

ÉVALUATION DES LOIS RELATIVES À LA PROTECTION JURIDIQUE DES PERSONNES ÂGÉES OU HANDICAPÉES DU NOUVEAU-BRUNSWICK ET LES RÉFORMES NÉCESSAIRES

Donald Poirier*

Le présent article vise, dans un premier temps, à évaluer si le droit en matière de protection juridique des personnes âgées au Nouveau-Brunswick répond adéquatement aux principaux problèmes sociaux que pose la présence d'un nombre grandissant de personnes âgées ou handicapées. Dans un deuxième temps, l'article vise à formuler des propositions de réforme juridique susceptibles d'apporter des solutions à la situation.

Les problèmes sociaux ayant des répercussions juridiques que posent les personnes âgées et handicapées sont nombreux et couvrent l'ensemble du domaine des politiques sociales. Il ne s'agit pas d'en faire un examen exhaustif,¹ mais plutôt de se limiter à ceux qui touchent la capacité physique et mentale des personnes et leur capacité de prendre des décisions relativement à la direction de leur vie et à l'administration de leurs biens. Au Canada, les législateurs provinciaux se divisent en trois groupes en ce qui à trait aux lois pertinentes. Un premier groupe a peu modifié l'état de son droit: il s'agit des provinces du Manitoba et de la Colombie-Britannique. Un deuxième groupe, incluant l'Ontario, le Québec, l'Alberta et la Saskatchewan, a des lois récentes d'application générale et qui offrent une certaine flexibilité à l'égard des régimes de tutelle et de curatelle. Enfin, seules les provinces de l'Atlantique ont adopté des lois visant spécifiquement la protection des personnes âgées ou handicapées, sans avoir toutefois fondamentalement modifié leurs lois relatives à la tutelle et à la curatelle.

Trois lois néo-brunswickoises sont soumises à l'évaluation dans cet article. Il s'agit de la *Loi sur les personnes déficientes*,² la *Loi sur la santé mentale*³ et les

* Directeur du Centre d'études du vieillissement de l'Université de Moncton et professeur titulaire à l'École de droit du même établissement.

¹ Pour un examen exhaustif des problèmes sociaux et juridiques que présentent les personnes âgées dans le monde, voir J. Eekelaar & D. Pearl, eds, *An Aging World: Dilemmas and challenges for Law and Social Policy*, (Oxford: Clarendon Press, 1989) [ci-après Eekelaar & Pearl]. Les 55 articles de ce livre sont regroupés sous cinq parties; la première traite des tendances démographiques (ch. 1 à 6), la deuxième des systèmes de soutien à la famille (ch. 7 à 20), la troisième traite de façon générale des problèmes juridiques et des politiques sociales en la matière (ch. 21 à 31), la quatrième, des problèmes médicaux et des réponses juridiques (ch. 32 à 46) et la dernière, des pensions (ch. 47 à 55). Notre recherche se situe principalement dans la quatrième catégorie même si de nombreux aspects de la troisième sont aussi abordés.

² L.R.N.-B. 1973, c. I-8.

dispositions relatives à la protection des personnes âgées de la *Loi sur les services à la famille*.⁴ Sont aussi soumises à l'évaluation certaines dispositions du *Code criminel* et de la common law en matière de protection contre l'exploitation économique lors de transferts de propriété.⁵

II MÉTHODES UTILISÉES

Plusieurs méthodes ont été utilisées pour effectuer l'évaluation dont les résultats sont rapportés dans cet article. Premièrement, l'interprétation jurisprudentielle des lois pertinentes a été systématiquement relevée et analysée.⁶ L'évaluation a aussi porté sur les dossiers complets des quelques 32 ordonnances de la Cour du Banc de la Reine de la province rendues en vertu des dispositions de la *Loi sur les services à la famille* portant sur la protection des personnes âgées entre 1983 et 1989. (Voir Annexe "1").

Une analyse jurisprudentielle et statistique a aussi portée sur toutes les décisions canadiennes publiées relatives à l'exploitation économique des personnes âgées.⁷ De plus, dans le cadre de mon cours "Droit social appliqué aux personnes âgées", mes étudiants adultes (infirmières et travailleurs sociaux pour la plupart) ont recueilli 64 histoires de cas impliquant différentes formes d'atteintes au droits des personnes âgées notamment, mais non exclusivement des cas d'exploitation économique.⁸ (Voir Annexe "1").

Des entrevues semi-structurées avec 12 travailleurs sociaux oeuvrant dans la protection des personnes âgées de toutes les régions administratives du Nouveau-Brunswick ont été recueillies dans le but d'obtenir la perception des travailleurs sociaux en rapport aux diverses normes qui réglementent leur travail de protection. De plus, les statistiques officielles relatives à la protection des personnes âgées du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse ont été comparées.⁹

³L.R.N.-B. 1973, c. M.-10.

⁴L.N.-B. 1980, c. F-2.1, art. 34-42.

⁵D. Poirier, «Le libre consentement des personnes âgées à des actes translatifs de propriété en faveur de parents» (1984) 33 U.N.B.L.J. 296.

⁶D. Poirier, «La protection juridique des personnes âgées et handicapées et la Charte» (1991) 23 Ottawa L.R./R.D. Ottawa 553.

⁷Voir *supra*, note 5.

⁸Voir D. Poirier, «L'exploitation économique des personnes âgées: étude de cas» dans G. Létourneau, dir., *Aider ses parents vieillissants. Un défi personnel, familial, politique, communautaire*, Montréal, Association québécoise de gérontologie, 1992 aux pp. 201-210.

⁹Voir D. Poirier, "The impact of social workers as protectors of elderly persons" (1992) 4:1/2 Journal of Elder Abuse and Neglect 113.

La première partie de cette évaluation est donc fondée sur une diversité de sources tant juridiques que sociologiques. Par ailleurs, la deuxième partie de l'évaluation repose sur une comparaison des lois pertinentes de la province avec celles de d'autres juridictions de Common Law (Angleterre, Australie, Nouvelle-Zélande, la Nouvelle-Écosse et Ontario) et de droit civil (les pays européens et le Québec).¹⁰

III L'ÉVALUATION DES LOIS ACTUELLES EN FONCTION DES PROBLÈMES SOCIAUX QUE POSENT LES PERSONNES ÂGÉES OU HANDICAPÉES

L'espace disponible ne permet pas de fournir tous les détails des différentes recherches nécessitées aux fins de cette évaluation. Nous avons opté pour une évaluation globale. L'évaluation globale par l'intermédiaire d'un tableau permet de donner un aperçu d'ensemble des problèmes que ne peuvent régler les lois actuelles. Il devient alors possible de se concentrer sur la solution des difficultés au lieu d'avoir à recourir à de nouvelles lois qui, à leur tour, créent d'autres problèmes sans nécessairement résoudre ceux qu'elles visaient dès le départ.

A. L'incapacité mentale de diriger sa vie

Dans cette catégorie sont regroupés les quatre premiers problèmes qui figurent au tableau 1, soit l'incapacité mentale permanente, temporaire ou partielle de diriger sa vie ou d'administrer ses biens. Comme l'indique le Tableau 1, les lois relatives à la curatelle ont généralement pour objet de donner une solution juridique au problème que présentent les personnes atteintes d'incapacité mentale permanente dans la direction de leur vie.

L'analyse des dossiers judiciaires du Nouveau-Brunswick révèle que les juges préfèrent recourir à la *Loi sur les personnes déficientes* plutôt qu'aux dispositions visant la protection des personnes âgées de la *Loi sur les services à la famille*, préférant une curatelle privée à la tutelle du ministère de la Santé et des Services

¹⁰Voir N. Poirier et D. Poirier, «Politique du vieillissement: comparaison entre la région française de Grenoble et le Nouveau-Brunswick» (1987) 20(2) Revue de l'Université de Moncton 55.

Tableau 1

**ÉVALUATION DE LA PERTINENCE DES LOIS EN FONCTION DES
PROBLÈMES QUE POSENT LES PERSONNES ÂGÉES**

Types de problèmes	tutelle et curatelle	<i>Loi sur la santé mentale</i>	Loi spécifique aux personnes âgées	<i>Code criminel</i>	Common Law
incapacité mentale permanente de diriger sa vie	oui	non	oui	s/o	s/o
incapacité mentale temporaire de diriger sa vie	?	non	oui	s/o	s/o
incapacité mentale partielle de diriger sa vie	non	non	oui	s/o	s/o
personne incapables d'administrer leurs biens	oui	non	oui	s/o	s/o
protection des personnes ne pouvant prendre des mesures pour assurer leur soin	non	oui	oui	s/o	s/o
protection des personnes dangereuses pour leur vie ou pour autrui	non	oui	oui	s/o	s/o
intervention dans les cas d'urgence	non	oui	oui	s/o	s/o
incapables mentaux qui refusent les traitements	oui	oui	oui	s/o	s/o
incapables physiques qui refusent les traitements	non	?	oui	s/o	s/o
personnes jouissant de leurs facultés mentales refusent les traitements	non	non	oui	s/o	s/o
protection contre les mauvais traitements	non	non	oui	s/o	s/o
protection contre l'exploitation économique	non	non	non	oui	oui
protection des droits de la personne	oui	oui	non	oui	oui

communautaires.¹¹ Le problème principale que pose la *Loi sur les personnes déficientes* est qu'elle n'a pas été conçue pour des incapacités mentales temporaires ou partielles. Par contre, dans de nombreux cas d'incapacité temporaire, il est quand même possible de recourir à cette loi malgré les difficultés qui se présentent pour annuler les effets de l'ordonnance d'incapacité une fois celle-ci prononcée. Il faut toutefois avouer que de telles procédures ne sont pas toujours nécessaires puisqu'en pratique, c'est uniquement pour l'accomplissement d'actes spécifiques qu'il faut avoir recours à une déclaration d'incapacité. Dans les faits, d'autres dispositions législatives ou contractuelles peuvent permettre de régler les problèmes, comme le recours aux règlements d'application de la *Loi hospitalière*¹² en matière de consentement au traitement médical.

Ces remarques ne diminuent en rien le problème juridique que présente l'incapacité mentale partielle. Cette notion pose toutefois elle aussi ses problèmes. Comment définir l'incapacité partielle? Quels critères utiliser à cette fin? Quels professionnels seront chargés de faire l'évaluation? Autant de problèmes qui ouvrent la porte à une large discrétion de la part des intervenants sociaux.

