
Le droit et la psychiatrie dans leur problématique commune

David N. Weisstub*

L'influence de la psychiatrie sur les institutions semble avoir connu un certain déclin dans plusieurs pays. Le contrôle social qu'elle véhicule et sa contribution au processus judiciaire font l'objet de vives critiques. Une étude historique du mouvement des droits civils et de l'évolution de la psychiatrie depuis le milieu du siècle conduit l'auteur à s'interroger sur cette méfiance généralisée à l'encontre de la psychiatrie et sur les critères de la discrétion qui préside à son intervention dans le processus judiciaire. Il constate que, malgré les critiques précises des juristes quant au rôle des psychiatres, l'intervention de ces derniers s'est accrue au cours des années. Il soutient que la fonction du droit relativement aux sanctions a été dans une certaine mesure, transférée à la psychiatrie. Il remarque que les relations entre le client et le professionnel se profilent plus à l'image du modèle « paternaliste », par opposition au modèle « contractuel ». L'auteur juge les deux modèles insatisfaisants et propose une théorie du professionnalisme. Après avoir retracé les éléments communs au droit et à la psychiatrie, il soutient que les critiques formulées à l'encontre de la psychiatrie sont beaucoup plus fondamentales qu'à l'égard du droit, et qu'elles sont exagérées. Il conclut que les deux systèmes doivent préserver leur mandat humanitaire.

The institutional influence of psychiatry would appear to be on the wane in many parts of the world. There has been much criticism of psychiatry's contribution to the judicial system, and its tendency to promote social control. A study of the history of the civil liberties movement, and of the development of psychiatry since mid-century, leads the author to reflect upon the general distrust of psychiatry and upon the criteria which the judiciary has used in permitting the discipline's intervention in the judicial process. He notes that despite specific criticisms by courts of the role of psychiatrists, their role has expanded over the years. The author argues that psychiatry has been given some of the law's traditional role of imposing sanctions. He contends, further, that client-professional relations in both law and psychiatry have increasingly followed a "paternalistic" model, as opposed to a "contractual" one. The author argues that both models are unsatisfactory and proposes a new "theory of professionalism". Having outlined the elements common to both legal and psychiatric systems, he argues that while criticism directed at psychiatry, is more fundamental than that to which the law has been subjected, it remains exaggerated. In conclusion, the author urges that both systems preserve their humanitarian mandate.

*Professeur de droit à Osgoode Hall Law School, York University, Toronto, et professeur titulaire de recherche au département de psychiatrie de l'Université de Montréal. Je tiens à remercier Monsieur le professeur Jean-Louis Baudouin de l'Université de Montréal pour ses commentaires. Je remercie également mon assistante de recherche, Nicole-Marie Fernbach, pour son aide soutenue.

Sommaire

Introduction

I. La crise de confiance

II. Du paternalisme au « contractualisme » : pour la défense des droits civils

III. La problématique politique commuée à la psychiatrie et au droit

IV. Réflexions sur les relations théoriques entre le droit et la psychiatrie

Conclusion

* * *

Between the idea
And the reality
[. . .]
Falls the Shadow.¹
— T.S. Eliot

Il y a ce que l'on sait
[. . .] [et] ce que l'on ignore.
Entre les deux, il y a
ce que l'on suppose.²
— André Gide

Depuis la Deuxième Guerre mondiale, dans les démocraties libérales de l'Occident, les modèles de partage du pouvoir ont subi une série de transformations complexes. Parallèlement à la poussée de l'élitisme professionnel, imputable à l'accumulation de pouvoir dérivé de la technologie, un mouvement concurrent est apparu et a commencé à ôter systématiquement toute légitimité à l'élitisme et à la centralisation étatique. Au cours de cette période d'enrichissement matériel et de diffusion du pouvoir, de nouveaux types de relations humaines se sont dessinés, traduisant des perspectives très diversifiées de ce qui constitue le pouvoir effectif.

¹« The Hollow Men » dans T.S. Eliot, *Collected Poems (1909-35)* (1936).

²*Journal, 1889-1939* (1939) novembre 1924.

La libération politique et sociale de l'après-guerre s'est accompagnée d'un engagement net dans la voie du progrès technologique. Deux courants contradictoires ont alors marqué l'évolution de la société. Cette contradiction était d'ailleurs destinée à se perpétuer et opposait, d'un côté, le mouvement vers l'émancipation de l'individu et, de l'autre, la tendance de plus en plus marquée de l'intervention étatique dans la vie des citoyens pour faire appliquer des lois et des règlements.

Le trait le plus caractéristique de nos sociétés occidentales contemporaines, parfois décrites comme des sociétés post-industrielles, est le malaise qui s'instaure entre l'État et l'individu, comme si le concept même de collectivité ou de communauté d'intérêts était devenu désuet. La psychiatrie, symbole philosophique de l'individualisme du vingtième siècle, ne saurait avoir un rôle neutre dans ce drame politique.³ Elle prend parti, d'emblée, en faveur de l'appareil juridique de l'État, dès lors qu'elle traite de déviance sociale et, sous couvert d'une neutralité officielle,⁴ dès qu'elle cherche à cerner les limites de la responsabilité de l'individu. D'après Halleck, les psychiatres auraient malheureusement tendance à croire que les actes médicaux destinés à changer le *statu quo* sont de nature politique, alors que les actes destinés à le consolider seraient des actes neutres. Ce type de raisonnement serait, selon lui, dépourvu de logique vu que le psychiatre accomplit un acte politique, qu'il le veuille ou non lorsqu'il renforce la position des gouvernants. Par conséquent, la recherche par le psychiatre de toute

³Voir R. Leifer, « The Medical Model as Ideology » (1970) 9 Int'l J. Psychiatry 13 à la p. 20 : The state is the repository of modern social power. To understand psychiatry, it is necessary to recognize the close financial and administrative ties between psychiatric hospitals, clinics and the academic departments and government agencies [. . .]. Most psychiatric research has the ultimate aim of developing methods of controlling others, rather than methods of self control. This is a result of the alliance between science and the state. Research devoted to understanding human nature — so that the individual can learn to control himself — is conducted primarily by persons not associated with the state, for example, certain private psychotherapists, writers, and religious orders.

⁴À cet égard, la Déclaration de Hawaï faite par l'Association mondiale de psychiatrie, en octobre 1977, renferme à l'article 1, le principe de la suprématie de l'individu : « Le but de la psychiatrie est de contribuer à la santé, à l'autonomie personnelle et au développement de l'individu » et donne comme objectifs de la thérapie, à l'article 2, « la dignité et la liberté à laquelle ont droit tous les êtres humains » ; le reste de l'article 1 est cependant troublant : « le psychiatre doit servir au mieux les intérêts du patient, et aussi prendre en considération le bien commun et une distribution juste des ressources de santé » ; or, l'intérêt du patient (*best interest*) ne rejoint pas nécessairement l'intérêt collectif ni le bien commun. Voir G. Daumézon, « Pour introduire la réflexion » dans G. Maruani, éd., *Psychiatrie et éthique : le psychiatre face au malade, à la société et à lui-même* (1979) 1 à la p. 18, où l'auteur s'oppose à cette déclaration : « [n]ous ne sommes médecins que si notre seul souci est thérapeutique, s'il exclut le moindre danger pour quiconque : le médecin ne peut sacrifier personne à une 'majorité' si écrasante qu'elle soit, encore moins à un intérêt supérieur. »

neutralité politique constitue une démarche illusoire.⁵ La psychiatrie est devenue, à notre époque, un instrument indispensable à l'autorité de l'État et l'évolution de ses pratiques en a fait un agent de contrôle social qui trouve son partenaire le plus proche dans le système juridique même.

Dans cette dernière partie du vingtième siècle, à une époque où les individus assistent à une transformation rapide de leur système de valeurs, une sensibilité « orwellienne » se manifeste de plus en plus du fait que plus personne ne sait précisément d'où émanent les valeurs et les obligations sociales qui fondent la norme juridique. Les citoyens ressentent d'autant plus ce malaise que la source du pouvoir est enveloppée de mystère. Au fond, la diffusion du pouvoir réel provoquée par le mouvement démocratique nous a non seulement laissé une impression de vide, mais encore nous a rendu incapables de définir la source du véritable pouvoir. On dit souvent que la plus grande crainte des hommes est la crainte de l'inconnu. C'est sans doute la meilleure façon d'expliquer le déséquilibre social qui a caractérisé les dernières décennies.

À une période où les normes juridiques ont été remplacées par une multitude de règles destinées à augmenter l'efficacité administrative, la technologie même, qui constitue un instrument scientifique hermétique, a commencé à influencer sur le droit et sur son application. Elle revêt donc, dans son ensemble, un pouvoir beaucoup plus grand que ne lui en donneraient ses simples éléments individuels. L'angoisse qui semble étreindre la société à certains moments peut s'expliquer par le désarroi des individus qui se demandent qui les contrôle dans leurs actes quotidiens. Même si la technologie a été bien acceptée dans l'ensemble, les individus, malgré tout, redoutent certaines de ses manifestations subtiles et occultes comme, par exemple, la publicité subliminale. Ils craignent que le pouvoir ne demeure, en somme, entre les mains de ceux qui peuvent pratiquer l'hypnose sur les masses et que la force de ces nouveaux maîtres ne soit supérieure à celle des idéologies et systèmes de croyance traditionnels qualifiés d'opium du peuple. Dans ce contexte, les psychiatres apparaissent comme des « techniciens de l'âme » appelés à renforcer les pouvoirs d'un État technocratique et cherchant à programmer l'individu.

Pourtant, la psychiatrie est issue, à l'origine, d'une célébration de l'individualisme. Elle est, en quelque sorte, une enfant des temps modernes, issue du rejet des forces répressives imposées par des institutions comme la famille. En tant que science créée par la culture bourgeoise, elle a produit le mythe de la libération individuelle : l'homme pouvait enfin rompre avec

⁵S. Halleck, *The Politics of Therapy* (1971) à la p. 36.

l'histoire, la famille et les fantômes du passé,⁶ grâce à l'affirmation sans restriction de son individualisme et de sa liberté à travers des cycles ininterrompus d'amélioration et de libération.⁷ L'homme se libérait grâce à la technique, et grâce à la psychiatrie.

La psychiatrie a produit une philosophie et une rhétorique de l'épanouissement individuel incarnant l'humanisme libéral plus que toute autre valeur actuelle. Elle offre, cependant, deux possibilités : l'une, manifeste, qui est d'accroître les facultés de rejet de toute manipulation extérieure et l'autre, plus sournoise, qui est de manipuler les personnes les moins averties et les plus vulnérables. D'une manière qui n'est pas étrangère à la technologie et en tant que science conçue pour les besoins de l'époque moderne, elle exerce, dans l'imagination du public, une fascination pour son potentiel d'agent libérateur, alliée à une profonde angoisse devant l'intensité de ses pouvoirs d'assimilation et de destruction des êtres. Tout comme la technologie, elle peut aussi bien libérer qu'asservir.

Toute analyse des relations entre la psychiatrie et le pouvoir et de son interaction avec le système juridique, qui est le principal gardien institutionnel des valeurs humanistes, oblige à définir la nature intrinsèque de cette discipline. Comment justifier son autorité afin d'établir la légitimité de son pouvoir ? La psychiatrie, à la différence d'autres branches de la médecine, est directement axée sur le contrôle social et partage, à cet égard, de nombreux intérêts avec le système juridique. Il devient, par conséquent, nécessaire d'analyser les paramètres de ces relations au sein du contexte plus vaste des cultures juridiques et politiques où elle s'intègre.

La psychiatrie, replacée dans un contexte historique et considérée comme constituant une manière d'humanisme, devient alors, et la chose est étonnante, plus que toute autre branche de la médecine contemporaine, assimilée à un abus de pouvoir. Pourtant, dans l'ensemble, l'intervention psychiatrique paraît beaucoup moins spectaculaire et moins dangereuse que la plupart des autres formes de thérapies. D'ailleurs, les techniques psychiatriques qui semblent irréversibles, notamment les puissantes drogues psychotropes, les cas extrêmes de modification du comportement et la psychochirurgie se situent en dehors du principal courant de la psychiatrie et sont davantage associés à la médecine, à la chirurgie ou à la pharmacologie traditionnelle. Pourquoi donc le public a-t-il été conduit à considérer la psychiatrie dans

⁶D'après la philosophie psychanalytique, l'homme est un être déterminé par son passé, mais il peut s'en affranchir s'il le découvre, le comprend et l'assimile. En comprenant son passé, il se libère pour l'avenir. Pour ce faire, il doit intégrer son passé et non pas lutter contre lui.

⁷Le grand mérite de Freud est d'avoir jeté les bases d'une thérapeutique cherchant à augmenter les choix du patient, donc sa liberté et sa responsabilité. La psychiatrie se veut une science libératrice qui opère à partir d'un concept juridique fondamental, le postulat de l'autonomie de la volonté.

son ensemble comme une forme d'usurpation du pouvoir politique et de la légalité ?

Les attaques proviennent, bien sûr, de certains polémistes vociférants qui animent ce mouvement appelé l'« antipsychiatrie ». Pour eux, la psychiatrie est une imposture. Elle dissimule ses fondements essentiellement moralisateurs tout en faisant croire à l'existence d'une base scientifique. Selon eux, la psychiatrie opère à l'intérieur d'un royaume d'abstraction indéfinissable qui est la maladie mentale et qui ressemble donc beaucoup plus au monde des sorcières de Salem⁸ qu'à celui des sciences biologiques. Il est intéressant de voir que l'antipsychiatrie a fait de nombreux adeptes parmi l'*Establishment*, les « vrais » docteurs en médecine, les avocats et les juges. La communauté antipsychiatrique est souvent convaincue de l'existence d'une alliance entre la psychiatrie et les structures réactionnaires du pouvoir politique, et elle souhaite faire de cette profession le symbole de la bureaucratie et de la domination sociale. Les antipsychiatres sont donc maintenant assez nombreux pour exciter l'imagination du public. Certains articles de revues et de journaux récents dans les pays industrialisés témoignent non seulement de l'insatisfaction des malades mentaux et des critiques marginaux, mais aussi de la préoccupation croissante à l'égard du rôle de la psychiatrie au sein de la société, en particulier de son rôle dans l'imposition de sanctions perçues comme ressortissant normalement au système juridique.

On accuse la psychiatrie d'abus de confiance, comme si elle outrepassait les limites de son mandat. Or, le système pénal lui-même doit faire face à ses incohérences internes lorsque des psychiatres sont appelés à déjudicialiser. En retirant les malades mentaux du système carcéral et en trouvant des justifications à leurs actes criminels, les psychiatres détournent en quelque sorte les délinquants et sont alors accusés de mauvaise application du droit, parce que l'on suppose, par définition, que les intérêts du droit et ceux de la psychiatrie ne peuvent que converger. Les avocats, quant à eux, sont prêts à condamner les psychiatres pour usurpation de responsabilités traditionnellement réservées aux hommes de loi. Les psychiatres sont alors priés de se retrancher dans une conception purement médicale de leur rôle ou de faire amende honorable puisqu'ils ont causé des remous dans ce qui était, autrement, une bonne administration de la justice.⁹ Aussi, comme les avocats, les psychiatres doivent alors justifier leur rôle dans leur participation au système juridique et préciser leur mandat.

⁸Dans F. Torrey, *The Death of Psychiatry* (1974), l'auteur explique quels médecins avaient participé aux procès lancés contre les sorcières de Salem en apportant leur appui à de fausses théories par des preuves dénuées de tout fondement scientifique. Sur le rôle des médecins dans les procès de sorcellerie, voir J.C. Baroja, *The World of Witches* (1964).

⁹D.N. Weissstub, « The Theoretical Relationship Between Law and Psychiatry » (1978) 1 *Int'l J.L. & Psychiatry* 19.

I. La crise de confiance

Les historiens de différents pays (Rothman aux États-Unis,¹⁰ Foucault et Castel en France¹¹ et Basaglia en Italie¹²) ont tous sévèrement critiqué l'évolution de la tyrannie psychiatrique. Selon eux, la psychiatrie a fait, de façon très discrète, une sorte de marché avec le système pénal en s'appropriant la juridiction des malades mentaux. Les nouveaux pauvres, ces aliénés

¹⁰Les transformations sociales qui ont accompagné l'implantation de la société industrielle ont provoqué la ségrégation des aliénés dans le cadre d'un vaste mouvement de contrôle des marginaux. Dans la nouvelle république américaine, la construction extensive d'asiles n'avait pas un objectif d'ordre médical. On voulait en faire des lieux de traitement moral, à l'abri de la société corruptrice. Pour mieux guérir le malade mental, on l'éloignait de sa famille et de la communauté afin de lui donner régénérescence dans un cadre plus propice. L'évolution historique de l'asile aux États-Unis a fait l'objet de nombreux ouvrages dont D. Rothman, *Discovery of the Asylum : Social Order and Disorder in the New Republic* (1971), selon lequel, à l'origine, l'asile n'avait pas un objectif répressif, mais il aurait petit à petit dégénéré pour devenir une institution de détention. Andrew T. Scull a aussi étudié l'évolution de l'asile en Angleterre et aux États-Unis ; il critique Rothman :

Like the sociological tradition upon which they draw, the work of men like Szasz and Rothman portrays those consigned to asylums as caught up in some arbitrary scapegoating process [. . .]. It romanticizes those incarcerated as crazy, and plays down the degree to which their behaviour was (and is) genuinely problematic.

A.T. Scull, *Museums of Madness : The Social Organization of Insanity in Nineteenth Century England* (1956) à la p. 256. Voir aussi, A.T. Scull, *Madhouses, Mad-Doctors and Madmen : The Social History of Psychiatry in the Victorian Era* (1981). Pour une autre critique de Rothman, voir G.N. Grob, Book Review (1972) 87 Pol. Sci. Q. 325 et G.N. Grob, *Mental Institutions in America : Social Policy to 1875* (1973). Voir aussi à propos de l'asile et de l'influence qu'il aurait sur le comportement de l'aliéné, E. Goffman, *Asylums : Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates* (1961).

