensibilisation n'était faite quant aux actes à caractère sexuel. Aussi, est-il utile de se reporter au début des années 1980, pour rappeler qu'à cette époque la femme mariée ne pouvait

47. *Labonté c. Bélanger*, 200-05-005134-77, 1978-01-31, AZ-78022021, J.E. 78-119, (C.S. Qué.), juge André.

48. « En 1979, l'obligation de signaler les situations d'abus sexuel provoque une réflexion dans la société québécoise, facilitant la mise en place de nouveaux modes d'intervention dans les divers réseaux et permettant aux acteurs visés d'avoir une vision globale de l'ampleur du problème. En janvier 1988, la réforme législative du Parlement fédéral relative aux infractions à caractère sexuel commises à l'égard des enfants entre en vigueur. En février 1988, [divers intervenants] adoptent une position commune pour élaborer un mécanisme de concertation sociojudiciaire en matière d'abus sexuels envers les enfants. », Ministère de la santé et des services sociaux, *Entente multisectorielle relative aux enfants victimes d'abus sexuels, de mauvais traitements physiques ou d'une absence de soins menaçant leur santé physique*, 2001, en ligne : <<http://publications.msss.gouv.qc.ca/acrobat/f/documentation/2000/00-807/00-807-04.pdf>> à la p. 8.

aucunement être victime de viol de la part de son époux⁴⁹ - ou du moins ne criminalisait pas le fait pour un homme d'avoir une relation sexuelle avec sa femme, quelles que soient les circonstances et peu importe qu'elle soit consentante ou non...

Cette absence de conscientisation sociale généralisée⁵⁰ doit être prise en compte lorsque la « possibilité d'agir » des parents est évaluée. Ils ont agi dans les limites de ce que la société permettait à cette époque⁵¹, et au-delà, considérant qu'il s'agissait d'un représentant de l'Église catholique⁵². Ils étaient aussi justifiés de s'en remettre à la « justice » de l'Église, car même les tribunaux étaient réticents à sanctionner les actes de membres du clergé⁵³.

-
49. Renée Collette-Carrière, « La victimologie et le viol, un discours complice » (1980) *Criminologie* 13:1 à la p. 66.
 50. La lecture d'un document produit par Santé Canada en 1997 est particulièrement révélatrice quant au caractère méconnu ou tabou de l'agression sexuelle d'enfants lorsqu'on y affirme qu'à cette époque – pas si lointaine – il y avait « peu de statistiques nationales sur l'agression sexuelle d'enfants au Canada. », Santé Canada, « L'agression sexuelle d'enfants », Renseignements du Centre national d'information sur la violence dans la famille, 1997, en ligne : <<http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection/H72-22-2-1997F.pdf>>.
 51. « [E]xaminée de plus près, la preuve porte à conclure que les actes innommables dont ces jeunes enfants ont été victimes ne pouvaient tout simplement pas être nommés : à l'époque, le plus souvent, on n'en parlait pas. Pour mes contemporains, les mesures prises étaient nettement insuffisantes et le milieu de vie, peu sûr. Toutefois, suivant les normes de l'époque, la connaissance présumée d'un risque prévisible que les enfants soient sexuellement agressés n'a pas été établie. », *Blackwater c. Flint*, [2005] 3 R.C.S. 3.
 52. *Ringuette c. Ringuette*, [2003] R.R.A. 602 (C.S.) au par. 84; Code de droit canonique (1^{er} juin 2010), en ligne : <www.vatican.va/arhive/FRA0037/_INDEX.HTM>.
 53. Guy Laperrière, « L'histoire religieuse du Québec: principaux courants, 1978-1988 », *Revue d'histoire de l'Amérique française* 42:4 (1989) aux pp. 563-578.

CONCLUSION

L'analyse de l'évolution des lois relatives à la prescription ailleurs au Canada nous permet de constater que celles-ci ont dû être amendées pour s'adapter aux situations de recours civils fondés sur des agressions sexuelles; dans plusieurs cas, la prescription ne court pas contre les victimes⁵⁴. En ce qui a trait à la situation prévalant au Québec, nous abondons dans le sens des professeures Langevin et Des Rosiers, dont l'opinion est à l'effet que les tribunaux québécois disposent déjà des outils nécessaires à une interprétation de l'impossibilité d'agir plus sensible aux victimes d'agressions sexuelles⁵⁵. Cette approche plus conciliante se dégage déjà de la jurisprudence entourant l'article 11 de la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*⁵⁶, laquelle accorde un délai d'un an à la victime pour se prévaloir des indemnités prévues à la loi; cependant, le Tribunal administratif du Québec, chargé de la révision des décisions, s'est montré attentif aux cas d'agressions sexuelles⁵⁷ en appliquant notamment