En matière d'administration des biens, il ne semble pas que la loi actuelle relative à la curatelle présente des difficultés aussi importantes que lorsqu'il s'agit de nommer un tuteur pour diriger la vie de la personne. L'incapacité physique ou mentale de gérer ses biens permet au juge de nommer un administrateur aux biens de la personne.

La *Loi sur la santé mentale* n'est pas faite pour régler ces problèmes d'ordre général. Il faut cependant reconnaître qu'en l'absence d'un curateur privé, la *Loi* prévoit que lorsqu'une personne admise en établissement psychiatrique est déclarée incapable d'administrer ses biens, le curateur public prend alors en charge l'administration de ses biens.¹³

Les dispositions relatives à la protection des personnes âgées ou souffrant de handicaps de la *Loi sur les services à la famille* permettent de répondre aux divers problèmes de direction de la vie des personnes souffrant d'incapacité mentale. Par contre, comme l'indique le problème 13 du Tableau 1, cette loi ne tient pas suffisamment compte des droits des personnes dont elle vise la protection.¹⁴ La

¹¹*New Brunswick (Minister of Health and Community Services c. T.C.* (1988), FDF-686-88; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services c. A.D.* (1988), FDF-394-88; *New Brunswick (Minister of Social Services c. E.L.* (1983), FDF-328-83 et *New Brunswick (Minister of Health and Community Services c. S.S.M.* (1988), FDSJ-7667-88.

¹²Règl. du N.-B. 92-84, art. 41.

¹³*Loi sur la santé mentale*, L.R.N.-B. 1973, c. M-10, art. 35-65.

¹⁴*Supra*, note 6, notamment aux pp. 564-567.

question qui se posera en fin de compte est de savoir si, dans le but de protéger un petit nombre de personnes, il faut brimer les droits de ces dernières et d'un très grand nombre d'autres personnes âgées de plus de soixante-cinq ans. Avant de répondre affirmativement à cette question, le législateur devra examiner d'autres solutions susceptibles de porter remède aux problèmes soulevés tout en limitant l'atteinte aux droits fondamentaux des citoyens.

B. La protection des personnes qui ne peuvent prendre les mesures pour assurer leurs propres soins

Le véritable problème auquel les lois visant spécifiquement la protection des personnes âgées ou handicapées veulent porter remède est celui de la protection des personnes qui ne peuvent prendre les mesures nécessaires pour assurer leur propre protection ou pour se soigner. Il s'agit des problèmes 5, 6 et 7 mentionnés au Tableau 1.

L'analyse des dossiers judiciaires et des décisions relatives à la protection des personnes indiquent bien que c'est à cet égard que l'intervention sociale se fait la plus intensive.

Dans ce secteur, il est assez clair que la *Loi sur les personnes déficientes* n'est pas très efficace. C'est d'ailleurs pour corriger cette situation que des lois relatives à la protection des malades mentaux ont été adoptées. Il est habituellement admis que, lorsque la vie ou la santé de la personne ou celle d'autrui sont menacées à cause d'un trouble mental, la *Loi sur la santé mentale* peut être invoquée. Il s'agit d'obtenir l'opinion d'un médecin pour faire interner la personne en vue d'un examen psychiatrique ou encore qu'une plainte soit déposée auprès d'un juge, lequel peut alors ordonner l'examen psychiatrique de la personne.¹⁵

Les décisions de l'Ontario et de l'Île-du-Prince-Édouard interprétant la loi relative à la santé mentale reconnaissent que le refus d'une personne de prendre les mesures nécessaires à sa santé peut constituer une raison suffisante pour l'obliger à se faire soigner si le refus est motivé par un trouble mental. Comme la définition de ce terme est très large, il ne semble pas nécessaire d'adopter des lois spécifiques qui reprennent ces mêmes éléments.¹⁶

Les lois visant spécifiquement la protection des personnes âgées ou handicapées paraissent en théorie plus efficaces que celles relatives à la protection des malades mentaux. Cependant, l'analyse des dossiers judiciaires du Nouveau-

¹⁵*Loi sur la santé mentale*, L.R.N.-B. 1973, c. M-10, art. 7-11.

¹⁶*Supra*, note 6 aux pp. 575-578.

Brunswick et de cas recueillis sur le terrain montre qu'en pratique, la *Loi sur la santé mentale* est plus efficace et plus rapide que les dispositions de la *Loi sur les services à la famille*. Bien plus, l'analyse de ces dossiers révèle que dans la moitié des cas, la *Loi sur les services à la famille* était invoquée parce que la personne âgée ou handicapée constituait un danger pour elle-même ou pour autrui. Il est assez évident que la *Loi sur la santé mentale* aurait tout aussi bien pu être invoquée alors et qu'il n'était absolument pas nécessaire d'adopter une loi spécifique aux personnes âgées pour accomplir l'objectif de protection.

Là où les dispositions de celles de la *Loi sur les services à la famille* sont plus efficaces que celle de la *Loi sur la santé mentale*, c'est dans les cas où la personne qui ne peut ou ne veut prendre les mesures pour assurer ses soins est une personne âgée ou handicapée mentalement capable. Dans ce cas, les autres lois ne peuvent autoriser l'intervention, alors que la *Loi sur les services à la famille* le peut. La question que devrait se poser le législateur est de savoir s'il faut intervenir à tout prix auprès des personnes mentalement capables qui refusent de vivre selon les critères des intervenants sociaux.

C. Le refus de traitement

Le problème du refus du traitement des personnes âgées ou souffrant d'un handicap mental ou physique sont regroupés aux numéros 8, 9 et 10 du Tableau 1. A la lumière de l'analyse des dossiers judiciaires du Nouveau-Brunswick, le principal problème auquel sont confrontés les travailleurs sociaux serait celui du refus de traitement des personnes âgées ou handicapées. L'examen de ces dossiers permet de regrouper ces personnes en trois catégories, premièrement celles qui sont atteintes d'incapacité mentale et ne peuvent donner leur consentement, deuxièmement celles qui sont atteintes de troubles mentaux et qui refusent tout traitement et enfin, celles qui sont mentalement capables et qui refusent de se faire traiter.

En ce qui touche les personnes atteintes d'incapacité mentale et qui ne peuvent consentir au traitement, le recours à la *Loi sur les personnes déficientes* semble mieux indiqué que celui de la *Loi sur les services à la famille*. Un de ces dossiers comportait le cas d'un père qui refusait de faire soigner son fils rendu quadraplégique à la suite d'un accident de voiture.¹⁷ En vertu de la *Loi sur les services à la famille*, le ministre de la Santé et des Services communautaires doit se présenter devant la Cour tous les six mois jusqu'à la mort de la personne même si l'état de santé de cette dernière ne s'améliore aucunement. Par contre, le recours à la *Loi sur les personnes déficientes* n'exige pas une pareille procédure.

¹⁷Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires c. E.M. (1987, 1988, 1989), FDM-1091-87, FDM-031-88, FDM-018-89.

Il faudrait cependant clarifier cette disposition pour permettre au ministre de présenter une demande de tutelle en vertu de la *Loi* et pour faire en sorte que la tutelle puisse lui être aussi accordée dans le cas où une tutelle privée n'est pas possible.

Les personnes atteintes de troubles mentaux et qui refusent tout traitement peuvent être appréhendées plus facilement en vertu de la *Loi sur la santé mentale* qu'en vertu de la *Loi sur les services à la famille*, comme le montre l'analyse des dossiers judiciaires. Les remarques faites plus tôt au sujet des personnes incapables de prendre soin d'elles-mêmes s'appliquent aussi à cette catégorie.

Le problème réel et le plus angoissant concerne les personnes qui sont en possession de tous leurs moyens intellectuels, mais qui refusent les traitements que proposent les médecins. Les lois relatives à la curatelle et à la protection des malades mentaux ne permettent pas une intervention en de telles circonstances. Par contre, les dispositions de la *Loi sur les services à la famille* relatives à la protection des personnes âgées ou handicapées permettent d'intervenir pour obliger ces personnes à se faire traiter. Ces dispositions n'ont pas encore été déclarées inconstitutionnelles, mais pourraient l'être dans un proche avenir compte tenu des commentaires provenant de juges de diverses provinces du Canada, et en particulier de la Nouvelle-Écosse, province qui a aussi adopté des dispositions semblables.¹⁸

L'intervention forcée à l'encontre d'une personne âgée en pleine possession de ses capacités mentales contredit le fondement même du principe de la société libre et démocratique postulée dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.¹⁹ Par ailleurs, aucune évaluation des conséquences du traitement involontaire d'une personne en possession de ses capacités mentales n'a été effectuée. Dans l'enquête menée auprès des travailleurs de la protection des personnes âgées de la province, certains se posent la question. Deux cas sont mentionnés indiquant qu'il aurait été tout aussi humanitaire et tout aussi efficace de respecter la volonté des personnes au lieu de les forcer à subir un traitement contre leur gré.

Le premier cas²⁰ est celui d'une femme de soixante-dix-huit ans vivant seule dans une maison mal isolée contre le froid. Son fils de cinquante-cinq ans, handicapé et incapable de s'occuper de ses besoins élémentaires, vivait avec elle. Elle était très active sur la scène politique et tenait à sa fièreté et à son

¹⁸Voir notamment *Nova Scotia (Minister of Community Services) c. L.K.* (1992), 107 N.S.R. (2d) 377; voir aussi *supra*, note 6 aux pp. 564-567.

¹⁹*Charte canadiennes des droits et libertés*, Partie I de la *Lois constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

²⁰Il s'agit du dossier #48, un cas rapporté dans un travail d'étudiant présenté en juin 1988 dans le cadre de mon cours «Droit social appliqué aux personnes âgées» donné à Shippagan.

indépendance. Elle était atteinte de la maladie de Parkinson et son état de santé se détériorait; elle était presque immobilisée, incontinente et confuse en certaines périodes, mais d'un esprit très présent en d'autres circonstances. Sur l'avis des médecins elle fut hospitalisée contre son gré, mais retourna chez elle aussitôt qu'elle fut capable de marcher. Quelque temps après son retour chez elle, son état empira. Elle fut placée contre son gré dans un foyer de soins. Elle mourut quelque temps après.

