

Dr. Russel Fleming *Appellant*

v.

Professor Scott Starson a.k.a. Scott Jeffery Schutzman *Respondent*

and

Schizophrenia Society of Canada, Centre for Addiction and Mental Health, Mental Health Legal Committee and Mental Health Legal Advocacy Coalition *Interveners*

INDEXED AS: STARSON v. SWAYZE

Neutral citation: 2003 SCC 32.

File No.: 28799.

2003: January 15; 2003: June 6.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Physicians and surgeons — Medical treatment — Consent — Ontario Consent and Capacity Board — Patient refusing consent to proposed medical treatment for bipolar disorder — Physicians finding patient not capable of making treatment decision — Board's confirmation of incapacity overturned on judicial review — Whether reviewing judge properly applied reasonableness standard of review to Board's finding of incapacity — Whether reviewing judge correctly found that Board misapplied statutory test for capacity — Health Care Consent Act, 1996, S.O. 1996, c. 2, Sch. A.

Since 1985 the respondent has frequently been admitted to mental institutions in the United States and Canada and has most often been diagnosed as having a bipolar disorder. His recent admission to hospital arose after he was found not criminally responsible for making death threats and the Ontario Review Board ordered his detention for 12 months. The respondent's physicians proposed treatment for his bipolar disorder that included

Dr Russel Fleming *Appellant*

c.

Professeur Scott Starson, alias Scott Jeffery Schutzman *Intimé*

et

Société canadienne de schizophrénie, Centre de toxicomanie et de santé mentale, Mental Health Legal Committee et Mental Health Legal Advocacy Coalition *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : STARSON c. SWAYZE

Référence neutre : 2003 CSC 32.

N° du greffe : 28799.

2003 : 15 janvier; 2003 : 6 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Médecins et chirurgiens — Traitement médical — Consentement — Commission du consentement et de la capacité de l'Ontario — Refus du patient de consentir au traitement médical proposé pour soigner ses troubles bipolaires — Patient jugé incapable par les médecins de prendre la décision concernant le traitement — Infirmité au terme d'une procédure de révision judiciaire de la décision de la Commission concluant à l'incapacité du patient — La juge siégeant en révision a-t-elle appliqué adéquatement la norme de la décision raisonnable à la conclusion d'incapacité prononcée par la Commission? — La juge siégeant en révision a-t-elle eu raison de conclure que la Commission avait mal appliqué le critère de détermination de la capacité prévu par la loi? — Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, L.O. 1996, ch. 2, ann. A.

Depuis 1985, l'intimé a souvent été hospitalisé dans des établissements psychiatriques aux États-Unis et au Canada et, la plupart du temps, on a conclu qu'il souffrait de troubles bipolaires. Sa plus récente admission à l'hôpital est survenue après qu'il a été déclaré non responsable criminellement d'avoir proféré des menaces de mort et la Commission ontarienne d'examen a ordonné sa détention pendant une période de 12 mois. Les médecins

neuroleptic medication, mood stabilizers, anti-anxiety medication and anti-parkinsonian medication. The respondent refused to consent to this medication and the attending physician found him not capable of deciding whether to reject or accept the proposed medical treatment. The Ontario *Health Care Consent Act, 1996* permits a person to be treated without consent on grounds of lack of capacity, defined as a lack of the ability “to understand the information that is relevant to making a decision about the treatment . . . and . . . to appreciate the reasonably foreseeable consequences of a decision or lack of decision”. The respondent applied to the Ontario Consent and Capacity Board for a review of the physician’s decision and the Board’s confirmation of incapacity was subsequently overturned on judicial review at the Superior Court of Justice. The Court of Appeal upheld the findings of the reviewing judge.

Held (McLachlin C.J. and Gonthier and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and Deschamps JJ.: The *Health Care Consent Act, 1996*, presumes a person is capable to decide to accept or reject medical treatment; therefore, patients with mental disorders are presumptively entitled to make their own treatment decisions. The presumption of capacity can be displaced only by evidence that a patient lacks the requisite elements of capacity provided by the Act. Capacity involves two criteria: first, a person must be able to understand the information that is relevant to making a treatment decision and second, a person must be able to appreciate the reasonably foreseeable consequences of the decision or lack of one. The legislative mandate of the Consent and Capacity Board is to adjudicate solely upon a patient’s capacity and the Board’s conception of the patient’s best interests is irrelevant to that determination. The question under review, namely the Board’s determination of capacity, is a question of mixed fact and law: the Board must apply the evidence before it to the statutory test for capacity. In the absence of any error of law, this question is relatively fact-intensive. Applying the pragmatic and functional approach to this question, it is clear that reasonableness is the appropriate standard of review.

de l’intimé ont proposé de traiter ses troubles bipolaires au moyen, notamment, de médicaments neuroleptiques, de psychorégulateurs, de médicaments anxiolytiques et de médicaments antiparkinsoniens. L’intimé a refusé de prendre cette médication et le médecin traitant a conclu que ce dernier était incapable de décider s’il devait accepter ou rejeter le traitement médical proposé. Conformément à la loi ontarienne intitulée *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, une personne peut être traitée sans son consentement, au motif qu’elle n’a pas la capacité de donner ce consentement, la capacité étant définie comme étant l’aptitude « à comprendre les renseignements pertinents à l’égard de la prise d’une décision concernant le traitement [. . .] et [. . .] à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d’une décision ou de l’absence de décision ». L’intimé a demandé à la Commission du consentement et de la capacité de l’Ontario de réviser cette décision. La confirmation par la Commission de la conclusion d’incapacité a subséquemment été infirmée au terme d’une procédure de révision judiciaire en Cour supérieure de justice. La Cour d’appel a confirmé les conclusions de la juge siégeant en révision.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Gonthier et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et Deschamps : Suivant la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, une personne est présumée capable de décider d’accepter ou de refuser un traitement médical. Par conséquent, les patients souffrant de troubles mentaux sont présumés avoir le droit de décider eux-mêmes s’ils veulent suivre un traitement. La présomption de capacité ne peut être réfutée que par la preuve que le patient ne satisfait pas aux critères établis par la Loi pour établir sa capacité. La détermination de la capacité exige l’application de deux critères. Premièrement, la personne concernée doit être apte à comprendre les renseignements pertinents à l’égard de la prise d’une décision concernant un traitement. Deuxièmement, cette personne doit être apte à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d’une décision ou de l’absence de décision. Le mandat confié par la Loi à la Commission du consentement et de la capacité consiste uniquement à décider de la capacité du patient. L’opinion de la Commission sur les mesures qui sont dans l’intérêt du patient n’est pas pertinente à l’égard de cette décision. La question en litige, à savoir la détermination par la Commission de la capacité d’un patient est une question mixte de droit et de fait : la Commission doit appliquer le critère établi par la Loi pour statuer sur la capacité, et ce au regard de la preuve qui lui est présentée. En l’absence d’erreur de droit, il s’agit d’une question dont la réponse tient principalement aux faits. Si on applique la méthode pragmatique et fonctionnelle à cette question, il est clair que la norme de contrôle appropriée est la décision raisonnable.

In this case, the reviewing judge applied the proper standard of review and correctly held that the Board's finding was unreasonable. The Board's determination of incapacity turned on two findings: that the respondent was in "almost total" denial of a mental disorder, and that he failed to appreciate the consequences of his decision. A careful review of the evidence demonstrates that there is no basis for either of these findings. Although the patient did not conceive of the condition as an illness, he was quite aware that his brain did not function normally. There was also no evidence that the proposed medication was likely to ameliorate the respondent's condition. Moreover, the respondent appreciated the intended effects of the medication. The Board's conclusion that treatment would improve his chances at future review board hearings is entirely speculative. There was no basis for the Consent and Capacity Board to find that a possible benefit of treatment would be the resumption of the respondent's work as a physicist. Lastly, the respondent was never asked at the hearing whether he understood the possibility that his condition could worsen without treatment. Consequently, there is no support for the Board's ultimate finding of incapacity.

In addition, the Board misapplied the statutory test for capacity. The interpretation of this legal standard is a question of law. No deference is owed to the Board on this issue and a correctness standard of review is to be applied. Although the Board found the respondent failed to appreciate the risks and benefits of treatment, it neglected to address whether the reasons for that failure demonstrated an inability to appreciate those risks and benefits. Furthermore, the Board's reasons indicate that it strayed from its legislative mandate, which was to adjudicate solely upon the patient's capacity. The wisdom of the respondent's treatment decision is irrelevant to that determination. The Board improperly allowed its own conception of the respondent's best interests to influence its finding of incapacity.

Per McLachlin C.J. and Gonthier and LeBel JJ. (dissenting): The Consent and Capacity Board properly applied the law and nothing in its reasons suggests that it strayed from the question of the respondent's capacity to make medical decisions on his own behalf. The Board's preliminary expression of sympathy for the respondent's

En l'espèce, la juge siégeant en révision a appliqué la norme de contrôle appropriée et a à juste titre décidé que la conclusion de la Commission était déraisonnable. La constatation d'incapacité faite par la Commission reposait sur deux conclusions : le fait que le patient niait « presque totalement » l'existence des troubles mentaux et son inaptitude à évaluer les conséquences de sa décision. Il ressort d'un examen attentif de la preuve que ni l'une ni l'autre de ces conclusions n'est fondée. Le patient ne percevait pas son état comme une maladie, mais il était néanmoins parfaitement conscient que son cerveau ne fonctionnait pas normalement. Il n'y avait également aucun élément de preuve indiquant que la médication proposée améliorerait vraisemblablement l'état de l'intimé. En outre, ce dernier comprenait les effets escomptés de la médication. La conclusion de la Commission selon laquelle le traitement améliorerait les chances de succès de l'intimé à l'occasion de futures auditions de sa cause par une commission d'examen relève entièrement de la conjecture. Rien ne permettait à la Commission du consentement et de la capacité de conclure que l'un des effets bénéfiques possibles du traitement serait la reprise par l'intimé de son travail de physicien. Enfin, à aucun moment au cours de l'audience on n'a demandé à celui-ci s'il était conscient de la possibilité que son état se détériore en l'absence de traitement. Par conséquent, rien ne justifiait la Commission de conclure comme elle l'a fait à l'incapacité.

De plus, la Commission a mal appliqué le critère de détermination de la capacité prévu par la Loi. L'interprétation de cette norme légale est une question de droit. Il n'y a pas lieu de faire preuve de déférence à l'égard de la décision de la Commission sur cette question et la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. Bien que la Commission ait jugé que l'intimé ne comprenait pas bien les risques et les effets bénéfiques du traitement, elle a omis de se demander si cette incompréhension démontrait l'incapacité de celui-ci d'évaluer ces risques et ces effets bénéfiques. En outre, il ressort des motifs de la Commission qu'elle s'est éloignée du mandat que lui confie la Loi, à savoir décider uniquement de la capacité du patient. La sagesse de la décision de l'intimé concernant le traitement n'est pas pertinente pour trancher la question de la capacité. La Commission a laissé sa propre conception de l'intérêt de l'intimé influencer indûment la conclusion d'incapacité qu'elle a tirée.

La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier et LeBel (dissidents) : La Commission du consentement et de la capacité a bien appliqué les règles de droit pertinentes et rien dans ses motifs de décision ne tend à indiquer qu'elle s'est éloignée de la question dont elle était saisie — à savoir la capacité de l'intimé de prendre

actual situation was merely an expression of concern and does not show that the Board focussed on the respondent's best interests rather than on his capacity.

The issue in this case is not whether the Board's conclusion was the best conclusion on the evidence, but rather whether it is among the range of conclusions that the Board could reasonably have reached. Only if the Board's conclusion is unreasonable having regard to the whole of the evidence can it be set aside. Here, the Board's conclusion that the respondent lacked capacity to make treatment decisions was firmly anchored in the evidence and cannot be characterized as unreasonable. The Board's finding that the respondent's denial of his illness was "almost total" is amply supported in the evidence. While the Board never suggested that the respondent denied all his difficulties and symptoms, it did suggest, entirely accurately, that the respondent did not see his symptoms and difficulties as an illness or a problem relevant to the proposals for treatment. The Board was entitled to conclude from the evidence that the respondent was in denial about his mental illness generally, and not just about the specific diagnosis. This denial was compounded by the respondent's inability, because of his delusional state to understand the information relevant to making a treatment decision, as required by the Act. There was also ample evidence to support the Board's finding that the respondent was unable to appreciate the foreseeable consequences of treatment and refusing treatment because he lacked the ability to appreciate (1) the possible benefits of the proposed medication; (2) the fact that absent medication it is unlikely he will ever return to his previous level of functioning and his condition may continue to deteriorate; and (3) the relationship between lack of treatment and future dispositions by the Review Board. Given the evidence and the Board's application of the correct legal tests, there is no basis upon which a court of judicial review can set aside the Board's decision.

Cases Cited

By Major J.

Distinguished: *R. v. Owen*, [2003] 1 S.C.R. 779, 2003 SCC 33; **referred to:** *T. (I.) v. L. (L.)* (1999), 46 O.R. (3d) 284; *Fleming v. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74; *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388; *Koch (Re)* (1997), 33 O.R. (3d) 485; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R.

lui-même des décisions d'ordre médical le concernant. La sympathie exprimée par la Commission à l'égard de la situation de l'intimé était uniquement un témoignage de sollicitude et n'indique pas que la Commission s'est attachée à l'intérêt de l'intimé plutôt qu'à la capacité de celui-ci.

Il ne s'agit pas en l'espèce de décider si la conclusion de la Commission était la meilleure eu égard à la preuve, mais plutôt de savoir si elle fait partie de celles qu'elle pouvait raisonnablement tirer. Ce n'est que si la conclusion de la Commission est déraisonnable, à la lumière de l'ensemble de la preuve, qu'elle peut être annulée. Dans la présente affaire, la conclusion de la Commission selon laquelle l'intimé n'avait pas la capacité de prendre des décisions en matière de traitement a de solides assises dans la preuve et ne saurait être qualifiée de déraisonnable. La conclusion de la Commission selon laquelle l'intimé niait « presque totalement » sa maladie est amplement étayée par la preuve. Bien que la Commission n'ait jamais laissé entendre que l'intimé niait tous ses problèmes et ses symptômes, elle a effectivement dit, à raison, qu'il ne considérait pas ses symptômes et ses difficultés comme une maladie ou un problème pertinent à l'égard des traitements qu'on lui proposait. La Commission était justifiée de conclure, à la lumière de cette preuve, que l'intimé niait sa maladie mentale en général, et non seulement le diagnostic particulier. Ce déni était exacerbé par l'incapacité de l'intimé, en raison de son état délirant, de comprendre, comme le requiert la Loi, les renseignements pertinents à l'égard du traitement. De plus, il y avait au dossier amplement de preuve appuyant la conclusion de la Commission selon laquelle l'intimé était incapable d'évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles de l'acceptation ou du refus du traitement du fait qu'il n'était pas apte à évaluer (1) les effets bénéfiques possibles de la médication, (2) le fait que, sans cette médication, il est peu probable qu'il fonctionne à nouveau comme autrefois et qu'il est possible que son état continue à se détériorer, et (3) le lien entre l'absence de traitement et les décisions futures de la Commission d'examen. Vu cette preuve et l'application par la Commission du consentement et de la capacité des critères juridiques appropriés, je ne vois aucune raison justifiant une cour siégeant en révision d'annuler la décision de cette dernière.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. Owen*, [2003] 1 R.C.S. 779, 2003 CSC 33; **arrêts mentionnés :** *T. (I.) c. L. (L.)* (1999), 46 O.R. (3d) 284; *Fleming c. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74; *E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388; *Koch (Re)* (1997), 33 O.R. (3d) 485; *U.E.S., local 298*

1048; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20.