¹¹La critique historique et conceptuelle de l'institution asilaire en France a surtout été faite par M. Foucault et, aussi, par R. Castel. Selon eux, l'asile est le produit d'une pratique ségrégative qui s'est exercée à l'encontre des aliénés à partir du dix-septième siècle et a marqué le début d'une répression politique et sociale. L'oeuvre de M. Foucault a marqué une étape importante dans les contestations philosophique et politique de la psychiatrie. Par une analyse historique de la folie au dix-septième siècle, dans M. Foucault, *Folie et déraison : histoire de la folie à l'âge classique* (1961), l'auteur expose le processus de marginalisation et de répression des aliénés dans la société de l'époque, processus qui, selon Foucault, se perpétue dans toutes les institutions de ségrégation sociale. Cet ouvrage, qui fut suivi de nombreuses publications notamment de M. Foucault, *Naissance de la clinique : une archéologie du regard médical* (1963), et de M. Foucault, *Surveiller et punir : naissance de la prison* (1975), portait des ferments d'une critique sociale plus globale. Voir aussi M. Gauchet & G. Swain, *La pratique de l'esprit humain* (1980). Déjà, en 1960, une réforme législative avait transformé les institutions de santé mentale en France, mais de façon trop rigide selon les critiques. L'instauration de la « politique de secteur » en psychiatrie s'était faite d'après le modèle de gestion des malades mentaux dans le treizième arrondissement à Paris, c'est-à-dire par l'éclatement de l'asile traditionnel avec possibilités de soins en dispensaire, en foyer ou à domicile. Sur la création d'hôpitaux de jour avec une étude comparative de différents pays, voir G. Bleanon & M. Despinoy, *Hôpitaux de jour et psychiatrie dans la communauté* (1974). Mais pour les réformateurs des années soixante-dix en France, les paradoxes étaient flagrants. Voir aussi le numéro spécial « Histoire de la psychiatrie de secteur » [1975] Recherches No 1. En réalité, grâce à l'éclatement de la

« sans feu ni lieu », sont maintenant confiés aux psychiatres qui sont chargés de tranquilliser les asociaux et de les adapter aux économies libérales des pays industrialisés capitalistes. On soutient, au nom d'une nouvelle morale chrétienne, que les psychiatres ont accompli les basses oeuvres des gouvernements dont le but est d'enrégimenter dans les ateliers d'État ceux qui réduisent la capacité de production de la société, notamment celle de la

forme traditionnelle de ségrégation, le psychiatre aurait un pouvoir encore accru car il pénétrerait alors dans toutes les institutions par la ramification de l'appareil de soins ; c'est ce que Castel dénonce dans son analyse politique de l'asile : R. Castel, *L'ordre psychiatrique : L'âge d'or de l'aliénisme* (1976). Il exprime sa méfiance à l'égard de tout effort de désinstitutionnalisation et analyse le processus américain pour prévoir l'évolution institutionnelle en France. Également, R. Castel & A. Lovell, *La société psychiatrique avancée* (1979). Dans S. Turkle, *Psychoanalytic Politics : Freud's French Revolution* (1978), l'auteur se livre à une analyse de l'originalité du mouvement français de contestation de la psychiatrie (et surtout de la psychanalyse freudienne). Pour des ouvrages polémiques, voir la collection « Textes à l'appui » ou « Le Champ freudien ». Pour une étude sociologique globale, voir M. Jaeger, *Le désordre psychiatrique : des politiques de la santé mentale en France* (1981). Pour une étude de la législation, voir C. Gefroy, *La condition civile du malade mental* (1974) et F. Guilbert, *Liberté individuelle et hospitalisation des malades mentaux* (1974). Pour le point de vue médical, voir H. Ey, *Défense et illustration de la psychiatrie : la réalité de la maladie mentale* (1978).

¹²En Italie, le débat socio-politique sur la psychiatrie s'est très vite politisé, beaucoup plus que dans les autres pays européens, vers la fin des années soixante. Non seulement on s'attaque à la psychiatrie, mais encore à toute la structure sociale remise en cause par les militants de gauche. Franco Basaglia, psychiatre à Gorizia à l'époque de la contestation, devient le chef de file d'un mouvement de réforme anti-institutionnelle qui insiste sur le retour du malade au sein de la communauté, c'est-à-dire la fin de son isolement asilaire. Voir F. Basaglia, *Instituzione negata* (1968), également reproduit sous *L'Institution en négation : rapport sur l'hôpital psychiatrique de Gorizia*, trad. par L. Bonalumi (1970). La contestation sociale de 1968 amène l'occupation des usines et des universités mais aussi des établissements psychiatriques où se tiennent alors des assemblées de patients qui discutent des conditions de vie et de traitement. En 1974 naît le mouvement pour la psychiatrie démocratique qui vise à réformer la législation sur la santé mentale en abolissant la sélection et l'isolement imposés par les autorités dans l'enseignement et dans les institutions d'aide sociale. Il se différencie des mouvements français ou britanniques par son aspect radical. Pour des commentaires sympathiques à la cause, voir A. Lovell, « Breaking the Circuit of Control » (1977) 6 *State & Mind* 7 à la p. 9. En 1971, année de la publication de F. Basaglia *et al.*, *La nave che affonda* (1978), l'Italie connaît la réforme législative la plus progressiste du monde : on abolit les asiles pour les remplacer par des services dans la communauté. Basaglia et ses collègues opposés à l'internement des aliénés sont appuyés par une alliance entre les professionnels démocratiques de la santé mentale, les politiciens, des organisations syndicales et des citoyens. La gauche italienne voit une solution dans la psychiatrie radicale. Elle déplore que les forces conservatrices et scientifiques tendent à maintenir la logique de l'asile et à remplacer les hôpitaux psychiatriques par d'autres institutions qui continuent à pratiquer la ségrégation des malades. D'après l'antipsychiatrie italienne, il n'est possible d'aider le malade mental avec des services psychiatriques communautaires que si la thérapie n'est ni imposée d'en haut ni de l'extérieur ; il doit s'établir une relation personnelle pour transformer la condition du malade. Voir P. Crepet & G. De Plato, « Psychiatry Without Asylums: Origins and Prospects in Italy » (1983) *Int'l J. Health Services* 119. P. Tranchina, *Norma e anti-norma* (1979) ; S. Piro, « Psichiatria democratica : crisi e ricerca di identità » dans A. Pirella & P. Tranchina, éd., *Convengno nazionale fogli di informazione di psichiatria democratica* (1982) aux pp. 75-6 ; L.R. Mosher analyse le mouvement italien dans

cellule familiale, afin de permettre l'accumulation de profits dans l'intérêt du capital monopolistique. Ces critiques ont été bien reçues par les marxistes qui voient dans la psychothérapie, au mieux, une servante des névroses bourgeoises et, au pire, une manipulatrice corrompue et un agent d'agression contre les classes défavorisées. D'autres ont dénoncé l'application, beaucoup trop fréquente, de certains diagnostics comme la schizophrénie, et de traitements sélectifs, aux minorités raciales, aux familles nombreuses et aux pauvres.¹³ Dans le contexte de ces dissections socio-historiques, on a même prétendu que la société était plus humaine et plus honnête avant l'avènement de la psychiatrie. Sans elle, il y aurait un retour à l'« état de nature » ou du moins à un état de clarté mentale perdu depuis plus de cent ans. Pour certains observateurs, cette critique historique comporte des éléments valables, mais ils rejettent les panacées implicites qu'elle suggère.¹⁴ Quelle que soit la position prise, cependant, il est de plus en plus admis que la psychiatrie a effectivement participé à une conspiration historique.

Les fonctionnaires et les technocrates se sont unis aux dissidents. Pour eux, la psychiatrie ne donne pas les résultats escomptés. Au cours des dix dernières années, du fait de la hausse des coûts de la santé¹⁵ et de l'importance de plus en plus grande que prenaient les hôpitaux psychiatriques, les

« Radical Deinstitutionalization: The Italian Experience » (1983) 11 Int'l J. Mental Health 129. On peut dire que dans l'ensemble, la gauche italienne a fourni une analyse valable de l'évolution de la psychiatrie dans les pays industrialisés mais, même si elle a pu mettre certaines causes du malaise en évidence, elle a cependant des difficultés à produire une solution de rechange. G. Jarvis, *Psychiatrie et lutte de classes* (1970); V. Accattatis, *Instituzioni e lotte di classe* (1976). Pour une évaluation américaine, voir L.R. Mosher, « Italy's Revolutionary Mental Health Law: An Assessment » (1982) 139 Am. J. Psychiatry 199.

Le mouvement de contestation politique de la psychiatrie s'est aussi manifesté en Allemagne: K. Doerner, *Madmen and the Bourgeoisie: A Social History of Insanity and Psychiatry* (1981). À propos de l'affaire Heidelberg où l'expérience révolutionnaire de création d'un collectif de patients a donné lieu à un procès, voir *Psychiatrie politique: l'affaire de Heidelberg (s.p.k.)* (1972).

¹³La recherche sociologique a mis en évidence la relation entre le statut socio-économique et la maladie mentale. Voir A. de B. Hollingshead & F.C. Redlich, *Social Class and Mental Illness: A Community Study* (1958). Ce seraient des personnes de classes les plus défavorisées qui feraient, d'après cette étude, la plus grande proportion des malades mentaux; elles sont le plus souvent désignées comme psychotiques, tandis que les patients des classes favorisées sont, eux, dits névrosés et traités en externes. Le traitement ou l'absence de traitement, le type de maladie traitée et le type de traitement donné dépendraient de l'origine sociale de l'individu. Cette étude a été suivie de J.K. Myers & L.L. Bean, *A Decade Later: A Follow-up Study of Social Class and Mental Illness* (1968).

¹⁴Voir *supra*, note 8 et J.R. Morrissey, H.H. Goldman & L.V. Klerman, *The Enduring Asylum: Cycles of Institutional Reform at Worcester State Hospital* (1980).

¹⁵La crise économique actuelle aux États-Unis a durement touché les programmes sociaux de santé mentale, et les malades ont ressenti les effets des restrictions budgétaires. Sur les conséquences fiscales et économiques du droit au traitement et de la doctrine de la solution la moins restrictive pour la liberté (*least restrictive alternative*), voir J. Rubin, *Economics*,

planificateurs se sont alarmés des implications à long terme de la création et de l'entretien d'hôpitaux psychiatriques de grande capacité. Bien que les directeurs d'établissements de soins médicaux prouvent, chiffres à l'appui, que la taille de ces hôpitaux a diminué, certains économistes demeurent sceptiques et brandissent des statistiques sur le rapport personnel-patient, le coût de l'intervention hospitalière en dehors du cadre de la détention, le coût des établissements de qualité, le taux navrant de récidive (le phénomène de la « porte tournante ») et enfin, les déficits produits par les centres de soins communautaires. En fait, on trouve de moins en moins de partisans de la psychiatrie parmi les bureaucrates.

Même les théologiens qui, encore récemment, établissaient des centres de thérapie humanitaires dans leurs séminaires et leurs églises étudient maintenant de façon approfondie les points communs entre la théologie et la psychiatrie. Même si la psychiatrie est, à certains égards, tournée vers la métaphysique, elle n'est pas, dans l'ensemble, favorable à une conception morale ou à une appréciation de l'au-delà. Les théologiens conscients de la tradition historique sont forcés de reconnaître, si ceux-ci sont seulement des établissements de soins communautaires, qu'ils devraient adapter leurs séminaires et leurs centres pour remplir ces fonctions et cesser de se cacher derrière des idéologies morales ou théologiques ; les religieux pragmatiques voudraient se démarquer des psychiatres qui travaillent pour l'État.

Les patients qui, auparavant, ne comptaient pas en tant qu'individus, prennent maintenant le rôle de consommateurs militants.¹⁶ Parfois, avec

Mental Health and the Law (1978). Quant à l'incidence de la politique du Président Reagan sur les services sociaux, une importante étude de M. Burt, « Helping the Helpless : The Impact of Changes in Support Programs during the Reagan Administration » est actuellement en cours à l'Urban Institute of Washington.

¹⁶Les patients s'organisent, tant aux États-Unis qu'en Europe, pour le respect de leurs droits ; cette lutte s'inscrit dans un mouvement général de revendications des droits civils. L'action s'exerce au niveau de la réforme des lois et de la contestation judiciaire dans des *test cases*. Des auteurs ont dénoncé la condition du malade mental face aux abus de la psychiatrie. Voir B.J. Ennis, *Prisoners of Psychiatry : Mental Patients, Psychiatrists and the Law* (1972) ; B.J. Ennis & R.D. Emery, *The Rights of Mental Patients : The Revised Edition of the Basic ACLU Guide to a Mental Patient's Rights* (1978).

Des revues spécialisées exposent l'activité judiciaire provoquée par la contestation des patients, les procès intentés aux psychiatres, aux psychologues et aux institutions de soins, par exemple, le *Mental Disability Law Reporter* (Am. Bar Ass., Commission on the Mentally Disabled) publié depuis juillet-août 1976 et consacré à la défense des droits des malades mentaux par le mouvement activiste aux États-Unis, et *Advocacy Now : The Journal of Patients' Rights and Mental Health Advocacy* depuis 1979.

Sur la situation au Canada, voir J. Storch, *Patients' Rights : Ethical and Legal Issues in Health Care and Nursing* (1982).

l'aide de personnes étrangères à l'hôpital, ils conçoivent des cadres institutionnels pour régler les problèmes dont ils ont souffert pendant leur internement ou leur traitement.¹⁷ Dans un esprit populiste, ils réclament le procès des psychiatres pour leurs pratiques contestables et veulent que les décisions importantes d'ordre psychiatrique soient soumises au contrôle sévère de comités représentant les intérêts des patients et de leurs avocats. Un nombre de plus en plus grand de jeunes avocats a commencé à faire jurisprudence¹⁸ sur des problèmes comme le consentement éclairé au trai-

¹⁷Au cours des quinze dernières années, le mouvement de défense des droits des patients s'est manifesté par leur regroupement en conseils. Voir L.L. Rouse, W. Hood & L.T. Allen, « Patient Council » (1971) 61 Am. J. of Pub. Health 2383. En Europe, le mouvement italien s'est distingué par l'institution d'assemblées générales de patients, notamment à Arezzo. M. Ferrara & P. Tranchina, « Teoria, prassi, utopia nell'assemblea generale dell'Ospedale Psichiatrico di Arezzo » (1980) 70 Fogli di Informazione 367. Ce phénomène s'est aussi étendu à la Hollande où des associations bien structurées et groupes de pression ont vu le jour. Voir F. Koenraad, « Forensic Psychiatric Expertise and Enforced Treatment in the Netherlands » (1983) 7 Contemp. Crises 171 à la p. 180.

¹⁸L'activité judiciaire en matière de responsabilité professionnelle des psychiatres est surtout un phénomène américain, mais il pourrait s'étendre à l'Europe. Le psychiatre se sent vraiment surveillé, d'après certains auteurs, en particulier, S.C. Charles, J.R. Wilbert & E.C. Kennedy, « Physicians' Self-Reports of Reactions to Malpractice Litigation » (1984) 141 Am. J. Psychiatry 563 (analyse du stress causé par les poursuites judiciaires). La catégorie qui est la plus souvent attaquée est celle des psychiatres dans les institutions, le défendeur étant souvent d'ailleurs l'établissement hospitalier lui-même. Voir W.J. Curran, « A Further Solution to the Malpractice Problem: Corporate Liability and Risk Management in Hospitals » (1984) 310 New Eng. J. Med. 704.

Le nombre des demandes de règlement augmente sans cesse. En 1982, aux États-Unis, un psychiatre sur 25 assurés par le régime de l'American Psychiatric Association a produit une réclamation (coût estimé moyen de 55 000 \$ en 1983). Voir P.E. Slawson « The Clinical Dimension of Psychiatric Malpractice » (1984) 14 Psychiatric Annals 358 et aussi un article de C.L. Trent, « Psychiatric Malpractice Insurance and Its Problems: An Overview » dans W.E. Barton & C.J. Sanboru, éd., *Law and the Mental Health Professions* (1978) 101.

La jurisprudence porte, entre autres, sur les erreurs de diagnostic, l'internement injustifié, le défaut de traiter, la libération prématurée, les voies de fait commises par un patient sur un autre, le suicide, le défaut de consentement éclairé, les risques des thérapies comme les électrochocs, les drogues, les psychanalyses, ou encore le défaut de prédiction de la dangerosité. Voir R. Slovenko, *Psychiatry and Law* (1973).

Selon R.J. Cohen, comme le public est d'une méfiance croissante à l'égard de l'autorité en général, et les consommateurs de plus en plus conscients de leurs droits, le degré de diligence que doit exercer le praticien est de plus en plus élevé, R.J. Cohen, *Malpractice: A Guide for Mental Health Professionals* (1979); cet ouvrage fournit des données chiffrées sur les recours en responsabilité aux États-Unis. Voir Z. Lebensohn, « Defensive Psychiatry or How to Treat the Mentally Ill Without Being a Lawyer » dans Barton & Sanborn, *ibid.* 19 à la p. 40; D.J. Davidoff, « The Malpractice of Psychiatrists » [1966] Duke L.J. 696; H.N. Morse, « The Tort Liability of the Psychiatrist » (1967) 16 Buffalo L. Rev. 649; D.J. Davidoff, *The Malpractice of Psychiatrists: Malpractice in Psychoanalysis, Psychotherapy and Psychiatry* (1973); D.N. Bersoff, « Therapists as Protectors and Policemen: New Roles as a Result of Tarasoff? » (1976) 7 Prof. Psychology 267; R.L. Sadoff, *New Malpractice Concerns for the Psychiatrists: Legal Aspects of Medical Practice* (1978); D.B. Hogan, *The Regulation of Psychotherapists* (1979); B.R. Furrow, *Malpractice in Psychotherapy* (1980).

tement, les critères d'internement,¹⁹ la confidentialité des dossiers, le partage des responsabilités au sein de la prétendue équipe psychiatrique, les objectifs de la recherche²⁰ et les critères de la faute professionnelle. Des ex-patients, comme Donaldson²¹ aux États-Unis, ont fait des tournées de conférences nationales pour discuter de l'internement psychiatrique non justifié. Les psychiatres leur ont opposé une attitude à la fois belligérante et défensive

Pour une analyse de la responsabilité des praticiens de la santé mentale, voir le numéro spécial « Malpractice » (1983) 1 *Behav. Sci. & L.*

Sur la situation au Canada, voir C.B. Tarshis, « Liability for Psychotherapy » (1972) 30 *U.T. Fac. L. Rev.* 75, et l'étude sur la réglementation professionnelle dans une perspective canadienne faite par M.J. Trebilcock & J. Shaul, « Regulating the Quality of Psychotherapeutic Services: A Canadian Perspective » (1983) 7 *Law & Hum. Behav.* 265.

Pour l'Angleterre, voir L.O. Gostin, *A Human Condition*, vol. 1 & 2 (1975-77); pour la France, voir T.E. Carbonneau, « The Principles of Medical and Psychiatric Liability in French Law » (1980) 29 *Int'l & Comp. L.Q.* 743 et F. Jeanson, *La responsabilité médicale en psychiatrie* (1980).

¹⁹Le concept de *civil* ou *involuntary commitment* se rend par « internement » ou « placement ». Comme modalités d'internement, on parle de « cure ouverte » ou de « cure fermée », selon que le patient est en placement volontaire ou en placement d'office. *Voluntary commitment* désigne l'auto-placement. Pour la terminologie de la psychiatrie sociale, voir G. Bleandou, *Dictionnaire de la psychiatrie sociale* (1976).

²⁰La contestation avait pris l'ampleur d'un débat public au Canada avec l'affaire du Allen Memorial Institute de Montréal où, vers la fin des années cinquante, des allégations avaient été portées à l'encontre de psychiatres qui auraient, pour le compte de la CIA, mené des expériences (usage de drogues, techniques de modifications du comportement) sur des malades, à l'insu de ces derniers. Voir P. Calamai, « Inside Montreal's House of Horrors », *The [Montreal] Gazette* (21 janvier 1984) B-5.