Dans le deuxième cas,²¹ un autre travailleur social rapporte qu'un homme de 70 ans vivait seul dans une maison délabrée et d'une extrême malpropreté avec 7 chats et des poules. Il refuse de sortir de sa maison et de se faire traiter pour une infection à l'oeil. Les inspecteurs condamnent la maison et les travailleurs sociaux tentent sans succès d'obliger l'homme à se faire traiter, d'abord en vertu de la *Loi sur la santé mentale*, puis en vertu de la *Loi sur les services à la famille*. A la suite de ces insuccès, le vieil homme retourne dans sa maison et semble heureux. Le travailleur social émet l'opinion suivante:

Pour nous, la propreté, la bonne alimentation, les soins de santé, le confort de la maison et même le luxe font partie de nos valeurs. Pour ce monsieur, ces points ne semblent pas prioritaires. ... C'est une question de philosophie, de mentalité, d'approche. Heureusement qu'il existe des lois qui protègent les plus faibles et les plus démunis. Sinon nous imposerions nos valeurs et notre style de vie aux autres sans respecter leurs opinions ni leur liberté.²²

D'autres chercheurs soulignent aussi l'absence d'évaluation des interventions protectrices envers les personnes âgées. Une recherche publiée en 1974 compare un groupe de personnes âgées recevant des services avec un groupe témoin. Les résultats révèlent que les services ne ralentissent ni la mort ni la détérioration de l'état de santé. Par contre le groupe bénéficiant de services avait un taux d'institutionnalisation et un taux de mortalité plus élevés que le groupe témoin.²³

On est en droit de se demander si les interventions protectrices permises en vertu des lois visant spécifiquement la protection des personnes âgées valent la peine compte tenu de l'atteinte qu'elles portent aux droits de la personne et surtout compte tenu des résultats en termes de mortalité et d'institutionnalisation.

D. La protection contre la violence et l'exploitation économique

Les problèmes de la violence physique ou des sévices sexuels et de l'exploitation

²¹*Ibid.* dossier #37.

²²*Ibid.*

²³M. Blenker et al., *Final Report: Protective Services for Older People* (Cleveland: Benjamin Rose Institute, 1974).

économique sont respectivement mentionnés aux numéros 11 et 12 du Tableau 1. Les dossiers judiciaires ne révèlent aucun cas de mauvais traitement, aucun cas d'exploitation économique et un seul cas d'exploitation sexuelle. Dans ce dernier cas,²⁴ il s'agissait d'un inceste subi par une jeune femme intellectuellement handicapée. Or, dans ce cas, le *Code criminel* a été invoqué tout autant que la *Loi sur les services à la famille*. En fait, des accusations ont été portées contre le père. Comme la garde de la jeune femme a été confiée à sa soeur, il est fort probable que le même résultat aurait pu être obtenu de façon informelle sans aucun autre recours qu'au *Code criminel*.

L'ironie dans les résultats est que les dispositions de la *Loi sur les services à la famille* relatives à la protection des personnes âgées ont été adoptées spécialement pour prévenir les mauvais traitements physiques, psychologiques et économiques que sont censées subir ces personnes. Or, l'analyse des dossiers judiciaires et les statistiques des ministères de la Santé et des Services communautaires du Nouveau-Brunswick révèlent que la loi n'est pratiquement pas invoquée pour les fins mises de l'avant pour en promouvoir l'adoption, mais qu'au contraire, la loi est surtout invoquée à l'encontre de personnes qui se négligent ou qui refusent les services sociaux ou les traitements médicaux qui leur sont offerts par les prestataires de ces services.

Les statistiques officielles du ministère de la Santé et des Services communautaires du Nouveau-Brunswick ne révèlent pas grand-chose à ce sujet. Il est pratiquement impossible d'obtenir quelque renseignement que ce soit dans cette province. Comme en témoigne le Tableau 2, quelques données officielles étaient disponibles avant l'arrivée au pouvoir du gouvernement sans opposition de M. McKenna en 1987.

Depuis lors, cependant, plus aucun chiffre n'est fourni dans les rapports officiels, devenus des véhicules de propagande plutôt que des sources d'information utile.

Le Tableau 2 montre qu'au cours des premières années d'opération, le nombre de personnes âgées orientées vers les services de protection a diminué à mesure qu'augmentait le nombre de personnes âgées recevant des services d'aide-ménagère, de repas à domicile, etc. Des personnes orientées vers les services de protection, environ 60% étaient des personnes âgées de soixante-cinq ans et plus. Une grande proportion d'entre elles ont accepté volontairement les services offerts par le ministère.

Ces données néo-brunswickoises ne fournissent cependant pas le détail du type de cas. Une meilleure idée nous en est donnée par les rapports officiels de la

²⁴Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. K.R. (1989), FDB-13-89.

Nouvelle-Écosse. L'exploitation économique des personnes âgées est le véritable problème auquel sont confrontées les personnes âgées. C'est aussi la motivation officiellement mise de l'avant par les travailleurs sociaux de la Nouvelle-Écosse pour presser le gouvernement à adopter la loi intitulée *Adult Protection Act*.²⁵ Le ministère des Services sociaux de cette province ne mentionne pourtant aucunement cette catégorie dans ses rapports officiels. Au contraire, la majorité des cas orientés vers les services sociaux étaient des cas de négligence personnelle, comme en témoigne le Tableau 3. Ce Tableau a été établi à partir des données du ministère néo-écossais de 1986 à 1989. Les données ne sont pas toujours complètes et la présentation change d'une année à l'autre, ce qui explique le caractère incomplet des données du tableau.

Tableau 2

REGROUPEMENT PAR CATÉGORIE DES DEMANDES DE SERVICES ET DES CAS DE PROTECTION ORIENTÉS VERS LES SERVICES DE PROTECTION AU NOUVEAU-BRUNSWICK DE 1981 À 1987

Année	Demande de services	Cas de protection	% de personnes âgées protection	% ayant volontairement accepté la protection
1981-82	?	60	?	?
1982-83	143 707	336	60 %	?
1983-84	5 108	196	55 %	79 %
1984-85	6 910	170	60 %	66 %
1985-86				
1986-87	7 126	510	?	?
1987-88	Le rapport ne donne aucun chiffre			
Sources: Ministère des Services sociaux, rapports annuels, Fredericton (N.-B.), 1981-82 à la p. 14, 1982-83 à la p. 15, 1983-84 aux pp. 16 et 17, 1984-85 à la p. 13. Santé et Services communautaires, rapports annuels, Fredericton (N.-B.), 1986-87 aux pp. 11 et 12, 1987-88 à la p. 48.				

²⁵P. Girard, "Elder abuse and its impact on hospital social work" dans B. Schlesinger et R. Schlesinger, eds, *Abuse of the Elderly: Issues and Annotated Bibliography*, (Toronto: University of Toronto Press, 1988) 43 aux pp. 44-48.

Tableau 3

REGROUPEMENT PAR CATÉGORIES DES CAS ORIENTÉES VERS LES SERVICES SOCIAUX DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE DE 1986 À 1989

Catégorie	1986	1987	1988	1989
Nombre de cas	74	376	637	606
Personnes âgées		la majorité	81 %	53 %
Adultes handicapés			19 %	47 %
Négligence personnelle	80 %	la majorité	76 %	66 %
Mauvais traitements			24 %	46 %
Intervention du tribunal			7 %	16 %

Sources: *Social Services for Nova Scotians*, Department of Social Services, Halifax (N.-É.), 1986 aux pp. 122-123; *Social Services for Nova Scotians*, Department of Social Services, Halifax (N.-É.), 1987 à la p. 127; *Nova Scotia Department of Community Services*, Halifax (N.-É.), 1988 aux pp. 127-128 et *Nova Scotia Department of Community Services*, Halifax (N.-É.), 1989 aux pp. 121-122.

Ces données nous apprennent que la majorité des cas de personnes âgées sont des cas de négligence personnelle. Lorsque la proportion de cas d'adultes handicapés augmente, la proportion de cas de négligence ou de mauvais traitements de la part des soignants augmente aussi. Ce Tableau a tendance à montrer que la loi n'est pas utilisée pour atteindre son objectif premier, c'est-à-dire protéger les personnes âgées contre l'exploitation économique, mais plutôt pour intervenir auprès des personnes âgées qui négligent de prendre les mesures jugées nécessaires à leur bien-être.

Fait à remarquer, la proportion de cas qui se rendent devant les tribunaux est passé de 7% à 16% de 1988 à 1989. Pour la seule année 1988-1989, il y aurait donc eu quelque quatre-vingt-seize cas qui se seraient rendus devant les tribunaux. Les statistiques ne donnent malheureusement pas la proportion de demandes rejetées par le tribunal.

L'analyse des cas recueillis par mes étudiants dans les régions francophones du Nouveau-Brunswick montre clairement que les dispositions de la *Loi sur les services à la famille* relatives à la protection des personnes âgées sont jugées

insatisfaisantes par les travailleurs sociaux pour régler les cas d'exploitation économique de personnes âgées par des parents ou amis. Bien plus, l'analyse de ces cas montre que la Common Law et la *Loi sur les biens matrimoniaux* de la province sont parfaitement adaptées à la solution de l'exploitation économique mettant en cause des actes de transfert de propriété. Le *Code criminel*, malgré les difficultés de preuve, est mieux adapté à ce type de problèmes que la *Loi sur les services à la famille*. Il ne s'agit pas d'un problème de déficience législative, mais de connaissance des droits et d'accès au système judiciaire.²⁶

Bref, en matière de protection contre l'exploitation économique, véritable problème auquel font face les personnes âgées canadiennes et une des raisons principales motivant l'adoption de la loi, l'analyse des données officielles et des cas recueillis par mes étudiants révèle que la loi visant spécifiquement la protection des personnes âgées ne permet pas du tout d'atteindre cet objectif.

E. La protection des droits de la personne

Depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la protection des droits de la personne devient un élément important dans l'évaluation de toute loi. Cette importance ne tient pas seulement au fait qu'une loi qui ne respecterait pas les droits de la personne risque d'être déclarée inopérante si elle contrevient à la *Charte*, mais aussi parce qu'on reconnaît de plus en plus que le respect des droits de la personne est un objectif important des démocraties occidentales.

Vues sous l'angle du respect des droits de la personne, les différentes lois applicables en matière de protection des personnes incapables, des malades mentaux et des personnes âgées ou handicapées ne se classent pas toutes à égalité. La *Loi sur la santé mentale* est probablement celle qui respecte le plus les droits de la personne. Tout en maintenant la validité de l'intervention psychiatrique, voire de l'internement involontaire dans les cas où l'individu est atteint de troubles mentaux et constitue un danger pour lui-même ou pour autrui, cette loi prévoit des garanties juridiques et des protections précises relativement aux droits des personnes admises en établissement psychiatrique.²⁷

La *Loi sur les personnes déficientes* protège elle aussi l'autonomie de la personne, notamment en imposant un fardeau de preuve hors de tout doute

²⁶*Supra*, note 8 aux pp. 207-209. Voir aussi, D. Poirier, «Le rôle des avocats-notaires dans la prévention de l'exploitation économique des personnes âgées par des actes translatifs de propriété intra-familiaux» (1990) 6:2 *Solicitor's Journal/Le Bulletin des avocats* du N.-B. 11.