By McLachlin C.J. (dissenting)

R. v. Owen, [2003] 1 S.C.R. 779, 2003 SCC 33; *Khan v. St. Thomas Psychiatric Hospital* (1992), 7 O.R. (3d) 303.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part XX.1, s. 672.54 [ad. 1991, c. 43, s. 4].

Health Care Consent Act, 1996, S.O. 1996, c. 2, Sch. A, ss. 1, 4(1), (2), 10(1)(b), 21, 70(2), 71(3), 73(2), 75, 80(1) [am. 2000, c. 9, s. 48], (9), (10).

Mental Health Act, R.S.O. 1990, c. M.7, s. 20(1) to (5).

Statutory Powers Procedure Act, R.S.O. 1990, c. S.22, s. 15(1).

Authors Cited

Berg, Jessica W., et al. *Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice*, 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2001.

Hoffman, Brian F. *The Law of Consent to Treatment in Ontario*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1997.

Macklin, Ruth. "Some Problems in Gaining Informed Consent from Psychiatric Patients" (1982), 31 *Emory L.J.* 345.

Roth, Loren H., Alan Meisel and Charles W. Lidz. "Tests of Competency to Consent to Treatment" (1977), 134 *Am. J. Psychiatry* 279.

Weisstub, David N. *Enquiry on Mental Competency: Final Report*. Toronto: Queen's Printer for Ontario, 1990.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 201 D.L.R. (4th) 123, 146 O.A.C. 121, 33 Admin. L.R. (3d) 315, [2001] O.J. No. 2283 (QL), dismissing an appeal from a judgment of the Superior Court of Justice (1999), 22 Admin. L.R. (3d) 211, [1999] O.J. No. 4483 (QL). Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Gonthier and LeBel JJ. dissenting.

c. Bibeault, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20.

Citée par la juge en chef McLachlin (dissidente)

R. c. Owen, [2003] 1 R.C.S. 779, 2003 CSC 33; *Khan c. St. Thomas Psychiatric Hospital* (1992), 7 O.R. (3d) 303.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, Partie XX.1, art. 672.54 [aj. 1991, ch. 43, art. 4].

Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, L.O. 1996, ch. 2, ann. A, art. 1, 4(1), (2), 10(1)(b), 21, 70(2), 71(3), 73(2), 75, 80(1) [mod. 2000, ch. 9, art. 48], (9), (10).

Loi sur la santé mentale, L.R.O. 1990, ch. M.7, art. 20(1) à (5).

Loi sur l'exercice des compétences légales, L.R.O. 1990, ch. S.22, art. 15(1).

Doctrine citée

Berg, Jessica W., et al. *Informed Consent : Legal Theory and Clinical Practice*, 2nd ed. New York : Oxford University Press, 2001.

Hoffman, Brian F. *The Law of Consent to Treatment in Ontario*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1997.

Macklin, Ruth. « Some Problems in Gaining Informed Consent from Psychiatric Patients » (1982), 31 *Emory L.J.* 345.

Roth Loren H., Alan Meisel and Charles W. Lidz. « Tests of Competency to Consent to Treatment » (1977), 134 *Am. J. Psychiatry* 279.

Weisstub, David N. *Enquête sur la capacité mentale : Rapport final*. Toronto : Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 1990.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2001), 201 D.L.R. (4th) 123, 146 O.A.C. 121, 33 Admin. L.R. (3d) 315, [2001] O.J. No. 2283 (QL), qui a rejeté l'appel formé contre une décision de la Cour supérieure de justice (1999), 22 Admin. L.R. (3d) 211, [1999] O.J. No. 4483 (QL). Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges Gonthier et LeBel sont dissidents.

Leslie McIntosh and Diana Schell, for the appellant.

Anita Szigeti, as *amicus curiae*.

Daphne G. Jarvis and Barbara J. Walker-Renshaw, for the interveners the Schizophrenia Society of Canada.

Written submissions only by *Janice E. Blackburn* and *James P. Thomson*, for the interveners the Centre for Addiction and Mental Health.

Marshall A. Swadron and Aaron A. Dhir, for the interveners the Mental Health Legal Committee and the Mental Health Legal Advocacy Coalition.

The reasons of McLachlin C.J. and Gonthier and LeBel JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting) —

I. Introduction

The issue in this case is whether the Ontario Consent and Capacity Board acted unreasonably in finding that Scott Jeffery Schutzman (who prefers to be called “Professor Starson” or simply “Starson”) is incapable by reason of mental illness of consenting to treatment under the *Health Care Consent Act, 1996*, S.O. 1996, c. 2, Sch. A (“HCCA”). I agree with Major J. that the test for capacity requires more than mere intellectual ability, and I agree on the standard of review applicable to the Board’s decision. However, I do not agree that the Board’s conclusion that Professor Starson lacked capacity to decide what treatment he should receive was unreasonable. Unlike my colleague Major J., I conclude that the Board applied the law correctly and that there was ample evidence before the Board to support a finding of incapacity. I would therefore allow the appeal.

Leslie McIntosh et Diana Schell, pour l’appellant.

Anita Szigeti, en qualité d’*amicus curiae*.

Daphne G. Jarvis et Barbara J. Walker-Renshaw, pour l’intervenante la Société canadienne de schizophrénie.

Argumentation écrite seulement par *Janice E. Blackburn* et *James P. Thomson*, pour l’intervenant le Centre de toxicomanie et de santé mentale.

Marshall A. Swadron et Aaron A. Dhir, pour les intervenants Mental Health Legal Committee et Mental Health Legal Advocacy Coalition.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Gonthier et LeBel rendus par

LA JUGE EN CHEF (dissidente) —

I. Introduction

Il s’agit en l’espèce de décider si la Commission du consentement et de la capacité de l’Ontario (« Commission ») a agi de façon déraisonnable en concluant que Scott Jeffery Schutzman (qui préfère se faire appeler « professeur Starson » ou simplement « Starson ») est, pour cause de maladie mentale, incapable suivant à la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, L.O. 1996, ch. 2, ann. A (« LCSS ») de consentir à un traitement. Je souscris à l’opinion du juge Major selon laquelle le critère de détermination de la capacité requiert davantage qu’une simple aptitude intellectuelle, ainsi qu’avec son opinion sur la norme de contrôle applicable à la décision de la Commission. Toutefois, je n’estime pas que la conclusion de la Commission selon laquelle le professeur Starson était incapable de décider du traitement qu’il devait recevoir était déraisonnable. Contrairement au juge Major, je conclus que la Commission a bien appliqué les règles de droit pertinentes et qu’elle disposait d’amplement d’éléments de preuve lui permettant de conclure à l’incapacité. Par conséquent, j’accueillerais le pourvoi.

2

Professor Starson is an exceptionally intelligent man who in earlier years did remarkable work in physics and still counts leading physicists among his friends. He suffers from long-standing mental illness. He has been in and out of mental hospitals in the United States and Canada, since at least 1985. His illness has led to erratic behaviour; his tendency to utter death threats against acquaintances and strangers has repeatedly brought him into conflict with the criminal law and is the reason for his current detention. Professor Starson entertains delusions of varying severity. He talks about plans to run the “Starson Corporation” from inside his current inpatient unit; insists that he is “leading on the edge of efforts to build a starship”; claims to be a world-class skier and arm-wrestler; and has asserted that he is the greatest scientist in the world and communicates with extra-terrestrials. While Professor Starson would not agree, his illness appears to have progressed and his condition has deteriorated.

Le professeur Starson est un homme doté d’une intelligence exceptionnelle, qui a réalisé dans le passé des travaux remarquables dans le domaine de la physique et qui compte toujours des physiciens de renom parmi ses amis. Il souffre depuis longtemps de maladie mentale. Depuis 1985 au moins, il a dû être hospitalisé à de nombreuses reprises dans des établissements psychiatriques aux États-Unis et au Canada. Sa maladie a occasionné chez lui des comportements étranges. La tendance qu’il a à proférer des menaces de mort contre des connaissances et des étrangers lui a souvent occasionné des problèmes avec la justice criminelle et c’est la raison pour laquelle il est présentement détenu. Le professeur Starson souffre de délires dont la gravité varie. Il parle de ses projets de diriger la [TRADUCTION] « Société Starson » à partir de l’unité d’observation dans laquelle il est hospitalisé; il affirme être [TRADUCTION] « à la fine pointe d’efforts déployés pour construire un vaisseau spatial »; il dit être un skieur et un adepte du tir au poignet (ou bras de fer) de calibre international; il prétend qu’il est le plus grand savant au monde et qu’il communique avec les extraterrestres. Le professeur Starson ne serait sans doute pas d’accord avec ce qui suit, mais sa maladie semble s’être aggravée et son état s’est détérioré.

3

Professor Starson has received medication for his mental illness in the past. It successfully reduced his delusions. But it had side effects that Professor Starson did not like. The most serious of these was Professor Starson’s complaint that the medication dulled his mind and diminished his creativity. As a consequence of his past experiences with medication, Professor Starson has set his mind against all further treatment by medication. He categorically asserts that “no benefits exis[t] for medication”, and refuses all treatment except psychoanalysis.

Dans le passé, le professeur Starson a pris, à l’égard de sa maladie mentale, des médicaments qui ont permis de diminuer ses délires. Toutefois, ces médicaments produisaient des effets secondaires que le professeur Starson trouvait désagréables. Le plus grave de ces effets, de reprocher le professeur Starson, était qu’ils ralentissaient son esprit et diminuaient sa créativité. En raison de ses expériences antérieures avec des médicaments, le professeur Starson est décidé à refuser tout traitement fondé sur des médicaments. Il affirme catégoriquement que [TRADUCTION] « les médicaments ne lui procurent aucun effet bénéfique », et il refuse tout traitement à l’exception de la psychanalyse.

4

Professor Starson’s doctors have told him that new medications are available which promise much better results, with reduced negative side effects. They have also explained to him that without medication, his condition is likely to continue to

Les médecins du professeur Starson lui ont dit qu’il existait de nouveaux médicaments susceptibles de donner de bien meilleurs résultats, tout en produisant moins d’effets secondaires néfastes. Ils lui ont également expliqué que s’il ne prend pas de

deteriorate. Professor Starson, however, continues to refuse treatment by medication. Professor Starson's doctors have concluded that in his present condition, he does not understand the benefits of treatment with the new medications, nor does he appreciate that without treatment his condition will probably continue to deteriorate. Faced with this conclusion, which would open the door to imposed medication, Professor Starson applied to the Consent and Capacity Board for a determination that he is capable under the *HCCA* and can therefore refuse treatment. The Board found that Professor Starson is not capable. On appeal, Molloy J. set aside the Board's decision as unreasonable. The Ontario Court of Appeal confirmed her decision.

II. Standard of Review

I agree with my colleague Major J. that the Board's interpretation of the law is reviewable on a standard of correctness. On the application of the law to the facts, I agree that the Board's decision is subject to review for reasonableness. The legislature assigned to the Board the task of hearing the witnesses and assessing evidence. Absent demonstrated unreasonableness, there is no basis for judicial interference with findings of fact or the inferences drawn from the facts. This means that the Board's conclusion must be upheld provided it was among the range of conclusions that could reasonably have been reached on the law and evidence. As Binnie J. states in *R. v. Owen*, [2003] 1 S.C.R. 779, 2003 SCC 33 (released concurrently), at para. 33: "If the Board's decision is such that it could reasonably be the subject of disagreement among Board members properly informed of the facts and instructed on the applicable law, the court should in general decline to intervene." The fact that the reviewing court would have come to a different conclusion does not suffice to set aside the Board's conclusion.

médicaments, son état continuera vraisemblablement à se détériorer. Toutefois, le professeur Starson refuse toujours d'être traité avec des médicaments. Ses médecins ont conclu que, dans son état actuel, celui-ci ne comprend pas les effets bénéfiques d'un traitement utilisant les nouveaux médicaments, ni que, sans traitement, son état continuera vraisemblablement à se détériorer. Vu cette conclusion des médecins, qui pourrait avoir comme conséquence qu'on lui impose la médication proposée, le professeur Starson a demandé à la Commission de décider s'il est capable au sens de la *LCSS* et s'il peut, en conséquence, refuser le traitement proposé. La Commission a jugé le professeur Starson incapable. En appel, la juge Molloy a annulé la décision de la Commission, pour le motif qu'elle était déraisonnable. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la décision de la juge Molloy.

II. La norme de contrôle applicable

À l'instar de mon collègue le juge Major, j'estime que l'interprétation du droit applicable par la Commission doit être contrôlée au moyen de la norme de la décision correcte. En ce qui concerne l'application du droit aux faits, je suis d'accord pour affirmer que la décision de la Commission doit être contrôlée au moyen de la norme de la décision raisonnable. Le législateur a confié à la Commission la tâche d'entendre les témoins et d'apprécier la preuve. Lorsque le caractère déraisonnable de la décision ne peut être démontré, les tribunaux judiciaires ne sont pas justifiés de modifier les conclusions de fait ou les inférences tirées des faits. En conséquence, la conclusion de la Commission doit être confirmée si elle fait partie de celles que la Commission pouvait raisonnablement tirer eu égard au droit et à la preuve. Comme le précise le juge Binnie, au par. 33 de l'arrêt *R. c. Owen*, [2003] 1 R.C.S. 779, 2003 CSC 33 (rendu en même temps que la présente décision) : « En règle générale, la cour devrait s'abstenir d'intervenir si la décision de la Commission est telle que les membres de la Commission ayant une bonne connaissance des faits et une perception juste du droit applicable pourraient raisonnablement se trouver en désaccord ». Le fait que la cour saisie de la demande de révision n'aurait pas conclu de la même façon que la Commission ne suffit pas pour justifier l'annulation de la conclusion de celle-ci.

III. The Legal Definition of Capacity

6

The *HCCA* confronts the difficult problem of when a mentally ill person may refuse treatment. The problem is difficult because it sets in opposition fundamental values which we hold dear. The first is the value of autonomy — the ability of each person to control his or her body and consequently, to decide what medical treatment he or she will receive. The second value is effective medical treatment — that people who are ill should receive treatment and that illness itself should not deprive an individual of the ability to live a full and complete life. A third value — societal protection — comes into play in some cases of mental illness. Where the mentally ill person poses a threat of injury to other people or to him- or herself, it may be justified to impose hospitalization on the basis that this is necessary in the interests of public safety: see s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which permits courts and Boards to impose hospitalization on an accused person found not criminally responsible on account of mental disorder, and ss. 20(1) to 20(5) of the *Ontario Mental Health Act*, R.S.O. 1990, c. M.7, which permit the involuntary hospitalization of mentally ill persons under certain circumstances. Professor Starson was under a twelve-month hospital detention order pursuant to these *Criminal Code* provisions at the time of the application, having been found not criminally responsible for making death threats. However, the application with which we are concerned did not rely on public safety, so this value does not affect this appeal.

