

⊕

Patrick Molinari : analyste de la naissance et de l'évolution du droit de la santé au Québec et dans le monde

Andrée Lajoie*

J'ai connu Patrick Molinari en 1973, lorsque André Tremblay, alors directeur du Centre de recherche en droit public, m'a proposé de retenir ses services comme assistant pour un projet de recherche portant sur la place du juriste dans la société québécoise. C'était donc bien avant que nous n'abordions le droit de la santé, qui a occupé une place bien importante dans nos carrières respectives et en partie conjointes, alors que Patrick se destinait... au droit criminel !

Il a par la suite poursuivi un parcours très varié d'enseignement, de recherche et d'administration, en droit administratif, en droit de la santé et en théorie du droit. C'est surtout à ses écrits en théorie du droit de la santé que je m'arrêterai ici.

En fait c'est à partir de 1976 que, conservant sa tâche d'assistant de mes travaux, il a abordé avec moi la recherche menant à la rédaction du *Traité du droit de la santé*, que nous allions cosigner en 1982. La Commission Castonguay-Nepveu, à laquelle j'avais participé comme consultante, venait de déboucher sur l'adoption de plusieurs lois, dont la *Loi sur la santé et les services sociaux* de 1971, qui avaient fait basculer dans le secteur public le droit de la santé, limité jusqu'alors pratiquement à la responsabilité civile des médecins. C'est cet événement central de la Révolution tranquille qui m'a amenée à énoncer d'abord le contenu du nouveau droit de la santé dans ce *Traité*, pour pouvoir ensuite l'analyser plus en profondeur dans *Pour une approche critique du droit de la santé*, deux ouvrages dans lesquels Patrick m'a accompagnée, initiant ainsi sa carrière en droit de la santé¹.

* Professeure émérite, Faculté de droit, Université de Montréal.

¹ Andrée LAJOIE, Patrick A. MOLINARI et Jean Marie AUBY, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, PUM, 1982 et Andrée LAJOIE, Patrick A. MOLINARI

Tout d'abord l'énorme *Traité*, qui comprenait plus de mille pages, était une description positiviste du statut, des droits et des obligations des titulaires, des bénéficiaires, des professionnels et des organismes du secteur, en matière de services de santé et de services sociaux. Pour sa part, outre sa participation à la recherche sous-tendant l'ensemble de l'ouvrage, Patrick en a rédigé la seconde partie, portant sur le statut et les droits des professionnels de ce secteur partagé entre deux groupes soumis à deux régimes juridiques fort différents : la santé et les services sociaux.

Il va sans dire que les multiples règles alors applicables à ces différents sujets de droit ont changé au point d'être aujourd'hui méconnaissables pour tous, sauf peut-être Patrick, qui a suivi leur évolution et publié 16 éditions subséquentes entre 1981 et 2014 d'un *Texte annoté et commenté de la Loi sur les services de santé et les services sociaux*². Mais bien qu'il l'ait d'abord explorée dès 1983 en s'attaquant au caractère légal ou contractuel du droit aux services de santé³, sa véritable implication dans la théorie ne s'inscrit que plus tard, en 1987, alors que nous avons publié *Pour une approche critique du droit de la santé*⁴, soit 5 ans après le *Traité* et 16 ans après l'adoption de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*⁵, ce qui a permis à Patrick d'y aborder le sujet de l'écart entre le droit adopté et le droit appliqué (depuis déjà longtemps), pour tenter de le cerner. Bien qu'il s'agisse encore là d'une description de faits, il en profite pour amorcer une certaine forme de théorie du droit : une analyse externe qui opère une « première distinction entre les normes selon qu'elles

et al., *Pour une approche critique du droit de la santé : droit et matérialisation des politiques sociales*, Montréal, PUM, 1987.