²⁷Voir les dispositions de la *Loi sur la santé mentale*, L.R.N.-B. 1973, c. M-10 et notamment les 17-34 relatifs à la protection des droits des patients.

raisonnable avant de déclarer la personne incapable de gérer sa vie.²⁸ Des modifications à cette loi sont toutefois nécessaires pour permettre à la personne déclarée incapable de demander la fin de l'interdiction sans attendre qu'une année entière se soit écoulée. La protection des droits de la personne exige aussi que la personne ait droit aux conseils d'un avocat de l'aide juridique lorsqu'elle conteste la déclaration d'incapacité. Les recherches effectuées en Colombie-Britannique à ce sujet indiquent en effet qu'un avocat est présent dans une infime proportion de cas.

Les dispositions de la *Loi sur les services à la famille* relatives à la protection des personnes âgées ou handicapées posent un certain nombre de questions en matière de protection des droits de la personne. Même si les juges du Nouveau-Brunswick n'ont pas osé attaquer la validité de ces dispositions législatives en regard de la *Charte*, ils en ont quand même limité considérablement la portée par les mesures de sélection des causes qu'ils acceptent d'entendre. De plus, pour que les travailleurs sociaux eux-mêmes s'interrogent sur la pertinence de certaines de leurs interventions compte tenu de la violation des droits de la personne et compte tenu des résultats obtenus, il faut que les violations soient considérables. Enfin, la plupart des pays européens ont opté pour des lois d'ordre général précisément pour se conformer aux chartes des droits de la personne de l'ONU et de l'Europe.

IV ÉVALUATION D'AUTRES MÉCANISMES POUR PROTÉGER LES PERSONNES ÂGÉES OU HANDICAPÉES

Les diverses lois en vigueur au Nouveau-Brunswick pour régler les problèmes que posent les personnes âgées en perte d'autonomie présentent toutes des problèmes, lesquels ont été soulignés dans la partie précédente. La recherche de solutions de rechange s'impose. Quelques-unes seront exposées et évaluées dans les pages qui suivent. L'évaluation prendra la même forme que celle présentée pour l'évaluation des dispositions législatives en vigueur dans la province.

L'étude des tendances européennes et américaines en matière de protection des personnes incapables, âgées ou handicapées a révélé qu'il se dégage un certain consensus pour que des mesures législatives soient prises mettant davantage l'accent sur la prévention et les arrangements contractuels plutôt que sur des lois autorisant des professionnels à agir dans l'intérêt de ces personnes.²⁹ L'une de

²⁸L.R.N.-B 1973, c. I-8, art. 6. Pour l'interprétation de cet article, voir *West, Re* (1978), 20 N.B.R. (2d) 686 (C.A.).

²⁹J.T. Farrand, "Enduring Powers of Attorney" dans *Eekelaar & Pearl, supra*, note 1 à la p. 637 [ci-après Ferrand]; D.S. Rosettenstein, "Living Wills in the United States: The Role of the Family", *ibid.* à la p. 653; B. Hoggett, "The Elderly Mentally-Ill and Infirm: Procedures for Civil Commitment and Guardianship", *ibid.* 517 aux pp. 524-526; M.A. Shone, "Civil Commitment of the Elderly: Is There

ces mesures touche l'administration des biens de la personne, tandis qu'une autre s'occupe de la direction de la vie de la personne et particulièrement du consentement aux actes médicaux. Ces mesures ne peuvent évidemment s'appliquer qu'aux personnes mentalement capables au moment où ces procurations sont faites.

Dans la présente partie, trois types de lois sont examinés, soit les lois reconnaissant les procurations valides même pendant l'incapacité mentale du mandant, les lois autorisant le consentement aux actes médicaux en lieu et place de certaines personnes incapables, y compris celles reconnaissant la validité des procurations relatives au consentement médical, et enfin, les lois relatives à la protection des droits des personnes âgées ou handicapées. Les résultats apparaissent au Tableau 4.

A. Les procurations valides même pendant l'incapacité mentale du mandant

La procuration est un écrit donné par une personne qui accrédite son mandataire. La procuration peut être soit très limitée, autorisant alors le mandataire à faire un ou des actes précis, soit très générale, autorisant le mandataire à faire tous les actes qu'elle-même pourrait faire pendant une période limitée ou illimitée.³⁰ Le principal problème que pose la procuration est qu'elle cesse d'être valide lorsque le mandant perd sa capacité mentale.³¹ Or c'est précisément à ce moment que la procuration deviendrait importante. Pour remédier à ce problème, des modifications législatives ont été adoptées dont l'effet est de reconnaître la validité d'une procuration même après que le mandant devient incapable mental. Des modifications législatives semblables ont été d'abord adoptées en Ontario³² et en Colombie-Britannique en 1979,³³ puis au Manitoba en 1980,³⁴ en Saskatchewan

a Case for Special Legislation?", *ibid.* 571 aux pp. 585-587.

³⁰Voir Centre de traduction et de terminologie juridique, *Vocabulaire de la common law*, tome 1, Moncton, Éditions du Centre universitaire de Moncton, 1980 à la p. 102. Voir aussi D.A. Dukelow et B. Nuse, *The Dictionary of Canadian Law* (Toronto: Carswell Publications, 1991) à la p. 795.

³¹*Drew c. Nunn* (1874), 4 Q.B.D. 661 (C.A. d'Angleterre); *Yonge c. Toynbee*, [1910] 1 K.B. 215 (C.A. d'Angleterre); *Parks, Re, Canada Permanent Trust Co. c. Parks* (1956), 8 D.L.R. (2d) 155 (C.A. N.-B.); Farrand, *supra*, note 29 à la p. 638. Voir aussi R. Munday, "Enduring Power of Attorney" (1989) 13 *New Zealand L. Rev* 253 aux pp. 256-257 [ci-après Munday]. Voir aussi *Cutler, Re* (1989), 92 R.N.-B. (2e) 76. Il s'agit d'une décision récente de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick qui établit qu'une procuration qui ne renferme pas de disposition permettant de l'exercer sur déclaration que la donatrice souffre d'incapacité mentale est révoquée par le tribunal sur pareille déclaration.

³²*Powers of Attorney Act*, S.O. 1979, c. 107.

³³*Powers of Attorney Act*, R.S.B.C. 1979, c. 334.

³⁴*Powers of Attorney Act*, S.M. 1980, c. 4.

Tableau 4

**ÉVALUATION DES SOLUTIONS DE RECHANGE EN FONCTION DES
PROBLÈMES QUE POSENT LES PERSONNES ÂGÉES**

Types de problèmes	Couvert par les lois	Procuration permanente (biens)	Loi sur le consentement med.	Procuration permanente (personnel)
incapacité mentale permanente de diriger sa vie	oui	non	non	non
incapacité mentale temporaire de diriger sa vie	?	non	non	oui
incapacité mentale partielle de diriger sa vie	non	non	non	oui
personnes incapables d'administrer leurs biens	oui	oui	non	oui
protection de personnes qui ne pouvant prendre des mesures pour assurer leur soin.	?	non	non	?
protection des personnes dangereuses pour leur vie ou pour autrui.	oui	non	non	?
intervention dans les cas d'urgence	oui	non	non	non
incapables mentaux qui refusent les traitements	oui	non	oui	oui
incapables physiques qui refusent les traitements	non	non	non	non
personnes jouissant de leurs facultés mentales refusant les traitements	non	non	non	non
protection contre les mauvais traitements	oui	non	non	non
protection contre l'exploitation économique	?	oui	non	oui
protection des droits de la personne	?	oui	oui	oui

en 1982,³⁵ au Nouveau-Brunswick en 1987,³⁶ à l'Île-du-Prince-Édouard,³⁷ et en Nouvelle-Écosse en 1988.³⁸ Le législateur québécois, quant à lui, a modifié le *Code civil du Bas-Canada* pour y prévoir le mandat donné dans l'éventualité de l'incapacité du mandant.³⁹

Ces lois établissent comme principe que le pouvoir conféré à un mandataire au moyen d'une procuration ne prend pas fin si le mandant souffre d'incapacité mentale après l'établissement de la procuration si celle-ci est signée par le mandant, est attestée par une ou deux personnes adultes autres que le mandataire, selon les provinces, et renferme une disposition permettant expressément de l'exercer pendant cette incapacité.⁴⁰ La loi prévoit également que cette procuration peut être révoquée à tout moment par le mandant alors qu'il ne souffre pas d'incapacité mentale.⁴¹ Par contre, la procuration prend aussi fin lorsque le tribunal nomme un curateur aux biens du mandant, lorsque le curateur public devient le curateur aux biens en vertu de la *Loi sur la santé mentale* ou lorsqu'une autre personne est substituée au mandataire.⁴² Des mesures de surveillance sont aussi prévues par cette loi pour éviter que le mandataire n'exploite économiquement le mandant. Ainsi, une personne qui a un intérêt dans les biens du mandant, le curateur public ou toute autre personne autorisée par le tribunal peut, durant l'incapacité mentale, solliciter une ordonnance exigeant du mandataire une reddition de comptes à l'égard des transactions qui ont entraîné l'exercice de la procuration pendant l'incapacité mentale du mandant.⁴³

L'incapacité mentale qui donne effet à la procuration doit être d'«une nature telle qu'elle mettrait fin à la procuration, si ce n'était» des modifications législatives.⁴⁴ Or, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a déjà décidé que la procuration ordinaire se termine lorsque la personne souffre d'une incapacité mentale suffisante pour faire déclarer la personne incapable en vertu de la *Loi sur*

³⁵*Powers of Attorney Act*, S.S. 1982-83, c. P-27.1.

³⁶*Loi modifiant la Loi sur les biens*, L.N.-B. 1987, c. 44, art. 1 modifiant la *Loi sur les biens* par l'adjonction après l'article 58 des articles 58.1-58.7.

³⁷*Powers of Attorney Act*, S.P.E.I. 1988, c. 51; R.S.P.E.I., 1988, c. P-16.