7

Ordinarily at law, the value of autonomy prevails over the value of effective medical treatment. No matter how ill a person, no matter how likely deterioration or death, it is for that person and that person alone to decide whether to accept a proposed medical treatment. However, where the individual is incompetent, or lacks the capacity, to make the decision, the law may override his or her wishes and

III. La définition légale de la capacité

La *LCSS* traite de l'épineux problème des circonstances dans lesquelles une personne atteinte d'une maladie mentale peut refuser un traitement. Le problème est épineux parce que s'opposent alors des valeurs fondamentales qui nous sont chères. La première de ces valeurs est l'autonomie — la faculté qu'a chacun de nous de prendre des décisions concernant son corps et, par conséquent, de décider du traitement médical qu'il recevra. La deuxième de ces valeurs est la possibilité de recevoir un traitement médical efficace — à savoir le fait que les personnes malades devraient être soignées et que la maladie elle-même ne devrait pas empêcher une personne de jouir pleinement de la vie. Une troisième valeur — la protection de la société — entre en jeu dans certains cas de maladie mentale. Lorsqu'une personne atteinte d'une telle maladie constitue une menace pour sa propre sécurité ou celle d'autrui, il peut être justifié de lui imposer l'hospitalisation, au motif que cette mesure est nécessaire pour assurer la sécurité du public : voir l'art. 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui habilite les tribunaux et les commissions d'examen à ordonner l'hospitalisation des contrevenants jugés non responsables criminellement pour cause de maladie mentale, et les par. 20(1) à (5) de la loi ontarienne intitulée *Loi sur la santé mentale*, L.R.O. 1990, ch. M.7, qui autorisent, dans certaines circonstances, l'internement forcé de personnes atteintes de maladie mentale. Au moment de la demande, le professeur Starson était sous le coup d'une cure obligatoire de 12 mois ordonnée en vertu des dispositions du *Code criminel*, ayant été déclaré non responsable criminellement d'avoir proféré des menaces de mort. Cependant, comme la demande qui nous intéresse n'est pas fondée sur la protection de la sécurité du public, cette troisième valeur n'est pas en cause dans le présent pourvoi.

En droit, la valeur fondée sur l'autonomie l'emporte généralement sur celle fondée sur la possibilité de recevoir un traitement médical efficace. Peu importe la gravité de la maladie dont souffre une personne, peu importe la probabilité que cette personne décède ou que sa santé se détériore, c'est à elle — et à elle seule — qu'il appartient de décider si elle accepte ou non le traitement médical qu'on lui

order hospitalization. For example, young children generally lack capacity to make medical decisions because of their age; thus their parents or guardians, not they, decide what medical treatment they should receive. Where mental illness deprives a person of the ability to make a decision about medical treatment, the law may permit that person's wishes to be overridden. This result flows from s. 4(1) of the *HCCA*.

There is no easy answer to the question of when a mentally ill person should be held incapable of making decisions concerning his or her medical treatment. Different societies have drawn different lines at different times. The applicable law in Ontario permits a mentally ill person to be hospitalized without consent on grounds of public safety (*Criminal Code* and *Mental Health Act*) and lack of capacity (s. 4(1) of the *HCCA*), defined as a lack of the ability "to understand the information that is relevant to making a decision about the treatment . . . and . . . to appreciate the reasonably foreseeable consequences of a decision or lack of decision". Moreover, as discussed in greater detail below, the definition of capacity offered in the *HCCA* is broad; incapacity is not confined to lack of rational ability to understand, but extends to lack of ability to "appreciate" or judge.

The Ontario legislature's decision to permit a mentally ill person's decision to refuse treatment to be overridden where public safety is not threatened reflects the value of promoting effective medical treatment of people suffering from mental illness. The *HCCA*'s definition of capacity offers a way out of the dilemma that is created when treatment for an illness is dependent on consent, which in turn is not forthcoming because of the illness. The way out of the dilemma lies in recognizing that the

propose. Toutefois, lorsque l'intéressé est incapable de prendre la décision, il arrive que le droit permette qu'on écarte sa volonté et qu'on ordonne son hospitalisation. Par exemple, les jeunes enfants sont généralement incapables, du fait de leur âge, de prendre des décisions d'ordre médical. Par conséquent, ce sont les parents ou tuteurs de l'enfant concerné, et non pas ce dernier, qui décident du traitement médical qu'il devrait recevoir. Lorsqu'une maladie mentale prive une personne de la capacité de prendre une décision concernant un traitement médical, il arrive que le droit permette que les désirs exprimés par cette personne soient écartés. Le paragraphe 4(1) de la *LCSS* permet d'obtenir ce résultat.

Il n'est pas facile de déterminer dans quelles circonstances une personne souffrant d'une maladie mentale doit être déclarée incapable de prendre des décisions concernant un traitement médical. Les critères varient, selon les sociétés et selon les époques. Conformément au droit applicable en Ontario, une personne atteinte de maladie mentale peut être hospitalisée sans son consentement pour des raisons de sécurité du public (*Code criminel* et *Loi sur la santé mentale*) et pour cause d'absence de capacité (*LCSS*, par. 4(1)), disposition qui définit la capacité comme étant l'aptitude « à comprendre les renseignements pertinents à l'égard de la prise d'une décision concernant le traitement [. . .] et [. . .] à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou de l'absence de décision ». De plus, comme on le verra de manière plus approfondie plus loin, la définition de capacité dans la *LCSS* est large; l'incapacité ne se limite pas à l'absence de capacité rationnelle de comprendre, mais s'entend également de l'absence de la capacité d'« évaluer » ou de juger.

La décision du législateur ontarien de permettre que la décision prise par une personne souffrant de maladie mentale soit écartée lorsque la sécurité du public n'est pas menacée témoigne de l'importance accordée à la possibilité pour les personnes atteintes de maladie mentale de recevoir un traitement médical efficace. La définition de capacité dans la *LCSS* offre une façon de sortir de l'impasse qui surgit lorsque l'administration d'un traitement pour une maladie requiert le consentement du patient, mais que ce

8

9

focus should be not only on consent but on capacity to consent. The policy of the law is that where a person, due to mental illness, lacks the capacity to make a sound and considered decision on treatment, the person should not for that reason be denied access to medical treatment that can improve functioning and alleviate suffering. Rather, that person's incapacity should be recognized and someone else appointed to make the decision for him or her.

- 10 At the same time, the *HCCA* preserves the value of individual autonomy. Mental illness is not conflated with incapacity. Mental illness without more does not remove capacity and autonomy. Only where it can be shown that a person is unable to understand relevant factors and appreciate the reasonably foreseeable consequences of a decision or lack of decision can treatment be imposed.

- 11 The *HCCA* represents a careful and balanced response to the problem of accommodating the individual autonomy of the mentally ill person and the aim of securing effective treatment for mentally ill people. It says that when a mentally ill person lacks the capacity to sufficiently understand and appreciate his or her situation, authorized treatment may be imposed. This response is doubtless influenced by increased appreciation of the suffering and loss occasioned by non-violent mental illness, and the ever-expanding treatment options available as our understanding of mental illness increases. Whatever the explanation, the fact is that the legislature has chosen a test based on a nuanced conception of incapacity that includes both the ability to understand and appreciate, to be applied by the specialized Board. The courts must respect this choice.

consentement n'est pas facile à obtenir en raison de la maladie. La solution à cette impasse consiste à reconnaître qu'il faut s'attacher non seulement au consentement mais aussi à la capacité de donner ce consentement. L'idée maîtresse du droit applicable est que, dans le cas où, en raison d'une maladie mentale, une personne est incapable de prendre une décision judicieuse et réfléchie concernant un traitement, cette personne ne devrait pas se voir priver, pour ce motif, d'un traitement médical qui peut l'aider à mieux fonctionner en plus d'alléger ses souffrances. Au contraire, il faudrait reconnaître que cette personne est incapable et désigner quelqu'un pour décider à sa place.

Par ailleurs, la *LCSS* protège la valeur que constitue l'autonomie individuelle. La maladie mentale n'est pas assimilée à l'incapacité. L'existence d'une maladie mentale n'écarte pas à elle seule la capacité et l'autonomie. Un traitement ne peut être imposé à une personne que si l'on peut démontrer que cette dernière n'est pas apte à comprendre les facteurs pertinents à l'égard du traitement et à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou de l'absence de décision concernant ce traitement.

La *LCSS* apporte une solution prudente et équilibrée au problème que pose la conciliation de l'autonomie individuelle des personnes malades et de l'objectif consistant à garantir un traitement efficace aux personnes atteintes de maladie mentale. Aux termes de la Loi, lorsqu'une personne atteinte d'une maladie mentale n'a pas la capacité pour comprendre et évaluer de façon suffisante sa situation, un traitement autorisé peut lui être imposé. Cette solution est sans doute influencée par une meilleure compréhension de la souffrance et du sentiment d'aliénation que provoquent les maladies mentales non violentes et par le choix de plus en plus varié de traitements disponibles, au fur et à mesure qu'augmentent nos connaissances sur les maladies mentales. Peu importe l'explication, le fait est que le législateur a choisi un critère reposant sur une conception nuancée de l'incapacité, qui inclut à la fois la capacité de comprendre et celle d'évaluer, et que c'est ce critère que l'organisme spécialisé doit appliquer. Les tribunaux judiciaires doivent respecter ce choix.

Against this background, I come to the test for incapacity. Section 4(1) of the *HCCA* provides:

4. (1) A person is capable with respect to a treatment, admission to a care facility or a personal assistance service if the person is able to understand the information that is relevant to making a decision about the treatment, admission or personal assistance service, as the case may be, and able to appreciate the reasonably foreseeable consequences of a decision or lack of decision.

I would summarize the four important points as follows:

1. The person is presumed to be competent and the standard of proof for a finding of incapacity is a balance of probabilities.

2. The test relates to the capacity or ability to understand and appreciate, not actual understanding and appreciation.

3. The first component of the test for capacity is that the person be “able to understand the information that is relevant to making a decision about the treatment” at issue.

4. The second component of the test is that the person be “able to appreciate the reasonably foreseeable consequences of a decision or lack of decision”.

The second point, that the test relates to a person’s capacity or ability to understand and appreciate, is reflected by the use of the word “able” in relation to “understand” and “appreciate”. It means that a person cannot be found to lack capacity on the basis of lack of information about his or her illness or the fact that he or she holds contrary views to a prescribed diagnosis: see Professor D. N. Weisstub, *Enquiry on Mental Competency: Final Report* (1990), at p. 249.

While the difference between ability to understand and appreciate and actual understanding or appreciation is easily stated, it may be less easy to apply in practice. Capacity is an abstract concept. The primary means of ascertaining capacity or

C’est sur cette toile de fond que j’aborde l’examen du critère de détermination de la capacité. Le paragraphe 4(1) de la *LCSS* est ainsi rédigé :

4. (1) Toute personne est capable à l’égard d’un traitement, de son admission à un établissement de soins ou d’un service d’aide personnelle si elle est apte à comprendre les renseignements pertinents à l’égard de la prise d’une décision concernant le traitement, l’admission ou le service d’aide personnelle, selon le cas, et apte à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d’une décision ou de l’absence de décision.

Je résumerais comme suit les quatre points importants :

1. La personne est présumée compétente et la norme de preuve applicable pour conclure à l’incapacité est la prépondérance des probabilités.

2. Le critère porte sur la capacité ou l’aptitude à comprendre et à évaluer, et non sur le résultat de ces opérations.

3. Le premier volet du critère de détermination de la capacité requiert que la personne soit « apte à comprendre les renseignements pertinents à l’égard de la prise d’une décision concernant le traitement » en cause.

4. Le deuxième volet du critère requiert que la personne soit « apte à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d’une décision ou de l’absence de décision ».

Le second point, à savoir que le critère porte sur la capacité ou l’aptitude à comprendre et à évaluer, ressort de l’utilisation du mot « apte » avec les verbes « comprendre » et « évaluer ». Cela signifie qu’une personne ne saurait être jugée incapable parce qu’elle manque d’information sur sa maladie ou parce qu’elle n’est pas d’accord avec le diagnostic : voir le professeur D. N. Weisstub, *Enquête sur la capacité mentale : Rapport final* (1990), p. 281.

Bien que la différence entre l’aptitude à comprendre et à évaluer et le résultat de ces opérations soit facile à formuler, elle est peut-être moins facile à appliquer dans les faits. La capacité est un concept abstrait. Le principal moyen de déterminer la

12

13

14

15

ability, in any context, is to look at what an individual in fact says and does. It follows that it is not an error for the Board to inquire into the actual understanding or appreciation of the person in question. At the same time, the fact that the person's actual conclusion does not agree with that of other people, for example medical experts, does not in itself demonstrate lack of understanding or capacity. In this connection, Professor Weisstub, *supra*, App. V, at pp. 421-22 states:

The test clearly refers to the ability of the patient, although there is a strong feeling that the distinction between actual understanding and the ability to understand one's situation is merely a theoretical point. While it may generally be true that actual understanding is an appropriate guide of the ability to understand, the distinction could still be important, for example, for patients who would be able to understand their situation if sedated somewhat less, or, of course, for those who have not received complete information about their situation.

- 16 The first component of the test for capacity is that the person be "able to understand the information that is relevant to making a decision about the treatment" at issue. The person must be capable of intellectually processing the information as it applies to his or her treatment, including its potential benefits and drawbacks. Two types of information would seem to be relevant: first, information about the proposed treatment; and second, information as to how that treatment may affect the patient's particular situation. Information relevant to the treatment decision includes the person's symptoms and how the proposed treatment may affect those symptoms. The patient must be able to acknowledge his or her symptoms in order to be able to understand the information relevant to a treatment decision. Agreement with a medical professional's diagnosis *per se*, or with the "label" used to characterize the set of symptoms, is not, however, required.

- 17 The second component of the test is that the person be "able to appreciate the reasonably foreseeable consequences of a decision or lack of

capacité ou l'aptitude d'une personne, et ce dans quelque contexte que soit, consiste à examiner ses propos et ses gestes. En conséquence, la Commission ne commet pas d'erreur en se demandant ce que la personne comprend ou quel est le résultat de son évaluation. Par ailleurs, le fait que l'intéressé ne tire pas la même conclusion que d'autres, par exemple les médecins, ne prouve pas en soi l'absence de compréhension ou de capacité. À cet égard, le professeur Weisstub, *op. cit.*, ann. V, p. 476, dit ceci :

Ce critère est manifestement défini en fonction de l'aptitude du malade, même si la distinction entre la compréhension effective de sa propre situation et l'aptitude à comprendre cette situation demeure sans doute théorique. En principe, il est peut-être vrai que la compréhension effective est un bon indice de l'aptitude à comprendre. Cependant, la distinction pourrait demeurer importante dans le cas des malades qui seraient en mesure de mieux comprendre leur situation si on leur administrait moins de sédatifs ou, bien sûr, dans le cas de ceux qui n'ont pas été entièrement informés de leur situation.