² Patrick A. MOLINARI et Jean-Louis BAUDOIN, *Services de santé et services sociaux*, coll. « Lois et règlements », Judico, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016. *Texte annoté et commenté de la Loi sur les services de santé et les services sociaux*, annotations et commentaires par Patrick A. Molinari : 2^e éd. (1983), 370 p. ; 3^e éd. (1984), 496 p. et supp. 43 p. ; 4^e éd. (1986), 554 p. ; 5^e éd. (1987-1988), 584 p. ; 6^e éd. (1988-1989), 609 p. ; 7^e éd. (1990-1991), 743 p. ; 8^e éd. (1993-1994) 1363 p. ; 9^e éd. (1996-1997), 1 211 p. ; 10^e éd. (1998-1999), 1 269 p. ; 11^e éd. (2000-2001), 1 413 p. ; 12^e éd. (2002-2003), 1 445 p. ; 13^e éd. (2006), 1331 p. ; 14^e éd. (2009-2010), 1 322 p. ; 15^e éd. (2014), 1 104 p. ; S.F.P.B.Q., Barreau du Québec, vol. n^o 24, *Développements récents en droit de la santé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991.

³ Andrée LAJOIE, Patrick A. MOLINARI et Jean-Louis BAUDOIN, « Le droit aux services de santé : légal ou contractuel ? » (1983) 43 *R. du B.* 675.

⁴ Voir *supra*, note 1.

⁵ L.Q. 1971, c. 48.

produisent des effets juridiques indépendamment de la volonté des personnes, ou à l'inverse selon qu'elles requièrent semblable intervention pour produire des effets», et une seconde, qui vise plutôt à « identifier les circonstances, non seulement spatiales et temporelles, mais aussi humaines, qui entourent un constat de non performance de la norme ». Cette approche s'est mérité l'année suivante le commentaire suivant de la part de Pierre Issalys : « La vocation de ce livre est peut-être moins d'informer sur l'état réel de notre droit de la santé et des services sociaux que de former les chercheurs à une approche encore trop peu pratiquée du travail juridique. »⁶

Une préoccupation principale traverse l'ensemble des principaux textes que Patrick a par la suite produits sur ce sujet : l'accessibilité réelle des services prévus par le droit positif. Ainsi, dans une conférence intitulée « Le droit aux services de santé : droits individuels et intérêts collectifs », prononcée au Congrès mondial de droit médical à Gent en Belgique en 1991, il analyse l'utilisation du concept d'intérêts collectifs comme moyen de limiter l'accessibilité au droit individuel aux services de santé qui est pourtant expressément attribué, notamment en soumettant l'exercice de ce droit à « l'organisation et aux ressources dont disposent les établissements de santé ». C'est donc sans surprise qu'il conclut qu'« à trop vouloir équilibrer les droits individuels et les intérêts collectifs, on a tôt fait de nier les premiers et de priver de tout sens les seconds »...

Cinq ans plus tard, la situation ne semble pas s'être améliorée à cet égard, si l'on en croit le titre d'un chapitre dont il est l'auteur dans un ouvrage collectif⁷, qui fait expressément référence à l'exclusion : « L'accès aux soins de santé : réflexion sur les fondements juridiques de l'exclusion ». Cette fois l'analyse, qui emprunte pourtant à l'opposition entre « légal » et « contractuel » proposée antérieurement⁸, n'est pas tant axée sur les modalités d'application des normes que sur les effets de la disponibilité des ressources dans le secteur et notamment dans les établissements, de même que de la liberté de ces derniers dans l'attribution des services : « [...] le contexte socio-économique d'application des normes juridiques n'est plus tout à fait celui de l'État providence, du moins quant aux disponibilités budgétaires consacrées à la prise en charge des coûts des services de santé ».

⁶ « Chronique bibliographique », (1988) 29 *C. de D.* 551.

⁷ Lucie LAMARCHE et Pierre BOSSET, *Les droits de la personne et les enjeux de la médecine moderne*, Sainte-Foy, PUL, 1996.

⁸ Voir *supra*, note 3.

Comme l'indique le titre d'un autre article : « The right to health : from the solemnity of declarations to the challenges of practice », publié dans un ouvrage de portée internationale⁹, il défendra la même thèse deux ans plus tard en 1998. Mais en plus de s'arrêter alors au fait que le droit à la santé vise à élargir le sens du droit à la vie, il pousse ici beaucoup plus loin la réflexion théorique, à partir d'une controverse internationale : « The expression "theoretical controversy" to describe the excitement that animated a number of legal circles following the affirmation of a right to health is perhaps exaggerated, but it cannot be denied that some fairly stern remarks were employed in order to show this right in a sort of mythical universe, the very membership of which serves to tone down the exercise of the right ». Il en profite pour indiquer quelles écoles de théorie juridique : – les tenants du droit naturel, les libertariens, les égalitaires, et les tenants de la justice distributive – ont participé à cette controverse, en développant leurs positions et les effets qu'elles ont eu sur le droit de la majorité des pays du monde.