³⁸*Powers of Attorney Act*, S.N.S., 1988, c. 17, cité comme c. P-22 dans les *Consolidated Statutes*.

³⁹*Code civil du Bas-Canada*, art. 1731.1-1731.11.

⁴⁰*Loi modifiant la Loi sur les biens*, précité, note 740, par. 58.2(1). Voir aussi *Powers of Attorney Act*, S.N.S., 1988, c. 17, art. 3. Au Québec, deux témoins sont requis par l'article 1731.2 du C.c.B.C.

⁴¹*Ibid.* art. 58.2(2).

⁴²*Ibid.* art. 58.3 et 58.4.

⁴³*Ibid.* art. 58.5.

⁴⁴*Loi modifiant la Loi sur les biens*, L.N.-B. 1987, c. 44, art. 1, 58.1, «incapacité mentale».

les personnes déficientes.⁴⁵ En vertu de cette loi, un curateur aux biens est nommé lorsque la personne est incapable d'administrer ses biens.

Si l'état des facultés mentales du mandant au moment où la procuration prend effet est relativement clair, l'état de ses facultés mentales au moment de signer la procuration l'est un peu moins. Certains estiment que le critère nécessaire pour déterminer la capacité de faire une procuration est le même que celui qui sert à déterminer si la personne est capable d'administrer ses biens et qu'une personne incapable d'administrer ses biens est légalement incapable d'accorder à une autre personne ce qu'elle ne peut faire elle-même.⁴⁶

La plupart des auteurs pensent par contre que le critère doit être celui qu'on utilise pour déterminer la capacité d'une personne de faire un testament:

[C]omprend-elle la nature de l'acte, ses conséquences, l'étendue des biens dont elle s'apprête à disposer et les demandes qu'elle devrait reconnaître? Les notaires ou les avocats pensent qu'il suffit de s'assurer que le mandant comprend qu'il possède des biens qu'il doit administrer et qu'il a confiance que le mandataire administrera ses biens à sa place et dans son meilleur intérêt.⁴⁷

Le tribunal des successions de l'Angleterre a récemment tranché en faveur d'un critère moins sévère lorsqu'il s'agit de créer la procuration que lorsqu'il s'agit de décider quand elle commence à avoir effet. Dans l'affaire *K*,⁴⁸ le tribunal reconnaît que la procuration est souvent faite lorsque les facultés mentales du mandant commencent à diminuer et qu'il s'aperçoit ne plus être en mesure d'administrer ses biens. Cependant, le tribunal reconnaît que le mandant, tout en étant incapable d'administrer ses biens, peut quand même décider de nommer un représentant pour gérer ses affaires plutôt que de demander au tribunal d'en nommer un. Le tribunal opte en faveur du critère utilisé par les avocats en matière de capacité testamentaire.⁴⁹

L'évaluation de la procuration valide même quand le mandant devient incapable mental peut se faire à partir de la grille utilisée dans la partie précédente. Comme le montre le Tableau 4, ce type de procuration ne règle pas

⁴⁵*Parks (Re), Canada Permanent Trust Company c. Parks* (1957), 8 D.L.R. (2d) 155 (C.A.N.-B.). Voir aussi D.F. MacGowan, "Enduring Powers of Attorney" dans *Practical Estate Planning Conference*, (Fredericton: New Brunswick Continuing Legal Education, 31 mars 1990) ch. 2 à la p. 5 [ci-après MacGowan].

⁴⁶Munday, *supra*, note 31 à la p. 262.

⁴⁷MacGowan, *supra*, note 45 à la p. 11. Voir aussi D.C. Simmonds, (1988) 27 *Estate and Trust Reports* 117 [ci-après Simmonds]; L.D. Fowler, *Estate Planning and Administration*, (Toronto: Upper Canada Law Society, 1984-1985).

⁴⁸*Re K*. [1988] 2 W.L.R. 781 (Tribunal des successions d'Angleterre).

⁴⁹*Ibid.* à la p. 786.

tous les problèmes, mais permet de prévenir l'exploitation économique et d'éviter le recours au tribunal pour nommer un curateur aux biens de la personne incapable.

Ce type de procuration ne s'applique évidemment qu'aux personnes qui sont en possession de leurs facultés mentales au moment où elles signent la procuration. Il est particulièrement indiqué pour les personnes âgées ou les adultes qui se savent atteints d'une maladie dégénérative comme la maladie d'Alzheimer, le SIDA ou simplement à titre de mesure préventive advenant une incapacité soudaine.⁵⁰ Ce type de procuration est utilisé par le gouvernement fédéral en ce qui concerne les signatures des chèques de pensions de vieillesse lorsque la personne est en passe de devenir incapable d'administrer ses affaires.

B. Procuration autorisant la prise de décisions relatives à la direction de la vie des personnes incapables

Un deuxième instrument de prévention repose sur la procuration valide même quand la personne devient incapable mentale, mais autorise aussi la prise de décisions relatives à la gestion de la vie de la personne et plus particulièrement le consentement aux actes médicaux. Ce type d'instrument peut donc être restreint aux décisions médicales ou couvrir un large éventail d'actes. Deux possibilités sont ici examinées, les procurations autorisant le consentement aux actes médicaux et les procurations autorisant les décisions relatives à la gestion de la vie de la personne.

1. Les procurations autorisant le consentement aux actes médicaux

La province de la Nouvelle-Écosse est la seule province canadienne à avoir spécifiquement légiféré en matière de procuration relative au consentement aux actes médicaux. Le *Medical Consent Act* a été adopté en 1988.⁵¹ Cette loi autorise une personne majeure à en désigner une autre pour consentir à sa place aux traitements médicaux lorsqu'elle ne sera plus en mesure de le faire elle-même.⁵²

⁵⁰Voir à ce sujet les propos des députés lors du débat entourant l'étude du projet de loi 34 - *Powers of Attorney Act* dans *Nova Scotia Assembly Debates*, vol. 20, (Halifax, Queen's Printer, 1988) aux pp. 2273-2281.

⁵¹S.N.S. 1988, c. 14; R.S.N.S. 1989, c. 279.

⁵²Pour être valide, cette procuration doit être faite par écrit, être signée par la personne qui fait la procuration et attestée par une personne autre que celle qui est nommée pour représenter le mandant (S.N.S. 1988, c. 14; R.S.N.S. 1989, c. 279, par. 3(2)). La loi établit aussi que cette procuration est présumée donner au mandataire le statut de tuteur du mandant aux fins de consentement aux actes médicaux (*ibid.* art. 4). Cette procuration prend fin lorsque le mandant ou le tribunal la révoque ou

Cette loi néo-écossaise est très proche du concept de "living will" ou de "testament biologique". Ce dernier autorise une personne nommée par le testateur à consentir aux actes médicaux ou à refuser certains actes médicaux au nom du testateur. Le "testament biologique" n'est toutefois pas valide puisqu'il s'agit d'une procuration qui perd sa validité lorsque le mandant devient incapable mental. De plus, le terme "testament biologique" est un illogisme. Le testament ne prend effet qu'à la mort du testateur et est sans effet tant que le testateur est vivant.⁵³

De l'avis de certains médecins, les "testaments biologiques" sont dépassés, inefficaces et de peu d'utilité pour eux. Ils préfèrent une procuration valide même quand la personne perd ses facultés mentales dans laquelle sont précisés des scénarios précis avec des choix précis pour chacune des possibilités de traitements préalablement définies. Ainsi, pour les scénarios d'état végétatif du patient, de coma avec peu de chances de recouvrer l'usage de ses facultés mentales, de maladie terminale avec dégénérescence organique ou d'incapacité mentale sans qu'il ne s'agisse d'une maladie terminale, le mandant peut indiquer s'il accepte ou refuse le traitement, s'il veut qu'on arrête le traitement ou s'il est indécis.⁵⁴

lorsque ce dernier nomme un tuteur qui est autorisé à consentir aux actes médicaux pour cette personne (*ibid.* art. 5).

⁵³Enfin, la loi néo-écossaise se veut plus large que le "testament biologique". Ce dernier donne des directives très précises quant au refus de mesures extraordinaires et de ce qu'il est convenu d'appeler l'acharnement thérapeutique, comme les mesures de réanimation cardio-vasculaire, l'usage de respirateur et tout instrument de prolongement artificiel de la vie. Si le "testament biologique" s'intéresse principalement à la fin de la vie, la loi néo-écossaise par contre autorise une procuration pour l'ensemble des actes médicaux et pas seulement pour ceux qui affectent la fin de la vie d'une personne. (Voir *Nova Scotia Assembly Debates*, 12 avril 1988 aux pp. 1721, 1724, 1730).

⁵⁴L.L. Emanuel et E.J. Emanuel, "The Medical Directives: A New Comprehensive Advance Care Document" (1990), 10(2) *Estates & Trusts Journal*, 134-149. La loi néo-écossaise relative au consentement médical est appropriée pour les personnes qui étaient mentalement capables avant de devenir incapables pour une raison ou une autre. Cette loi n'est toutefois d'aucun recours pour les personnes atteintes de handicaps intellectuels depuis leur naissance. Pour ces derniers, il faut avoir recours à d'autres mécanismes, dont l'un est prévu par la loi sur les hôpitaux de la Nouvelle-Écosse.

De nombreuses critiques ont été adressées à cette loi par les députés de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse. (Voir *Nova Scotia Assembly Debates*, 12 avril 1988 aux pp. 1718-1731; 16 mai 1988 aux pp. 3454-3459). La plupart souscrivaient au principe de la procuration, mais auraient voulu l'étendre à l'ensemble des décisions affectant la vie de la personne (*ibid.* aux pp. 1724 et s.). C'est cette dernière solution qui a été retenue par les législateurs du Québec (Voir *Code civil du Bas-Canada*, art. 1731.1-1731.11. Voir aussi J.-P. Ménard, "Les aînés et le droit de la santé" dans *Le droit des aînés*, Montréal, Éditions Yvon Blais Inc., 1992, 241-281 aux p. 262 à 279; H. Brassard, «Réflexions sur le sort des aînés incapables depuis l'avènement de la Loi sur le curateur public», *ibid.* 167 aux pp. 188-190) et celui de l'Ontario, (*Loi prévoyant la prise de décision au nom d'adultes en ce qui concerne la gestion de leurs biens et le soin de leur personne*, S.O. 1992, c. 30) [ci-après *Loi prévoyant la prise de décision au nom d'adultes*]. Au sujet de cette loi, voir D.C. Simmonds, "Substitute decisions Act: An explication" (1993) 12 *Estates and Trusts Journal* 350), alors que le Manitoba l'étudie (voir Manitoba Law Reform Commission, "Self-Determination in Health Care" (1993) 12 *Estates and Trusts Journal* 49).