Le premier volet du critère de détermination de la capacité requiert que la personne soit « apte à comprendre les renseignements pertinents à l'égard de la prise d'une décision concernant le traitement » en cause. La personne doit être capable d'analyser l'information pertinente à l'égard de son traitement, y compris les effets bénéfiques et néfastes potentiels du traitement. Deux sortes de données semblent pertinentes : premièrement, l'information concernant le traitement proposé; deuxièmement, l'information concernant les répercussions possibles du traitement sur la situation du patient en question. Parmi les renseignements pertinents à l'égard de cette décision, mentionnons les symptômes que montre la personne et l'effet qu'aurait le traitement proposé sur ceux-ci. Le patient doit être capable d'admettre les symptômes qu'il présente pour être apte à comprendre les renseignements pertinents à l'égard de la décision concernant le traitement. Toutefois, il n'est pas nécessaire qu'il soit d'accord avec le diagnostic du professionnel de la santé ou avec l'« étiquette » utilisée pour qualifier l'ensemble des symptômes.

Le deuxième volet du critère requiert que la personne soit « apte à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou de

decision”. The appreciation test has been characterized as more stringent than a mere understanding test, since it includes both a cognitive and an affective component: R. Macklin, “Some Problems in Gaining Informed Consent from Psychiatric Patients” (1982), 31 *Emory L.J.* 345. To be capable, a patient must be able not only to understand the relevant information, but also to “appreciate the reasonably foreseeable consequences of a decision or lack of decision”: s. 4(1) of the *HCCA*. “An understanding criterion focuses on a patient’s ability to acquire information, while appreciation focuses on the patient’s ability to evaluate information”: Berg et al., *Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice* (2nd ed. 2001), at p. 102. Appreciation seizes upon the ability of the person who is able to understand the facts (the first component) to weigh or judge and thus evaluate the foreseeable consequences of accepting or refusing treatment (the second component). Arbour J.A. (as she then was) described this distinction as follows in *Khan v. St. Thomas Psychiatric Hospital* (1992), 7 O.R. (3d) 303 (C.A.), at p. 314 (citing a Review Board’s comment): “there are situations where a person may understand in an intellectual sense the subject-matter in respect of which consent is requested and further understand the nature of the illness for which treatment is proposed and understand the treatment proposed, but his or her ability to appreciate the same as it relates to themselves may be impaired by the mental disorder”.

Commentators have identified three “common clinical indicators” of a person’s ability to appreciate the consequences of accepting or declining treatment: “whether the person is able to acknowledge the fact that the condition for which treatment is recommended may affect him or her; whether the person is able to assess how the proposed treatment and alternatives, including no treatment, could affect his or her life or quality of life; [whether] the person’s choice is not substantially based on a delusional belief”: B. F. Hoffman, *The Law of Consent*

l’absence de décision ». On a dit du critère relatif à l’évaluation qu’il est plus exigeant qu’un simple critère de compréhension, parce qu’il comporte à la fois un aspect cognitif et un aspect émotif : voir R. Macklin, « Some Problems in Gaining Informed Consent from Psychiatric Patients » (1982), 31 *Emory L.J.* 345. Pour être considéré capable, un patient doit être non seulement apte à comprendre les renseignements pertinents mais aussi apte à « évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d’une décision ou de l’absence de décision » : *LCSS*, par. 4(1). [TRADUCTION] « Le critère relatif à la compréhension met l’accent sur l’aptitude du patient à assimiler des renseignements alors que le critère relatif à l’évaluation s’attache à son aptitude à évaluer cette information » : Berg et autres, *Informed Consent : Legal Theory and Clinical Practice* (2^e éd. 2001), p. 102. L’évaluation fait appel à la capacité d’une personne — par ailleurs apte à comprendre les faits (le premier volet) — de soupeser ou juger de l’information et, par conséquent, d’évaluer les conséquences prévisibles de l’acceptation ou du refus du traitement (le deuxième volet). La juge Arbour (maintenant juge de notre Cour) a décrit cette distinction de la manière suivante dans *Khan c. St. Thomas Psychiatric Hospital* (1992), 7 O.R. (3d) 303 (C.A.), p. 314 (citant un commentaire de la Commission d’examen) : [TRADUCTION] « il y a des situations où une personne peut comprendre, sur le plan intellectuel, le sujet pour lequel un consentement est exigé et comprendre également la nature de la maladie à l’égard de laquelle le traitement est proposé ainsi que le traitement lui-même, mais où sa capacité d’évaluer le traitement par rapport à sa situation particulière peut être réduite par des troubles mentaux ».

Les auteurs qui ont écrit sur le sujet ont dégagé trois [TRADUCTION] « indicateurs cliniques communs » de l’aptitude d’une personne à évaluer les conséquences de l’acceptation ou du refus du traitement : [TRADUCTION] « La personne est-elle capable d’admettre qu’elle peut être affectée par l’état à l’égard duquel le traitement est recommandé? La personne est-elle apte à évaluer en quoi le traitement proposé et les solutions de rechange, y compris l’absence de traitement, peuvent affecter sa vie ou sa qualité de vie? Le choix de la personne repose-t-il

to *Treatment in Ontario* (2nd ed. 1997), at p. 18. These indicators provide a useful framework for identifying what “ability to appreciate” means in concrete terms.

19

Like understanding, appreciation does not require agreement with a particular conclusion, professional or otherwise. A patient may look at the pros and cons of treatment and arrive at a different conclusion than the medical experts. Nor does it amount to a “best interests” standard. A patient who is capable has the right to refuse treatment, even if that treatment is, from a medical perspective, in his or her best interest. It is crucial to guard against interpreting disagreement with a particular diagnosis or proposed treatment plan as itself evidence of incapacity. But just as it is important to protect patients’ capable wishes to refuse treatment, so is it important to ensure that patients who are not capable of making treatment decisions receive appropriate treatment.

IV. Application to the Facts

20

The Consent and Capacity Board, composed in this case of a psychiatrist, a lawyer and a community member, heard from Professor Starson, two of his physicians and his solicitor. It also read letters written by Professor Starson’s friends and acquaintances affirming their belief in his mental capacity. Based on this evidence, the Board found: (1) “[C]lear and cogent evidence was presented that the patient is suffering from a chronic mental disorder, likely a bipolar disorder with psychotic features” (TO-98/1320, January 24, 1999, at p.15); (2) Professor Starson’s denial that he has any type of mental illness “is almost total” (p. 16); (3) without acknowledgment that he has some type of mental disorder and that his behaviour is being affected by that disorder, Professor Starson “cannot understand the information provided to him . . . because he cannot relate it to his particular disorder” (p. 17); (4) Professor Starson “cannot understand the potential benefits

essentiellement sur des illusions?» : voir B. F. Hoffman, *The Law of Consent to Treatment in Ontario* (2^e éd. 1997), p. 18. Ces indicateurs constituent un cadre utile pour déterminer ce que signifie concrètement l’expression « apt[itude] à évaluer ».

Tout comme à l’étape de la compréhension, il n’est pas nécessaire, à l’étape de l’évaluation, que le patient donne son assentiment à une conclusion particulière, professionnelle ou autre. Le patient peut considérer les arguments favorables et les arguments défavorables au traitement et arriver à une conclusion différente de celle des experts médicaux. Le critère relatif à l’évaluation n’équivaut pas non plus à une norme fondée sur « l’intérêt » du patient. Un patient capable a le droit de refuser un traitement, même si, d’un point de vue médical, ce traitement est dans son intérêt. Il est très important de ne pas interpréter un désaccord au sujet d’un diagnostic donné ou du traitement proposé comme constituant en soi une preuve d’incapacité. Cependant, autant il importe de respecter le désir qu’a exprimé un patient, pendant qu’il était capable, de refuser un traitement, autant il importe de veiller à ce que les patients qui sont incapables de prendre une décision concernant un traitement reçoivent un traitement approprié.

IV. L’application aux faits

Le comité de la Commission de révision du consentement et de la capacité — qui était composé en l’espèce d’un psychiatre, d’un avocat et d’un membre de la collectivité — a entendu le professeur Starson ainsi que deux de ses médecins et son avocate. Le comité a également pris acte de lettres écrites par des amis et des connaissances du professeur Starson, dans lesquelles ces personnes ont confirmé leur foi dans ses capacités mentales. À la lumière de cette preuve, le comité a tiré les conclusions suivantes : (1) [TRADUCTION] « [O]n a présenté des éléments de preuve clairs et décisifs démontrant que le patient souffre de troubles mentaux chroniques, vraisemblablement des troubles bipolaires comportant des caractéristiques psychotiques » (TO-98/1320, 24 janvier 1999, p. 15); (2) le professeur Starson nie [TRADUCTION] « presque totalement » souffrir de quelque maladie mentale que ce soit (p. 16); (3) s’il n’admet pas qu’il souffre de

of the medication” proposed (p. 17), and “seems unable to appreciate that efforts will be made to reduce the incidence of past side effects by using more benign medications” (p. 18); (5) “[w]ithout some treatment, it is unlikely [Professor Starson] will ever return to his previous level of functioning” (p. 17); to the contrary, “the literature is clear that an untreated Bipolar Disorder is likely to result in further deterioration over time” (p. 17).

From all this, the Board concluded that, despite Professor Starson’s high level of cognitive functioning, his manic and delusional symptoms prevent him from being able to understand the relevant information and to appreciate the nature of his condition and the reasonably foreseeable consequences of refusing the proposed course of treatment.

The first question is whether the Board applied the proper legal test. Here the Board was required to be correct. In my view, it was. First, the Board’s reasons make it clear that it was considering Professor Starson’s capacity, not the wisdom of his decision to refuse treatment. The Board referred to Professor Starson’s actual understanding and acknowledgement. But this was in relation to the ultimate question of whether he was able to understand his illness and the benefits and disadvantages of medication. The Board reasoned that the absence of understanding and acknowledgement of his condition rendered Professor Starson unable to understand the factors relevant to making a decision about treatment and unable to appreciate the consequences of lack of treatment. This was not an error, as Molloy J. suggested ((1999), 22 Admin. L.R. (3d) 211 (Ont. S.C.J.) at para. 74). Rather, it followed the accepted approach to ascertaining ability: see Hoffman, *supra*,

certain troubles mentaux et que son comportement est affecté par ces troubles, le professeur Starson [TRADUCTION] « ne peut pas comprendre les renseignements qui lui sont donnés [. . .] parce qu’il ne peut établir de lien entre ces renseignements et les troubles particuliers dont il souffre » (p. 17); (4) le professeur Starson [TRADUCTION] « ne peut pas comprendre les effets bénéfiques potentiels de la médication » proposée (p. 17) et il [TRADUCTION] « semble incapable de saisir que des efforts seront faits afin de réduire la fréquence des effets secondaires qui se sont produits dans le passé, par l’utilisation de médicaments moins forts » (p. 18); (5) [TRADUCTION] « en l’absence de traitement, il est peu probable que le [professeur Starson] fonctionne à nouveau comme auparavant » (p. 17); au contraire, [TRADUCTION] « il ressort clairement de la littérature que des troubles bipolaires non traités entraînent vraisemblablement une détérioration additionnelle de l’état avec le temps » (p. 17).

La Commission a conclu de tout ceci que, malgré le degré élevé de fonctionnement cognitif du professeur Starson, ses symptômes de manie et de délire l’empêchent de comprendre les renseignements pertinents et d’évaluer la nature de son état et les conséquences prévisibles du refus de consentir au traitement proposé.

La première question consiste à déterminer si la Commission a appliqué le bon critère légal. Sur ce point, la décision de la Commission se devait d’être exacte. À mon avis, elle a pris la bonne décision. Premièrement, il ressort clairement des motifs de la Commission qu’elle a tenu compte de la capacité du professeur Starson et non pas de la sagesse de la décision de celui-ci de refuser le traitement. La Commission a effectivement parlé de ce que le professeur Starson comprenait et admettait, mais c’était en rapport avec la question qu’elle devait trancher en bout de ligne, soit celle de savoir s’il était apte à comprendre sa maladie ainsi que les effets bénéfiques et les effets néfastes de la médication. La Commission a estimé que le fait que le professeur ne comprenait pas son état et ne l’admettait pas le rendait incapable de comprendre les facteurs pertinents à l’égard de la prise d’une décision concernant le traitement et incapable d’évaluer les conséquences de l’absence

21

22

at p. 18. As for the Board's preliminary expression of sympathy for Professor Starson's actual situation, this should be taken for what it is — an expression of concern. It does not show that the Board focussed on the wisdom of refusing treatment rather than on Professor Starson's capacity.

23 The remaining question is whether the Board's conclusion that Professor Starson lacked capacity under s. 4(1) of the *HCCA* was unreasonable. The issue here is not whether the Board's conclusion was the best conclusion on the evidence. It is rather whether it is among the range of conclusions that the Board could reasonably have reached. Only if the Board's conclusion is unreasonable, having regard to the whole of the evidence, can it be set aside.

24 It is said that the Board acted unreasonably: (1) in concluding that Professor Starson's denial of his illness was "almost total" and (2) in concluding that Professor Starson lacked the ability to appreciate the consequences of refusing treatment. These errors are said to render the Board's ultimate conclusion of incapacity unreasonable. In fact, the Board's conclusions on these matters find ample support in the evidence.

A. *Professor Starson's Denial of his Illness*

25 I turn first to the Board's conclusion that Professor Starson's denial of his illness was "almost total". Before addressing the question of what the Board found in this respect and whether the record supported it, it should be pointed out that a conclusion of denial or lack of acknowledgement of one's condition is one of the three "common clinical indicators" of inability to appreciate the consequences of accepting or declining treatment under s. 4(1) of the *HCCA*: Hoffman, *supra*. The Board properly

de traitement. Contrairement à ce qu'a laissé entendre la juge Molloy ((1999), 22 Admin. L.R. (3d) 211 (C.S.J. Ont.), par. 74), cette conclusion ne constituait pas une erreur, mais découlait plutôt de l'application de la méthode reconnue en matière de détermination de la capacité : voir Hoffman, *op. cit.*, p. 18. Quant à la sympathie exprimée par la Commission au début de ses motifs à l'égard de la situation du professeur Starson, elle doit être interprétée pour ce qu'elle est — un témoignage de sollicitude. Elle n'indique pas que la Commission s'est attachée à la sagesse du refus du traitement plutôt qu'à la capacité du professeur Starson.

La seule question qui reste à trancher consiste à décider si la conclusion de la Commission selon laquelle le professeur Starson n'avait pas la capacité requise au sens du par. 4(1) de la *LCSS* était déraisonnable. Il ne s'agit pas de décider si cette conclusion était la meilleure eu égard à la preuve, mais plutôt de savoir si elle fait partie des conclusions que la Commission pouvait raisonnablement tirer. Ce n'est que si la conclusion de la Commission est déraisonnable, eu égard à l'ensemble de la preuve, qu'elle peut être annulée.

On prétend que la Commission a agi déraisonnablement en concluant (1) que le professeur Starson niait « presque totalement » sa maladie et (2) qu'il était incapable d'évaluer les conséquences du refus de consentir au traitement. On affirme que ces erreurs rendent déraisonnable la conclusion d'incapacité prononcée en bout de ligne par la Commission. En fait, les conclusions de la Commission sur ces questions sont amplement étayées par la preuve.