²¹En 1975, la Cour suprême des États-Unis a rendu une décision d'une importance capitale en matière de droits civils. Dans *O'Connor c. Donaldson*, 422 U.S. 563 (1975), elle a jugé que Kenneth Donaldson, qui avait été interné pendant près de quinze ans sans recevoir de traitement, bien qu'il n'y ait eu aucune preuve de sa dangerosité, ni contre son entourage, ni contre lui-même, avait été privé des droits que lui garantissait la Constitution. D'après la Cour, le fait d'appliquer le diagnostic de maladie mentale à une personne ne saurait justifier que l'État la place dans un établissement psychiatrique contre sa volonté et l'y détienne indéfiniment. Si tant est que le concept de « maladie mentale » puisse être défini de façon précise et que l'on puisse déterminer de façon raisonnablement exacte qu'une personne est aliénée, il n'existe cependant aucun fondement constitutionnel à l'internement de l'aliéné si ce dernier ne représente aucun danger pour autrui, et peut vivre en liberté. La Cour a établi que le patient avait un droit au traitement et que s'il n'était pas soigné, il devait être relâché. Donaldson reçut des dommages-intérêts et devint un cas célèbre. Il publia son livre *Insanity Inside Out* (1976); T. Szasz a écrit à son sujet l'ouvrage intitulé *Psychiatric Slavery* (1976).

Cette affaire a soulevé quatre questions, à savoir le recours au critère de la dangerosité ou l'internement, le principe de la solution la moins restrictive à la liberté par rapport à l'hospitalisation, le caractère adéquat de la thérapie et la responsabilité professionnelle des médecins traitants. Voir l'étude critique de L.E. Kopolow, « A Review of Major Implications of the *O'Connor v. Donaldson* Decision » (1976) 133 *Am. J. Psychiatry* 379.

Voir la perspective française sur cette affaire, A.M. Fagot, *Problèmes éthiques posés par l'expérimentation sur des sujets humains : l'exemple de la psychiatrie* (thèse présentée pour l'obtention du doctorat en médecine, Paris, 1983) à la p. 27 [non publiée].

et ont parfois même battu en retraite.

Des avocats et des juges qui pourtant favorisaient²² l'introduction de la psychiatrie dans le processus judiciaire voudraient maintenant mettre un terme à cette mésalliance.²³ De la déjudiciarisation préalable au procès, en passant par la détermination de l'aptitude à subir un procès, la présentation de la défense d'aliénation mentale, le prononcé des sentences, et même la décision de libération, les psychiatres sont aux prises avec leurs collègues juristes. Des pionniers, comme le juge David Bazelon,²⁴ « père » de la règle de *Durham* appliquée à la défense d'aliénation mentale, notent avec inquiétude la contestation croissante de la psychiatrie en droit criminel, après

²²M. L. Gross, *Les psychocrates* (1978) aux pp. 21 et 22 :

Traditionnellement, l'État, représentant la justice demandait quels étaient les faits. [. . .] Chaque année, le *pourquoi* psychologique gagne du terrain, décide si le prévenu est apte à supporter l'épreuve du procès, spécifie la durée de l'incarcération, s'il doit être libéré sur parole ou non, s'il peut bénéficier de la liberté surveillée, et dira bientôt s'il est coupable ou non ! Dans le cas de malades mentaux qui ne relèvent pas de la justice, la psychologie et la psychiatrie détiennent un pouvoir judiciaire plus haut encore.

²³L'intégrité de la contribution professionnelle des psychiatres dans le processus judiciaire est assez contestée par les juristes, comme l'expliquent B.J. Ennis & T.R. Litwack, « Psychiatry and the Presumption of Expertise : Flipping Coins in the Courtroom » (1974) 62 Calif. L. Rev. 693. Selon eux le psychiatre serait handicapé par sa propre orientation et sa formation, le contexte, l'époque, la classe et la culture, ses préjugés personnels, le caractère insatisfaisant des diagnostics et l'ambiguïté des données psychiatriques. À propos de la validité des jugements en psychiatrie (la nosographie utilisée), voir J. Ziskin, *Coping with Psychiatric and Psychological Testimony*, 3e éd. (1981). Mais les psychiatres contre-attaquent et cherchent à raffiner leurs techniques d'évaluation. Voir C.D. Webster, R.J. Menzies & M.A. Jackson, *Clinical Assessment Before Trial* (1982).

²⁴Le juge David Bazelon fut un pionnier dans le système judiciaire américain puisqu'il introduisit la règle de *Durham*, à savoir que l'accusé n'est pas criminellement responsable si le crime qu'il a commis était le fruit d'une maladie ou d'un désordre mental. Voir *Durham c. United States*, 214 F.2d 862 à la p. 874 (D.C. Cir. 1954). Pour une critique de la règle, voir R. Arens, *Make Mad the Guilty : The Insanity Defence in the District of Columbia* (1969). Depuis cette époque, le juge Bazelon est devenu plus sceptique quant à la valeur de l'intervention du psychiatre dans le processus judiciaire. Voir D.L. Bazelon, « The Role of the Psychiatrist in the Criminal Justice System » (1978) 6 Bull. Am. Acad. Psychiatry & L. 139. Il explique que la psychiatrie a sa place dans le système judiciaire, mais qu'elle prend trop d'importance :

[It] may slide by imperceptible degrees into psychiatric assumption of responsibility for the ultimate decisions themselves. Rather than confining themselves to those aspects of a problem for which they have expertise, psychiatrists may be seduced into taking responsibility for making judgments or assessing facts about which they have no special competence.

Voir aussi J. Robitscher, « The Impact of New Legal Standards on Psychiatry or Who are David Bazelon and Thomas Szasz and Why are They Saying Such Terrible Things About Us ? or Authoritarianism Versus Nihilistic Legal Psychiatry » (1975) 3 J. Psychiatry & L. 251, qui recommande aux psychiatres de mieux dissocier leur fonctions médicales et non médicales en décidant des aspects de comportement qui doivent être traités selon la conception médicale, ou selon la conception psychanalytique, ou selon la conception de déviance sociale ou criminelle.

une période pourtant florissante pour cette science. Les observateurs soulignent que, non seulement la valeur de la prédiction et du diagnostic en psychiatrie n'est pas prouvée, mais encore qu'elle souffre d'une certaine confusion interne sur sa terminologie et sur ses fonctions.²⁵ Les psychiatres contre-interrogés au tribunal sont tenus de dire dans l'intérêt de qui ils travaillent. Même au civil, la tendance actuelle est d'obliger le psychiatre à révéler aux patients de qui il tient son mandat et les conséquences éventuelles de celui-ci.

En matière criminelle, les psychiatres ont les mains liées de mille et une façons. L'internement²⁶ est maintenant défini comme une décision à

²⁵La notion même de maladie mentale est contestée :

Basically, in classifying, 'mental illness' serves as a short-hand for various goal-related characteristics — e.g. dangerousness, need for treatment, dependance — no one nor combination of which comprises a sufficiently precise definition of the mentally ill.

Note, « Mental Illness : A Suspect Classification ? » (1974) 83 Yale L.J. 1237 à la p. 1263. Pour un débat philosophique sur la notion même et les limitations de la critique, voir M.S. Moore, « Some Myths About 'Mental Illness' » (1975) 32 Archives Gen. Psychiatry 1483. Voir aussi J.H. Hardisty, « Mental Illness : A Legal Fiction » (1973) 48 Wash. L. Rev. 735. On note, en outre, une certaine confusion dans la nosographie sur le plan terminologique. La classification DSM-III, qui date de 1980 et remplace DSM-II (1968), a fait l'objet de nombreuses études critiques. Voir G.L. Klerman *et al.* « A Debate on *DSM-III* » (1984) 141 Am. J. Psychiatry 539. On lui reproche son manque de précision et son ethnocentrisme (à ce sujet, voir aussi J.M. Murphy, « Psychiatric Labelling in Cross-Cultural Perspective » (1976) 191 Science 1019) qui auraient contribué à rendre la psychiatrie impopulaire. Sur les problèmes de définition au sein même de la nosographie, voir R.L. Spitzer & J. Endicott, « Medical and Mental Disorder : Proposed Definition and Criteria » dans R.L. Spitzer & D.F. Klein, éd., *Critical Issues in Psychiatric Diagnosis* (1978) 15. Pour une approche comparée pouvant éclairer une recherche en sémantique psychiatrique français-anglais, voir J. Kroll, « Philosophical Foundations of French and U.S. Nosology » (1979) 136 Am. J. Psychiatry 1135, et G. Winokur, « Delusional Disorder (Paranoia) » dans Spitzer & Klein, *ibid.*, 109.

²⁶La question de l'internement des malades mentaux est très controversée, surtout depuis l'époque où, dans les années soixante aux États-Unis, les défenseurs des droits civils ont milité pour la formulation plus stricte des critères d'internement dans les lois afin qu'il soit restreint aux malades dangereux et à ceux qui étaient gravement atteints. Ce mouvement s'est intensifié par une série de causes judiciaires types et par de vastes réformes législatives dont l'impact se fait maintenant sentir à peu près dans tout le monde industrialisé. Vers la fin des années soixante-dix, les restrictions budgétaires ont entraîné la désinstitutionnalisation des aliénés, phénomène que les défenseurs des droits civils avaient souhaité voir s'instaurer. Ce mouvement comporte cependant des dangers pour les malades mentaux puisque la société n'assume plus ses responsabilités à leur endroit en favorisant la solution « la moins restrictive à la liberté » comme forme de thérapie avec le risque de les voir absorber par le système de justice criminelle. J.C. Bonovitz & J.S. Bonovitz, « Diversion of the Mentally Ill Into the Criminal Justice System : The Police Intervention Perspective » (1981) 138 Am. J. Psychiatry 973.

Dans le débat, libéraux et paternalistes s'affrontent. Pour les libéraux, voir le point de vue d'un juriste, S.J. Morse, « A Preference for Liberty : The Case Against Involuntary Commitment of the Mentally Disordered » (1982) 70 Calif. L. Rev. 54, selon lequel il ne peut être dérogé aux principes de l'autonomie et de la liberté individuelle. Se déclarant en faveur de l'abolition

caractère quasi-criminel dans laquelle le psychiatre intervient, et le fait que le patient soit « incarcéré » est assimilé à une privation momentanée de sa liberté. Or, toute privation de liberté doit être justifiée par une « prépondérance de preuve », selon les termes de procédure criminelle, et elle ouvre donc des droits à la justice naturelle et à l'application régulière de la loi (*due process of law*). En termes nord-américains, cela veut dire le droit de contre-interroger, le droit à une audition équitable, l'accès à son propre dossier, le droit d'être informé en détail des motifs de l'incarcération et du maintien de celle-ci, et le droit de retenir les services d'un avocat. Qui plus est, lorsque les questions sont tranchées par des tribunaux administratifs, comme c'est le cas pour la majorité des provinces du Canada et au Royaume-Uni, les défenseurs des droits civils font valoir l'importance fondamentale d'un droit à un contrôle judiciaire. Du fait de ces pressions, est née une tendance assez répandue à la « criminalisation » des droits des malades mentaux, qui consiste à leur appliquer le modèle pénal de protection des droits, afin de maximiser les garanties individuelles.²⁷

du régime de l'internement, il souhaite voir réduire l'internement à la petite catégorie de personnes atteintes de maladie mentale grave. Il se refuse à prendre le risque inhérent au système de voir interner des personnes sans que ce soit justifié. Il préfère la cure ouverte. La tendance paternaliste est, elle, inspirée par la conception médicale. Ses partisans optent pour l'hospitalisation involontaire afin de préserver la santé du malade et son droit au traitement. Voir S. Rachlin, A. Pam & J. Milton, « Civil Liberty Versus Involuntary Hospitalization » (1975) 132 Am. J. Psychiatry 189, et H.R. Lamb, A.P. Sorkin & J. Zusman, « Legislating Social Control of the Mentally Ill in California » (1981) 138 Am. J. Psychiatry 334. Voir aussi la critique de l'abandon par la société de ses responsabilités : E.M. Gruenberg & J. Archer, « Abandonment of Responsibility for the Seriously Mentally Ill » (1979) 57 Millbank Memorial Fund Quarterly / *Health & Society* 485.

La proposition de législation faite par C.D. Stromberg & A.A. Stone, « A Model State Law on Civil Commitment of the Mentally Ill » (1983) 20 Harv. J. on Legis. 275, marque l'avènement d'un modèle de paternalisme tempéré par des sauvegardes, le paternalisme contrôlé (*safeguarded paternalism*). Pour pallier les effets néfastes de la désinstitutionnalisation, la loi proposée permettrait l'internement en vertu de la doctrine de *parens patriae* lorsque le patient est gravement atteint de maladie mentale, est incapable de prendre une décision raisonnable sur le traitement, peut être traité et est susceptible de se nuire à lui-même ou de nuire à autrui. Sont aussi visées les personnes qui peuvent subir une grave détérioration physique ou mentale et celles qui sont dangereuses pour elles-mêmes ou dans l'impossibilité de répondre à leurs besoins. Pour l'internement en vertu des pouvoirs de police, la loi proposée exigerait qu'il y ait une maladie mentale grave, une preuve claire et convaincante de dangerosité éventuelle, un manque de capacité, et une preuve de traitement efficace.

Pour une approche modérée de la solution paternaliste, voir L.H. Roth, « A Commitment Law for Patients, Doctors and Lawyers » (1979) 136 Am. J. Psychiatry 1121 ; sauf dans le cas d'incapacité de consentir au traitement ou de le refuser, le malade mental ne devrait pas être traité contre sa volonté. Voir aussi P. Chodoff, « Involuntary Hospitalization of the Mentally Ill as a Moral Issue » (1984) 141 Am. J. Psychiatry 384, pour une critique des tenants de la conception médicale et des libertés civiles. Pour une réponse favorable au paternalisme contrôlé, voir l'opinion d'un juriste, R.J. Bonnie, « Morality, Equality and Expertise : Renegotiating the Relationship Between Psychiatry and the Criminal Law » (1984) 12 Bull. Am. Acad. Psychiatry & L. 5.

²⁷Voir *infra*, note 42.

Cette poussée libérale a eu comme conséquence le dépeuplement des établissements psychiatriques.²⁸ L'État de la Californie en fournit un exemple significatif : les planificateurs gouvernementaux cherchant à réduire les dépenses, et les défenseurs des droits civils, voulant libérer leurs clients, se sont entendus pour détourner les patients des hôpitaux. Les psychiatres sont ainsi « coincés » entre une éventuelle responsabilité civile en cas d'intermède abusif et une éventuelle responsabilité pour faute civile si, par une erreur de diagnostic, ils n'ont pas su détecter la « dangerosité » du patient.²⁹

²⁸Sur la question de savoir si le malade mental doit être confié à une institution ou s'il doit être laissé à sa famille ou à la collectivité et soigné dans le milieu, il existe plusieurs écoles de pensée. Pour certains, le principe même de la ségrégation asilaire est contestable, voire néfaste, sauf si elle est de courte durée. Voir L.I. Stein & M.A. Test, « An Alternative to Mental Hospital Treatment » dans L.I. Stein & M.A. Test, éd., *Alternatives to Mental Hospital Treatment* (1975) 43. Pour d'autres, l'éviction des patients des hôpitaux psychiatriques, en particulier en Californie, à cause des restrictions budgétaires, a été tragique à certains égards pour les malades. Voir A.T. Scull, *Decarceration: Community Treatment and the Deviant — A Radical View* (1979), et A.T. Scull, « A New Trade in Lunacy: The Remodification of the Mental Patient » (1981) 24 *Am. Behav. Sci.* 741, et le point de vue du médecin, A.A. Stone, « The Right to Treatment and the Psychiatric Establishment » (1974) 4 *Psychiatric Annals* 21. Le juge Bazelon, quant à lui, se demande si les objectifs « charitables » qui poussent à faire sortir les malades mentaux des hôpitaux psychiatriques ne vont pas au fond dégénérer en une justification de l'abandon des faibles par la société. Voir D.L. Bazelon, « Institutionalization, Deinstitutionalization and the Adversary Process » (1975) 75 *Colum. L. Rev.* 897.

Dans leur article, M.J. Mills & B.D. Cummins, « Deinstitutionalization Reconsidered » (1982) 5 *Int'l J. L. & Psychiatry* 271, les auteurs font une appréciation critique de ce phénomène de traitement dans la communauté par le biais des *Community Mental Health Centers* aux États-Unis qui n'auraient, selon eux, pas favorisé du tout le rétablissement des patients ni leur réinsertion sociale. Le phénomène de la « porte tournante » provient de l'absence de traitement réel du patient ; il reçoit son congé très vite, mais comme son état se détériore même parfois plus que s'il était resté à l'hôpital, il doit être réhospitalisé, ce qui n'est ni économique ni valable au point de vue thérapeutique. Voir aussi J.F. Borus, « Deinstitutionalization of the Chronically Mental Ill » (1981) 305 *New Eng. J. Med.* 339. Le débat sur la désinstitutionnalisation, en tant que politique administrative, reste ouvert à l'heure actuelle. Voir, à ce sujet, pour le Québec, C. Beaulieu, « Désinstitutionnalisation pourrait vouloir dire privatisation, selon une recherche de la CSN », *Le Devoir [de Montréal]* (14 mars 1985) 7 et C. Beaulieu, « Chevrette reporte la publication de son avant-projet de politique », *Le Devoir [de Montréal]* (16 mars 1985) 3.

²⁹Comme l'explique M.E. Schiffer, *Psychiatry Behind Bars: A Legal Perspective* (1982), le recours que fait le système judiciaire au critère de la dangerosité, dans les dispositions relatives à la remise en liberté, place le psychiatre dans une situation parfois difficile, puisque la valeur de ses pronostics quant à l'état dangereux d'un individu est largement contestée. Voir J.J. Cocozza & H.J. Steadman, « The Failure of Psychiatric Predictions of Dangerousness: Clear and Convincing Evidence » (1976) 29 *Rutgers L. Rev.* 1084, selon lesquels aucune preuve empirique ne permet d'affirmer que les psychiatres soient particulièrement qualifiés pour prédire la dangerosité avec exactitude. Voir également les critiques dans J.P. Conrad & S. Dinitz, éd., *In Fear of Each Other: The Dangerous Offender Project* (1977), et S.J. Pfohl, *Predicting Dangerousness: The Social Construction of Psychiatric Reality* (1978). Il est certes difficile pour des raisons d'ordre méthodologique de prédire les actes violents, mais le risque en incombe aux psychiatres. Le malade mental est-il dangereux de par sa maladie ? La dangerosité est-elle

La pratique de la psychiatrie préventive, à l'instar de la chirurgie préventive, devient la norme dans certaines juridictions d'avant-garde. Ces précautions ont, cependant, beaucoup plus pour but de protéger les médecins contre des procès éventuels que de protéger les patients.

