

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

Emmanuelle Bernheim

Volume 40, numéro 1-2, 2009–2010

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1107372ar>

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

[Aller au sommaire du numéro](#)

## Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

## ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

## Citer cet article

Bernheim, E. (2009). UNE TENSION NORMATIVE IRRÉCONCILIABLE. LES DISCOURS PSYCHIATRIQUE ET JURIDIQUE SUR LE RISQUE PSYCHIATRIQUE. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 40(1-2), 31–63. <https://doi.org/10.17118/11143/10374>

## Résumé de l'article

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 immanquablement 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.

## 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 led 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**

<b>Introduction : mise en contexte</b> .....		33
<b>I. DOCTRINE DU RISQUE PSYCHIATRIQUE ET DISCOURS EXPERT</b> .....		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
<b>II. DISCOURS PSYCHIATRIQUE ET JURIDIQUE : UNE TENSION NORMATIVE IRRÉCONCILIABLE</b> .....		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
<b>Conclusion : Vers une société de la norme?</b> .....		61

## **Introduction : mise en contexte**

En France, après la Révolution<sup>1</sup>, 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 »<sup>2</sup>. Pourtant, les lieux de leur enfermement ne changeront pas<sup>3</sup> : 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 »<sup>4</sup>. C'était d'ailleurs ce que réclamait déjà Cabanis<sup>5</sup> 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 »<sup>6</sup>. Pour lui, les médecins étaient « les seuls juges compétents »<sup>7</sup>. 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 expert<sup>8</sup>.

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 »<sup>9</sup>. Simultanément, le fou n'apparaîtra plus seulement comme bizarre ou original<sup>10</sup>, mais comme carrément dangereux<sup>11</sup>. 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 »<sup>12</sup>. 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 folie<sup>13</sup>.

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 publique<sup>14</sup>. En même temps, par l'actualisation d'un statut d'expert<sup>15</sup>, 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 médico-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 »<sup>16</sup> et ainsi contribuer à la reconnaissance de la discipline psychiatrique en tant que spécialité médicale au même titre que les autres<sup>17</sup>. 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*<sup>18</sup>, les *Pactes relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels*<sup>19</sup>, puis les *Chartes*<sup>20</sup> et finalement le *Code civil*<sup>21</sup> 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<sup>e</sup> 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 »<sup>22</sup>. 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 irresponsabilité<sup>23</sup>. La psychiatrie hospitalière prit en charge ainsi un éventail de situations qui relevaient traditionnellement de l'institution pénale<sup>24</sup>. En même temps, Quéstel 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<sup>e</sup> République<sup>25</sup>. 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 Quéstel, « 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. Quéstel, *supra* note 23 à la p. 74.

continuent de parler de *danger*<sup>26</sup>, un glissement conceptuel a graduellement amené les pratiques vers une politique de gestion du risque<sup>27</sup>.

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 »<sup>28</sup>. 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 »<sup>29</sup> : 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'asile<sup>30</sup>. 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_1024_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 indésirables<sup>31</sup>.

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 »<sup>32</sup>. Afin d'étayer son propos, Esquirol accompagna son analyse d'une litanie de faits divers tous plus macabres les uns que les autres<sup>33</sup>. 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 décennies<sup>34</sup>. 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*<sup>35</sup>. Nous serions dans une société « postconfiance », où le risque est intrinsèque au processus décisionnel et régulateur<sup>36</sup>.

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 social<sup>37</sup>. 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'être<sup>38</sup>.

---

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 »<sup>39</sup>. 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 mal<sup>40</sup>.

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'expertise<sup>41</sup>.

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 »<sup>42</sup>; 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 cliniques<sup>43</sup>. 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 avis<sup>44</sup>. Il est censé n'être qu'un auxiliaire à la décision<sup>45</sup>. 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 »<sup>46</sup>. 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 profane<sup>47</sup>. 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 filtre<sup>48</sup>. 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 [...]<sup>49</sup>.

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 »<sup>50</sup>. 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 sanitarisation<sup>51</sup>.

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 raffiner<sup>52</sup>. 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 »)<sup>53</sup> – 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 gouvernement<sup>54</sup> – permis une diffusion structurelle du discours psychiatrique<sup>55</sup>. Cette diffusion, interprétée à la lumière de l'analyse de Fassin de ce qu'il appelle la « médicalisation »<sup>56</sup>, permet d'émettre l'hypothèse d'une *psychiatisation* 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 arbitraire<sup>57</sup> – 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

scientifique<sup>58</sup> – 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 »<sup>59</sup>. De ce fait, la classification permet la pathologisation systématique de problématiques sociales<sup>60</sup>. Les comportements futurs pourraient même, jusqu'à un certain point, être déduits du diagnostic lui-même<sup>61</sup>. 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 négatif<sup>62</sup>. 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 stigmaté<sup>63</sup>.

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 vie<sup>64</sup>, 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 norme<sup>65</sup>. 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 recherchée<sup>66</sup>. 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 morale<sup>67</sup>. 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 norme<sup>68</sup>, 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 IRRÉCONCILIALE**

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*<sup>69</sup> (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 garde<sup>70</sup>. 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'internement<sup>71</sup>. 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 »<sup>72</sup>.

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 1998<sup>73</sup>? 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 risque<sup>74</sup>. 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 inadéquat<sup>75</sup>. 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 traitement<sup>76</sup> – 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.

établissement<sup>77</sup>. 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 »<sup>78</sup>. 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 établissement<sup>79</sup>.

- 
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, nouvelle réalités : l'étude des décisions de révision de cure fermée de la Commission des affaires sociales » dans Henri Drovil 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 terme<sup>80</sup>, d'autres se contentant d'une dangerosité à moyen terme<sup>81</sup>. 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 élevée<sup>82</sup>. Cependant, hormis l'évaluation de l'expert, comment juger de cette intensité<sup>83</sup>? 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'espèce<sup>84</sup>.

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 psychiatriques<sup>85</sup>, l'incohérence et le conflit avec les proches constituant les principales raisons de ces requêtes<sup>86</sup>. Dans ce cadre, la *LPEM* 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 »<sup>87</sup>. 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 faites<sup>88</sup>.

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 non<sup>89</sup>.

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 juridiques<sup>90</sup>, notamment en matière de droits fondamentaux, ce qui a comme résultat une atteinte directe à ces droits<sup>91</sup>. 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 défendeurs<sup>92</sup>, 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 psychiatrique<sup>93</sup>. 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 égalité<sup>94</sup>. Comment préserver la cohérence interne du discours juridique alors qu'à la fois le processus d'objectivation à l'origine des dispositions<sup>95</sup> 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 »<sup>96</sup>. 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 décision<sup>97</sup>. 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 psychiatre<sup>98</sup>. 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 rôle<sup>99</sup>. Cette situation entache gravement la crédibilité du système aux yeux de ses propres participants<sup>100</sup>. 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 réappropriier 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'inverse<sup>101</sup>?

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-là<sup>102</sup>.

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

complexes<sup>103</sup>. 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 »<sup>104</sup>. Partant, la société postmoderne ne présentant plus la logique hiérarchique qu'elle présentait à l'époque du développement des théories sur le contrôle social<sup>105</sup>, les individus constitueraient aujourd'hui autant de relais normatifs<sup>106</sup>.

- 
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 psychiatrisation 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 »<sup>107</sup>, 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 »<sup>108</sup> 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 norme<sup>109</sup>.

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 humains<sup>110</sup> – 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 société<sup>111</sup>. 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 »<sup>112</sup>. 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 souveraineté<sup>113</sup>.

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 effectives<sup>114</sup>. 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 »<sup>115</sup>. 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.