A. *La négation par le professeur Starson de l'existence de sa maladie*

Je vais d'abord examiner la conclusion de la Commission selon laquelle le professeur Starson nie « presque totalement » sa maladie. Toutefois, avant de voir quelles ont été les constatations de la Commission à cet égard et si elles étaient appuyées par le dossier, je dois souligner que la négation par une personne de son état ou son refus de l'admettre est un des trois « indicateurs cliniques communs » de l'inaptitude à évaluer les conséquences de l'acceptation ou du refus du traitement, pour

recognized this and grounded its conclusions on Professor Starson's incapacity in large part on his inability to acknowledge the condition for which treatment was recommended.

With respect, Molloy J., whose conclusions were endorsed by the Court of Appeal and by my colleague Major J., seems to have misunderstood the Board's assertion that Professor Starson's denial of his illness was "almost total". Molloy J. took this to mean that he did not accept that he had any mental problems of any sort. Interpreting the phrase in this manner, Molloy J. concluded that since the evidence shows some awareness of mental abnormality, the Board erred.

The evidence of Professor Starson's physicians, and in particular Dr. Swayze, was that Professor Starson was in denial of his disorder. But this evidence was not intended to convey that Professor Starson denied all aspects of his mental illness. The Board acknowledged that Professor Starson was aware of the fact that his mind functioned differently. Professor Starson acknowledged in the Board hearing that he had "exhibited the symptoms of these labels that you give". He realized that he had mental problems and had difficulty dealing with others, and indeed was prepared to accept psychotherapy to address these problems. What the Board found was that he denied suffering from a mental disorder: "Despite overwhelming evidence to the contrary he continues to deny that he has a mental disorder". It reached this conclusion in the following context, at pp. 16-17:

The patient's denial is almost total. He did concede when questioned by Dr. Swayze, that he might have had some difficulties, but these have not led to any threats towards others. This was contrary to the evidence presented and his acknowledgment to Dr. Swayze when questioned,

l'application du par. 4(1) de la LCSS : Hoffman, *op. cit.* La Commission a bien tenu compte de ce facteur et elle a dans une large mesure fondé ses constatations concernant l'incapacité du professeur Starson sur le fait qu'il était incapable d'admettre l'état à l'égard duquel le traitement était recommandé.

En toute déférence, la juge Molloy — dont les conclusions ont été adoptées par la Cour d'appel et par mon collègue le juge Major — semble avoir mal compris l'affirmation de la Commission selon laquelle le professeur Starson niait « presque totalement » sa maladie. La juge Molloy a considéré que la Commission voulait dire que le professeur Starson n'admettait pas souffrir de quelque problème de santé mentale que ce soit. Interprétant ces mots de cette façon, la juge Molloy a conclu que la Commission avait commis une erreur, étant donné que la preuve démontre une certaine conscience chez le professeur Starson de l'anormalité de son état mental.

Les médecins du professeur Starson, en particulier le Dr Swayze, ont témoigné que le professeur Starson niait l'existence de ses troubles mentaux. Cependant, ces témoignages ne visaient pas à indiquer que le professeur Starson niait tous les aspects de sa maladie mentale. La Commission a reconnu que le professeur Starson était conscient du fait que son cerveau fonctionnait différemment. À l'audience de la Commission, le professeur Starson a admis ceci : [TRADUCTION] « j'ai [. . .] présenté les symptômes correspondant aux étiquettes que vous utilisez ». Il réalisait parfaitement qu'il souffrait de troubles mentaux et qu'il avait de la difficulté à s'entendre avec les autres, et il était d'ailleurs disposé à suivre des traitements de psychothérapie pour soigner ces problèmes. La conclusion qu'a tirée la Commission est qu'il niait souffrir de troubles mentaux : [TRADUCTION] « Malgré l'abondante preuve à l'effet contraire, il continue de nier qu'il souffre de troubles mentaux ». La Commission a tiré cette conclusion dans le contexte suivant (aux p. 16-17) :

[TRADUCTION] Le patient nie presque totalement sa maladie. Lorsqu'il a été interrogé par le Dr Swayze, il a effectivement admis qu'il avait pu éprouver certaines difficultés, mais que celles-ci ne l'avaient pas amené à menacer autrui. Cette affirmation contredisait la preuve

26

27

was in contradiction to total denial in the past to both Dr. Swayze and Dr. Posner of the presence of any disorder. Thus, even the small concession to Dr. Swayze of some past difficulties when he was questioned did not seem to be a significant acknowledgement of the existence of the illness.

Accepting that a patient “should not simply be deemed incapable because he or she does not agree with the diagnosis,” the Board correctly responded that “the issue is more complex” and what is required is “that the patient understand that he or she has a mental disorder of some type, if the evidence establishes the presence of a disorder” (p. 16). It was only then and in this sense, that the Board stated that “[t]he patient’s denial is almost total,” expressly adding in the same sentence that Professor Starson “did concede . . . that he might have had some difficulties, but [that] these have not led to any threats towards others” (p. 16).

28 The Board’s appraisal, including its conclusion of “almost total” denial of a mental disorder, is fully supported by the record. The Board never suggested that Professor Starson denied all his difficulties and symptoms; indeed, it expressly acknowledged this. The Board did suggest, entirely accurately, that Professor Starson did not see his symptoms and difficulties as an illness or a problem relevant to the proposals for treatment.

29 I cite only a few excerpts from the record to show that evidence existed upon which the Board could reasonably have concluded Professor Starson was in denial about his mental disorder. His doctors testified that:

Dr. Swayze:

- His understanding was that indeed, he did not and has not suffered from any psychiatric disorder, particularly not from a mood or psychotic disorder.

présentée, et son aveu au Dr Swayze lorsque interrogé par celui-ci, était en contradiction avec le déni total de l’existence d’un quelconque trouble qu’il avait exprimé antérieurement en présence du Dr Swayze et du Dr Posner. Par conséquent, même la mince concession faite au Dr Swayze admettant certaines difficultés dans le passé ne semblait pas constituer un aveu tangible de l’existence de sa maladie.

Reconnaissant qu’un patient [TRADUCTION] « ne devrait pas tout bonnement être présumé incapable parce qu’il n’accepte pas le diagnostic », la Commission a à juste titre répondu que [TRADUCTION] « la question est plus complexe » et que ce qui est requis c’est [TRADUCTION] « que le patient comprenne qu’il souffre de troubles mentaux donnés, si la preuve démontre la présence de tels troubles » (p. 16). C’est uniquement à ce moment-là et en ce sens-là que la Commission a déclaré que [TRADUCTION] « [l]e patient nie presque totalement » sa maladie, ajoutant expressément, dans la même phrase, que le professeur Starson « a effectivement admis [. . .] qu’il avait pu éprouver certaines difficultés, mais que celles-ci ne l’avaient pas amené à menacer autrui » (p. 16).

L’appréciation de la Commission, y compris sa conclusion que le patient nie « presque totalement » sa maladie est pleinement étayée par le dossier. La Commission n’a jamais affirmé que le professeur Starson niait tous ses problèmes et ses symptômes; de fait, elle a expressément reconnu qu’il les admettait. Elle a toutefois dit, à raison, que le professeur Starson ne considérait pas ses symptômes et ses difficultés comme une maladie ou un problème pertinent à l’égard des traitements qu’on proposait.

Je ne vais citer que certains extraits du dossier pour démontrer qu’il existait des éléments de preuve qui auraient permis à la Commission de conclure raisonnablement que le professeur Starson niait ses troubles mentaux. Ses médecins ont affirmé ce qui suit :

Dr Swayze :

- De fait, selon sa vision des choses, il ne souffre pas ni n’a jamais souffert de quelque trouble psychotique que ce soit, particulièrement de troubles de l’humeur ou de troubles psychiatriques.

- Professor Starson claims that “[h]e has no disorder”.

Dr. Posner:

- He does not understand “that he has a mental illness”.
- He did “not understand in any way, shape or form that he had a mental illness . . .”.
- He has exhibited a “complete lack of understanding of him having his own mental illness”.

Professor Starson refused to answer directly whether he was mentally ill or not. However, his evidence at other points supports denial of mental illness: “I did have mental problems 13 years ago that were difficult, almost impossible for me to handle. What I differ on is that the cause of these problems was not a mental illness”. His medical charts indicated that, when asked about his opinion as to whether he suffered from a disorder, he responded “I have no opinions. You are a religion. I have the perfect scientific mind. Only you people say I have an illness”.

The Board was amply entitled to conclude from this evidence that Professor Starson was in denial about his mental illness generally, and not just about the specific diagnosis.

This denial was compounded by Professor Starson’s refusal to acknowledge any benefits of medication whatsoever, even in the abstract. Although I base my opinion that the Board’s conclusion was reasonable primarily on Professor Starson’s clear lack of appreciation of the foreseeable consequences of refusing treatment, he also appears to have lacked the ability to understand the information relevant to making a treatment decision, as required by the *HCCA*. Like a cancer patient advised to undergo chemotherapy or a diabetic advised to inject insulin, a mentally ill patient advised to take antipsychotic medication must be

- Le professeur Starson affirme qu’[TRADUCTION] « [i]l ne souffre d’aucun trouble ».

Dr Posner :

- Il ne comprend pas [TRADUCTION] « qu’il souffre d’une maladie mentale ».
- Il [TRADUCTION] « ne comprenait aucunement qu’il souffrait d’une maladie mentale . . . ».
- Il démontre une [TRADUCTION] « [a]bsence totale de conscience de sa propre maladie mentale ».

Le professeur Starson a refusé de répondre directement à la question de savoir s’il souffre ou non de troubles mentaux. Toutefois, le témoignage qu’il a rendu à d’autres moments étaye la prétention selon laquelle il nie souffrir de maladie mentale. [TRADUCTION] « J’ai souffert il y a 13 ans de problèmes mentaux qu’il m’était difficile, voire presque impossible de gérer. Mon désaccord tient à ce que pour moi la cause de ces problèmes n’était pas une maladie mentale ». Les notes médicales le concernant indiquent que, lorsqu’on lui a demandé son opinion relativement à la question de savoir s’il souffrait de troubles, il a répondu : [TRADUCTION] « [J]e n’ai pas d’opinions. Vous êtes une religion. Je possède l’esprit scientifique parfait. Vous êtes les seuls à dire que je souffre d’une maladie ».

La Commission était amplement justifiée de conclure, à la lumière de cette preuve, que le professeur Starson niait sa maladie mentale en général, et non seulement le diagnostic particulier.

Ce déni était exacerbé par le refus du professeur Starson de reconnaître quelque effet bénéfique que ce soit à la médication, même dans l’abstrait. Bien que je fonde mon opinion selon laquelle la conclusion de la Commission était raisonnable principalement sur l’absence manifeste de compréhension par le professeur Starson des conséquences prévisibles du refus de consentir au traitement, il semble également qu’il n’avait pas, comme l’exige la *LCSS*, la capacité de comprendre les renseignements pertinents à l’égard de la prise d’une décision concernant le traitement. À l’instar des patients atteints du cancer à qui l’on conseille de suivre des traitements

30

31

32

able to understand its benefits and drawbacks in order to be deemed capable of making a treatment decision. This, in turn, requires a willingness to consider, whether or not he or she chooses to follow, the scientific evidence regarding its effectiveness. The record suggests that Professor Starson not only refused to do this, but was in fact unable to because of his delusional state.

33 By way of example, I cite the following passages from the record:

Dr. Swayze:

We then attempted to review, or I attempted to review the risks and benefits of those medications and was, once again, quickly interrupted: All chemicals are rejected with the understanding by myself that that inferred that there were no medications which were amenable or appropriate for a bipolar disorder or psychotic episode and that there was no consideration, that those would be appropriate under any circumstances.

I've attempted to focus on the issue of the benefit of those medications. "None exist." Then canvass the area of risk involved in rejecting medications and was told, in no uncertain terms, that once again the medications were chemicals. They should be rejected and that there was no risk of rejecting them, as they would, in fact, inflict injury upon any person foolish enough to accept them. [Emphasis added.]

Dr. Posner:

I wanted to try to appeal to his formerly objective side by explaining to him that two patients [he said he knew who died from taking Haldol] does not make a fact. Two patients are two observations. You know, in science, when we're trying to gather data in psychiatry, when we're trying to gather data on the effects and the mal-effects of neuroleptic medications or anything, we look at population data, we look at collections of many different reports of adverse side effects. And yes, you could find any medication at all that had two deaths associated

de chimiothérapie ou des diabétiques à qui l'on conseille de s'injecter de l'insuline, le patient souffrant d'une maladie mentale à qui l'on conseille de prendre des antipsychotiques doit être capable de comprendre les effets bénéfiques et les inconvénients de ces médicaments afin d'être présumé capable de prendre une décision concernant un traitement. Corollairement, cela requiert du patient qu'il soit disposé à tenir compte — qu'il accepte ou non en définitive de suivre le traitement — de la preuve scientifique concernant l'efficacité de celui-ci. Il ressort du dossier que le professeur Starson a non seulement refusé de faire cela, mais que, dans les faits, il était incapable de le faire en raison de son délire.

À titre d'exemple, je cite les passages suivants du dossier :

Dr Swayze :

[TRADUCTION] Nous avons ensuite tenté d'examiner, ou plutôt j'ai tenté d'examiner les risques et les effets bénéfiques de ces médicaments et, une fois de plus, j'ai été rapidement interrompu : toutes les substances chimiques ont été rejetées et, selon ce que j'ai compris, aucun médicament n'était approprié pour traiter les troubles bipolaires ou psychotiques et il n'était aucunement question que ces médicaments puissent être appropriés dans quelque circonstance que ce soit.

J'ai tenté de mettre l'accent sur les effets bénéfiques de ces médicaments. « Il n'en existe aucun. » Puis j'ai examiné la question du risque que comporte le refus de prendre des médicaments et je me suis fait dire une fois de plus, en termes non équivoques, que les médicaments étaient des substances chimiques. Ils doivent être rejetés et il n'y a aucun risque à les rejeter, car, en fait, ils seraient dommageables à quiconque serait assez stupide pour les prendre. [Je souligne.]

Dr Posner :

[TRADUCTION] Je voulais tenter de faire appel à son esprit objectif d'antan en lui expliquant que l'exemple de deux patients [qui, a-t-il affirmé, seraient décédés parce qu'ils avaient pris de l'Haldol] ne permet pas d'en tirer une règle. Deux patients constituent deux observations. Vous savez, en science, lorsque nous tentons de recueillir des données en psychiatrie, lorsque nous tentons de recueillir des données sur les effets et les effets néfastes des médicaments neuroleptiques ou quoi que ce soit d'autre, nous examinons des données sur des

with — although one might argue, so close to home — he might have overemphasized those in his own mind.

But he shocked me to pieces on that one, metaphorically, that is and [he] explained that Haldol was a toxic agent. It killed people. We killed people, he went on, with Haldol. This was part of the religion or — the religion of psychiatry’s way of . . . And he didn’t really go on after that. We sort of finished things up.

But it convinced me that not only did he not understand in any way, shape or form that he had a mental illness, but that it was impossible at this point to explore with him benefits of medications obviously because that would be tied to an understanding of the need to take them, or a treatment go. But also to explore in any way side effects, negative adverse effects. [Emphasis added.]