Le resserrement des critères de l'internement involontaire, limités d'ordinaire à la catégorie assez restreinte des cas dangereux, a amené les chercheurs en sciences sociales à se joindre aux détracteurs de la psychiatrie. Leur contribution sur le plan de la recherche a été de montrer que les psychiatres, d'une part, n'étaient pas mieux armés que les profanes pour prédire la dangerosité et, d'autre part, étaient plus enclins à porter des jugements du type *false-positive*³⁰ que les autres groupes professionnels, parce

présumée dans ce cas-là ? Morse, *supra*, note 26, craint, quant à lui, que le manque d'exactitude scientifique de la prédiction psychiatrique de la dangerosité ne soit une menace pour la liberté si l'on admet le principe de l'internement des malades mentaux à titre de prévention. Même si la tendance des psychiatres est à la prudence, ils ne semblent pas hésiter, selon lui, à prendre le risque de détenir un non-violent.

Pour une étude élaborée et soignée des points forts et des faiblesses de la science empirique et clinique dans la mesure où ils limitent notre capacité de prévoir la dangerosité, voir J. Monahan, *The Clinical Prediction of Violent Behavior* (1981) qui contient une bibliographie exhaustive sur le sujet et son plus récent article, J. Monahan, « The Prediction of Violent Behavior : Toward a Second Generation of Theory and Policy » (1984) 141 Am. J. Psychiatry 10 où l'auteur expose la riposte de la « deuxième génération » de recherche et de théorie : la prédiction de la dangerosité serait possible et utile, elle ne violerait pas les libertés individuelles puisque les autres solutions constitueraient, elles aussi, des menaces à la liberté, et un aspect de contrôle social serait inhérent à toute profession adjuvante.

Pour une perspective intéressante, voir M. Petrunik, « The Politics of Dangerousness » (1982) 5 Int'l J.L. & Psychiatry 225. Voir aussi M. Petrunik, *Bibliography on the Law and Mental Health with Special Reference to the Issue of « Dangerousness »* (Solliciteur général du Canada) (Septembre 1978) [non publié].

Sur le problème particulier de l'évaluation de la dangerosité, voir C.D. Webster, R.J. Menzies & M.A. Jackson, *Clinical Assessment Before Trial* (1982).

La question de la prédiction de la dangerosité doit être distinguée du cas où le psychiatre est informé d'une menace de violence. Est-il alors légalement tenu de *mettre en garde* la victime potentielle du danger qu'elle court si son patient l'a informé de sa volonté d'exercer de la violence à l'égard de celle-là ? Voir l'affaire *Tarasoff c. Regents of University of California*, 529 P.2d 553 (Cal. Sup. Ct 1974) et 17 Cal.3d 425, 551 P.2d 334, 131 Cal. Rptr 14 (Cal. Sup. Ct 1976) [ci-après : l'affaire *Tarasoff*], où le psychiatre a été jugé responsable pour ne pas avoir prédit qu'un acte de violence allait être exercé à l'encontre de la victime alors que celle-ci avait été nommée. Un malade mental était en traitement externe à l'hôpital de l'Université de Californie et, après avoir informé le médecin de son intention, il a effectivement mis son projet à exécution et a tué une jeune fille. La Cour a jugé que le médecin avait une obligation de diligence envers les tiers qui pouvaient être menacés. Voir la critique de A.A. Stone, « The *Tarasoff* Decisions : Suing Psychotherapists to Safeguard Society » (1976) 90 Harv. L. Rev. 358, qui fait état de la difficulté pour les tribunaux de spécifier dans quels cas les psychiatres doivent prévenir les victimes éventuelles.

³⁰Ce concept fait référence au gonflement de la catégorie des personnes dangereuses, lors de la prédiction de la dangerosité. Comme l'explique H.J. Steadman dans « The Right Not To Be A False Positive : Problems in the Application of the Dangerousness Standard » dans B.L. Bloom & S.J. Asher, éd., *Psychiatric Patient Rights and Patient Advocacy : Issues and Evidence*

qu'ils voulaient éviter des poursuites pour erreur de diagnostic. La dangerosité est de plus en plus décrite comme une question de responsabilité sociale et juridique, à séparer du diagnostic et du traitement. On retrouve d'ailleurs de plus en plus dans les revues juridiques universitaires, dans les périodiques de sciences sociales et même dans les revues de psychiatrie l'idée que les psychiatres pourraient être éventuellement complètement écartés du processus judiciaire de l'internement.

L'attaque lancée contre la psychiatrie se manifeste, bien sûr, de la façon la plus évidente, dans le cadre du procès criminel, comme les procédures criminelles sont devenues plus complexes et comme tant les avocats que les psychiatres ont jugé nécessaire de se spécialiser en psychiatrie légale, une certaine collusion est née entre les deux professions. L'avocat est souvent toléré comme défenseur public par les psychiatres institutionnels, parce qu'il se soumet de façon inconditionnelle à la psychiatrie, aux dépens de l'intérêt supérieur de son client. Les avocats se sont alors mis à s'attaquer les uns les autres, comme les psychiatres le font depuis longtemps, ce qui a entraîné une politisation ouverte de la psychiatrie légale³¹ au sein des deux professions.

(1981) aux pp. 129-31, il arrive que

in a group of 100 persons about, say, five might be expected to engage in an assaultive act in the next 12 months. In order to pick even three or four of these five who will be assaultive, with current levels of technology, probably 25 or 30 will be incorrectly identified [. . .]. Thus a false positive rate of 8 or 10 to 1 occurs.

L'auteur se demande quel est ce taux acceptable de « surprédiction » et en conclut qu'il s'agit d'une question de politique sociale. À propos de la tendance à « médicaliser » des personnes qui pourraient autrement continuer leurs activités, voir aussi T.J. Scheff, « Decision Rules, Types of Error, and Their Consequences in Medical Diagnosis » (1963) 8 *Am. Behav. Scientist* 97 et A. Dershowitz, « Psychiatry and the Legal Process: A Knife That Cuts Both Ways » (1968) 4 *Trial* 29 à la p. 32.

³¹La psychiatrie légale ne fait pas l'objet d'un exposé distinct dans le présent article, mais le psychiatre légiste a une vocation particulière ; il lui arrive même de s'identifier à un expert judiciaire.

Il est donc très fréquent que des psychiatres penchent plutôt du côté de la poursuite, dans leurs fonctions d'experts judiciaires, et d'aucuns n'hésitent pas à les accuser d'être associés aux intérêts de l'État. Les psychiatres légistes ne travaillent pas exclusivement dans des institutions ; ils peuvent être experts-conseils indépendants ou travailler dans des cabinets de recherche. Du fait du caractère hétérogène de cette profession, il est difficile de faire des généralisations au sujet de celle-ci, car cela risque très vite de prendre un aspect polémique. Cependant, on a pu dire des psychiatres qui étaient en marge des secteurs les plus importants de la pratique clinique qu'ils étaient beaucoup trop associés à l'appareil judiciaire et aux autres domaines du droit. La question essentielle se pose à un niveau théorique : existe-t-il une branche de connaissances distincte, dotée de sa propre méthodologie que l'on pourrait appeler « la psychiatrie légale » ? De nombreuses revues spécialisées ont vu le jour au cours des quinze dernières années ; elles touchent autant à la psychologie qu'à la psychiatrie (*Bull. Am. Acad. Psychiatry & L., Crim. Justice & Behav., Int'l J.L. & Psychiatry, J. Psychiatry & L., Law & Hum. Behav., Law & Psychology Rev., Law & Society Rev. et Mental & Physical Disability L. Rep.*). Est-ce un domaine distinct de la criminologie ? Sur le plan théorique, quelle est sa relation avec la

La psychiatrie et le droit ont comme caractéristique commune de juger et de traiter les comportements que la société réproouve. Ces deux disciplines, agents du contrôle social, se sont toujours mutuellement influencées. Traditionnellement qualifiées de conservatrices, elles se sont unies et renforcées sur un terrain de prédilection, lorsque la psychiatrie a été introduite dans le système pénal dans un but d'humanisation. Leur relation d'osmose s'est clairement manifestée, parce que l'intervention du psychiatre dans le système judiciaire constituait une réaction contre le pouvoir considérable des juges et des avocats. Comme le pouvoir du psychiatre est maintenant jugé démesuré par rapport à ce qu'il devrait être, cette profession fait l'objet d'un contrôle juridique et judiciaire de plus en plus serré, sous l'influence de la contestation judiciaire.

II. Du paternalisme au « contractualisme » : pour la défense des droits civils

Les critiques que les milieux juridiques adressent à la psychiatrie doivent être replacées dans le contexte historique approprié. Ce mouvement a coïncidé, et est né d'ailleurs, avec une série d'attaques contre l'*Establishment*, surtout aux États-Unis pendant les années soixante, années de remous sociaux notoires. Il est intéressant de remarquer que les mouvements d'émancipation ont d'abord touché les noirs et les enfants,³² avant que les malades

méthodologie juridique et, en fait, avec le droit même ? S'il s'agit, en quelque sorte, d'une science hybride, au confluent de la psychiatrie et du droit, quelles en sont les caractéristiques dominantes et quelles sont les éléments respectifs de l'une et de l'autre qui prédominent dans l'analyse ? Pourrait-on intégrer les deux systèmes en disant, dès le départ, qu'il s'agit de deux « sciences », au sens classique du terme ? Autant de questions qui restent ouvertes au débat.

Il arrive que les psychiatres légistes se sentent « utilisées » par le système judiciaire, surtout lorsqu'ils sont priés de déterminer la culpabilité (sur la base du *mens rea*) des délinquants. Halleck, *supra*, note 5 à la p. 152, va même jusqu'à suggérer aux psychiatres de ne pas répondre aux questions ultimes, ce qui ne leur ferait pas perdre leur rôle dans le système correctionnel, mais le corrigerait. Au lieu d'intervenir au niveau de la « peine » qui n'est pas une question d'ordre médical, ils se chargeraient du traitement et de l'humanisation du processus post-sentenciel. Cette nouvelle attitude forcerait, selon lui, les fonctionnaires, et les avocats, à véritablement traiter les problèmes de criminalité dans la société. Sur le rôle du psychiatre légiste en droit français, voir J. Leynie, *Manuel de psychiatrie légale et de criminologie clinique* (1977).

³²Depuis la fin des années soixante, les tribunaux américains se sont préoccupés de l'absence de garanties de l'application régulière de la loi dans le cas des enfants :

There is evidence, in fact, that there may be grounds for concern that the child receives the worst of both worlds : that he gets neither protections accorded to adults nor the solicitous care and regenerative treatment postulated for children [. . .].

Kent c. United States, 383 U.S. 541 à la p. 556 (1966). Il s'agissait aussi de reconnaître que les enfants ne bénéficiaient pas toujours des critères d'application régulière de la loi (*due process of law*). Or, dans *In Re Gault*, 387 U.S. 1 (1967), affaire célèbre qui a marqué une étape importante, la Cour suprême a insisté sur l'importance des critères minimaux de *due process*, qui est comme le principe de légalité (*rule of law*), un principe fondamental de justice. Il s'agit du droit d'être informé des accusations, du droit d'être représenté par un avocat, du droit à

mentaux ne se joignent aux groupes minoritaires qui cherchaient à se libérer. Tous ces groupes disparates avaient, cependant, un point en commun : la dénonciation de la violation des droits des personnes les plus vulnérables de la société. Les droits de ces personnes ne semblaient être protégés que par un modèle paternaliste. L'évolution s'est faite lorsque la société a compris que son obligation à leur endroit n'était pas une simple faveur, mais un véritable devoir et lorsqu'elle est passée du langage de la charité publique au langage des droits et libertés. Les confrontations politiques ont alors trouvé un forum propice dans les instances judiciaires.

Les avocats réformistes des années soixante ont été formés pour traiter les problèmes sociaux d'après le modèle des questions d'ordre constitutionnel. Ils commencèrent donc par présenter des causes devant les tribunaux américains pour faire valoir cette nouvelle logique. Leur effort a eu des répercussions internationales³³ au niveau du contentieux judiciaire, vers la fin des années soixante-dix et au début des années quatre-vingt. La réforme qui s'est faite, tant au niveau procédural qu'au niveau du droit substantif, reflétait la logique juridique³⁴ du *due process of law*, c'est-à-dire du principe de l'application régulière de la loi. Ce processus exigeait l'aménagement d'un équilibre entre certaines valeurs conflictuelles, comme le droit à l'autodétermination de l'individu et la responsabilité de la société de protéger ses citoyens. Les droits des malades mentaux s'inscrivaient dans le cadre d'un débat social et politique qui touchait aux fondements des valeurs démocratiques libérales. Le mouvement des droits civils soulevait la question des limites de la tolérance et du droit à la déviance au sein de la société en général.³⁵ L'était aussi une remise en cause des limites des

la preuve dans un procès de type accusatoire et du droit de ne pas s'incriminer soi-même. Ces critères devraient rendre l'incarcération et, partant, l'internement des malades mentaux moins facile. Voir S.A. Shah, « Legal and Mental Health System Interactions : Major Developments and Research Needs » (1981) 4 Int'l J.L. & Psychiatry 219.

³³À titre d'exemple, citons l'affaire *Winterwerp* [1979] Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 427, où la Commission européenne des droits de l'homme a établi les conditions minimales de détention des malades mentaux selon l'article 5(1)(e) de la *Convention européenne des droits de l'homme*.

³⁴Sur l'opposition qui existe entre la logique juridique, d'une part, et la fluidité de la notion de maladie mentale en psychiatrie, d'autre part, voir D.B. Wexler, *Mental Health Law* (1981) à la p. 15 :

A concept such as « abnormality » has many possible meanings — including statistical deviation, improper biomedical functioning, ideological deviation, and less than optimal psychological adjustment — and « mental abnormality » is, definitionally, no more clear-cut [. . .].

³⁵Pour une analyse des menaces posées par l'intervention excessive de la société afin de réprimer toute conduite comme déviance, anormale ou dangereuse pour la collectivité, dans le cadre d'un État thérapeutique tout puissant, voir N.N. Kittrie, *The Right to Be Different : Deviance and Enforced Therapy* (1971).

pouvoirs de police de l'État et du discours de justification utilisé pour la défense des intérêts des tiers dans le cadre de la doctrine du *parens patriae*.³⁶

Les années soixante-dix ont été marquées par des décisions jurisprudentielles célèbres sur les droits fondamentaux au traitement et au refus du traitement,³⁷ sur les critères et les conditions de l'internement et ceux de l'incarcération criminelle avant le procès, et sur le vaste domaine de la protection des droits de la société par le biais de la prédiction de la dangerosité. À une période où les tribunaux américains pénétraient ouvertement dans une arène où ils n'avaient pas de place traditionnelle, puisqu'il s'agissait plutôt d'un terrain politique, les avocats activistes et réformateurs, de concert avec certains juges conscients de leurs responsabilités sociales, s'attaquèrent, eux, à un domaine où les hommes politiques avaient échoué, à savoir la défense des droits des malades mentaux.

Durant la même période, cette tendance a été pratiquement incontestée. Il s'est trouvé peu de détracteurs pour attaquer ces gladiateurs en toge dont la mission était de libérer une communauté de martyrs. Les libéraux n'étaient que très rarement en butte à des attaques. Les choses ont cependant bien

³⁶La doctrine de *parens patriae* — terme dérivé du concept de droit anglo-saxon selon lequel le Roi joue le rôle du « père » du peuple — est invoquée par l'État lorsqu'il cherche non pas à réprimer l'individu déviant, mais à le changer, à le socialiser ou à le soigner, contre son gré, mais pour son bien, comme le ferait un parent. Cette doctrine qui fonde le régime de l'internement et du traitement, dans certains cas, a fait l'objet d'une analyse très détaillée dans Note, « Developments in the Law : Civil Commitment of the Mentally Ill » (1974) 87 Harv. L. Rev. 1190, où sont exposées les garanties individuelles au niveau de la procédure et du droit substantif.

La justification philosophique du pouvoir de *parens patriae* tient à la nécessité de prendre en charge les individus qui ne peuvent se « gérer » seuls. Pour une conception contractuelle de la société, voir T. Szasz, *La loi, la liberté et la psychiatrie* (1977). La doctrine de *parens patriae* étant d'origine anglo-saxonne, donc de *common law*, a néanmoins été appliquée par la Cour supérieure, au Québec, récemment dans *In Re Goyette* (1982), [1983] C.S. 429 et dans *Institut Philippe Pinel c. Dion* (1983), [1983] C.S. 438.

³⁷Comme le droit au traitement, le droit de refuser le traitement psychiatrique constitue une question essentielle, qui a fait l'objet d'une remarquable analyse dans l'ouvrage de T.G. Gutheil & P.S. Appelbaum, *Clinical Handbook of Psychiatry and the Law* (1982) aux pp. 76-139, qui traite du consentement éclairé et de sa relation avec la question du traitement. Les auteurs exposent la doctrine du droit au traitement en faisant l'historique ; *Wyatt c. Aderholt*, 503 F.2d 1305 (5th Cir. 1974) et *O'Connor c. Donaldson*, 422 U.S. 563 (1975). Quant au droit de refuser le traitement, ils en présentent les fondements juridiques et constitutionnels en droit américain. Voir sur ces sujets notamment A.A. Stone, « Overview : The Right to Treatment — Comments on the Law and Its Impact » (1975) 13 Am. J. Psychiatry 1125 ; R. Plotkin, « Limiting the Therapeutic Orgy : Mental Patients' Right to Refuse Treatment » (1977) 72 N.W.U.L. Rev. 461 ; P.S. Appelbaum & T.G. Gutheil, « 'Rotting With Their Rights On' : Constitutional Theory and Clinical Reality in Drug Refusal by Psychiatric Patients » (1979) 7 Bull. Am. Acad. Psychiatry & L. 306 ; A.D. Brooks, « The Constitutional Right to Refuse Antipsychotic Medications » (1981) 8 Bull. Am. Acad. Psychiatry & L. 179 ; et l'excellente analyse de P.S. Appelbaum « Informed Consent » dans D.N. Weisstub, éd., *Law and Mental Health : International Perspectives*, vol. 1 (1984) 45.

changé depuis et il convient maintenant, avec le conservatisme qui caractérise les années quatre-vingt, de prendre du recul pour analyser les cadres conceptuels qui soutenaient le mouvement de défense des droits il y a dix ans.

Le langage libéral s'inspire d'un modèle contractuel. Les avocats croyaient, à cette période, que si l'image des malades mentaux était réévaluée pour en faire des citoyens rationnels, à part entière, dotés des mêmes droits et aspirations que les autres, alors, d'une certaine façon, la valeur de cette logique juridique aurait pour effet de transformer la réalité même. Le déséquilibre des forces entre le patient et son gardien, qu'il soit l'État ou le psychiatre, pourrait ainsi être corrigé. Le malade mental serait protégé par le langage du droit et des droits.