2. Les procurations autorisant le mandataire à diriger la vie du mandant

Les débats de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse à l'occasion de l'adoption des lois *Powers of Attorney Act* et *Medical Consent Act* font ressortir les avantages d'une procuration non restreinte à l'administration des biens, mais couvrant l'ensemble des actes que peut accomplir le mandant. Les députés font en effet remarquer que des procurations aussi vastes auraient pour effet de nommer un tuteur au lieu d'être obligé de se présenter devant le tribunal pour en faire nommer un. De plus, de telles procurations permettraient au mandant de prévoir dans quel foyer de soins il veut être placé, qui doit administrer ses biens et à quels actes médicaux son représentant peut consentir.⁵⁵

Au moins cinq États américains ont adopté des lois permettant expressément de prévoir un système de tutelle pour éviter de devoir se présenter en cour.⁵⁶ Les provinces canadiennes, sauf l'Ontario et le Québec, et dans une moindre mesure, la Nouvelle-Écosse, n'ont donc pas de législation prévoyant qu'un mandant peut autoriser une autre personne à prendre des décisions à sa place concernant la direction de sa vie personnelle. On pourrait toujours avancer que les provinces qui ont adopté des dispositions reconnaissant la validité des procurations même après que le mandant a perdu l'usage de ses facultés mentales ont voulu en étendre les effets non seulement à la gestion des biens du mandant, mais aussi à la direction de sa vie personnelle. Cet argument n'est toutefois pas très solide: ces lois précisent que les procurations en question se rapportent à l'administration des biens sont incorporées à la *Loi sur les biens*.⁵⁷ De plus, il est

⁵⁵Voir les commentaires de Bob Levy dans *Nova Scotia Assembly Debates*, 22 avril 1988 aux pp. 2275-2276:

[W]ith this bill and the medical consent bill, we have provided a regime whereby in effect a person can write his or her own guardianship provisions in advance ... I would certainly hope that we could provide a scenario whereby an individual with one document ... can set forth in detail not just medical consent but things like, whether they be in a nursing home and if so, which nursing home insofar as it can be done, not just lifesaving treatment but other kinds of things and the full range of options as to what could happen to his or her property under various events.

⁵⁶Voir R.N. Brown, *et al.*, "Guardianship and Civil Commitment" dans R.N. Brown, ed., *The Rights of Older Persons. A Basic Guide to the Legal Rights of Older Persons under Current Law*, 2e éd., (Carbondale: Southern Illinois University Press, 1989) 327 aux pp. 349-354. Selon ces auteurs, cinq États américains permettent les procurations autorisant le mandataire à prendre des décisions personnelles pour le mandant.

⁵⁷Lorsque les rapports des commissions provinciales de réforme du droit mentionnent des modifications apportées aux lois relatives aux procurations, c'est toujours dans le cadre de procuration pour gérer les biens du mandant. Voir Ontario Law Reform Commission, *Report on Powers of Attorney*, (Toronto: Ontario, 1972); Manitoba Law Reform Commission, *Report on Special, Enduring Powers of Attorney*, report no. 14, (Winnipeg: Manitoba, 1974); Law Reform Commission of British Columbia, "Powers of Attorney and Mental Incapacity" *Report on The Law of Agency*, part 2,

bien connu que l'une des règles d'interprétation des procurations énonce qu'elles doivent être interprétées strictement.⁵⁸

Certains législateurs ont adopté une terminologie plus large que celle utilisée dans les lois des provinces mentionnées plus haut.⁵⁹ Malgré la terminologie plus large, la question qui se pose est de savoir si, en vertu de la common law, une personne peut en mandater une autre pour prendre des décisions personnelles à sa place. La plupart des auteurs estiment qu'en common law, le mandant était limité à conférer au mandataire des pouvoirs en matière contractuelle et qu'il ne pouvait accomplir un acte par l'intermédiaire d'un représentant lorsque cet acte était de nature personnelle.⁶⁰ Le comité consultatif auprès du ministre de la Justice de l'Ontario en matière de substitution de la prise de décision en faveur des personnes incapables mentales pense que ce droit n'a jamais existé.⁶¹

D'autres, par contre, estiment que la clause prévoyant que le mandataire peut exercer tous les pouvoirs que le mandant pourrait exercer s'applique aussi à la direction de la vie du mandant et particulièrement au consentement aux actes médicaux. Ainsi, à la fin de son article, Simmonds présente un exemple de procuration dans lequel il inclut un consentement aux actes médicaux et un testament biologique.⁶²

La généralité des clauses relatives à la capacité d'un représentant de prendre des décisions affectant la direction de la vie personnelle du mandant soulève bien des questions. D'abord, une telle procuration ne devrait pas pouvoir prendre effet aussi longtemps que le mandant est en possession de ses capacités mentales et en mesure de prendre ses propres décisions. Il n'est en effet pas dans l'intérêt public

(Vancouver: Dept. of Attorney General, 1975). De plus, les modèles de procuration portent exclusivement sur les biens dans M.S. Georgas, *Power of Attorney Kit, A Do-it-yourself Guide for Canadians*, (North Vancouver: Self-Counsel Press, 1988).

⁵⁸Voir "Agency" dans *Halsbury's Laws of England*, 4e éd. vol. 1, paragraphe 730.

⁵⁹Ainsi, le législateur ontarien a adopté, dès 1979, une loi reconnaissant que la procuration peut donner au mandataire le droit de faire tout acte que le mandant peut légalement accomplir par l'intermédiaire d'un représentant (*Powers of Attorney Act*, S.O. 1979, c. 107, art. 2 et formule 1). La Colombie-Britannique a adopté une modification en 1987 pour rendre sa loi semblable à celle de l'Ontario (*Miscellaneous Statutes Amendment* (No. 1), 1987, S.B.C. 1987, c. 42, art 91-92) et l'Île-du-Prince-Édouard a, pour sa part, repris presque textuellement le libellé de la loi ontarienne (*Powers of Attorney Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. P-16).

⁶⁰G.H.L. Fridman, "Agency" dans *Canadian Encyclopedic Digest* (Ontario) 3e éd. vol. 1, titre 4; "Agency" dans *Halsbury's Laws of England*, 4e éd., vol. 1, à la p. 420; Simmonds, *supra*, note 47 à la p. 136.

⁶¹Voir *Final Report of the Advisory Committee on Substitute Decision Making for Mentally Incapable Persons*, (Toronto: Attorney General, 1987) à la p. 240.

⁶²Simmonds, *supra*, note 47 aux pp. 144-147.

qu'une personne mentalement capable renonce à son autonomie et accorde à un représentant le soin de prendre les décisions affectant la direction de sa vie. C'est pour cette raison que le *Enduring Powers of Attorney*, 1985 de la Grande-Bretagne prévoit que la procuration doit être déposée auprès du tribunal avant que le mandataire n'acquière le pouvoir de prendre des décisions affectant la direction de la vie du mandant.⁶³ Les nouvelles dispositions du *Code civil du Bas-Canada* prévoient aussi que "l'exécution du mandat est subordonnée à la survenance de l'incapacité et à l'homologation par le tribunal."⁶⁴ Le législateur ontarien exige aussi que la procuration soit validée. Cependant ce dernier a retenu une procédure administrative plutôt qu'une homologation par un juge: c'est le Tuteur et curateur public qui délivre un certificat au mandataire après qu'il s'est assuré de l'incapacité du mandant, de la validité du mandat et de l'honnêteté du mandataire.⁶⁵

De même, la partie IX du *Protection of Personal and Property Rights Act*, 1988 de la Nouvelle-Zélande prévoit que le mandataire n'a pas une complète autorité en ce qui touche la prise de décisions relatives à la direction de la vie du mandant. Ainsi, un mandataire ne peut prendre une décision relative à un mariage, à un divorce, à une adoption; il ne peut consentir à une expérimentation médicale ni à un électrochoc sur la personne de son protégé ni refuser un traitement médical susceptible de lui sauver la vie.⁶⁶ Ces dispositions sont d'ailleurs conformes au principe selon lequel le représentant doit agir dans le meilleur intérêt de son protégé.⁶⁷ Les dispositions du *Code civil du Bas-Canada* prévoient que "lorsque la portée des droits et obligations du mandataire est douteuse, le mandataire se réfère, pour l'interpréter, aux droits et obligations du tuteur à un majeur protégé."⁶⁸ Or, la doctrine et la jurisprudence québécoise en la matière précisent les mêmes restrictions que celles prévues dans la loi de la Nouvelle-Zélande. De même, la nouvelle loi ontarienne ne change toutefois pas l'état du droit concernant le fait de donner ou de refuser son consentement à un acte dont le but principal est la recherche, la stérilisation ou l'enlèvement d'un tissu régénérateur ou non régénérateur pour l'implanter dans le corps d'une autre personne.⁶⁹

⁶³*Enduring Powers of Attorney* 1985 (R.-U.) 1985, c. 29, art. 5-8. Voir aussi *Halsbury's Laws of England* 4e éd., Cumulative Supplement 1990, la partie I, aux p. 7-13.

⁶⁴*Code civil du Bas-Canada*, art. 1731.3.

⁶⁵*Loi prévoyant la prise de décision au nom d'adultes*, *supra*, note 54, art. 49-50.

⁶⁶*Protection of Personal and Property Rights Act*, 1988, partie IX, par. 98(4) cité par W.R. Atkin, "Enduring Powers of Attorney in New Zealand" (1988, octobre) *New Zealand Law Journal* 368 à la p. 370.

⁶⁷Voir L'affaire *Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388 à la p. 429 *et s.*

⁶⁸*Code civil du Bas-Canada*, art. 1731.4.

⁶⁹*Loi prévoyant la prise de décision au nom d'adultes*, *supra*, note 54 par. 66 (13), (14).

L'évaluation des procurations autorisant le mandataire à prendre des décisions relatives à la direction de la vie du mandant ou de consentir aux actes médicaux est présentée au Tableau 4. Comme l'indique ce tableau, ces procurations permettent de couvrir un large éventail de situations. Certes, elles ne sont pas utilisables lorsque le mandant est un handicapé intellectuel depuis la naissance, mais dans les autres cas, il s'agit d'un instrument dont les possibilités sont considérables. De concert avec les procurations pour l'administration des biens, cet instrument peut prévoir un régime complet de tutelle et de curatelle.