The Board could reasonably have concluded from the evidence before it that Professor Starson, despite his high intelligence in the area of physics, was unable to understand the information relevant to a treatment decision involving his mental health.

B. *Professor Starson’s Inability to Appreciate the Consequences of Refusing Treatment*

Nor did the Board err in its conclusion that Professor Starson lacked the ability to appreciate the reasonably foreseeable consequences of accepting or refusing treatment. Here again, Molloy J.’s analysis, with respect, seems to misread the Board’s conclusion as asserting that the proposed medications promised a cure and Professor Starson’s resumption of scientific work, and then to argue that the record does not support this. My colleague Major J. likewise emphasizes at para. 98 that it was unclear whether the proposed treatment would “facilitate a ‘normal functioning level’”.

populations, nous étudions des collections de nombreux rapports différents sur les effets secondaires indésirables. Et, effectivement, il est possible de trouver un médicament auquel on peut rattacher deux décès — bien qu’on puisse peut-être dire, vu qu’il est tellement concerné — qu’il a pu exagérer l’importance des décès dans son cas.

Mais il m’a fait tomber à la renverse, au figuré s’entend, lorsqu’[il] a expliqué que l’Haldol était un agent toxique. Que ce médicament tuait des gens. Il a poursuivi en affirmant qu’on tuait des gens avec l’Haldol. Cela faisait partie de la religion ou — de la religion que constitue la façon dont la psychiatrie [. . .] Puis, il a pratiquement cessé de parler après cela. Nous avons en quelque sorte mis fin à notre discussion.

Mais cela m’a convaincu que non seulement il ne comprenait aucunement qu’il souffrait d’une maladie mentale, mais également qu’il était impossible à ce moment-là de discuter avec lui des effets bénéfiques des médicaments de toute évidence parce que cela requerrait qu’il comprenne qu’il avait besoin de les prendre, ou qu’il donne le feu vert au traitement. Mais, également, de discuter des effets secondaires indésirables quels qu’ils soient. [Je souligne.]

La Commission pouvait raisonnablement conclure, eu égard à la preuve dont elle disposait, que malgré ses grandes connaissances dans le domaine de la physique le professeur Starson était incapable de comprendre les renseignements pertinents à l’égard d’une décision concernant un traitement relatif à sa santé mentale.

B. *L’incapacité du professeur Starson d’évaluer les conséquences du refus de consentir au traitement*

La Commission n’a pas non plus fait erreur en concluant que le professeur Starson était incapable d’évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles de l’acceptation ou du refus du traitement. Ici encore, j’estime en toute déférence que, dans son analyse, la juge Molloy semble, d’une part, avoir mal interprété la conclusion de la Commission et considéré qu’elle signifiait que la médication proposée promettait la guérison du professeur Starson et la reprise de ses travaux scientifiques, puis, d’autre part, avoir avancé que ces affirmations ne sont pas étayées par le dossier. Dans la même veine, mon collègue le juge Major souligne qu’il était incertain que le traitement proposé « favoriserait un “fonctionnement normal” » (par. 98).

34

35

36

This, with respect, misses the point. The issue is not the efficacy of the proposed treatment or what would be in the patient's best interests, but the capacity of Professor Starson to make decisions about treatment under s. 4(1) of the *HCCA* — whether Professor Starson is able “to appreciate the reasonably foreseeable consequences of a decision or lack of decision”. As a practical matter, capacity hearings will arise when doctors believe that treatment would improve a patient's functioning. However, the issue in the hearing is not the merits of medication or other treatment, but the patient's ability to understand and appreciate the benefits and drawbacks of treatment or lack thereof.

37

There was ample evidence in the record to support the Board's conclusion that Professor Starson was unable to appreciate the reasonably foreseeable consequences of accepting or refusing treatment. I cite some of the evidence below:

Dr. Swayze:

[He] does not understand the ramifications on himself, does not appreciate that there are treatment options which are legitimate, nor does he appreciate the risks of rejecting those.

Dr. Posner:

- I feel he is not capable to make consent — to make treatment decisions on his own behalf in any way, shape or form. Professor Starson cannot even be engaged in a discussion of a mental illness as it pertains to him. He can't be engaged in the use of medications as they pertain to him.
- [A]ll of the above virtually rules out discussing the consequences or appreciating the consequences of not taking medications.
- . . . Professor Starson, despite the fact that he may be able to reiterate and he's got a good memory, I don't have any doubt, CPS-like side effects, I don't believe that he has any appreciation whatsoever of what those side effects could mean in terms of

En toute déférence, là n'est pas la question. Il ne s'agit pas de se prononcer sur l'efficacité du traitement proposé ou sur ce qui est dans l'intérêt du patient, mais plutôt sur la capacité du professeur Starson de prendre des décisions concernant le traitement au regard du par. 4(1) de la *LCSS* — c'est-à-dire se demander si le professeur Starson est apte « à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou de l'absence de décision ». En pratique, on tient une audience relative à la capacité d'un patient lorsque les médecins croient qu'un traitement améliorerait le fonctionnement de ce dernier. Toutefois, l'audience ne porte pas sur le bien-fondé de la médication ou de tout autre traitement proposé, mais sur la capacité du patient de comprendre et d'évaluer les effets bénéfiques et les désavantages du traitement ou de l'absence de traitement.

Il y avait amplement de preuve au dossier pour appuyer la conclusion de la Commission selon laquelle le professeur Starson était incapable d'évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles de l'acceptation ou du refus du traitement. Je cite ci-dessous certains extraits des témoignages :

Dr Swayze :

[TRADUCTION] [Il] ne comprend pas les répercussions sur sa personne, il ne saisit pas qu'il existe des traitements qui sont légitimes, il ne comprend pas les risques du rejet de ces solutions.

Dr Posner :

[TRADUCTION]

- J'estime qu'il n'est pas capable de donner son consentement — de prendre lui-même, de quelque façon que ce soit, des décisions en matière de traitement. On ne peut même pas discuter avec le professeur Starson d'une maladie mentale le concernant. On ne peut aborder avec lui l'utilisation de médicaments relativement à son état.
- [T]out ce qui précède exclut virtuellement toute discussion ou évaluation des conséquences de l'absence de médication.
- le professeur Starson, malgré le fait qu'il soit capable de réciter — et il est doté d'une bonne mémoire je n'ai aucun doute à cet égard — des effets secondaires comme ceux mentionnés dans des documents tel le CPS, je ne crois pas qu'il comprenne de

him. And I don't think he has the ability to engage in a discussion of any sort that would allow him to become more knowledgeable in that area. I mean, at least argue on a rational basis. No, I don't think he could do that.

So I don't think he meets any of the sort of criteria for capability of making treatment decisions and I don't think he's — I don't even think he's close on any of them.

- . . . I can say that none of that intelligence [in physics] bears any — has any role in his understanding — has not contributed to his understanding of mental illness. In fact, in an indirect way, all that intelligence may be reinforcing his delusional system. He may be using it to perpetuate things. Maybe at a faster or more impressive rate than the average delusional patient.

One of the things about delusions is that when you develop these kinds of illnesses, you can't effectively evaluate what happens on around you, so you begin to construct your own reality. Sometimes you borrow it from the Bible, from science fiction, from whatever source. Sometimes, especially if you're smart enough, if you've got enough raw intelligence, you build it yourself, perhaps on a skeleton of something else. And I think that's where the intelligence has gone. I don't think it's certainly gone into understanding that he has a mental illness. [Emphasis added.]

These medical conclusions were well-founded in more particular evidence. The Board concluded that on the evidence before it, Professor Starson was not able to appreciate the consequences of deciding to refuse treatment because of his lack of ability to appreciate three things: (1) the possible benefits of the medication; (2) the fact that absent medication it is unlikely he will ever return to his previous level of functioning and his condition may continue to deteriorate; and (3) the relationship between lack of treatment and future dispositions by the Ontario Review Board (under the *Criminal Code*, Part XX.1). I will discuss each of these conclusions in turn, showing how the evidence supported them.

quelque façon que ce soit les conséquences de ces effets secondaires en ce qui le concerne. Et je ne crois pas qu'il soit capable d'avoir une quelconque discussion qui lui permettrait d'en apprendre sur ce sujet. Je veux dire, à tout le moins, discuter d'une manière rationnelle. Non, je ne crois pas qu'il puisse faire cela.

Par conséquent, je ne crois pas qu'il satisfasse à l'un ou l'autre des critères relatifs à la capacité de prendre des décisions en matière de traitement et je ne pense pas — je ne crois même pas qu'il soit près d'y satisfaire.

- . . . je peux affirmer qu'aucune de ses connaissances [en physique] ne joue un quelconque — n'a un quelconque rôle dans sa compréhension — ne contribue à sa compréhension de la maladie mentale. En fait, de manière indirecte, toutes ces connaissances renforcent peut-être son délire. Il est possible qu'il les utilise pour perpétuer des choses. Peut-être à un rythme plus rapide ou plus impressionnant que le patient moyen souffrant de délire.

Un des aspects du délire est que, lorsque quelqu'un est atteint de ce genre de maladie, cette personne ne peut évaluer d'une manière efficace ce qui se passe autour d'elle, alors elle commence à bâtir sa propre réalité. Parfois elle l'emprunte à la Bible, à la science-fiction, à une autre source. Parfois, surtout s'il s'agit d'une personne suffisamment intelligente, possédant assez d'intelligence brute, elle bâtit sa propre réalité, peut-être sur les bases de quelque chose d'autre. Et je crois que c'est à cela que s'est attachée l'intelligence ici. Je ne crois pas qu'il l'ait vraiment appliquée à comprendre qu'il souffre d'une maladie mentale. [Je souligne.]

Ces conclusions d'ordre médical étaient solidement étayées par des éléments de preuve plus précis. La Commission a conclu que, eu égard à la preuve dont elle disposait, le professeur Starson n'était pas apte à évaluer les conséquences du refus de consentir au traitement, et ce parce qu'il était incapable d'évaluer trois choses : (1) les effets bénéfiques possibles de la médication; (2) le fait que, sans cette médication, il est peu probable qu'il fonctionne à nouveau comme autrefois, et que son état pourrait continuer à se détériorer; (3) le lien entre l'absence de traitement et les décisions futures de la Commission ontarienne d'examen (prononcées en vertu de la partie XX.1 du *Code criminel*). Je vais examiner, tour à tour, chacune de ces conclusions et démontrer en quoi elles étaient appuyées par la preuve.

39

The first finding is that Professor Starson lacked the ability to appreciate “the possible benefits” of treatment. The Board correctly framed the issue not in terms of whether Professor Starson accepts that a particular treatment will benefit him (as Molloy J. suggests) but whether he is able to appreciate “the possible benefits” of treatment. The Board’s reasons for concluding that Professor Starson lacked this ability go back to his inability to understand and acknowledge his condition. One cannot appreciate the benefits of treatment unless one understands and appreciates the need for treatment. As a result of this inability Professor Starson simply cannot, to use the Board’s phrase, “relate [the treatment] to his particular disorder” (p. 17). There are two aspects here: the ability to appreciate and the possible benefits of treatment. I have already reviewed the evidence on lack of ability to appreciate treatment matters. On the second aspect, Molloy J. correctly points out that the record does not indicate promises by Professor Starson’s doctors of a total return to normal functioning. There was evidence before the Board showing a reasonable prospect of improvement with the proposed treatment, with fewer negative side effects. The fact that doctors did not guarantee a cure did not make unreasonable the Board’s conclusion that Professor Starson was incapable of appreciating the reasonably foreseeable consequences of treatment. There was ample evidence that the newer medications might yield positive benefits with fewer negative side effects. The following are unchallenged references to the evidence, as reproduced by the Board:

- Doctor Swayze emphasized that there is a window of opportunity at last to treat the patient. (p. 6)
- [I]t was [Dr. Swayze’s] proposal to treat the patient with newer neuroleptic (antipsychotic) medication

Selon la première de ces conclusions, le professeur Starson était incapable d’évaluer les « effets bénéfiques possibles » du traitement. La Commission a bien posé la question et s’est non pas demandé si le professeur Starson reconnaît qu’un traitement donné lui sera bénéfique (comme le suggère la juge Molloy), mais plutôt s’il est apte à évaluer les « effets bénéfiques possibles » du fait de recevoir des traitements. La raison étayant la conclusion de la Commission selon laquelle le professeur Starson n’avait pas cette capacité est son inaptitude à comprendre et à admettre son état. Une personne ne peut évaluer les effets bénéfiques d’un traitement à moins de comprendre et d’évaluer le besoin d’être traitée. En raison de cette incapacité, le professeur Starson n’est tout simplement pas en mesure, pour reprendre les propos de la Commission, [TRADUCTION] d’« établir de lien [entre le traitement] et les troubles particuliers dont il souffre » (p. 17). Deux aspects interviennent ici : l’aptitude à évaluer et les effets bénéfiques possibles du traitement. J’ai examiné plus tôt la preuve concernant la capacité d’apprécier les questions relatives au traitement. Quant au deuxième aspect, la juge Molloy souligne à juste titre que le dossier ne fait état d’aucune promesse par les médecins du professeur Starson qu’il recommencerait à fonctionner tout à fait normalement. La Commission disposait d’éléments de preuve indiquant que le traitement proposé offrait une possibilité raisonnable d’amélioration et comportait moins d’effets secondaires néfastes. Le fait que les médecins n’aient pas garanti la guérison ne rendait pas déraisonnable la conclusion de la Commission selon laquelle le professeur Starson était incapable d’évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles du traitement. Il y avait amplement de preuves que les nouveaux médicaments pourraient entraîner des effets bénéfiques concrets tout en produisant moins d’effets secondaires néfastes. Voici certaines références de la Commission à la preuve qui n’ont pas été contestées :

[TRADUCTION]

- Le Dr Swayze a souligné qu’il existe enfin une occasion propice pour traiter le patient. (p. 6)
- [I]l [le Dr Swayze] se proposait de traiter le patient avec de nouveaux médicaments neuroleptiques

- which would produce less side effects than in the past. (p. 7)
- When it was suggested that the patient was concerned that the medication would slow down his brain, [Dr. Swayze] responded it was not his intention to blunt the patient’s thinking beyond what was required to stabilize his condition. (pp. 7-8)
 - [O]ther than when Haldol (an older neuroleptic medication) had been administered there had never been an adequate trial of any other medication. (p. 9)
 - [Dr. Swayze] did not believe that the medications would not help because there were volumes of evidence in the literature o[n] the efficacy of treatment. (p. 8)
- (antipsychotiques) qui produiraient moins d’effets secondaires que ceux utilisés dans le passé. (p. 7)
- Lorsqu’on a suggéré que le patient craignait que la médication ralentisse le fonctionnement de son cerveau, le [Dr Swayze] a répondu qu’il n’avait pas l’intention d’émousser l’esprit du patient au-delà ce qui était nécessaire pour stabiliser son état. (p. 7-8)
 - [S]i l’on excepte la fois où l’Haldol (un vieux médicament neuroleptique) a été administré, aucun autre médicament n’avait fait l’objet d’essais adéquats. (p. 9)
 - [Le Dr Swayze] ne croyait pas que les médicaments ne seraient pas bénéfiques, parce qu’il existe une abondante preuve dans la littérature quant à l’efficacité du traitement. (p. 8)

I conclude that the record amply supports the Board’s conclusion that Professor Starson was incapable of appreciating the foreseeable benefits of treatment by more modern medication.