Un nombre de plus en plus grand de critiques ont commencé à réévaluer les motivations sociales et les conséquences politiques qui ont découlé des interventions juridiques et judiciaires des années soixante-dix. Nombreux sont les auteurs connus qui se demandent encore ce que la dernière décennie a produit de bon et de mauvais.³⁸ Il est en fait impossible de saisir le débat actuel sans disséquer les limites du libéralisme et sans analyser le besoin qu'ont les malades mentaux de se faire aider. De Scull à Stromberg et à Stone, on voit se dessiner un consensus sur la nécessité de démystifier un certain discours juridique libéral qui a pu nous hypnotiser.

Les universitaires libéraux présumaient, sans doute avec une certaine dose de naïveté, que les avocats pouvaient fournir les instruments d'une adaptation sociale des malades mentaux, parce que, pour beaucoup, la psychiatrie n'avait pas joué son rôle d'intermédiaire social et que, de toute façon, elle constituait plutôt un élément négatif dans la recherche de cette fin. On a affirmé alors que la psychiatrie faisait preuve de mauvaise foi et que, tout en semblant promouvoir l'affirmation de l'individu, elle est véritablement la cause de la condition pénible des malades mentaux.

Les pressions exercées par le système juridique dans les années soixante et soixante-dix ont, sans aucun doute, beaucoup servi à mettre en évidence

³⁸Voir P.M. Wald & P.R. Friedman, « The Politics of Mental Health Advocacy in the United States » (1978) 1 *Int'l J.L. & Psychiatry* 137 qui décrivent la poussée révolutionnaire des patients réclamant la reconnaissance de leurs droits aux États-Unis. Selon les auteurs, les malades mentaux, les arriérés et les handicapés physiques qui se considéraient, et étaient traités, comme un groupe minoritaire auquel étaient traditionnellement refusés les droits civils, ont poussé très loin leurs revendications et ont obtenu un plus grand respect de leurs droits, grâce au mouvement de défense des droits civils. Cependant, les défenseurs des droits civils sont peut-être allés trop loin dans leur activisme, car les patients demandent à prendre leurs affaires en main eux-mêmes. Souvent, au nom de la liberté individuelle, des excès ont été commis par les avocats qui, en fait, aboutissaient à séparer le malade mental de sa famille, au nom d'un principe supérieur d'autonomie.

les lacunes du système hospitalier et les cas graves d'abus de pouvoir de la part des psychiatres.³⁹ Il faut tenter maintenant d'éviter les écueils du passé, tout en sauvegardant le droit des patients à être traités selon leurs besoins.

Dans certains cas types de maladie mentale, bon nombre de droits et d'obligations se trouvent en suspens. Après tout, il est rare que des malades mentaux soient absolument séparés de tout contexte social. Une fois leurs problèmes placés dans un contexte familial et institutionnel, les malades mentaux ne se trouvent que très exceptionnellement dans un milieu « neutre » sur le plan politique et social. Par conséquent, les tribunaux, lorsqu'ils sont appelés à intervenir parce que les institutions politiques et sociales ont échoué, s'en remettent davantage aux psychiatres. Il convient alors d'évaluer l'univers émotif du patient. Si le modèle abstrait de la protection des droits et libertés ne convient pas, c'est justement parce qu'il a, au contraire, tendance à dissocier le patient de son milieu social et de son contexte émotif, qui reste la cause principale de son conflit.

Quels devraient être alors les critères de la discrétion judiciaire permettant d'exercer un choix entre les modèles contractuel et paternaliste ? La réponse n'est pas facile. Dans le domaine de la santé mentale, les modèles ne conviennent souvent pas, quelle que soit la façon dont ils sont appréhendés. En réalité, le modèle contractuel où, de façon idéale, le patient est placé sur un pied d'égalité avec le médecin, est bien souvent un concept vide de sens.⁴⁰ Les malades mentaux vivent en effet une réalité tragique. Ils ne peuvent faire valoir leurs droits du fait de leur état mais peuvent, avec un traitement optimal, retrouver leurs capacités rationnelles. Pour un libéral des années soixante-dix, cette opinion est dangereuse car elle ramène au paternalisme d'antan où, au nom de la charité,⁴¹ toute une catégorie de

³⁹Dans son ouvrage, J. Robitscher, *The Powers of Psychiatry* (1980), l'auteur analyse la croissance des pouvoirs du psychiatre dans la société ainsi que les lacunes de cette science qui la rendent dangereuse et arbitraire. Les abus sont latents et patents, selon l'auteur, dans le traitement, dans les prédictions et dans l'influence sur les décisions judiciaires :

Psychiatry today is continually growing, although its functions are not adequately defined or limited. The only curb on it is cumbersome legalistic supervision, which hinders as well as helps. In this situation, the individual will have to maintain his own guard against the encroachment of psychiatric power [...]. We must have respectful scepticism toward all the members of the vast army of the « helping professions » who advise us, create the climate of our thinking, and impose their values on us.

Robitscher, *ibid.* à la p. 488.

⁴⁰Nous aborderons cette question ultérieurement ; voir *infra*, note 42 et le texte qui l'accompagne.

⁴¹W. Gaylin *et al.*, *Doing Good : The Limits of Benevolence* (1978). Jusqu'ici l'État a assumé son rôle de parent, mais les auteurs se demandent si l'on peut à la fois protéger les droits des patients et parer à leurs besoins sans risques d'abus. Par ailleurs, la tendance administrative qui pousse à fermer les établissements publics aux États-Unis ne constitue pas une solution puisque les malades sont libres, certes, mais à l'abandon.

personnes un peu déviantes et excentriques était privée de ses droits, selon le même régime que celui appliqué aux malades mentaux dont l'état était grave.

Le problème est particulièrement aigu dans le cas du droit au refus de traitement, en raison des choix difficiles entre l'affirmation des droits du patient et la protection de ses intérêts qui justifie parfois une intervention psychiatrique contre sa volonté. La question est de savoir si, dans les circonstances exceptionnelles où le traitement doit être administré à l'encontre de la volonté du patient, il est possible de définir à la fois des critères juridiques pour la sauvegarde des droits et libertés et une série de normes de traitement psychiatrique sur lesquelles il y a un consensus quant à l'efficacité thérapeutique, et d'espérer que ceux-ci se renforcent mutuellement.

Pour les tenants du modèle contractuel, le retour au modèle paternaliste constitue un appel aux forces réactionnaires qui en profiteraient pour étendre les catégories de déviance sociale. Les avantages ne pourraient jamais compenser les innombrables inconvénients de l'augmentation du nombre des assistés sociaux et de la privation de leurs droits . . . par les psychiatres et les juges.

Au fond, le débat qui caractérise les années quatre-vingt s'articule autour de deux discours démodés : l'un, ancien (le paternalisme rigide), et l'autre, plus récent (le libéralisme). Or, ni l'un ni l'autre ne convient vraiment au nouveau pragmatisme de notre décennie qui impose d'exercer notre conscience sociale, à la fois pour la protection et pour la sauvegarde des libertés et des droits des malades mentaux, sans que ce soit non plus un handicap à ce que le patient recouvre son statut social. La question essentielle consiste à trouver un cadre juridique nouveau sur lequel peut s'inscrire une perception équilibrée des droits à garantir, droits qui sont pour l'instant en suspens. Nous avons découvert, au fond, que toute politique administrative qui tend à laisser les personnes en liberté et, de ce fait, dans un état d'abandon social, ne mérite pas le qualificatif de « libérale ». La logique juridique qui nous conduirait à un déni des responsabilités sociales vis-à-vis des personnes qui sont dans une situation tragique est plus souvent à l'avantage de leurs avocats qu'à celui de leurs familles et d'eux-mêmes. Par ailleurs, il ne fait pas de doute que toute personne de conscience évitera à tout prix de revenir au paternalisme d'antan, monde de formules creuses et de contrats sociaux conclus de mauvaise foi.

Les établissements de grande capacité qui caractérisaient le monde industrialisé entre les deux guerres mondiales, quelles que soient les théories sociales et historiques que nous leur appliquons, étaient pour la plupart des institutions qui sacrifiaient, sans hésiter, une minorité de la population. Les pays industrialisés progressistes, lorsqu'ils ont pris conscience de ce fait, ont

voulu faire des progrès considérables à court terme en apportant des correctifs juridiques immédiats. Cette réforme, reconnaissons-le maintenant, ne pouvait résulter, ni d'une réforme législative ni de l'activisme judiciaire.

Que faire dès lors devant ce nouveau contexte où les éléments du régime de la santé mentale sont nettement remis en question ? À la différence des années cinquante et soixante, la psychiatrie a fait preuve, au cours des dernières années, de beaucoup de retenue. Elle ne se pose plus comme une science dotée de formules permettant de pallier la souffrance humaine. En général, la psychiatrie est devenue moins dogmatique et beaucoup plus modeste.

D'un autre côté, les malades mentaux ont appris, en tant que groupe, à affirmer leurs droits de façon beaucoup plus efficace et ont même, dans certains cas, su se servir habilement du modèle contractuel. Toutefois, la grande majorité d'entre eux se trouve partagée entre les progrès faits sur le plan des droits et libertés individuels et une réalité sociale qui les menace, puisque la psychiatrie est devenue plus modeste et que la société, outre les difficultés budgétaires des dernières années, a tendance à abdiquer devant ses responsabilités à leur égard.

Quelle est la place des avocats dans les relations qui constituent la trame de la *Real Politik* de la santé mentale, dans ses jeux et interactions ? Les voit-on comme des acteurs honnêtes dans le drame qui se joue ou plutôt comme des intrigants qui « truquent » la réalité autant qu'ils cherchent à la corriger, à l'occasion ? Il leur arrive parfois, dans le cadre d'un système accusatoire, d'exposer la réalité et de forcer les acteurs malveillants à se soumettre. En se faisant champions des droits, ils oublient cependant souvent que le démon du paternalisme qu'ils ont terrassé était aussi une source potentielle de secours pour les malades mentaux. Le véritable problème qui se pose donc aux juristes, dans le contexte de la crise économique internationale, est de réaffirmer l'engagement des psychiatres vis-à-vis des malades mentaux, tout en luttant contre le retour au discours du paternalisme traditionnel qui tendait à favoriser l'internement. Comment les avocats peuvent-ils « aider » sans être « récupérés » et sans entrer en collusion avec la psychiatrie ? Comment trouver un correctif contre l'excès de libéralisme, sans pour autant retomber dans le paternalisme ?

Quand on examine la perspective de la psychiatrie sur la portée de l'intervention juridique, on doit toujours se souvenir que cette science a épousé, pendant la période de contestation de son pouvoir professionnel, le langage même de la défense des droits. Elle est, de ce fait, devenue beaucoup plus politisée qu'elle ne l'était il y a vingt ans. Comme groupe professionnel, les psychiatres ont, en effet, appris à manipuler le langage des critères juridiques et à marcher sur une corde raide entre, d'une part, une certaine modestie professionnelle et, d'autre part, l'efficacité du rôle social

qui, sur le plan politique, leur incombait en tant qu'élite. Le danger tient, bien sûr, à la confusion du langage qui occulte les concepts de « contractualisme » libéral et de paternalisme, à la fois dans les professions juridique et psychiatrique. Or, souvent, les objectifs ne sont pas identiques et sont même parfois contradictoires. Si les tribunaux se voient confier des affaires parce que les droits et les besoins de la personne n'ont pas été respectés, la question est de savoir comment contrôler et définir les paramètres de la discrétion juridique et fixer des conditions-limites aux pouvoirs discrétionnaires du psychiatre. Il ne serait pas acceptable que les juges se lavent les mains des cas difficiles et s'en remettent simplement aux jugements des psychiatres. La jurisprudence américaine récente⁴² nous permet d'observer que les juges commencent à faire marche arrière et à s'écarter du modèle abstrait des droits et libertés qui était de mise il y a dix ans. Leur plus grande prudence dans les références aux valeurs fondamentales et leur réserve est typique de l'ambiance politique actuelle.

Dans les juridictions les plus progressistes, les juges semblent se méfier des lacunes de la psychiatrie. Tout en acceptant les limites de la contribution de cette science à la chose judiciaire, ils semblent continuer à considérer les psychiatres comme les professionnels les plus aptes à juger des intérêts supérieurs des patients. Les tribunaux de nombreux pays étrangers — surtout les tribunaux canadiens — ont suivi avec intérêt l'évolution américaine. Depuis l'intégration dans la Constitution d'une *Charte canadienne des droits*

⁴²À propos de la tendance conservatrice récente dans la jurisprudence américaine, voir D.B. Wexler, « The Structure of Civil Commitment, Patterns, Pressures, and Interactions in Mental Health Legislation » (1983) 7 *Law & Hum. Behav.* 1 et J. Parry, « A Review of the Supreme Court's Disability Decisions Under Chief Justice Burger » (1984) 8 *Mental & Physical Disability L. Rep.* 502.

⁴³Selon l'interprétation qui sera donnée à la *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 par les tribunaux et, d'après l'orientation de la politique gouvernementale, les droits du malade mental, et la profession psychiatrique en général, pourront connaître une certaine réforme. Pour l'analyse de la *Charte* par rapport au droit et à la psychiatrie, voir M. Manning, *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act* (1983) à la p. 550 et s.

On peut se demander si les tribunaux canadiens vont exiger une formulation claire et stricte des critères de l'internement comme aux États-Unis (dangerosité menaçante pour autrui ou pour le malade).

Le droit à la représentation par avocat, n'étant cependant pas mentionné expressément dans la *Charte*, sera sans doute réputé implicite dans les principes fondamentaux de justice puisqu'il s'agit d'un élément important du système juridique. Les groupes de défense des droits des malades mentaux insistent sur la nécessité pour l'État de fournir de l'aide juridique, mais aux États-Unis, l'avis au malade pour l'informer de son droit à un avocat est surtout imposé dans le processus criminel, ce qui n'est pas justifié. Le régime civil est aussi important et les malades devraient bénéficier des mêmes garanties. Une catégorie spécialisée d'avocats des malades mentaux sera sans doute créée comme certains le souhaitent. Par conséquent, aussi bien les critères d'internement et de libération que la procédure, sont susceptibles d'être réévalués à la lumière de la *Charte*. L'exercice de la profession psychiatrique et ses modalités pourraient aussi

icaine ne sera pas bientôt « dépassée » par rapport au Canada. Les juges canadiens n'auront pas ainsi à refaire le même cheminement historique quoique, sur le plan superficiel, la logique des valeurs fondamentales impose une démarche différente dans les deux pays.

Bref, le contractualisme ne semble pas adapté aux cas difficiles, peut-être même pas à la majorité des cas. Par ailleurs, le paternalisme découle d'une logique antérieure au mouvement libertaire et semble discutable pour les défenseurs des droits civils. Les juges canadiens qui n'ont pas eux encore parcouru tout le chemin qu'ont fait les tribunaux aux États-Unis en matière de contestation judiciaire devraient tenter de trouver une troisième voie qui permette de démarquer les normes des droits civils et des droits de la personne. La psychiatrie doit continuer à accomplir convenablement sa mission de traitement humanitaire, tout en laissant le système juridique tendre vers une protection accrue des intérêts des malades.

être touchés par la *Charte* (ouverture éventuelle de la pratique à des non-médecins) de même que le rôle du psychiatre qui fera sans doute l'objet de contestations judiciaires dans le cadre de la question du droit au traitement et du droit de refuser le traitement. Les tribunaux canadiens iront-ils aussi loin que les tribunaux américains dans la protection des garanties constitutionnelles pour ce qui est du droit au refus de traitement ? Sur le plan procédural, la définition canadienne des principes fondamentaux de justice va-t-elle correspondre au concept du *due process* américain avec tous les droits qu'il recouvre selon *Lessard c. Schmidt*, 349 F. Supp. 1078 (D. Wis. 1972).

L'article 9 de la *Charte* pourrait entraîner une remise en cause de l'utilisation par l'État du pouvoir de protection publique dans le cas de la détention du malade mental. En Europe, les interprétations jurisprudentielles de la Convention européenne ont défini de façon stricte le pouvoir étatique (l'affaire *Winterwerp*, *supra*, note 33). Quant à l'éventualité du recours à l'*habeas corpus* pour l'interné, il faudra s'attendre à voir cette question soulevée devant les tribunaux. En outre, l'avènement de la *Charte* pourra donner lieu à un débat sur la définition précise de la maladie mentale, question fondamentale dont l'incidence pourrait se faire sentir sur le régime de l'internement. Sur la valeur de l'enchaînement des droits dans la Constitution, voir P. Gill, « The Entrenchment of Rights and Liberties » (1981) 46 Sask. L. Rev. 213. La législation des provinces canadiennes en matière de santé mentale pourrait aussi être remise en cause dans certains de ses aspects, au cours des prochaines années, sous l'influence de la *Charte*. Pour une étude des questions de droits civils dans les lois de l'Ontario, voir R. Anand, « Involuntary Civil Commitment in Ontario : The Need to Curtail the Abuses of Psychiatry » (1979) 57 R. du B. can. 250. Sur la condition des handicapés en général en Ontario et leur droit de se faire défendre par un avocat à formation spécialisée, voir R.S. Abella, *Access to Legal Services by the Disabled* (1983). L'auteur a fait valoir que le défaut de possibilité de recours collectif au Canada (sauf au Québec) était un élément qui décourageait les recours judiciaires des handicapés, à la différence de la situation américaine. Au Québec, les droits civils des patients de psychiatrie sont régis par la *Loi sur la protection du malade mental*, L.R.Q., c. P-41. La Commission des affaires sociales est l'organe de révision des demandes de patients en vue de la fin de la cure fermée (ou internement). Voir B.P. Hill, « Civil Rights of the Psychiatric Patient in Quebec » (1977) 12 R.J.T. 503, où, tout comme le juge Abella le recommandait pour l'Ontario, l'auteur recommande la création au Québec d'un regroupement d'avocats spécialisés dans la santé mentale et ce, pour assurer le respect de la « déclaration [éventuelle] des droits du patient ».

Au niveau législatif, des auteurs américains, sensibles aux problèmes des malades mentaux, se sont prononcés en faveur d'un modèle de paternalisme contrôlé.⁴⁴ Il n'est pas rationnel, soutiennent-ils, que les cas civils et criminels soient traités de la même façon du point de vue de la charge de la preuve et de la protection des libertés. Comme l'a montré une jurisprudence récente dans plusieurs juridictions, notamment aux États-Unis, une distinction doit être clairement faite entre la procédure d'internement au civil et la procédure criminelle.⁴⁵ Seule une telle distinction garantirait

⁴⁴La pression du mouvement des droits civils aux États-Unis qui insistait sur le respect de l'idéal égalitaire a gêné l'exercice d'une bienfaisance incontrôlée et paternaliste, de la part des puissants, à l'égard des nécessiteux. Plusieurs commentateurs en psychiatrie et en droit ont proposé un modèle révisé de paternalisme, notamment Alan Stone qui a avancé, en 1975, un critère de l'acceptation du traitement forcé — « Thank You Theory of Civil Commitment » — à savoir que le tribunal pouvait imposer un traitement au malade mental si c'est ce traitement qu'aurait souhaité recevoir toute personne raisonnable, dans la même situation. Voir A.A. Stone, *Mental Health and Law: A System in Transition* (1975). Une version révisée de cette proposition a été présentée par Roth, *supra*, note 26, qui refuse le concept de traitement involontaire du malade mental. Les critères d'internement proposés par Roth sont très stricts et réduisent le pouvoir de l'État de *parens patriae*; quant au traitement, il peut être pratiqué, mais à l'essai, et avec des délais très brefs, par exemple six semaines. Sur la question du paternalisme contrôlé, voir aussi Stromberg & Stone, *supra*, note 26.