54. Certaines lois prévoient ces situations en suspendant indéfiniment le cours de la prescription en faveur des victimes d'agressions sexuelles dans des circonstances où une relation de confiance ou de dépendance existait entre la victime et l'agresseur, *Limitations Act*, S.S. 2004, c. L-16.1; « Le délai de prescription créé par l'article 4 ne court pas dans le cas d'une réclamation fondée sur des voies de faits ou une agression sexuelle pendant toute période au cours de laquelle le titulaire du droit de réclamation est dans l'incapacité d'introduire l'instance en raison de son état physique, mental ou psychologique. », *Loi de 2002 sur la Prescription des actions*, *supra* note 33, art. 10 (1); etc.

55. Louise Langevin, *supra* note 23; Nathalie Des Rosiers et Louise Langevin, *L'indemnisation des victimes de violence sexuelle et conjugale*, Cowansville, Yvon Blais, 1998 à la p. 67.

56. L.R.Q. c. I-6.

57. Voir notamment *C.M. c. Québec (P.G.)*, 2008 QCTAQ 10463; *A.M. c. Québec (P.G.)*, 2009 QCTAQ 07105; *A.M. c. Québec (Procureur général)* 2009 QCTAQ 03487; Louise Langevin, « La Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels du Québec : lorsque le temps court contre les victimes de violence sexuelle intrafamiliale » (2007) 48 *Cahiers de Droit* 681 à la p. 697.

624 *La décision Christensen c.*
Archevêque catholique romain : (2009-10) 40 R.D.U.S.
lorsque le tuteur doit poursuivre l'agresseur

le principe de la présomption de connaissance, développé par la Cour suprême⁵⁸.

58. *M.(K.) c. M.(H.)*, *supra* note 16

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : CONSTITUTION DU ROYAUME-UNI : DES ORIGINES À NOS JOURS

Auteur(s) : Guillaume ROUSSEAU

Revue : *RDUS*, 2009-2010, volume 40, numéro 1-2

Pages : **625-627**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10462>

Page vide laissée intentionnellement.

NOTE BIBLIOGRAPHIQUE

CONSTITUTION DU ROYAUME-UNI : DES ORIGINES À NOS JOURS*

par Guillaume ROUSSEAU**

Comme son titre l'indique, ce livre porte sur l'histoire de la Constitution du Royaume-Uni. Plus précisément, il nous offre une synthèse présentant les principaux événements ayant marqué cette histoire depuis l'Antiquité.

L'auteur, André Émond, étant docteur en droit plutôt qu'historien, s'attarde non seulement aux guerres et aux successions, mais également à l'évolution du pouvoir exécutif, du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire. Bien qu'il laisse plus de place aux faits qu'aux interprétations dans le traitement des événements, son étude fait bien ressortir certains principes constitutionnels ayant résulté de cette évolution tels que le gouvernement responsable, la souveraineté du Parlement, l'indépendance judiciaire et la primauté du droit.

Le corps de l'ouvrage est formé de vingt chapitres distincts. Ils traitent tour à tour du Royaume d'Angleterre avant la conquête normande, de cette conquête et de ses conséquences, de l'époque marquée par l'adoption de la *Grande Charte*¹, de celle de la Guerre des Deux Roses, des guerres de religions, de la Glorieuse Révolution et de la *Déclaration des droits*², de la *Loi d'établissement*³, de la formation du Royaume de Grande-Bretagne

*. André Émond, *Constitution du Royaume-Uni : des origines à nos jours*, Montréal, Wilson & Lafleur 2009.

**.

LL.B. (Sherbrooke), LL.M. (McGill), avocat et doctorant en droit à l'Université de Sherbrooke, par extension de l'Université Laval, et à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

1. *Grande Charte (Magna Carta)*, 25 Edw. 1, c. 1.

2. *Déclaration des droits (An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown)*, 1 Will. & Mar., sess. 2, c. 2.