Dans le même sens, au début du siècle présent, il revient, lors d'une conférence¹⁰ tenue en Suisse en 2004¹¹, sur l'histoire de l'évolution du droit de la santé depuis le milieu du siècle dernier, mais cette fois au plan international, utilisant une comparaison évolutive entre le concept de *colloque singulier* et la *théorie des droits sociaux*, pour ensuite *observer l'effet de quelques phénomènes sociaux sur les mutations du droit de la santé*.

Le « colloque singulier » désigne en effet la relation juridique issue du droit civil qui existe entre le patient et son médecin, alors que la « théorie des droits sociaux » s'inscrit dans le virage que le droit de la santé a subi vers le secteur public à partir du milieu du XX^e siècle, qui recouvre par ailleurs l'opposition entre les droits individuels et collectifs abordée dans les textes précédents de Patrick. Au-delà de cette analyse, il va jusqu'à prévoir l'avenir du droit de la santé, concluant « en exprimant ma conviction que ce sont précisément les rapports entre celui-ci et la bioéthique qui devraient retenir, en toute priorité, l'attention des juristes ».

⁹ (1998) 49 *International Digest of Health Legislation* 41.

¹⁰ Patrick.A MOLINARI, « Émergence et structuration du droit de la santé : du colloque singulier à la théorie des droits sociaux » dans *Droit et santé : fondements et perspectives actes de la 10^e journée de droit de la santé tenue à l'Institut de droit de la santé*, Neuchâtel, Faculté de droit, travaux et publications, 2004, 9-18

¹¹ « Droit de la santé : fondements et perspectives », *Actes de la 10^e Journée de droit de la santé*, Institut de droit de la santé, Université de Neuchâtel, 2004.

Dans le même sens, lors d'une conférence plus récente¹², il fait une synthèse du système canadien, qu'il conclut en affirmant que « la santé paraît gratuite alors qu'elle ne l'est pas ; la santé devient un bien de consommation y compris pour les Québécois qui ne paient pas d'impôts sur le revenu et ne participent pas directement au financement ; la (fausse) gratuité des soins de santé ne conduit-elle pas à une déresponsabilisation générale, forcément inflationniste ? Mais un système idéal existe-t-il et ne faut-il pas admettre que l'institution soit sous tension et se perfectionne à la constatation de ses propres dysfonctionnements ? »

C'est donc dire que Patrick a consacré sa carrière non seulement à construire une analyse théorique autour de la naissance et de l'évolution du droit de la santé à une époque où, au départ, la recherche en droit consistait encore presque uniquement dans l'accumulation de jurisprudence en vue de la préparation de dossiers judiciaires, mais à défendre constamment une position sociopolitique visant à instaurer, puis à maintenir, l'existence d'un droit exigible aux services de santé et aux services sociaux gratuits.

Même si Patrick a produit un corpus beaucoup plus large en droit de la santé que ce que j'en ai cité ici, sa carrière ne se limite pas à ces textes et s'étend à l'enseignement de cette matière pendant plusieurs années, de même qu'à d'innombrables et importants postes administratifs tant dans le monde universitaire et scientifique que gouvernemental, ici et à l'étranger, dont feront sûrement état d'autres collaborateurs de ces *Mélanges*.

Mais je ne voudrais pas terminer ce texte sans mentionner que ce n'est pas seulement le droit de la santé qui a occupé ma si longue relation amicale avec Patrick Molinari, mais d'autres éléments, dont la production artistique de son oncle Guido Molinari dont nous partageons l'admiration depuis toujours, sans parler... des chiens, dont Alexandre, un setter irlandais qui m'accompagnait au bureau lorsque Patrick était mon assistant...

¹² Systèmes de santé et allocation des ressources : du collectif à l'individuel, réflexion sur les modèles de gestion des tensions, conférence séminaire au Collège des Bernardins, Université de Paris, 2010.