Comme justification philosophique d'une approche paternaliste, il est intéressant de noter le point de vue libertaire de John Stuart Mill, J.S. Mill, *On Liberty* (1859) *in fine*; selon Mill, la seule limite à la liberté de l'individu intervient lorsque l'individu ne fait plus les choix pour son bien; par exemple, s'il vend son corps comme esclave, il renonce à sa liberté. Le paternalisme est justifié si ce que l'on cherche à sauvegarder, c'est l'autonomie de la personne; l'État peut limiter la liberté, selon Mill, lorsque l'individu est irresponsable, s'il peut infliger des dommages, s'il ne se contrôle pas, mais l'intervention publique doit être des plus limitées. Voir M.E. Waithe, « Why Mill was for Paternalism » (1983) 6 *Int'l J.L. & Psychiatry* 101.

⁴⁵Dans *Addington c. Texas*, 441 U.S. 418 (1979), la Cour suprême a rejeté le critère de la preuve « au-delà de tout doute raisonnable », critère de droit criminel trop difficile à satisfaire dans une procédure d'internement civil. La Cour a établi une distinction entre les règles de procédure civile et criminelle, et elle a opté pour le critère de la « preuve claire et convaincante » qui serait plus adapté aux besoins des malades; si les critères de preuve étaient trop stricts, les patients pourraient être victimes d'un manque de soins. « One who is suffering from a debilitating mental illness and in need of treatment is neither wholly at liberty nor free of stigma. » *Addington c. Texas*, *supra* à la p. 429. L'affaire *Addington* fait ressortir les liens conceptuels étroits entre une question de procédure comme le critère de la preuve et une question de droit positif (les critères d'internement). En effet, le psychiatre est parfois en difficulté lorsqu'il s'agit pour lui de prouver, par exemple, la dangerosité, selon le critère de droit criminel. Voir H.R. Hawkins & P.O. Sullivan, « Due Process and the Development of 'Criminal' Safeguards in Civil Commitment Adjudications » (1974) 42 *Fordham L. Rev.* 611. Par ailleurs, comme l'explique Brooks,

the individual's interest in the outcome of a civil commitment proceeding is of such weight and gravity that due process requires to justify confinement by proof more substantial than a mere preponderance of evidence.

A.D Brooks, *Law, Psychiatry and the Mental Health System* (1980) à la p. 123. Mais doit-on aller jusqu'à exiger le critère le plus strict? Voir J. Monahan & D. Wexler, « A Definite Maybe: Proof and Probability in Civil Commitment » (1978) 2 *Law & Hum. Behav.* 49 aux pp. 53-4,

que les malades ne se voient pas refuser les traitements adaptés à leurs besoins et les soins qui leur sont essentiels.

D'après des observateurs américains, une fois que les défenseurs des droits civils ont provoqué un durcissement dans la formulation de la législation sur la santé mentale, par exemple en matière civile, certaines « techniques » nouvelles, comme le placement sous tutelle⁴⁶ des malades mentaux en vue de leur incarcération, sont apparues et ont eu pour effet de priver ces derniers de leurs droits. Les malades mentaux qui, sortis des asiles, se sont retrouvés en prison⁴⁷ ou ont été laissés à l'abandon dans la société, ont ressenti les effets de cette crise de façon particulièrement dure. Les sociologues qui ont tenté d'évaluer le vaste mouvement de réforme législative des années soixante-dix se sont, en général, montrés découragés par l'application parcellaire de mesures législatives et judiciaires qui, pourtant, allaient très loin. Des études révèlent l'incapacité des avocats de défendre les droits des malades mentaux de façon toujours satisfaisante.⁴⁸ Il faut donc admettre que ce ne sont pas quelques décisions judiciaires de grande portée qui permettront un changement du système, si celles-ci ne

et R. Slovenko, « Criminal Justice Procedures in Civil Commitment » (1977) 24 Wayne L. Rev. 1.

⁴⁶Dans les États américains où les critères d'internement rendent l'hospitalisation plus difficile, on observe le recours de plus en plus fréquent à la procédure de placement sous tutelle comme moyen de contourner les restrictions à l'internement. À ce sujet, voir G.H. Morris, « The Use of Guardianship to Achieve — Or to Avoid — the Least Restrictive Alternative » (1980) 3 Int'l J.L. & Psychiatry 97 et G.H. Morris, « Conservatorship for the 'Gravely Disabled': California's Nondeclaration of Nonindependence » (1978) 15 San Diego L. Rev. 201. Sur le placement en tutelle, voir D.N. Weisstub, « The Legal Regulation of Cults: A Policy Analysis » dans D.G. Hill, éd., *Study of Mind Development Groups: Sects and Cults in Ontario* (1980).

⁴⁷Les malades mentaux, une fois libérés de l'institution, sont en quelque sorte « récupérés » par le système de justice criminelle. Voir A. Zitrin *et al.*, « Crime and Violence Among Mental Patients » (1976) Am. J. Psychiatry 142 et J.J. Cocozza, M.E. Melick & H.J. Steadman, « Trends in Violent Crime Among Ex-Mental Patients » (1978) 16 Criminology 317.

La désinstitutionnalisation et les soins dans la communauté sont-ils à l'origine de la criminalisation des malades mentaux ? Voir L. Sosowsky, « Crime and Violence Among Mental Patients Reconsidered in View of the New Legal Relationship Between the State and the Mentally Ill » (1978) 135 Am. J. Psychiatry 33, suivi de L. Sosowsky, « Explaining the Increased Arrest Rate Among Mental Patients: A Cautionary Note » (1980) 137 Am. J. Psychiatry 1602. Voir aussi G.E. Whitmer, « From Hospitals to Jails: The Fate of California's Deinstitutionalized Mentally Ill » (1980) 50 Am. J. Orthopsychiatry 65, et L.A. Teplin, « The Criminalization of the Mentally Ill: Speculation in Search of Data » (1983) 94 Psychological Bulletin 54.

⁴⁸À propos de la défense des droits des malades mentaux (le concept d'*advocacy*) et du nouveau rôle des avocats, voir B.L. Bloom & S.J. Asher, éd., *Psychiatric Patient Rights and Patient Advocacy: Issues and Evidence* (1982) ; S.S. Herr, S. Arons & R.E. Wallace, *Legal Rights and Mental-Health Care* (1983) et S.S. Herr, *Rights and Advocacy for Retarded People* (1983). Voir aussi M.L. Schwartz, « The Professionalism and Accountability of Lawyers » (1978) 66 Calif. L. Rev. 669.

sont pas vraiment suivies. Malgré une certaine évolution de la jurisprudence, les espoirs de réforme ne se sont donc pas encore concrétisés.

III. La problématique politique commune à la psychiatrie et au droit

Dans la majorité des pays occidentaux, la crise de confiance à laquelle nous avons fait allusion vient seulement de commencer à se manifester car, en fait, le mouvement de contestation de la psychiatrie a seulement effleuré le système judiciaire. Les tribunaux font un recours de plus en plus fréquent à la consultation psychiatrique. Au civil comme au criminel, les compagnies d'assurances,⁴⁹ les directeurs de personnel, les familles et la police mettent de côté leurs appréhensions au sujet des psychiatres et cherchent des rapports et des témoignages d'experts pour étayer leurs actions judiciaires. Auparavant, la défense d'aliénation mentale n'était invoquée que pour les crimes les plus haineux. Aujourd'hui, les juges et les avocats l'utilisent pour promouvoir la réadaptation et éviter aux délinquants tout contact avec la sous-culture carcérale. On insiste de plus en plus pour que le système pénitentiaire s'appuie sur la science psychiatrique. Les commissions de libération conditionnelle sont de plus en plus satisfaites de la preuve de nature psychiatrique en matière de prédiction du retour à la conformité sociale. Du milieu scolaire à la prison, les psychiatres suivent l'individu dont le dossier demande une attention particulière. C'est sans doute du fait que la psychiatrie gagne autant de terrain dans le domaine judiciaire que sa légitimité est attaquée par les défenseurs des droits civils. Une chose est certaine : notre système judiciaire a utilisé la psychiatrie pour accomplir les besognes les plus diverses. Les psychiatres ont accepté des tâches qui ressortissaient normalement aux prêtres et aux hommes de bonne volonté. Face à certains cas sociaux insolubles, ils se mettaient dans une position vulnérable vu qu'ils n'avaient ni la prétendue moralité de la religion, ni la certitude dont se parent les hommes de loi.

Ne serait-il pas temps de reconnaître qu'il n'y a pas plus de certitudes en psychiatrie, qu'en théologie ou en droit ? Ces professions ont, toutes trois, pour coutume d'édicter des jugements « politiques » au sens vague du terme. Toutes, elles font des règles, éduquent les gens pour qu'ils les suivent et punissent ceux qui s'en écartent. La théologie et le droit ont cessé d'être aussi absolutistes et aussi ouverts dans leurs sanctions car leur dogmatisme et leur propension à sanctionner ont été transférés, par un mouvement historique, au système de contrôle social embryonnaire qu'est la psychiatrie.

⁴⁹Sur l'intervention du psychiatre dans le domaine de l'assurance sociale pour les évaluations en matière de rente d'invalidité, de prestations de chômage ou d'assurance (aussi en matière d'incapacité de travail). Voir L. Keiser, *The Traumatic Neurosis* (1968); M.E. Lewis & R.L. Sadoff, *Psychic Injuries* (1975), et H.G. Wittington, « Role of the Psychiatrist in Personal Injury Litigation » (1982) 10 J. Psychiatry & L. 419.

En fait, la psychiatrie est devenue, à un faible degré, la proie de tout un ensemble d'abus de pouvoir. Les psychiatres, à l'instar des prêtres, des avocats et des juges, éprouvent de sérieuses difficultés à dissocier leurs connaissances acquises, des pressions professionnelles exercées par leurs pairs, des influences sociales et communautaires, de la protection de leur propre sous-groupe professionnel et des exigences, que leur imposent les institutions protégées par l'État qui vont de la famille aux instruments de pouvoir que constitue, par exemple, le système pénal.

Dans la querelle entre le droit et la psychiatrie, sous la poussée du mouvement des droits civils qui est en fait une forme de légalisme pour la défense des droits contre les tendances paternalistes exprimées par les psychiatres, ces derniers n'ont pas riposté par une attaque du droit dans ses éléments discrétionnaires. Pourtant, l'exercice de la discrétion⁵⁰ et du jugement politique en droit constitue un débat permanent. La science juridique positiviste⁵¹ du dix-neuvième siècle a réagi contre le droit naturel (le côté humaniste, artistique ou métaphysique du droit) et contre les théories de la justice du *Volkgeist* (qui liaient le droit directement à l'idée de nation et à des traits particuliers sociaux, culturels ou politiques). Cette tendance s'est évanouie avec le déclin du positivisme dans les sciences exactes après la Deuxième Guerre mondiale. Il reste que ce débat demeure puisque l'on cherche toujours à déterminer si la prise de décision en droit est nettement différente de celle du domaine politique.

La psychiatrie et le droit ont l'une comme l'autre élaboré des discours qui aident à la formulation et au maintien du pouvoir. Chacun de ces discours opère à des niveaux d'abstraction différents. Ils découlent de types idéaux qui donnent une justification philosophique, cherchant par là à être distingués sur le plan analytique de l'idéologie professionnelle et de la sociologie appliquée. Néanmoins, il existe en droit et en psychiatrie deux dialectiques qui se légitiment et se soutiennent mutuellement. Une profession ne peut pas soutenir une conception d'elle-même si elle n'offre pas de préceptes abstraits autour desquels des rôles-types diversifiés peuvent s'articuler et s'identifier les uns et les autres à des fins d'efficacité politique ou sociale. On remarque une certaine souplesse qui est la caractéristique des professions hésitant entre des apparences monolithiques et le relativisme évasif. C'est pourquoi la psychiatrie et le droit ont beaucoup plus de traits communs en tant que systèmes de contrôle social qu'une première analyse ne le laisserait croire.

⁵⁰Pour une analyse approfondie de ce problème, voir H.L.A. Hart, *Le concept de droit* (1976), et R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977).

⁵¹Pour une critique générale positiviste de la théorie du droit naturel et sur leur relation respective avec l'histoire de la philosophie du droit, voir D. Lloyd, *Introduction to Jurisprudence*, 4e éd. (1979).

La relation entre le droit et le pouvoir est à la fois plus nette et moins claire que pour la psychiatrie. Le processus judiciaire est l'arbitre officiel des conflits opposant deux parties. Les juristes et les psychiatres éprouvent cependant les mêmes difficultés dans leur résistance aux attaques dirigées contre leur légitimité, tant leurs relations avec le pouvoir sont nettes. Dans un mouvement dialectique, les juristes critiquent les psychiatres et, aussitôt, ces derniers corrigent leurs modes d'action et ils évoluent dans le sens souhaité. D'où le balancement du pendule entre le modèle contractuel et celui du paternalisme, ou dans sa nouvelle forme, du paternalisme éclairé. Il en va de même pour les avocats qui doivent aussi prouver leur légitimité, face aux attaques des libéraux, défenseurs du modèle contractuel et égalitaire. Pourquoi l'avocat, comme le psychiatre, ne peut-il correspondre d'emblée aux modèles de transparence requis par la société démocratique libérale ?

Il est nécessaire, à ce stade, d'analyser le modèle contractuel en droit et en psychiatrie afin de déterminer si son application, ou ses difficultés d'application, ne conditionnent pas la formulation des critiques sur l'abus du pouvoir discrétionnaire. La plupart des avocats prennent pour hypothèse que leurs tâches sont amORALES et sans complication, c'est-à-dire que leur allégeance va au client⁵² et à nul autre. Cela sous-entend que le contenu moral de leur tâche peut être lié aux valeurs du système juridique, à la fois sur le plan de la procédure et sur le fond. Des observateurs avisés comprennent cependant que le droit, qui ne diffère pas en cela de la psychiatrie, remplit de nombreuses fonctions dans notre société, et que les allégeances ne sont pas toujours aussi nettement dessinées que les avocats le prétendent.

En effet, les clients de l'aide juridique, les personnes classées comme déviantS sociaux ou inadaptés, les jeunes et les vieillards sont souvent des pupilles de l'État ; celui-ci est tenu de leur offrir des services et d'arbitrer et de régler leurs intérêts. Très souvent, pour ces catégories défavorisées, les « gardiens », nommés par l'État ou autrement, semblent être des agents du pouvoir dont l'identification avec l'idéologie dominante et les buts que la société leur a fixés est si forte qu'ils deviennent des « agents doubles ».

Aux yeux du commun des mortels, la psychiatrie et le droit demeurent des institutions de dernier ressort. Dans plusieurs cas, en particulier dans le secteur de la santé mentale, le client vient voir l'avocat avec des attentes et des désirs multiples, non formulés et inconscients. L'avocat, peut-être déjà placé dans un rôle ambigu, eu égard à la définition et à la catégorisation de ces besoins, doit alors agir en fonction des intérêts déclarés consciemment

⁵²Herr, Arons & Wallace, *supra*, note 48, exposent le rôle original de l'avocat dans la santé mentale et insistent sur la nécessité pour celui-ci de défendre ce principe fondamental. Voir aussi F.P. Cihlar, « Client Self-Determination : Intervention or Interference » (1970) 14 St Louis U.L.J. 604.

par le client et, ce faisant, peut ne pas remarquer les indications sous-jacentes de confusions chez celui-ci. En un sens, le système juridique lui-même traduit les décisions conscientes et non pas les besoins réels de l'ensemble de la société. Au niveau du microcosme, le client illustre la condition juridique quand il n'exprime ses besoins que par l'intermédiaire de son représentant juridique. Dès lors, comment peut-on faire confiance à l'avocat, alors que le droit a pour fonction essentielle d'exprimer les besoins et les désirs dominants de notre société ?⁵³ Une forte vague de méfiance vis-à-vis de la profession juridique existe, sans aucun doute. Des observateurs informés rejoignent le public en général quand ils reconnaissent la part importante que tient le discours rhétorique dans le droit.

D'ailleurs, rares sont les citoyens qui se sentent à l'aise dans le monde juridique et qui y trouvent de l'aide pour leur intérêt personnel ou, dans la vie courante, pour leur satisfaction émotive. En fait, l'efficacité du droit impose de tirer parti de valeurs moralement justifiées au lieu de ne présenter que leur simple application.⁵⁴ Les citoyens ordinaires ont recours au droit pour planifier leurs affaires tout en le craignant malgré tout parce qu'il leur semble impénétrable et abstrait. Les avocats ne sont pas perçus comme des protecteurs moraux dignes de confiance, mais ils servent plutôt de points de repère puisqu'ils connaissent, eux, les contours invisibles de la civilisation technologique.

L'avocat, enveloppé dans son discours rationnel, produit un type d'occultation morale quand il fait des raisonnements qui prennent la texture artificielle d'arguments faits à l'avance et indépendants des véritables besoins émotifs du client. Les relations sont définies d'après les règles strictes du contrat et de la confiance. Comment peut-on affirmer que les modalités de ces relations sont dictées par des parties de force égale ?⁵⁵ Comment peut-on dire de l'avocat qu'il est un observateur neutre ? Il est inévitable que le

⁵³La question des limites de la décision juridique dans le contexte politique a autant préoccupé les juristes de l'école réaliste américaine que les marxistes à une époque plus récente. Pour une analyse marxiste de la conception contractuelle et ses implications dans le système capitaliste, voir I.D. Balbus, « Commodity Form and Legal Form : An Essay on the 'Relative Autonomy' of the Law » (1977) 11 *Law & Society* 571.

⁵⁴Sur l'utilisation du droit comme forme de pouvoir ou de menace par les grandes entreprises et sur les manipulations du concept de contrat dans la pratique commerciale moderne, voir S. Macaulay, « Elegant Models, Empirical Pictures and the Complexities of Contract » (1977) 11 *Law & Society* 507.

⁵⁵Certes, il convient d'analyser, au plan philosophique, la nature particulière de la relation entre le client et le professionnel du droit ou de la médecine en nous référant à trois modèles, à savoir l'alliance, le contrat et l'alliance thérapeutique qui se retrouvent à travers l'histoire des rapports humains dans le monde occidental. Le premier type désigne une relation établie entre des parties de force inégale qui n'ont pas le même pouvoir, mais qui ont une communauté de destin. C'est le modèle hébraïque de l'alliance divine conclue avec Moïse et aux termes de laquelle le destin du peuple d'Israël allait être fixé. Dieu dictait alors sa volonté aux enfants

psychiatre et l'avocat deviennent parties à la destinée de leurs clients. Le silence du psychiatre devient un outil puissant de direction. Par contraste, le verbe est la force du droit. Cependant, dans chaque cas, par le silence, le secret ou l'intervention active, les relations avec les idéologies professionnelles sont prises dans une dialectique à laquelle ni le psychiatre, ni l'avocat ne peuvent résister.