Je conclus que le dossier étaye amplement la conclusion de la Commission selon laquelle le professeur Starson était incapable d’évaluer les effets bénéfiques prévisibles découlant d’un traitement à base de médicaments plus modernes.

Secondly, the Board concluded that Professor Starson was unable to appreciate the likelihood that without treatment his mental condition would worsen.

Deuxièmement, la Commission a estimé que le professeur Starson était incapable de saisir que son état mental se détériorerait vraisemblablement en l’absence de traitement.

My colleague Major J., accepts that there was evidence before the Board from Dr. Posner supporting this conclusion although he characterizes it as “scant” (para. 105). He also argues that the fact that Professor Starson was not questioned on this at the hearing precluded the Board from concluding that he did not appreciate the risks of non-treatment (para. 105). With respect, I cannot agree on either count.

Mon collègue le juge Major admet que la Commission disposait d’éléments de preuve émanant du Dr Posner et étayant cette conclusion, preuve qu’il a toutefois qualifiée de « maigre » (par. 105). Il affirme également que le fait que le professeur Starson n’ait pas été interrogé sur cette question à l’audience empêchait la Commission de conclure qu’il n’évaluait pas les risques de l’absence de traitement (par. 105). En toute déférence, je ne puis souscrire à l’opinion de mon collègue sur ces deux points.

Characterizing the evidence as “scant” does not detract from the fact that the evidence was before the Board and provided its inferences were reasonable, the Board was entitled to rely on it. In fact, a review of the record shows that both doctors who testified shared the view that without treatment, Professor Starson’s condition was likely to deteriorate, and that there was no contrary evidence. I reproduce only some of the evidence.

Le fait de qualifier la preuve de « maigre » ne change rien au fait que la Commission disposait de cette preuve et que, pourvu que ses inférences soient raisonnables, elle avait le droit de se fonder sur celle-ci. En fait, l’examen du dossier révèle, d’une part, que les deux médecins qui ont témoigné étaient d’avis que, en l’absence de traitement, l’état du professeur Starson se détériorerait vraisemblablement, et, d’autre part, qu’il n’y avait aucune preuve à l’effet contraire. Je vais me contenter de reproduire quelques extraits des témoignages.

Dr. Swayze:

- I could only characterize [this as] . . . essentially an unremitting disorder.
- My worry is that this [condition] will remain unremitting, that there will be fluctuating degrees, however his baseline will not return, i.e. prior degree of functioning and stability that likely has not been there since the early '80s.
- [T]his charting is ominous. It would suggest to me a chronic, unremitting course which likely would be a future for Professor Starson, should he not receive treatment.

Dr. Posner:

- . . . I don't agree that the disorder has been a steady psychotic state. In fact, it's been a progressive psychotic state and there are a lot of very good pieces of evidence to support that.
- What [this threat to a hospital worker] means to me is that the illness has taken on another dimension. If provocation of . . . that objectively small or innocent of a degree could have evoked that kind of explosion, that concerns me, because ten or fifteen years ago, I don't believe it would have.
- [T]he literature from bipolar disorder shows that untreated . . . mania . . . can and often does progress in severity, so it's not a question of maintaining the status quo. If you sit still and do nothing, harm will happen at a physiologic level, evidenced by the worsening of his state, as perceived by others.

44

As related by the Board, Dr. Posner testified that Professor Starson's illness had been "steadily progressing" since 1994. Prior to 1994, the patient had produced a number of publications which "appeared credible". After 1995, "there were questions as to the validity of his references suggesting that his thinking had changed". Dr. Posner felt that "the illness had progressed from a hypomanic state to one of greater irritability". Dr. Posner then stated that an individual "who could have made an enormous contribution to society was now lost in a psychotic world" (pp. 8-9).

Le Dr Swayze :

[TRADUCTION]

- Je ne peux que qualifier [cet état] [. . .] essentiellement de troubles irréversibles.
- Ce qui m'inquiète, c'est que cet [état] restera irréversible, que son intensité variera, cependant il ne retrouvera pas son état initial, c'est-à-dire son degré antérieur de fonctionnement et de stabilité, qu'il a vraisemblablement perdu au début des années 80.
- [C]es observations augurent mal. Elles suggèrent un état chronique, irréversible qui est vraisemblablement ce avec quoi devrait vivre le professeur Starson, s'il ne reçoit pas de traitement.

Le Dr Posner :

[TRADUCTION]

- . . . je ne partage pas l'opinion que les troubles constituent un état psychotique stable. En fait, ils sont plutôt un état psychotique progressif et il existe de très bons éléments de preuve qui étayent cela.
- Ce que [ces menaces à l'endroit d'un travailleur hospitalier] signifie[nt] pour moi, c'est que la maladie a pris une autre dimension. Si une provocation aussi objectivement légère ou innocente [. . .] a pu inciter un tel emportement, je trouve ça inquiétant, parce qu'il y a dix ou quinze ans, je ne crois pas que cela se serait produit.
- [L]a littérature concernant les troubles bipolaires révèle que des [. . .] manies [. . .] qui ne sont pas traitées peuvent s'aggraver et, de fait, s'aggravent souvent, alors il ne s'agit pas de maintenir le statu quo. Si rien n'est fait, il y aura dommage au niveau physiologique, dont témoigne la détérioration de son état, que perçoivent les autres.

Comme l'a signalé la Commission, le Dr Posner a témoigné que la maladie du professeur Starson avait [TRADUCTION] « progressé de façon constante » depuis 1994. Avant cette date, le patient avait écrit un certain nombre de publications qui [TRADUCTION] « paraissaient crédibles ». Après 1995, [TRADUCTION] « certains ont mis en doute la validité de ses références suggérant un changement dans ses vues ». Le Dr Posner a dit estimer que [TRADUCTION] « la maladie était passée d'un état hypomaniaque à un état de plus grande irritabilité ». Il a ensuite déclaré qu'une personne « qui aurait pu apporter une énorme contribution à la société était maintenant perdue dans un monde psychotique » (p. 8-9).

Dr. Posner testified that colleagues had noted deterioration and that in general “untreated Bipolar Disorder tends to deteriorate with time” (p. 9). This evidence, coupled with the evidence of Professor Starson’s denial of illness, provided an ample basis for the Board’s conclusion that Professor Starson was unable to appreciate the likelihood of deterioration absent treatment. The fact that Professor Starson was not questioned directly on the relationship between treatment and future deterioration does not detract from the strength of this evidence. Because Professor Starson denied any negative impact of his mental condition, questioning him about further deterioration would have been pointless. It is clear on the evidence that Professor Starson simply adheres to the view that he continues to function well without medication, contrary to all the objective evidence.

In addition to his physicians’ testimony, there is evidence from Professor Starson himself supporting the Board’s conclusion that he does not appreciate that failure to receive treatment will likely result in prolonged hospitalization and further deterioration of his mental condition. Professor Starson insisted that, without treatment, he would “go back to [his] life even better than it was before”. He dismissed any suggestion that his hospitalization could be prolonged by either the Consent and Capacity Board or the Review Board as a “hypothetical situation that will not occur”. His unresponsiveness is palpable throughout the record; when Dr. Swayze asked him about his manic symptoms, he replied: “they might not be beneficial for somebody else, but no one is doing what I’m doing. I’m leading the edge. I’m trying to define physics that will eventually enable us to build a starship. Okay? That’s what anti-gravity is all about”.

The evidence supports the view that Professor Starson’s delusional state had rendered him unable to appreciate that, without the proposed treatment,

Le Dr Posner a témoigné que des collègues avaient observé une détérioration et que, en général, [TRADUCTION] « des troubles bipolaires tendent à s’aggraver avec le temps » (p. 9). Ce témoignage, conjugué aux éléments de preuve indiquant que le professeur Starson niait être malade, étaye largement la conclusion de la Commission selon laquelle le professeur Starson était incapable d’évaluer la vraisemblance de la détérioration de son état s’il ne subissait pas de traitement. Le fait que le professeur Starson n’ait pas été interrogé directement sur le lien entre le traitement et la détérioration future n’enlève rien à la force de cette preuve. Vu le refus du professeur Starson de reconnaître que son état mental puisse avoir quelque effet négatif que ce soit, il aurait été inutile de l’interroger sur toute détérioration additionnelle. Il ressort clairement de la preuve que le professeur Starson s’en tient à son idée qu’il continue de bien fonctionner sans médication, malgré toute la preuve objective à l’effet contraire.

En plus du témoignage de ses médecins, le témoignage du professeur Starson lui-même étaye la conclusion de la Commission selon laquelle il ne se rend pas compte que l’absence de traitement entraînera vraisemblablement une hospitalisation prolongée et une détérioration additionnelle de son état mental. Le professeur Starson a maintenu que, sans traitement, il [TRADUCTION] « retournerait à [ses] activités antérieures, et ce encore plus fort qu’avant ». Il a rejeté toutes les suggestions selon lesquelles la Commission du consentement et de la capacité ou la Commission d’examen pourrait prolonger son hospitalisation, disant qu’il s’agissait d’[TRADUCTION] « une situation hypothétique qui ne se produira pas ». Le manque d’ouverture du professeur Starson est palpable d’un bout à l’autre du dossier; lorsque le Dr Swayze lui a parlé de ses symptômes maniaques, il a répondu ceci : [TRADUCTION] « ils ne sont peut-être pas bons pour les autres, mais peu de gens font ce que je fais. Je suis à la fine pointe de mon domaine. Je tente actuellement de définir la physique qui nous permettra un jour de construire un vaisseau spatial. D’accord? C’est là l’objet même de l’antigravité. »

La preuve appuie l’opinion voulant que l’état délirant du professeur Starson l’ait rendu incapable de comprendre que, sans le traitement proposé, son

45

46

47

his mental condition will not improve, and will likely deteriorate. The Board was entitled to take all of this evidence into account in reaching a conclusion on whether or not Professor Starson, despite his intellectual ability, lacks the ability to relate treatment information to his own situation and to weigh the risks and benefits of treatment in a considered fashion. The Board concluded, on the evidence, that he does not.

48

Finally, the Board found that Professor Starson “seemed unable to relate the consequences [of no treatment] . . . to future dispositions by the Ontario Review Board” (p. 17). While the evidence amply supported the Board’s conclusion of incapacity absent this consideration, this was a further indication of Professor Starson’s inability to appreciate the consequences of refusing treatment. Given the pattern of escalating threats by Professor Starson, the likelihood was that, without the proposed treatment, the Review Board would be “more and more hesitant to release the patient into the community” (p. 17). Yet, Professor Starson persisted in the belief that he would continue to ‘beat the system’ as he had previously under Lieutenant-Governor’s warrants (p. 17). This supported the conclusion that Professor Starson was not able to appreciate how treatment related to his life situation.

49

In summary, the Board had before it ample evidence to support the conclusion that Professor Starson, while he might have been highly intelligent, was unable, because of his delusional state, to understand the information relevant to treatment or to appreciate the benefits of the proposed newer medications; to appreciate the likelihood of deterioration without treatment; and to appreciate his future prospects under the Review Board, absent treatment. The Board’s conclusion was firmly anchored in the evidence and cannot be characterized as unreasonable.

état mental ne s’améliorerait pas et se détériorerait vraisemblablement. La Commission avait le droit de tenir compte de tous ces éléments de preuve pour décider si, malgré ses capacités intellectuelles, le professeur Starson était incapable de faire le lien entre les renseignements concernant le traitement et son état personnel et d’évaluer de manière réfléchie les risques et les effets bénéfiques du traitement. La Commission a conclu, au regard de la preuve, qu’il n’en est pas capable.

Enfin, la Commission a estimé que le professeur Starson [TRADUCTION] « semblait incapable de faire le lien entre les conséquences [de l’absence de traitement] [. . .] et les décisions futures de la Commission ontarienne d’examen » (p. 17). Bien que, même sans cet élément, la preuve étayât amplement la conclusion d’incapacité tirée par la Commission, il s’agissait d’un indice additionnel de l’incapacité du professeur Starson d’évaluer les conséquences du refus de consentir au traitement. Compte tenu de l’escalade des menaces, on disait qu’il était vraisemblable que, en l’absence du traitement proposé, la Commission d’examen [TRADUCTION] « hésiterait de plus en plus à renvoyer le patient dans la collectivité » (p. 17). Néanmoins, le professeur Starson croyait toujours qu’il continuerait à [TRADUCTION] « l’emporter sur le système », comme il l’avait fait dans le passé, alors qu’il était détenu en vertu de mandats du lieutenant-gouverneur (p. 17). Cet élément étayait la conclusion selon laquelle le professeur Starson n’était pas capable de faire le lien entre le traitement et sa situation personnelle.

En résumé, la Commission disposait de nombreux éléments de preuve appuyant la conclusion selon laquelle, malgré sa très grande intelligence, le professeur Starson était incapable, en raison de son état délirant, de comprendre les renseignements pertinents à l’égard du traitement ou d’évaluer les effets bénéfiques des nouveaux médicaments proposés, de comprendre que son état se détériorerait vraisemblablement en l’absence de traitement et, enfin, d’évaluer ses chances de succès dans le futur devant la Commission d’examen s’il ne se fait pas traiter. La conclusion de la Commission a de solides assises dans la preuve et ne saurait être qualifiée de déraisonnable.

C. *Whether the Board Based its Decision on Professor Starson's "Best Interests"*

In addition to challenging the Board's conclusions on the evidence, my colleague Major J. asserts that the Board erred in that it did not base its conclusion on capacity, but on its own view of what was in Professor Starson's best interests.

With respect, I must demur. Nothing in the Board's reasons suggests that it strayed from the question before it — Professor Starson's capacity to make medical decisions on his own behalf. The Board addressed the inquiry at the outset as one involving the criteria "required for an individual to be capable with respect to treatment" and then proceeded to inquire into "capacity" (pp. 15-16 (emphasis added)). The key to capacity in this case, as discussed, was Professor Starson's ability to appreciate the disorder, its consequences, and possible treatments.

Pursuing this, the Board discussed this question at length. Repeatedly it referred to the fact that the evidence showed Professor Starson "cannot relate [information] to his particular disorder"; that "the patient is unable to weigh the possible benefits of the medication"; that "the patient seemed unable to relate the consequences with respect to future dispositions by the Ontario Review Board"; that "[t]he patient seems unable to appreciate that efforts will be made to reduce . . . side effects"; that "[h]e does not appreciate the consequences of a decision to refuse medication" (pp. 17-18 (emphasis added)). After a brief discussion of outside evidence, the Board then moved directly to its conclusion at pp. 18-19:

For the above reasons, the Board confirmed that the patient is not capable with respect to the treatment proposed by the attending physician. . . .

C. *La Commission a-t-elle fondé sa décision sur l'intérêt du professeur Starson?*

En plus de contester les conclusions de la Commission au regard de la preuve, mon collègue le juge Major affirme que cette dernière n'a pas rendu sa décision en se fondant sur la capacité du professeur Starson, mais plutôt sur sa propre conception de l'intérêt de ce dernier.