Il reste toutefois que ce régime contractuel n'est pas efficace pour prévenir les mauvais traitements qui sont faits par la personne soignante à la personne âgée ou souffrant d'un handicap et dans les situations où la personne vit seule et néglige de prendre les mesures nécessaires pour assurer sa santé.

C. La protection des droits des personnes incapables

Le principal problème soulevé en réaction aux lois spécifiquement destinées à la protection des personnes âgées ou atteintes d'un handicap est la protection des droits de ces personnes.⁷⁰ Compte tenu de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il importe donc de trouver des moyens de protéger les droits des personnes visées par les interventions protectrices. A ce sujet, les tendances nouvelles qui se dégagent combinent la participation de la communauté et la mise en place de mécanismes de protection des droits sous forme de défense des droits ou sous forme de protection des droits des citoyens visés.⁷¹

1. La recherche de la solution la moins contraignante possible

La protection des droits des personnes âgées ou atteintes de handicaps passe par la proclamation du principe selon lequel l'intervention gouvernementale doit causer le moins d'entrave possible à leur intimité et la solution doit être la moins contraignante possible. Il s'agit là d'un principe généralement accepté aux États-

⁷⁰C.A. Metcalf, "A Response to the Problem of Elder Abuse: Florida's Revised *Adult Protection Services Act*" (1986) 14 Florida State University Law Revue 745, où l'auteur écrit, à la page 777:

Care must be taken that in our zeal to protect the elderly, we do not rob them of their fundamental rights. Protection at the expense of dignity may harm the elderly more than abuse or self-neglect.

Voir aussi J.P. Hornick *et al.*, *A Review of the Social and Legal Issues Concerning Elder Abuse*, (Calgary: Canadian Research Institute for Law and the Family, 1988) surtout aux pp. 155-156 [ci-après Hornick].

⁷¹Hornick, *ibid.* aux pp. 121-126, 155-157. Voir aussi *supra*, note 61 aux pp. 80-86.

Unis⁷² et qui commence à devenir un principe universellement reconnu. Ainsi, l'Australie a officiellement et publiquement reconnu ce principe comme devant gouverner les services aux personnes souffrant de handicaps.⁷³ De même, la nouvelle loi ontarienne sur la substitution de décision prévoit que le principe de la solution la moins contraignante serve de guide aux décisions des juges.⁷⁴ Enfin, la loi intitulée *Adult Protection Act* de l'Île-du-Prince-Édouard prévoit que le ministre doit démontrer que les mesures prévues sont les moins contraignantes possible.⁷⁵ Ce principe s'applique en fait à deux moments, soit dans la prestation des services et dans la substitution de décision.

i) La prestation des services

Si la prestation de services spéciaux aux personnes âgées ou atteintes de handicaps peut s'avérer essentielle au maintien de leur autonomie, les modalités de cette prestation peuvent constituer une intrusion non désirée ou une contrainte plutôt qu'une aide. La recherche effectuée par Laseman et Chaume auprès des personnes soutiens de personnes âgées montre bien que les services sociaux offerts sont appréciés, mais que les travailleurs sociaux professionnels ne conçoivent pas les besoins de la même façon que les personnes soutiens. Ce que ces dernières veulent est "un soulagement de la tâche, un coup de main, une aide globale" et moins de conseils et de supervision.⁷⁶

C'est sans doute parce que la vision professionnelle des services ne correspond pas à celle des bénéficiaires que le gouvernement de l'Australie a pris l'initiative d'énoncer le principe suivant lequel les services doivent être fournis de la manière la moins restrictive et la plus discrète possible. Pour assurer le respect de ce principe, le gouvernement australien précise que les organismes prestataires responsables doivent éviter de prendre en main la direction de la vie des bénéficiaires et qu'ils doivent rendre compte des services d'abord aux bénéficiaires,

⁷²Voir à ce sujet I.J. Sloan, *The Law and Legislation of Elderly Abuse* (New York: Oceana Publications, 1983) au tableau de la p. 87; L.A. Lewis, "Toward Eliminating the Abuse, Neglect, and Exploitation of Impaired Adults: The District of Columbia *Adult Protective Services Act* of 1984" (1986) 35 *Catholic University Law Review* 1193. Voir aussi Hornick, *supra*, note 70 à la p. 155.

⁷³*Commonwealth of Australia Gazette*, 9 juin 1987, no. S-118. Après avoir affirmé que les personnes atteintes de handicaps ont les mêmes droits que les autres Australiens, l'énoncé de principe précise:

2(6) People with disabilities receiving services have the same right as other members of Australian society to receive those services in a manner which results in the least restriction of their rights and opportunities.

⁷⁴*Loi prévoyant la prise de décision au nom d'adultes*, *supra*, note 54 par. 66(9).

⁷⁵*Adult Protection Act*, R.S.P.E.I., 1988, c. A-5, par. 3(b).

⁷⁶F. Laseman et C. Chaume, *Familles-providence: la part de l'État. Recherche sur le maintien à domicile*, Montréal, Éditions Saint-Martin, 1989, aux pp. 25-27.

puis aux défenseurs des droits et au gouvernement.⁷⁷

En d'autres termes, selon ce principe, la prestation des services et le travail de protection ne devraient pas être confiés à un seul et même organisme, comme c'est le cas au Nouveau-Brunswick, pour éviter que les services ne deviennent le mécanisme de surveillance et de direction de la vie des bénéficiaires. De plus, contrairement à ce qui se passe dans cette province, des mécanismes d'évaluation des programmes et des services offerts devraient être prévus. Enfin, contrairement aux difficultés que l'on éprouve dans cette province à obtenir des renseignements au sujet de l'évaluation des services, ces derniers devraient être publiés afin de solliciter les commentaires des bénéficiaires.

ii) La substitution de décision

Lorsqu'une personne doit prendre des décisions relatives à la direction de la vie d'une autre, le moins auquel on est en droit de s'attendre est que la décision sera la moins contraignante et la moins différente possible de son style de vie. Les normes déontologiques des travailleurs sociaux et les politiques administratives du ministère de la Santé et des Services communautaires de la province prévoient que les mesures d'intervention protectrice seront le moins contraignantes possible.⁷⁸

Cependant, dans leurs demandes d'ordonnance, les travailleurs sociaux réclament souvent des pouvoirs très vastes qui vont à l'encontre de ce principe. Ainsi, à la demande les autorisant à faire examiner et traiter la personne s'ajoute aussi celle leur permettant non seulement de placer ces personnes, mais aussi de les placer où ils veulent sans tenir compte de leurs vœux. Certains juges refusent de rendre une ordonnance générale de placement, mais un certain nombre accèdent à ces demandes. Conformément au principe de la solution la moins contraignante adoptée par le *Dependant Adult Act* de l'Alberta⁷⁹ et proposée par

⁷⁷*Commonwealth of Australia Gazette*, 9 juin 1987, no. S 118.

3(8) Programs and services should be designed and administered so as to ensure that no single organisation providing services shall exercise control over all or most aspects of the life of a person with disabilities.

(9) Organisations providing services, whether those services are provided specifically to people with disabilities or generally to members of the community, should be accountable to those people with disabilities who use their services, the advocates of such people, the Commonwealth and the community generally for the provision of information from which the quality of their services can be judged.

⁷⁸Voir Association des travailleurs sociaux, *Code de déontologie*, Ottawa, 1983, aux pp. 4-8, et *Normes relatives à la prestation des services de protection des adultes*, Fredericton (N.-B.), Ministère de la Santé et des Services communautaires, 27 juin, 1988, sections 2 et 4.

⁷⁹R.S.A. 1980, c. D-32, art. 10.

le comité consultatif de l'Ontario,⁸⁰ la loi ne devrait pas permettre au juge d'accorder aux travailleurs sociaux des pouvoirs aussi considérables, à moins qu'une demande spécifique à ce sujet ne lui soit faite.

2. Un système de défense des droits des personnes âgées ou handicapées

Un autre principe mis de l'avant par l'Australie prescrit que les personnes incapables ont les mêmes droits que les autres à se plaindre des services qui leur sont offerts. Pour ce faire, le gouvernement australien estime que des services de défense des droits de ces personnes doivent être mis en place.⁸¹ Dans la même veine, le gouvernement fédéral des États-Unis a adopté le *Protection and Advocacy for Mentally Ill Individuals Act*⁸² en 1986. Cette loi a pour but de faciliter la mise en place de système de défense et de protection des droits des personnes incapables.

Enfin, il est intéressant de noter que les deux comités mandatés par le gouvernement ontarien pour étudier le problème de la violence faite aux personnes âgées et de faire des recommandations ont décidé de ne pas recommander de loi visant spécifiquement des mesures d'intervention protectrice pour les personnes vulnérables.⁸³ Un de ces comités a recommandé la mise en place d'un vaste système de protection des droits des personnes vulnérables plutôt qu'un système d'intervention protectrice.⁸⁴ Le législateur ontarien légiféré en ce sens en 1992.⁸⁵

La défense des droits des personnes vulnérables peut prendre la forme d'un régime juridique ou celle d'un régime social. La forme juridique comprend la représentation des intérêts de ces personnes par le biais d'avocats qui utilisent les arguments et les recours juridiques pour faire valoir les droits de leurs clients. L'analyse de dossiers judiciaires du Nouveau-Brunswick a montré l'importance d'une telle représentation, laquelle est souvent prise pour acquis, mais pas toujours mise en pratique.

Les régimes de défense des droits des personnes vulnérables renvoient le plus souvent à des régimes sociaux. Dans ce contexte,

⁸⁰*Supra*, note 61 aux pp. 274-278.

⁸¹*Commonwealth of Australia Gazette*, 9 juin 1987, no. S-118, 2(7) et 3(11)(12)(13).

⁸²Public Law 99-313.

⁸³*You've Got a Friend. A Review of Advocacy in Ontario*, (Toronto: Queen's Printer, 1987) aux pp. 16, 32-38.

⁸⁴*Ibid.*

⁸⁵*Advocacy Act*, 1992, S.O. 1992, c. 32.

l'intervention sociale consiste à parler ou à intercéder avec force et détermination au nom d'autres personnes en utilisant des ressources non juridiques; contrairement à un intervenant juridique, un intervenant social ne recourt pas directement à la procédure judiciaire pour obtenir le résultat désiré.⁸⁶

Cette intervention sociale peut s'exercer sur le plan individuel ou collectif, et elle peut être formelle ou informelle. L'intervention est informelle lorsqu'elle est faite sur une base volontaire et non structurée, comme lorsqu'un parent, un ami ou des bénévoles intercedent en faveur d'une autre personne. L'intervention est formelle lorsqu'elle est faite par un personnel payé et dans le cadre d'un programme gouvernemental ou autre.