En fait, le modèle paternaliste selon lequel le patient s'en remet à la compétence du médecin et à sa capacité de prendre des décisions cruciales, a été détrôné par le modèle contractuel, fondé sur l'autonomie du patient, la présomption de rationalité; il s'agit d'un modèle légaliste dans lequel le patient affirme ses droits. Pourtant, le modèle classique ne trouve pas toujours son application ni dans la relation du psychiatre avec son patient dans le cadre de l'alliance thérapeutique, ni dans la relation entre l'avocat et son client malade mental. Ce modèle n'explique pas en effet de façon satisfaisante le type de rapports qui s'instaure. Très souvent, l'avocat agit en tant qu'avocat de l'aide juridique et il a du mal à jouer le rôle qui lui est normalement dévolu dans un procès accusatoire.⁵⁶ De plus, si ce « contractant »

d'Isaac et guidait leur avenir ; il s'imposait de façon autoritaire par des décrets excessifs et des sanctions.

Le deuxième type de rapports s'établit cette fois entre des partenaires égaux : c'est le concept de contrat provenant de la philosophie grecque. Selon cette tradition, les membres de l'État étaient tous des citoyens à part entière et ils se voyaient, à ce titre, conférer une portion égale du pouvoir. Pour des idéalistes comme Platon ou Socrate, le contrat est une abstraction, une idée. La connaissance idéale en constitue la base. Chaque citoyen doit prendre un engagement vis-à-vis de la vérité sans lequel il ne peut exister d'ordre social. Par conséquent, dans les deux conceptions, hébraïque et grecque, la relation est différente : participation personnelle à l'alliance mais avec une disproportion des forces respectives des parties, d'une part, relation dépersonnalisée, mais statut d'égalité des parties, d'autre part.

Où la psychiatrie, avec l'alliance thérapeutique qui la caractérise, puise-t-elle ses origines ? Quelle affinité a-t-elle avec les deux concepts fondamentaux de la culture occidentale ? Il s'agit, en fait, d'un amalgame des deux traditions, ce qui peut être à la fois une force et une faiblesse. L'alliance thérapeutique unit des individus indépendants, mais sans idéaux. Le patient perd son état de dépendance à l'égard du père, et il demeure loin de Dieu, ce qui en fait un être abstrait, dépersonnalisé, qui ne dépend plus, ni de l'autorité morale, ni d'idéaux au sens de la philosophie grecque. Quand, à l'issue du traitement psychiatrique, l'individu se trouve libéré du poids de son passé, il est placé devant le vide au plan des valeurs et de l'éthique puisque la psychiatrie prône la neutralité. Si les Hébreux insistaient beaucoup sur le concept de salut collectif, pour les Grecs, l'individualisme devait triompher, mais dans les deux cultures, le contenu éthique était présent, à savoir l'idée de sacrifice, de dépendance, d'altruisme ou de responsabilité sociale découlant du statut même de citoyen. La psychiatrie, elle, opère dans le vide éthique, une anomie existentialiste où le seul objectif consiste dans l'exploration des valeurs et de l'émotion du moi. L'individu est, pour le psychiatre, une somme de besoins et de désirs ; il doit faire *tabula rasa* et échapper au fardeau du passé pour entrer dans un avenir sans contraintes éthiques. Sur le modèle contractuel dans le cadre de l'alliance thérapeutique entre le psychiatre et son patient, voir T. Karasu, « Ethical Aspects of Psychotherapy » dans S. Block & P. Chodoff, éd., *Psychiatric Ethics* (1981).

⁵⁶Dans le système accusatoire (*adversarial*), à la différence du système inquisitoire, il incombe aux parties et non au juge de définir les points en litige, de mener le procès et de présenter la

qu'on lui présente voit sa rationalité mise en doute par l'État, comment peut-il contracter ?

La confusion du rôle de l'avocat provient alors du danger qu'il trahisse son client, vu qu'il entre dans le domaine de la discrétion. Loin de s'en tenir à l'exécution d'un mandat qui lui serait dicté par son client-patient, il faut au contraire qu'il aille au-delà du cadre contractuel. Les avocats sont en général mal préparés pour jouer ces rôles. Déjà, en 1943, Laswell et McDougal recommandaient que la profession juridique s'ouvre davantage à son rôle de politique sociale,⁵⁷ mais aujourd'hui l'avocat de santé mentale se doit d'intervenir aussi comme agent thérapeutique. Le problème d'allégeance se pose alors de façon cruciale. Par exemple, devant un tribunal administratif, dans un cas d'internement, ou de consentement au traitement ou encore dans les procédures en vue d'une décision de libération, il est difficile pour lui de se détacher de son rôle public de citoyen et de représentant de l'État

preuve et les plaidoyers. Sur l'application de ce système procédural au domaine de la santé mentale, voir M. Teplitsky & D.N. Weisstub, « Comment on Mr Justice Haine 'Psychiatry and the Adversary System of Justice' » dans D.N. Weisstub, éd., *Law and Psychiatry* (1978) 36. Voir aussi G.E.P. Brouwer, « Inquisitorial and Adversary Procedures — A Comparative Analysis » (1981) 55 *Aus. L.J.* 207.

⁵⁷Sur la transformation et les nouvelles dimensions du rôle des avocats par rapport à la politique administrative, voir H.D. Laswell & M.S. McDougal, « Legal Education and Public Policy : Professional Training in the Public Interest » (1943) 52 *Yale L.J.* 203 à la p. 203, où l'on voit comment la formation des avocats revêtait alors une importance considérable pour la préservation de la démocratie. Depuis cette époque, on note une évolution vers une position plus engagée des avocats, illustrée par le mouvement d'activisme judiciaire ; voir R.F. Conner & C.R. Huff, *Attorneys as Activists : Evaluation of the American Bar Association BASICS Program* (1979). À la vague activiste a succédé, dans les années soixante-dix aux États-Unis, le mouvement des « Critical Legal Scholars », voir A.C. Hutchinson & P.J. Monahan, « Law, Politics and the Critical Legal Scholars : The Unfolding Drama of American Legal Thought » (1984) 36 *Stan. L. Rev.* 199.

Sur le rôle de l'avocat en droit social, voir G.R. Wheeler & C.L. Wheeler, « Reflections on Legal Representation of the Economically Disadvantaged : Beyond Assembly Line Justice. Type of Counsel, Pretrial Detention, and Outcomes in Houston » (1980) 26 *Crime & Delinquency* 319 ; S.E. Mounts, « Public Defender Programs, Professional Responsibility and Competent Representation » [1982] *Wisc. L. Rev.* 473, et W.C. Schmidt *et al.* « Impact of Attorneys' Attitudes Toward *Pro Bono Publico* Efforts on Behalf of the Mentally Disabled » (1983) 12 *Stetson L. Rev.* 395. Sur les fondements éthiques de la profession juridique, en particulier le rôle de l'avocat de droit social, voir W.H. Simon, « The Ideology of Advocacy : Procedural Justice and Professional Ethics » [1978] *Wisc. L. Rev.* 29 et l'étude plus récente de C. Menkel-Meadow, « Legal Aid in the United States : the Professionalization and Politicization of Legal Services in the 1980's » (1984) 22 *Osgoode Hall L.J.* 29 qui traite des différentes phases politiques de l'activisme judiciaire et des réalités touchant le domaine de la santé mentale pendant l'ère « reaganienne ».

pour s'en tenir aux intérêts de son client. A-t-il alors des fonctions de travailleur social, au service d'un système administratif ?⁵⁸

Le danger dans le domaine de la santé mentale tient au fait qu'une

⁵⁸La représentation par avocat dans la procédure d'internement pose un problème de définition de rôle pour celui-ci parce que l'internement vise avant tout à protéger l'individu. Du fait de l'intérêt que l'avocat porte au malade, il a du mal à définir son rôle de façon claire ; voir F. Cohen, « The Function of the Attorney and the Commitment of the Mentally Ill » (1966) 44 Tex. L. Rev. 424. La difficulté est encore plus grande quand l'avocat est rémunéré par l'État. Des études ont montré que les avocats tendent parfois à se ranger du côté des autorités hospitalières pour obtenir l'internement de leur client ; voir T.R. Litwack, « The Role of Counsel in Civil Commitment Proceedings : Emerging Problems » (1974) 62 Calif. L. Rev. 816. Pour le bon déroulement de la procédure, l'avocat devrait agir selon le mode accusatoire, mais sans hostilité et bien se garder de pencher en faveur de la thèse de la partie adverse. Il importe que le système soit équilibré ; voir Note, « The Role of Counsel in the Civil Commitment Process : A Theoretical Framework » (1975) 84 Yale L.J. 1540. Selon ces auteurs, il n'est pas nécessaire de retirer à l'avocat son rôle procédural traditionnel pour pallier le risque de voir l'internement écarté lorsque cette mesure s'imposerait pourtant. En délaissant le rôle pour lequel il est préparé, l'avocat risque de s'associer de trop près aux autorités médicales, et les intérêts du client pourraient en souffrir. Pourtant, au cours des années quatre-vingt, une vague de critiques s'est élevée à l'encontre du système accusatoire aux États-Unis, dans les milieux de la santé mentale, et aussi parmi les avocats qui y voient un obstacle à leurs objectifs d'aide à leurs clients.

Dans les pays du Commonwealth, des articles récents montrent, au contraire, une préférence marquée pour un système de nature accusatoire qui permettrait une meilleure affirmation des droits des patients et invoquerait une conception plus équilibrée du légalisme réduisant le pouvoir discrétionnaire des professions. Cette opposition entre le légalisme et le pouvoir discrétionnaire dans la santé mentale a été mise en évidence comme la principale source de conflit par L. Gostin « Contemporary Socio-Historical Perspectives on Mental Health Reform » (1983) 10 J.L. & Society 47. Dans K. Jones « The Limitations of the Legal Approach to Mental Health » (1980) 3 Int'l J. L. & Psychiatry 1, l'auteur se livre à une critique de la conception légaliste qui ne sert pas, d'après elle, l'intérêt des patients. Elle se déclare en faveur du pouvoir discrétionnaire des professions parce qu'il sert beaucoup plus l'intérêt des patients, si ce n'était le manque de ressources affectées à la santé mentale. À la différence de la conception de type coopératif de Jones, Gostin se montre lui en faveur d'un nouveau légalisme. La nouvelle législation britannique (*Mental Health Act (R.-U.)*, 31 & 32 Eliz. II, 1983, c. 20) renferme, dit-il, « a set of principles whereby the use of compulsory powers in mental health should be carefully limited by clear criteria and legal procedures », Gostin, *ibid.* aux pp. 66-7. Il souhaite l'instauration d'un système accusatoire tempéré :

It is important to remain vigilant to any attempt by the legal profession to erect a superstructure of technical procedures or cumbersome legal regulations ; nor should the discretion of lawyers and courts be substituted for that of mental health professionals on matters of treatment. The modern function of law [. . .] does not usurp the function of caring professionals. It seeks to alter social perceptions of the mental health services, which should place an emphasis on the person distressed and not on the concerns of society or the professions.

Voir L.O. Gostin, « The Ideology of Entitlement : The Application of Contemporary Legal Approaches to Psychiatry » dans P. Bean, éd., *Mental Illness : Changes and Trends* (1983) 27.

Pour une étude approfondie du nouveau légalisme à travers le Commonwealth et de l'adaptation éventuelle d'une procédure accusatoire qui soit de nature à régler de façon constructive les tensions entre le pouvoir discrétionnaire des professions et l'autorité de la loi, voir R.

certaine confusion des rôles⁵⁹ s'instaure souvent entre l'avocat et le psychiatre. L'avocat peut et doit développer un rôle effectif qui lui permette de mener son contrat à bien sans pour cela usurper les limites que lui imposent son rôle. Tout en s'efforçant d'agir pour la promotion de politiques sociales, il doit se tourner vers le médecin pour les décisions médicales. Le psychiatre connaît les mêmes contraintes vis-à-vis des tâches d'avocat. En effet, ils ne sont pas des contractants au sens strict, car ils se voient parés d'une responsabilité morale. Leur contrat revêt une connotation morale. Ils se doivent de favoriser le retour du client à l'autodétermination comme le modèle contractuel le leur impose. Mais on sait que cette relation abstraite et idyllique ne satisfait plus à l'analyse. On constate une régression vers la notion de statut, pour reprendre la distinction de Maine⁶⁰ qui, en 1861, avait perçu une évolution historique des relations fondées sur le statut (au temps des privilèges et de la société féodale ou monarchiste) aux relations fondées sur le contrat (parties de force égale opérant des choix libres). Le phénomène de la disparition du contrat pourrait aussi se vérifier dans le domaine de la santé mentale, malgré la poussée du mouvement de défense des droits civils.⁶¹

Gordon & S. Verdun-Jones, « Mental Health Law and Law Reform in the Commonwealth : The Rise of the 'New Legalism' ? » dans D.N. Weisstub, éd., *Law and Mental Health : International Perspectives*, vol. 2 [à paraître].

⁵⁹Voir N. Christie, « Law and Medicine : The Case Against Role Blurring » (1971) 5 *Law & Society Rev.* 357 à la p. 365 :

[T]here are limits to how far even the strongest of roles can be stretched. If the family doctor became a family judge, some members of the family would stop seeing him as a doctor. The image of doctor behind the forensic psychiatrist can likewise fade. Trust in a judge might evaporate when he is too consumed by visions of a therapeutic society.

⁶⁰O. Kahn-Freund, « A Note on Status and Contract in British Labour Law » (1967) 30 *Mod. L. Rev.* 635.

⁶¹Sur le modèle classique du contrat et son déclin, voir G. Gilmore, *The Death of Contract* (1974). Selon P.S. Atiyah,

there has been a continuous weakening of belief in the values involved in individual freedom of choice [. . .]. At the same time, there has been a decline in the strength of the conceptual apparatus used by the classical model of contract, in the sense that lawyers are today more willing to recognize that all the consequences of a contract do not necessarily flow from the intention of the parties.

P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979) à la p. 726. La conception classique du contrat est souvent vide de sens dans le domaine de la santé mentale parce qu'on ne peut traiter les parties comme des entités jouissant d'une mobilité et d'une liberté de décision totale. « Basically, then, the 'pure' law of contract is an area of what we can call abstract relationships. 'Pure' contract doctrine is blind to details of subject matter and person. » Voir L.M. Friedman, *Contract Law in America : A Social and Economic Case Study* (1965) à la p. 20. Néanmoins, la conception du contrat garde toute sa valeur à titre d'idéal vers lequel on aspire. Ce n'est que lorsqu'elle ne répond pas aux besoins que l'on doit se tourner vers une autre conception des relations professionnelles. Pour une critique de la position de nostalgie utopique présentée par Atiyah, voir B. Mensch, « Freedom of Contract as Ideology » (1981) 33 *Stan. L. Rev.* 753.

Le juge Potter Stewart de la Cour suprême des États-Unis a pu dire, à juste titre :

[I]ssues concerning mental illness are among the most difficult that courts have to face, involving as they often do serious problems of policy disguised as problems of constitutional law.⁶²

On a pu voir jusqu'à maintenant dans quelle mesure ces questions de politique avaient une incidence à la fois théorique et pratique sur les discours, les cadres idéologiques et les problèmes pratiques au niveau des rôles des avocats et des psychiatres. Il reste difficile pour un groupe de se dérober aux questions fondamentales de responsabilité et de déontologie visées par les conflits de valeurs et d'identité professionnelle survenant lorsque ces professions sont appelées à servir de leur mieux l'intérêt de leurs patients et clients. Nous avons vu que l'idéal contractuel fondé sur la présomption d'autonomie et l'autodétermination de l'individu connaît, dans le domaine de la santé mentale, un recul dont l'intensité et la fréquence vont à l'encontre de nos modèles et distinctions philosophiques.

Nous pouvons certes poser au départ, avec profit, les pôles auxquels se rattachent le contractualisme, et le paternalisme, mais il faut, par honnêteté, réexaminer leur valeur originelle. Cette démarche nous amène à élaborer des modèles qui, tout en préservant nos idéaux, nous aideront à mettre en oeuvre des politiques valables pour la protection des différents intérêts en présence, notamment le bien-être mental et physique des personnes en détresse et de leur famille, la préservation de la sécurité de la société et des institutions et de l'intégrité des professions adjuvantes, et à obtenir, grâce à toutes ces sauvegardes, un système libéral et démocratique, à la fois viable et prévisible. Il ne s'agit pas là d'une tâche facile pour le système juridique du fait que nombre de litiges devant les tribunaux sont réglés d'une façon qui entraîne des coûts sociaux inacceptables.

Nous avons vu, au cours des dernières décennies, que des progrès ont été faits dans le système judiciaire américain grâce au mouvement des droits, mais les conséquences ont souvent été indésirables. En effet, ces réformes ont entraîné, d'une certaine façon, la criminalisation des malades mentaux, l'abandon par les médecins des patients les plus malades et ce, du fait de leur façon défensive de pratiquer leur profession, le désenchantement des employés du secteur public de la santé mentale, l'imposition de fardeaux pénibles aux familles des patients, l'encercllement des professionnels du domaine dans des rôles de gardiens.

Par conséquent, les juristes se voient mis au défi d'élaborer des structures théoriques grâce auxquelles un équilibre s'instaurerait entre la liberté

⁶²*Parham c. J.R.*, 442 U.S. 584 aux pp. 624-5 (1979).

et la responsabilité sociale. Le modèle contractuel est peut être directement lié à l'affirmation des droits mais, en dernière analyse, il s'avère incomplet.⁶³ Le paternalisme, même lorsqu'il est « contrôlé » par des sauvegardes peut toujours déboucher sur une situation où le pouvoir discrétionnaire est tel que l'avantage représenté par l'affirmation des droits des patients se trouve menacé d'autant.

Nous recommandons qu'une théorie du professionnalisme remplace les notions démodées de paternalisme. Sur le plan juridique, il est important d'insister sur la notion d'intégrité morale que nous trouvons dans le degré de diligence et de la lier à des obligations dans les domaines médical et juridique. Au cours des récentes années, la société a demandé aux professionnels de promouvoir le degré d'autonomie des personnes qu'ils traitaient ou servaient tout en leur imposant le modèle de soins plus exigeant qu'un lien contractuel au sens étroit et restreint. Sur le plan philosophique, des commentateurs ont commencé à voir les dimensions morales des avocats, et des rôles et leurs implications juridiques et humaines. Bien que certaines études aient déjà été faites dans cette direction,⁶⁴ il est nécessaire d'aller plus loin afin d'établir des modèles conceptuels en mettant en évidence les a priori éthiques sur lesquels ils sont fondés. Cette démarche permettrait de mieux analyser les problèmes politiques.