3. *Loi d'établissement (An Act for the further Limitations of the Crown, and better securing the Rights and Liberties of the Subject)*, 12 & 13 Will. 3, c. 2.

puis de celle du Royaume-Uni, avant de terminer avec la période allant du XIX^e siècle au début du XXI^e siècle, soit celle de l'avènement de la démocratie tel que nous la connaissons aujourd'hui. Quantitativement, l'auteur n'accorde pas beaucoup plus d'importance aux périodes récentes, ce qui est peut-être susceptible de décevoir certains juristes davantage intéressés par les développements contemporains. Par contre, ces juristes pourraient apprécier particulièrement la conclusion où à la lumière de l'intégration du Royaume-Uni dans l'Union Européenne, du processus de dévolution au sein du royaume et de la jurisprudence récente, l'auteur se demande « Le Parlement de Westminster est-il toujours souverain? ».

L'œuvre du professeur Émond est claire et accessible tout en étant érudite. Elle a aussi l'immense mérite d'offrir certaines clés pour une meilleure compréhension du parlementarisme britannique et de la *common law*. Ainsi, l'auteur démontre tout au long du livre que c'est en se servant de son pouvoir de consentir à la levée de taxes et d'impôts que le Parlement a pu s'imposer aux dépens du roi, et ce, en obtenant à d'innombrables reprises de ce dernier l'octroi de plus amples compétences en échange d'un consentement à une ponction fiscale. Autre exemple, l'auteur fait ressortir que la *common law* a su habilement concilier deux grandes trames de fond de l'histoire du droit britannique, soit la montée du Parlement et celle des droits individuels, notamment grâce à la règle selon laquelle les dispositions des lois du Parlement qui portent atteinte à ces droits sont d'interprétation stricte.

Seul bémol, l'ampleur du sujet fait en sorte que l'auteur ne peut présenter une analyse détaillée pour chaque événement, même lorsque cela pourrait s'avérer pertinent. La quantité limitée de notes en bas de page aggrave quelque peu cette tare en ne facilitant pas la tâche du lecteur qui voudrait aller plus loin. Néanmoins, les annexes pourront être utiles à cette fin puisqu'elles contiennent notamment une bibliographie et des textes de loi.

Les professeurs de droit constitutionnel canadien qui souhaitent présenter les origines de ce droit sauront sans doute apprécier grandement cet ouvrage. De manière générale, tous ceux qui s'intéressent à la démocratie au Québec et Canada y trouveront leur compte, car après tout les systèmes politiques et juridiques québécois et canadien sont bel et bien les héritiers directs de cette histoire constitutionnelle.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : CODE DU TRAVAIL DU QUÉBEC : LÉGISLATION, JURISPRUDENCE,
DOCTRINE

Auteur(s) : Finn MAKELA

Revue : *RDUS*, 2009-2010, volume 40, numéro 1-2

Pages : **629-631**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10463>

Page vide laissée intentionnellement.

NOTE BIBLIOGRAPHIQUE

CODE DU TRAVAIL DU QUÉBEC ***législation, jurisprudence, doctrine****

par Finn MAKELA**

Les codes ne sont que rarement consultés dans leur forme officielle¹. Dans son travail quotidien, le juriste se réfère plutôt à l'une ou l'autre des éditions commerciales selon son goût et l'usage qu'il en fait. Le minicartable avec feuilles mobiles pour son bureau, le « petit code rouge » du style Dalloz pour sa mallette, et bien sûr, une version annotée qui servira comme point de départ d'une recherche jurisprudentielle et doctrinale.

Dans cette dernière catégorie, les ouvrages de la collection *Alter-Ego* de l'éditeur Wilson & Lafleur sont certainement parmi les plus consultés au Québec. Il ne faut donc pas sous-estimer l'impact de ces outils sur l'évolution du droit. À ce sujet, un juge de la Cour supérieure, alors en pleine audition, m'a fait le commentaire suivant : « *C'est triste, les avocats ne plaident plus par analogie. Vous me plaidez tous ce que vous trouvez dans l'Alter-Ego, qui fournit toutes les interprétations possibles et impossibles* ». Ledit magistrat s'est ensuite retiré pour délibérer en prenant avec lui – sa copie de l'*Alter-Ego* du Code de procédure civile. Cette illustration est anecdotique, certes, mais elle démontre à quel point l'ubiquité des codes annotés peut influencer le droit.

Le *Code du travail du Québec (législation, jurisprudence et doctrine)* de la collection *Alter-Ego* ne fait pas exception. Maintenant rendu à sa 19^e édition, cet ouvrage est reconnu comme étant le point de départ « qui s'impose de lui-même » pour toute recherche à l'égard d'une disposition du *Code du travail*,

*. Hélène Ouimet, *Code du travail du Québec / législation, jurisprudence, doctrine*, 19^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 2010.

** Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

1. Le *Code civil du Bas-Canada* n'avait même pas une forme officielle! D'où l'importance appréciable des éditions privées. Voir Nicholas Kasirer, « Si la Joconde se trouve au Louvre, où trouve-t-on le *Code civil du Bas-Canada?* » (2005) 45 C. de D. 481.

L.R.Q., c. C-27². Hélène Ouimet continue la tradition d'une évolution graduelle : la nouvelle jurisprudence et les changements législatifs sont intégrés sans apporter de modifications à la structure, inchangée (ou presque) depuis la première édition de 1987³. Cela est tellement vrai que les modifications au *Code* apportées en 2001 sont toujours désignées comme étant du « nouveau droit ». Ce type de code annoté étant principalement un outil de travail dont l'atout est son actualité⁴, et pas une référence pour l'histoire du droit, on peut se demander si cette nouvelle édition aurait bénéficié de plus de suppressions et non seulement d'ajouts.

L'ouvrage ne prétend pas être exhaustif et cela est souhaitable, car c'est précisément la sélection des décisions qui rend tout code annoté plus qu'une simple agrégation jurisprudentielle. Par contre, une explication moins laconique de la méthodologie utilisée pour repérer et choisir les décisions serait de mise. De plus, des résumés de la doctrine et non seulement de la jurisprudence auraient rendu l'ouvrage encore plus utile, notamment pour les étudiants et les chercheurs⁵.

-
2. Denis Nadeau, Recension du *Code du travail du Québec : Législation, jurisprudence et doctrine* de Pierre Laporte (1987) 18 R.G.D. 534. Voir aussi Rose-Andrée Sauvageau, Recension du *Code du travail du Québec : Législation, jurisprudence et doctrine* de Pierre Laporte (1998) 29 R.G.D. 113 (« [...] on se demande comment, même avec les banques de données, on pourrait s'en passer » à la p. 114) [Nadeau].
 3. Des annexes portant sur diverses questions connexes aux rapports collectifs du travail ont toutes été supprimées lors de la 5^e édition en 1991, sauf celles portant sur le partage constitutionnel, lequel est toujours présent à la fin de la 19^e édition. Voir Rodrigue Blouin, Recension du *Code du travail du Québec : Législation, jurisprudence et doctrine* de Pierre Laporte (1992) 47:1 R.I. 161 [Blouin].
 4. Nadeau, *supra* note 2.
 5. Ces critiques ne sont pas propres à la 19^e édition. Sur la méthodologie de sélection des décisions, voir Rodrigue Blouin, Recension du *Code du travail du Québec : Législation, jurisprudence et doctrine* de Pierre Laporte (1987) 42:2 R.I. 436. Sur la pertinence d'inclure des résumés de la doctrine, voir *ibid.* à la p. 436 et Blouin, *supra* note 3 à la p. 162.

Les multiples références parallèles rendent le repérage des décisions traitées facile, mais les références neutres sont absentes. En effet, toutes les références incluses dans l'ouvrage sont aux revues de jurisprudence et aux banques de données payantes, alors que les références neutres auraient permis l'accès gratuit par le biais des sites jugements.qc.ca ou IIJCan.org. Cette forme de renvoi étant désormais acceptée, voire encouragée, par les tribunaux et recommandée par les guides de référence juridiques⁶, il n'y a plus aucune excuse pour exclure les références neutres quand celles-ci sont disponibles. Si elles étaient incluses, l'*Alter-Ego* sauverait non seulement du temps au juriste, mais aussi de l'argent à son client.

Enfin, vu l'importance implicite mais réelle de ce code annoté sur l'évolution du droit, il serait loisible d'inclure plus de références comparatives aux lois similaires applicables dans d'autres juridictions canadiennes, ainsi qu'au *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985) ch. L-2. La Cour suprême a souvent recours à une analyse comparative des différents régimes des rapports collectifs du travail au Canada⁷, et il serait utile d'avoir quelques indications à cet égard, surtout quand il s'agit de dispositions du *Code* qui ne font pas l'objet de beaucoup de décisions québécoises. Cela est d'autant plus vrai pour les décisions rendues en vertu du *Code canadien du travail*, car ce dernier est applicable au Québec.

6. Voir par ex. *Manuel canadien de la référence juridique*, 6^e éd., Toronto, Thomson Carswell, 2006, aux pp. F-66 et ss.

7. *Isidore Garon ltée c. Tremblay; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, [2006] 1 R.C.S. 27 au para. 52 et *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada Inc.*, [2009] 3 R.C.S. 465 aux par. 58 et ss.