D'après le comité ontarien, l'intervention sociale pour la défense de droits s'appuie sur quatre principes. L'intervention doit être axée sur le client, elle doit être, sur les plans administratif et financier, indépendante du système de prestation des services aux personnes, elle doit être accessible et pas nécessairement hostile.⁸⁷

Après une étude des diverses formes d'intervention protectrice des droits en Ontario,⁸⁸ le comité ontarien recommande la mise sur pied d'un modèle d'intervention dont les responsabilités seraient partagées entre le gouvernement, les bénévoles et les groupes communautaires pour ce qui est de fournir les services d'intervention. Une commission des mesures d'intervention serait constituée et un personnel compétent, rémunéré, mais réduit au strict minimum, s'occuperait de recruter et de former des bénévoles, d'aider les groupes à créer des programmes pour fournir des services dans les régions et de recevoir, analyser et résoudre les plaintes ou les problèmes que les bénévoles ne peuvent régler eux-mêmes.⁸⁹

Suivant les recommandations du comité ontarien, l'essentiel du travail d'intervention serait fait par des bénévoles. Ce travail consisterait à visiter régulièrement les adultes vulnérables dans les établissements de santé et les collectivités, à recevoir et à analyser les problèmes ou les plaintes des adultes vulnérables et à chercher des solutions par la consultation et la négociation.⁹⁰

Pour atteindre ces divers objectifs, le comité ontarien recommande l'adoption d'une loi qui exigerait de toute personne ayant connaissance de l'abus ou de la négligence d'un adulte vulnérable d'en informer les autorités compétentes. Le

⁸⁶*Supra*, note 83 à la p. 17.

⁸⁷*Ibid.* aux pp. 18, 43-51.

⁸⁸*Ibid.* aux pp. 58-84.

⁸⁹*Ibid.* aux pp. 22-29, 128-153.

⁹⁰*Ibid.* aux pp. 28-29, 137-141.

comité recommande aussi l'adoption de mesures législatives qui autorisent expressément les intervenants formés et accrédités à avoir accès aux établissements de santé dans lesquels résident des adultes vulnérables, et dans le cas de ceux qui vivent dans les collectivités, à les rencontrer en privé.⁹¹

Des mécanismes de protection des droits proposés par le comité ontarien existent déjà en Ontario depuis 1982 en ce qui a trait à la protection des droits des patients psychiatriques. Les défenseurs des droits de ces derniers sont établis à l'intérieur de l'établissement psychiatrique.⁹² La province du Nouveau-Brunswick prévoit aussi que le gouvernement peut désigner des personnes à titre de défenseurs des malades pour offrir conseil et aide aux personnes qui sont détenues dans un établissement psychiatrique.⁹³

Le modèle proposé par l'Ontario est tout à fait conforme aux principes énoncés par l'Australie. Pour le Nouveau-Brunswick, ce modèle présente beaucoup d'intérêt.⁹⁴ Cependant, pour le mettre en pratique, il faudrait absolument que ce système soit confié à des personnes ou à des groupes autres que les travailleurs sociaux qui offrent les services de protection aux personnes âgées afin d'éviter des conflits d'intérêts. Deuxièmement, il faudrait aussi démanteler le système de protection mis en place par les dispositions relatives à la protection des personnes âgées ou handicapées de la *Loi sur les services à la famille* de la province. Mais, plus difficile encore sans doute, si l'on voulait avoir recours à des bénévoles, il faudrait modifier les dispositions de la *Loi constituant l'association des travailleurs sociaux du Nouveau-Brunswick*,⁹⁵ qui prévoient que seuls des travailleurs sociaux professionnels peuvent faire ce genre de travail.

Le modèle de défense des droits proposé par le comité ontarien pourrait tout aussi bien s'adapter au système du défenseur des droits du citoyen, dont les pouvoirs seraient accrus pour couvrir la défense des droits des personnes âgées ou

⁹¹*Ibid.* aux pp. 23, 30, 135-136, 149-153. Un système semblable mais restreint aux personnes âgées en foyers de soins est aussi recommandé par P.A. Stathopoulos, "Consumer Advocacy and Abuse of Elders in Nursing Homes" dans J.I. Kosberg, ed., *Abuse and Maltreatment of the Elderly*, (Boston: John Wright P.S.B., 1983) aux pp. 335-354.

⁹²*Ibid.* aux pp. 58-60, 145-146.

⁹³*Loi modifiant la Loi sur la santé mentale*, L.N.-B., 1989, c. 23, art. 7.6 et 7.7. Cette loi n'a toutefois pas encore été proclamée.

⁹⁴Un groupe voué à la défense des enfants atteints de handicap intellectuel et de leurs parents a proposé une solution fondée sur ce modèle. Voir K.V. Pike, *Supplemental Discussion Paper on Advocacy*, (Saint John, N.B.: Fundy Regional Council Association for Community Living, 1990). Voir aussi K.V. Pike, "Adult Guardianship in New Brunswick" (1992) 8:1 *Solicitors Journal/Bulletin* des avocats du N.-B. 17-20.

⁹⁵L.N.-B. 1988, c. 78.

handicapées.⁹⁶ Le comité sur les abus exercés à l'endroit des personnes âgées du Québec qui, à l'instar du comité ontarien, a lui aussi refusé l'approche fondée sur l'intervention protectrice et recommandé plutôt que "soit élargi le mandat du Protecteur du citoyen de manière à ce qu'il puisse englober les services socio-sanitaires offerts aux personnes âgées."⁹⁷

V CONCLUSION

L'évaluation des lois néo-brunswickoises relatives à la protection des personnes âgées ou handicapées au regard des problèmes juridiques et sociaux que posent les personnes incapables permet de conclure que des modifications importantes sont nécessaires non seulement aux lois existantes, mais également aux philosophies qui les sous-tendent.

L'évaluation des lois a permis de dégager quatre constatations. Premièrement, les problèmes mentionnés par les travailleurs sociaux ne sont pas les problèmes les plus importants ni les plus fréquents, et même quand ils le sont et que des lois s'y attaquent précisément, les travailleurs sociaux n'ont ni la formation ni les habiletés nécessaires pour les mettre en oeuvre. Deuxièmement, les lois spécifiquement destinées à la protection des personnes âgées ou handicapées sont trop restrictives pour résoudre la plupart des problèmes soulevés par le vieillissement de la population, tels le consentement des personnes capables aux actes médicaux, la protection contre l'exploitation économique, etc. Troisièmement, les pouvoirs accordés aux travailleurs sociaux sont beaucoup trop étendus et leur exercice laisse place à une trop large discrétion et à une absence totale de contrôle de la part des organes comme les tribunaux, les médias et les corps disciplinaires des professions. Quatrièmement, on a pu constater que les diverses lois applicables en la matière ne couvrent pas totalement les problèmes soulevés par les phénomènes sociaux rattachés à la présence d'un grand nombre de personnes âgées ou handicapées.

Par ailleurs, des modifications importantes doivent être apportées aux lois étudiées. Tout d'abord, il y aurait lieu de définir de façon plus précise plus les droits de ces groupes de personnes. Plus particulièrement, l'énoncé de principe clair et précis selon lequel ces personnes ont le droit de bénéficier de services sociaux pour assurer leur pleine autonomie est un aspect important. Mais un tel énoncé ne suffit pas puisqu'il existe déjà dans la *Loi sur les services à la famille*.⁹⁸

⁹⁶ *Supra*, note 90 aux pp. 86-95, 122-123.

⁹⁷ *Vieillir ... en toute liberté*, rapport du comité sur les abus exercés à l'endroit des personnes âgées, Québec, ministère de la Santé et des Services sociaux, 1989, à la p. 98.

⁹⁸ L.N.-B. 1990, c. F-2.2, préambule.

Il faudrait aussi que la loi spécifie que la prestation des services doit être confié à un organisme distinct de celui qui est chargé des interventions protectrices. Enfin, contrairement à la loi actuelle, il faudrait spécifier que la défense des droits de ces personnes doit être assurée par un organisme et des personnes autres que ceux qui offrent les services et assurent la protection.

Compte tenu des difficultés que comporte la mise en oeuvre de la *Loi sur les services à la famille* et compte tenu de son inefficacité comparée à la *Loi sur la santé mentale* lorsqu'il s'agit de forcer une personne à se faire examiner ou soigner, il serait sans doute préférable d'abroger les dispositions relatives à la protection des personnes âgées ou handicapées. Il y aurait toutefois lieu de conserver les dispositions encourageant les professionnels qui soupçonnent qu'une personne est maltraitée ou négligée à le rapporter. Il serait aussi préférable de mettre en place un système de médiation et de négociation par le biais d'un organisme de défense des droits de ces personnes. Cet organisme pourrait être le bureau de l'Ombudsman élargi ou celui de la Commission des droits de la personne élargi, ou encore un organisme semblable à celui décrit par le comité ontarien.

Une loi reconnaissant les procurations autorisant le mandataire à prendre des décisions de nature personnelle à la place du mandant devenu incapable devrait aussi être adoptée par la province. Des mesures de surveillance, comme le dépôt de la procuration au greffe du tribunal, devraient assurer la protection des mandants.

Enfin, la *Loi sur les personnes déficientes* de la province devrait être modifiée pour permettre de nommer un conseiller aux personnes qui ne peuvent prendre seules, à cause d'une incapacité intellectuelle, des décisions relatives à leurs soins personnels.

Annexe I

**RÉPARTITION DES CAS RECUEILLIS AUPRÈS DE PERSONNES
ÂGÉES SELON DIVERSES CATÉGORIES**

Type de problème	nombre de cas	% de l'ensemble
Exploitation économique de nature civile mettant en cause un transfert de propriété	18	28,1 %
Exploitation économique des siognants par les vieux mettant en cause une promesse de transfert	8	12,5 %
Exploitation économique de nature criminelle mettant en cause un transfert de propriété	5	7,8 %
Vol d'argent ou de biens	6	9,4 %
Consommateur	1	1,5 %
Mauvais traitement dans un foyer de soins	9	14,1 %
Mauvais traitement dans son domicile	6	9,4 %
Auto-négligence	5	7,8 %
Problèmes de succession	4	6,3 %
Discrimination	2	3,1 %
Total	64	100 %