Il faut reconnaître que l'absolutisme moral ne constitue pas une approche convaincante pour analyser les cas difficiles dans le domaine de la santé mentale. Mais il faut aussi refuser les approches pragmatiques ou l'instrumentalisme utilitaire lorsqu'il s'agit de trancher des cas où il est question du respect de la vie humaine et de l'autonomie individuelle, valeurs qui sont au coeur de nos cultures démocratiques. Le système juridique doit élaborer une théorie de la responsabilité professionnelle. Le fait de prendre la responsabilité du bien-être d'une personne consiste-t-il à protéger les droits de cette personne ?

⁶³Voir *supra*, note 58.

⁶⁴La relation entre le médecin et son patient a, tout comme celle qui lie l'avocat et son client, fait l'objet d'analyses nouvelles. Dans son article, J. Ladd, « Legalism and Medical Ethics » (1979) 4 J. Med. & Phil. 70, l'auteur a cherché à dépasser la conception legaliste, attachée à la défense des droits, pour mettre en évidence un concept général de responsabilité qui fonderait une éthique des relations interpersonnelles. Fried avait déjà donné une conception plus large du rôle du professionnel comme l'avocat qui devrait, selon lui, tendre à répondre aux besoins de son client, comme dans une relation amicale ; C. Fried, « The Lawyer as Friend : The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation » (1975) 85 Yale L.J. 1060. Cette analogie a été critiquée par E.A. Dauer & A.A. Leff, « The Lawyer as Friend » (1976) 86 Yale L.J. 573, et C. Fried, « Author's Reply » (1976) 86 Yale L.J. 584. Voir aussi une analyse de la relation par D.B. Saxe & S.F. Kuvin, « The Attorney-Client Relationship : A Psychoanalytic Overview » (1974) 9 New Eng. L. Rev. 395.

Tant pour les psychiatres que pour les avocats, il importe de déterminer comment les intérêts des clients ou patients peuvent être protégés mais, pour ce faire, il doivent au préalable analyser ces intérêts par rapport à la légitimité des intérêts collectifs en cause. Ce sont des activités professionnelles qui sont implicitement ou explicitement liées à la politique sociale puisque l'avocat ou le psychiatre interviennent avec tout leur pouvoir discrétionnaire,⁶⁵ là où la société se trouve bloquée par des conflits que ses règles ne permettent pas de résoudre.

On ne doit pas opposer les droits du malade à la responsabilité professionnelle comme critère d'exercice des professions dans le domaine de la santé mentale parce que le modèle de la défense des droits n'est pas incompatible avec celui de la responsabilité. Il est vrai que la défense des droits semble être, à première vue, une recommandation abstraite alors que la prise de responsabilité pour les clients et les patients constitue une idée beaucoup plus familière et dynamique, mais il reste que pour bien protéger les intérêts de la clientèle de santé mentale, il faut que notre cadre conceptuel serve autant à la promotion de l'autonomie et de la liberté chez l'individu qu'à la prise en charge de ceux qui restent dépendants de la société et qui doivent recevoir les soins adéquats. Les questions morales soulevées ici sont d'une telle portée que les deux disciplines devraient collaborer en vue de leur résolution. Nous avons vu dans le présent article que leurs points de rencontre sont si nombreux qu'elles devraient se réconcilier. Leurs relations sur le plan scientifique n'ont pas encore été suffisamment explorées. Nous nous devons, en dernier lieu, de tenter une analyse des fondements théoriques et éthiques du droit et de la psychiatrie, dans l'état actuel des connaissances, c'est-à-dire plus radicalement de leur approche en matière de relations personnelles, pour voir ainsi comment les doctrines juridiques peuvent être en harmonie avec les principes moraux. Les enjeux sont trop grands pour que la psychiatrie se détache du processus juridique ; elle a une communauté de destin avec son compagnon d'infortune. Pour les juristes, il serait facile de s'emparer des abstractions communes de la psychiatrie, mais il leur faut veiller à ne pas nuire à l'objectif humaniste commun aux deux sciences. En fait, il serait dommage qu'après une aussi longue collaboration, les deux sciences ne cherchent pas à se retrouver sur des terrains d'entente nouveaux.

⁶⁵Sur le pouvoir discrétionnaire en droit et en psychiatrie, voir W.J. Winslade, « Psychotherapeutic Discretion and Judicial Decision : A Case of Enigmatic Justice » dans S.F. Spicker, J.M. Healey & H.T. Engelhardt, éd., *The Law-Medicine Relations : A Philosophical Exploration* (1981) à la p. 139, pour une analyse de l'affaire *Tarasoff*, *supra*, note 29.

IV. Réflexions sur les relations théoriques entre le droit et la psychiatrie

L'analyse du contenu politique du droit et de la psychiatrie dans leurs domaines professionnels respectifs, nous impose de faire une distinction entre les différents niveaux d'abstraction auxquels ces systèmes se situent.

Au plus haut niveau d'abstraction, chaque système vise à fonctionner grâce à des éléments philosophiques valables à l'intérieur d'un ensemble cohérent, tant dans sa forme que dans son fond. L'impératif de cohérence interne correspond au « type idéal » dont se réclament à la fois le droit et la psychiatrie en tant que sciences.⁶⁶ Ces deux disciplines cherchent, l'une comme l'autre, à se vérifier par rapport à la logique et à la réalité empirique. À cet égard, leurs modèles de justification sont nettement plus analytiques que synthétiques. Dans l'ensemble, ces modèles sont, tous deux, l'illustration de la force et de la faiblesse du positivisme. Il faut toutefois reconnaître que les deux sciences ont produit des efforts de réflexion théorique sur les systèmes de valeurs qui les sous-tendent. Leurs philosophies ont un point commun : elles partent de la notion de neutralité scientifique et débouchent sur une appréciation de la nature des valeurs. Ces différentes théories sont souvent en conflit. Elles révèlent cependant toutes l'existence d'une proportion d'arbitraire dans les valeurs, même si les disciplines sont articulées autour de principes scientifiques rigides.

L'importance des systèmes de valeurs en droit et en psychiatrie apparaît de façon beaucoup plus frappante si l'on considère ces disciplines comme des idéologies plutôt que comme des formes philosophiques de connaissance. Comme leur point d'application est avant tout d'ordre social, le droit et la psychiatrie interviennent dans la prise de décision publique et renferment un élément « activiste » ou réformateur, effectif ou potentiel, qui surgit au moment où les valeurs entrent en conflit à l'intérieur de chacune des

⁶⁶Le système du précédent judiciaire que nous connaissons en *common law* est fondé sur l'idée que la certitude doctrinale et le caractère prévisible des décisions judiciaires constituaient des garanties contre des réponses ad hoc qui auraient pu paraître irrationnelles. Pendant des siècles, tant dans les pays de *common law* que dans ceux de droit civil, les juristes et les juges ont soutenu que le droit ne garderait sa légitimité que s'il était représenté par des principes à justification rationnelle. Quand le droit s'est séparé de la théologie et, avec la venue de la catégorie professionnelle des avocats, on a pu assister au renforcement de l'autorité et du contrôle. Voir D.N. Weisstub, « 'Law and Telos' : Some Historical Reflections on the Notion of Authority » (1978) 12 U.B.C.L. Rev. 225. À partir du treizième siècle, le droit s'est lié de près à l'évolution du commerce et de l'économie en Europe occidentale, et depuis, c'est cette conception du droit en tant que série de principes cohérents qui a permis aux avocats de prêter allégeance à une idée, au-delà de l'État et de l'Église. Il ne faut pas oublier que la légitimation du droit n'a pu se faire que grâce à une référence à une base scientifique, au niveau de la forme comme du fond. Sur ce point, voir H.J. Berman, « The Origins of Western Legal Science » (1977) 90 Harv. L. Rev. 900, et J.C. Smith & D.N. Weisstub, éd., *The Western Idea of Law* (1983).

disciplines. Ce phénomène est beaucoup plus flagrant dans l'interaction entre les deux systèmes. C'est à ce moment-là que leur contenu idéologique éclate au grand jour. Quand les interactions prennent une allure antagonique, les débats deviennent alors polémiques. Il devient difficile de déceler les valeurs qui sont effectivement en conflit. Dans la plupart des discussions, on ne sait pas très bien à quel niveau d'abstraction se situe le discours. Les théories qui sont avancées ne permettent pas de voir clairement si la discussion se place au niveau du modèle théorique, ou si elle se situe au plan idéologique, querelle qui présente un curieux mélange de science et de rhétorique creuse, ou encore si les arguments opposés sont le fruit d'observations pratiques dans la profession, ce qui ne leur donne qu'une valeur de preuve au niveau empirique. Enfin, la confusion s'installe souvent entre les observations des acteurs internes du système, les psychiatres légistes, qui voient le système de l'intérieur et celles, beaucoup plus raffinées, qui proviennent de travaux sociologiques sur la profession.

Un point de départ est pratiquement incontesté, du moins au niveau abstrait : les systèmes juridiques et leurs agents ont un objectif bien défini qui est de servir le bien public, d'appliquer et d'interpréter des règles légales justes, construites au fil d'une longue période. En règle générale, à part les critiques virulentes des marxistes et des anarchistes, la plupart des commentateurs politiques et une majorité de citoyens admettent que le système social soutienne, en principe, des valeurs profondément ressenties et respectées dans l'histoire de nos cultures. Le droit n'est pas attaqué dans ses fondements, mais est plutôt critiqué dans ses aspects et par opposition à la psychiatrie. En revanche, la psychiatrie, elle est attaquée de façon radicale.

Les critiques formulées à l'encontre de la psychiatrie sont beaucoup plus fondamentales et remettent en cause les principes mêmes sur lesquels sont bâties les relations humaines dans le discours psychiatrique. Une fois soulevée la question de la légitimité, les commentateurs ont tendance à se livrer à une analyse très poussée du discours psychiatrique pour y déceler toute une série de contestations sur sa légitimité, alors que la légitimité du droit est en revanche extrêmement bien assise auprès des citoyens, en tant que principe de base des structures et institutions juridiques. On a tendance à croire que la psychiatrie a une dimension anti-humaniste, alors que cette caractéristique n'est pas, a priori, attribuée au droit. En fait, on perçoit l'appareil psychiatrique comme une institution de contrôle dont les clients sont déficients, dépendants et tout aussi impuissants que leurs gardiens, les psychiatres, à soutenir un corps de préceptes et de valeurs comme on peut en trouver en droit. La psychiatrie ressemble plutôt à un univers marginal dont les pupilles sont des êtres dépendants, incapables d'affirmer leur volonté et leur rationalité dans une société fondée sur la raison.

Vu leur manque d'autonomie et leur inaptitude à la liberté, les clients de la psychiatrie semblent constituer un sous-groupe social, une fraternité déshumanisée de citoyens de deuxième ordre, comme si les gardiens des intérêts de cette collectivité avaient fini par s'identifier à l'idée couramment exprimée dans la civilisation occidentale, selon laquelle la folie est un état qui place l'être aux limites du système juridique, un état marginal qui n'a pas sa place dans la collectivité. Au niveau de la théorie politique, la psychiatrie n'a apparemment pas réussi à donner une image d'elle-même qui la consacre comme détentrice de critères de la rétribution ou de la sanction des conduites humaines. En tant que profession adjuvante, elle n'a défini très clairement son mandat ni sur le plan social ni sur le plan politique. Les psychiatres sont critiqués, soit parce qu'ils font la charité, soit pour leurs interventions paternalistes. Ils sont pris dans ce dilemme.

Le discours théorique de la psychiatrie est lié de façon beaucoup plus ambiguë que celui du droit aux valeurs politiques de la société. Cette science présente une théorie rationnelle de l'irrationnel, mais son message est confus, même pour ceux qui la pratiquent. Elle vise, d'une part, à déchiffrer le rationnel dans l'irrationnel et, d'autre part, semble également mettre en valeur et tolérer les aspects irrationnels de l'expérience humaine. Même au plus haut niveau théorique du discours analytique, la psychiatrie a toujours menacé tant les initiés que ceux qui ne-le sont pas. Elle fouille dans les aspects cachés de nos émotions et met en doute les motifs qui sous-tendent même les discours les plus rationnels. Dans sa mise à nu des motifs des interventions rationnelles, elle peut constituer une remise en cause directe de l'intégrité du système juridique. On aurait pourtant dû prévoir, dès le départ, que toute alliance entre la psychiatrie et le droit allait nécessairement être conflictuelle puisque ces deux disciplines sont des contraires qui pourtant s'attirent l'un et l'autre, de par leur polarité inverse.

L'ironie pervertit cependant les discours sur ces disciplines lorsqu'on cherche à montrer qu'elles ont une communauté de mission, eu égard au contrôle des comportements sociaux et au maintien de l'ordre. Puisque la psychiatrie vise à aider l'individu et à réduire ainsi les conflits sociaux, elle devrait donc être un système parallèle au droit dont elle partage les objectifs. Malgré la tolérance qu'elle a vis-à-vis des comportements aberrants, elle ne devrait, en tant qu'outil de planification sociale, entrer en conflit avec le système juridique qu'à un niveau superficiel. Pourtant, c'est précisément là où le bât blesse.

Quels sont exactement les éléments prescriptifs du discours psychiatrique ? Ne vise-t-il qu'à satisfaire sa clientèle, autrement dit à aider à résoudre les problèmes des individus ? Existe-t-il, par ailleurs, une finalité morale, même un modèle qui restreigne le discours psychiatrique au plan individuel ? Celui-ci est-il régi par une série de normes qui le soutiennent

dans la société et ne semblent pas être liées au niveau des valeurs socio-politiques ?

En fait, quand on commence à isoler les aspects normatifs de la psychiatrie, au-delà des apparences, les superstructures du droit et de la psychiatrie semblent avoir beaucoup de points communs.

Les choix intellectuels qui s'offrent à la psychiatrie se retrouvent en parallèle dans le discours du droit. Le modèle du service au client qui caractérise la psychiatrie n'est certainement pas très différent de celui du droit, parce que l'avocat a un rôle de technicien au service de l'intérêt particulier. La dimension sociale plus vaste est réservée aux moments où il envisage une action philosophique ou politique.

Certes, le discours psychiatrique n'a pas la symbolique que représentent les juges et n'est pas soutenu par un code d'éthique, ni par des maximes et préceptes éprouvés par le temps. Mais là encore, la psychiatrie est à même de produire ses propres héros, dans sa dimension éthique, tout comme elle peut élaborer ses propres formules sacrées de serments et d'engagements. Lorsqu'on les en a priés, les théoriciens de cette science ont en effet très bien défendu leur philosophie du traitement, en termes fondamentaux, parce qu'ils étaient convaincus de l'efficacité de leurs méthodes théoriques et pratiques sur la diminution de l'antagonisme et des conflits entre les individus. Dans la mesure où la psychiatrie est considérée, en quelque sorte, comme une science neutre, c'est-à-dire dépourvue d'a priori sur le plan des valeurs, elle devrait constituer un modèle idéal, un peu à l'instar de la conception du droit pour certaines philosophies qui y voient un ensemble monolithique, cohérent et logique de règles désincarnées, ayant une certaine propension à l'application mécanique.

La psychiatrie est attaquée parce que, dans sa conception de la clientèle, il n'y a pas vraiment de relation égalitaire ; au fond, la psychiatrie est vue comme une profession élitiste qui traite une catégorie dépendante de patients. C'est à elle qu'il revient, la plupart du temps, de décider du type de relation qui va s'établir. D'un point de vue moralisateur, certains observateurs disent qu'elle traite ses patients, non pas comme des sujets, mais comme des objets, comme des moyens et non des fins. C'est sur ce point qu'elle semble avoir trahi l'impératif catégorique de Kant qui visait à universaliser les valeurs fondamentales de notre culture morale et à traiter les êtres humains comme des êtres autonomes, rationnels et capables d'exprimer leur volonté dans le monde extérieur. Lorsque la psychiatrie devient plus émotive, dans les relations entre le médecin et son patient, les critiques l'accusent alors de ne plus traiter le patient comme un client (fin du modèle contractuel), mais au contraire, d'exagérer la relation de dépendance qui s'accroît au cours du traitement et rend le patient incapable de s'affirmer.

À la réflexion, ces critiques semblent exagérées parce qu'une appréciation plus juste de la psychiatrie révélerait sûrement que l'objectif global de son paternalisme consiste à rendre les individus capables d'exprimer leur volonté, et à les libérer de leur état de dépendance. La diversité de ses rôles, rendue très complexe dans le contexte institutionnel du fait des priorités financières et des impératifs d'efficacité, a cependant contraint la psychiatrie à un jeu politique. La pureté de ses intentions n'est plus qu'objet de débat universitaire. Les psychiatres, parce qu'ils assument les rôles de gardiens de « prisons » d'aliénés, d'experts auprès de compagnies d'assurance, de parties aux contestations dans les tragiques affrontements judiciaires de divorce et de garde d'enfants, sont critiqués parce qu'ils ont perdu leur pureté scientifique et morale.

Il convient cependant de se demander si la psychiatrie a délibérément trahi son mandat humanitaire ou si elle n'a jamais su quel était son véritable rôle historique. Pouvait-elle se permettre d'avoir un objet clair ou monolithique ? C'est seulement par une réponse à cette question que l'on peut espérer voir dans quelle mesure la psychiatrie se rapproche du droit plus que toute autre science séculière. Elle a une perspective humaniste qui lui vient de ses origines psychanalytiques, mais son intégrité philosophique et partant, idéologique, est menacée du point de vue de la pratique professionnelle. Quelle est la situation du droit, par comparaison ? En fait, la légitimité du droit est, elle aussi, en butte à des attaques. Les controverses naissent de façon cyclique entre les philosophes et les praticiens. Pourtant, le droit a l'avantage de posséder des doctrines abstraites et cohérentes grâce auxquelles les avocats et les juges peuvent défendre leur art. Mais, selon la formule du juge Oliver Wendell Holmes, le droit ne peut pas seulement s'expliquer par la logique, parce qu'il puise beaucoup dans l'expérience humaine. Dans le domaine du « droit vivant », le discours prend un tour passionné. Le droit et la psychiatrie se rejoignent alors dans leur élément dramatique commun qui a cependant donné une dialectique différente dans la pratique. Serait-ce que la logique juridique peut beaucoup mieux régler les contradictions logiques que le discours psychiatrique ne peut éclairer nos jugements rationnels ? De telles critiques linéaires et à courte vue n'ont que peu de valeur pour les habitués de la pratique. Il faut admettre que les fondements du droit et de la psychiatrie sont mouvants et qu'ils changent souvent sous l'effet de la politique et de l'économie. La seule constante est l'autoprotection de leur intégrité par une réévaluation de leur objet, par la transformation subtile des valeurs et par leur redéfinition d'après l'interaction sujet-objet. Ce sont là les seules certitudes sur lesquelles les deux systèmes peuvent s'appuyer. C'est donc dans cette zone ambiguë qui sépare la science et la politique que le droit et la psychiatrie se reconnaissent et sont en mesure d'apprécier leur points de convergence.