En toute déférence, je dois exprimer mon désaccord. Rien dans les motifs de la Commission ne tend à indiquer qu'elle s'est éloignée de la question dont elle était saisie — à savoir la capacité du professeur Starson de prendre lui-même des décisions d'ordre médical le concernant. La Commission a dès le départ considéré que l'analyse exigeait l'application des critères [TRADUCTION] « qui doivent être satisfaits pour qu'une personne soit jugée capable de prendre une décision à l'égard d'un traitement » et elle a ensuite analysé la question de la « capacité » (p. 15-16 (je souligne)). En l'espèce, comme il a été indiqué plus tôt, l'élément clef de la capacité était l'aptitude du professeur Starson à évaluer les troubles dont il souffre, leurs conséquences et les traitements possibles.

Poursuivant dans cette veine, la Commission a examiné cette question en profondeur. À maintes reprises, elle a mentionné que la preuve démontrait que le professeur Starson [TRADUCTION] « ne peut pas établir de lien entre [les renseignements] et les troubles particuliers dont il souffre », que « le patient est incapable d'évaluer les effets bénéfiques possibles de la médication », que « le patient a semblé incapable de faire le lien entre les conséquences et les décisions futures de la Commission ontarienne d'examen, que « le patient semble incapable de saisir que des efforts seront faits afin de réduire . . . [l]es effets secondaires », qu'« [i]l ne comprend pas les conséquences du refus de consentir à la médication » (p. 17-18 (je souligne)). Après avoir brièvement examiné certains éléments de preuves extrinsèques, la Commission a prononcé directement sa conclusion aux p. 18-19 :

[TRADUCTION] Pour les motifs qui précèdent, la Commission confirme que le patient est incapable en ce qui concerne le traitement proposé par le médecin traitant . . .

50

51

52

53

It is thus clear that the Board was concerned with capacity throughout and that its conclusion was driven by evidence relevant to capacity and that alone. Not once does the Board refer to the best interests of the patient. As a preliminary matter, before entering into its analysis, the Board stated that it viewed Professor Starson's current situation with "great sadness" and stated that "[u]fortunately, his potential has been disrupted time and time again by admission to psychiatric facilities" (p. 15). But the Board expressly recognized that this was preliminary to analysis as to capacity, not part of that analysis. It began this brief passage with the words: "Before commenting with respect to the specific criteria required for an individual to be capable" (p. 15). With the greatest of deference, this preliminary comment cannot be elevated to the error of deciding the case on the basis of best interests instead of capacity.

D. Summary

54

Having concluded the analysis, it may be useful to summarize where my colleague and I agree and where we part company.

55

On the facts, my colleague Major J. and I agree that there was evidence that Professor Starson suffered from serious mental illness; that he accepted he had symptoms of mental illness which had created difficulties for him in the past and for which he was prepared to accept psychotherapy; that he did not agree with his physicians on the diagnosis of this illness; and that without the proposed medical treatment, he might continue to deteriorate. We also agree that Professor Starson did not wish to accept the proposed medication-based therapy because of the effects of previous drug therapy, in particular the fact that it dulled his intellectual functioning.

Il est donc clair que la Commission s'est attachée à la capacité tout au long de son analyse et qu'elle a fondé sa conclusion sur des éléments de preuve touchant uniquement à cet aspect. La Commission n'a pas parlé une seule fois de l'intérêt du patient. Avant d'amorcer son analyse, la Commission a dit, à titre de remarques liminaires, que la situation du professeur Starson [TRADUCTION] « l'attristait énormément » et elle a déclaré que, « [m]alheureusement, son potentiel a été perturbé à maintes reprises par des séjours dans des établissements psychiatriques » (p. 15). La Commission a toutefois expressément affirmé qu'il s'agissait de remarques préalables à l'analyse de la capacité, qui ne faisaient pas partie de l'analyse elle-même. Elle a d'ailleurs commencé ce bref passage par les mots suivants : [TRADUCTION] « Avant d'examiner les critères particuliers qui doivent être satisfaits pour qu'une personne soit jugée capable » (p. 15). En toute déférence, cette remarque préliminaire ne saurait être assimilée à une erreur indiquant que l'affaire aurait été décidée en fonction de l'intérêt du patient plutôt que de sa capacité.

D. Résumé

Mon analyse étant terminée, il serait utile que je résume les points sur lesquels mon collègue et moi sommes d'accord et ceux sur lesquels nous divergeons d'opinions.

En ce qui concerne les faits, à l'instar de mon collègue le juge Major j'estime que certains éléments de preuve indiquaient que le professeur Starson souffrait d'une grave maladie mentale, qu'il admettait présenter des symptômes d'une maladie mentale qui lui avait créé des ennuis dans le passé et à l'égard de laquelle il était prêt à recevoir des traitements de psychothérapie, qu'il n'était pas d'accord avec ses médecins quant au diagnostic de cette maladie et que, sans le traitement médical proposé, son état pourrait continuer à se détériorer. Nous sommes également tous les deux d'avis que le professeur Starson ne désirait pas suivre la thérapie à base de médicaments proposée, en raison des effets qu'avait eus sur lui antérieurement une telle thérapie, notamment le ralentissement de ses facultés intellectuelles.

On the law, my colleague and I agree that it would be erroneous for a Board to find incapacity simply because the patient does not accept the doctors' diagnosis or because treatment is in the best interests of the patient.

The central differences between my colleague and me appear to be two: whether there was evidence to support the Board's conclusion on capacity; and whether the Board erroneously applied a best interests standard.

In my respectful view, the evidence amply supports the Board's findings of Professor Starson's inability to understand the information relevant to treatment and to appreciate the reasonably foreseeable consequences of a decision or lack of decision. Nor, in my view, did the Board erroneously apply a "best interests" standard; rather it remained focussed on the question of capacity throughout. Given this evidence and the Board's application of the correct legal tests, I see no basis upon which a court of judicial review can set aside its decision.

V. Conclusion

I conclude that the Board applied the law correctly and that its conclusion that Professor Starson lacked capacity within the meaning of s. 4(1) of the *HCCA* is amply supported by the evidence and is reasonable.

I would allow the appeal and restore the Board's decision.

The judgment of Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and Deschamps JJ. was delivered by

MAJOR J. — The adult respondent, who prefers to be called Professor Starson, refused medical treatment proposed by his psychiatrist for a bipolar disorder. The Consent and Capacity Board of Ontario

En ce qui concerne le droit, mon collègue et moi sommes d'accord pour dire que la Commission aurait tort de conclure à l'incapacité simplement parce que le patient n'accepte pas le diagnostic de ses médecins ou parce que le traitement est dans l'intérêt du patient.

Mon collègue et moi divergeons fondamentalement d'opinions à l'égard de deux points : la question de savoir si la conclusion de la Commission était étayée par certains éléments de preuve et la question de savoir si la Commission a fait erreur et appliqué un critère fondé sur l'intérêt du professeur Starson.

À mon humble avis, la preuve étaye amplement la conclusion de la Commission selon laquelle le professeur Starson est incapable de comprendre les renseignements pertinents à l'égard du traitement et d'évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou de l'absence de décision. La Commission n'a pas non plus, selon moi, fait erreur et appliqué une norme fondée sur « l'intérêt » du professeur Starson; au contraire, elle s'est plutôt attachée à la question de la capacité tout au long de son analyse. Vu cette preuve et l'application par la Commission des critères juridiques appropriés, je ne vois aucune raison justifiant une cour siégeant en révision d'annuler la décision de la Commission.

V. Conclusion

J'estime que la Commission a bien appliqué les règles de droit pertinentes et que sa conclusion selon laquelle le professeur Starson n'avait pas la capacité requise au sens du par. 4(1) de la *LCSS* est raisonnable et amplement étayée par la preuve.

J'accueillerais le pourvoi et je rétablirais la décision de la Commission.

Version française du jugement des juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et Deschamps rendu par

LE JUGE MAJOR — L'intimé, un adulte qui préfère se faire appeler professeur Starson, a refusé le traitement médical que propose son psychiatre à l'égard de ses troubles bipolaires. La Commission

56

57

58

59

60

61

(“Board”) held that Professor Starson lacked the capacity to make this decision.

62 The Board’s ruling was overturned on judicial review. The principal issues in this appeal are whether the reviewing judge applied the appropriate standard of review to the Board’s decision, and whether she correctly interpreted the statutory test for capacity provided by the *Health Care Consent Act, 1996*, S.O. 1996, c. 2, Sch. A (“Act”).

63 I have concluded that the reviewing judge properly held that the Board’s finding of the respondent’s incapacity was unreasonable, and that the Board misapplied the statutory test. The Board placed primary importance on what it believed to be in the respondent’s best interests at the expense of failing to adequately consider the critical aspect of this appeal, that is, whether Professor Starson had the capacity to make up his own mind as to whether he wanted medication or not.

64 This decision was made by him when he was able to recognize that his condition required treatment. He knew as well that the doctors were optimistic that new medication would improve his condition although medication had been unsuccessful in the past. His choice, which he was entitled to make, was to remain as he was and to continue psychiatric therapy, in spite of his condition and the hope of others. I would dismiss the appeal.

I. Factual Background

65 By all accounts, Professor Starson is an extraordinarily intelligent and unique individual. Although he lacks any formal training in the subject, it is beyond dispute that his driving passion in life is physics. He has published several papers in the field: see a paper co-authored with Professor H. P. Noyes of Stanford University, entitled “Discrete Anti-Gravity” (1991). Professor Noyes is said to have described the respondent’s thinking as “ten years ahead of his time”. Although the respondent is not by university

du consentement et de la capacité de l’Ontario (« Commission ») a jugé que le professeur Starson n’avait pas capacité pour prendre cette décision.

La décision de la Commission a été annulée par suite d’une demande de révision judiciaire. Les principales questions en litige dans le présent pourvoi consistent à décider si la juge siégeant en révision a contrôlé la décision de la Commission selon la norme appropriée et si elle a bien interprété le critère de détermination de la capacité établi par la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, L.O. 1996, ch. 2, ann. A (« Loi »).

J’estime que la juge siégeant en révision a eu raison de déclarer déraisonnable la décision de la Commission concluant à l’incapacité de l’intimé et de juger que cette dernière avait mal appliqué le critère établi par la Loi. La Commission a accordé une importance prépondérante à ce qui, selon elle, était l’intérêt de l’intimé, et elle n’a pas tenu compte adéquatement de l’aspect fondamental du présent pourvoi, c’est-à-dire la question de savoir si le professeur Starson était capable de décider lui-même s’il voulait prendre ou non des médicaments.

Lorsque l’intimé a pris sa décision, il était capable de reconnaître que son état nécessitait un traitement. Il savait également que les médecins avaient bon espoir que la nouvelle médication améliorerait son état malgré l’inefficacité des médicaments administrés dans le passé. Il a choisi, comme il en avait le droit, de ne rien changer et de poursuivre sa thérapie psychiatrique, en dépit de son état et de l’espoir que nourrissaient les autres. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

I. Les faits

De l’avis général, le professeur Starson est un homme exceptionnel, doté d’une intelligence extraordinaire. Bien qu’il n’ait pas comme tel étudié cette matière, il est indéniable que la physique est sa principale passion dans la vie. Il a publié de nombreux articles sur le sujet : voir notamment « Discrete Anti-Gravity » (1991), article écrit en collaboration avec le professeur H. P. Noyes de l’Université Stanford. Ce dernier aurait affirmé que les idées de l’intimé sur la question sont [TRADUCTION] « dix

training a professor, his peers in the academic community allow him to use the title as recognition of his accomplishments.

Unfortunately, since 1985 the respondent has frequently been admitted to mental institutions in the United States and Canada. He has most often been diagnosed as having a bipolar disorder. Professor Starson has never caused physical harm to himself or to others, with the exception of reacting against unwanted forcible medication. His most recent admission to hospital arose after he was found not criminally responsible for making death threats. The Ontario Review Board (“ORB”) ordered his detention for 12 months.

The respondent’s physicians proposed treatment for his bipolar disorder. It included neuroleptic medication, mood stabilizers, anti-anxiety medication and anti-parkinsonian medication. He refused to consent to this medication. The respondent acknowledges that he has mental health problems, but will not agree that he suffers from an illness. He claims that his full mental functioning is critical to his scientific pursuits. He believes that all previous medication of a similar kind has significantly dulled his thinking and thereby prevented his work as a physicist. Although to him his life is generally very happy, medication has invariably made him miserable in the past.

The attending physician found Professor Starson not capable of deciding whether to reject or accept the proposed medical treatment. Professor Starson applied to the Board for a review of that decision. The Board’s confirmation of incapacity was subsequently overturned on judicial review at the Ontario Superior Court of Justice. The Ontario Court of Appeal upheld the findings of the reviewing judge. That decision is appealed by the chief psychiatrist of the hospital in which Professor Starson currently resides.

années en avance sur son temps ». Même si l’intimé n’est pas professeur à la suite d’études universitaires, ses pairs du monde scientifique lui permettent d’utiliser ce titre en reconnaissance de ses réalisations.

Malheureusement, depuis 1985, l’intimé a souvent été hospitalisé dans des établissements psychiatriques aux États-Unis et au Canada. La plupart du temps, on a conclu qu’il souffrait de troubles bipolaires. Le professeur Starson ne s’est jamais infligé de blessures et il n’a pas non plus blessé autrui. Il lui est arrivé de réagir violemment lorsqu’on voulait le contraindre à prendre des médicaments. Sa plus récente admission à l’hôpital est survenue après qu’il a été déclaré non responsable criminellement d’avoir proféré des menaces de mort. La Commission ontarienne d’examen (« COE ») a ordonné qu’il soit détenu pendant une période de 12 mois.

Les médecins de l’intimé ont proposé de traiter ses troubles bipolaires au moyen, notamment, de médicaments neuroleptiques, de psychorégulateurs, de médicaments anxiolytiques et de médicaments antiparkinsoniens. L’intimé a refusé de prendre cette médication. Il reconnaît qu’il souffre de problèmes de santé mentale, mais il n’admet pas qu’il souffre d’une maladie. Il dit avoir absolument besoin de toutes ses facultés intellectuelles pour être en mesure d’effectuer ses recherches scientifiques. Il croit que tous les médicaments analogues qui lui ont été prescrits auparavant ont considérablement amoindri sa capacité de raisonner et l’ont, de ce fait, empêché de travailler comme physicien. Bien qu’il trouve la vie généralement très agréable, les médicaments l’ont toujours rendu malheureux par le passé.

Le médecin traitant a conclu que le professeur Starson était incapable de décider s’il devait accepter ou rejeter le traitement médical proposé. Le professeur Starson a demandé à la Commission de réviser cette décision. La confirmation par la Commission de la conclusion d’incapacité a subsequmment été infirmée au terme d’une procédure de décision judiciaire en Cour supérieure de justice de l’Ontario. La Cour d’appel de l’Ontario a confirmé les conclusions de la juge siégeant en révision. Le psychiatre en chef de l’hôpital où réside présentement le professeur Starson se pourvoit contre cette décision.

66

67

68

II. Relevant Statutory Provisions

69

The following statutory provisions are relevant:

Health Care Consent Act, 1996, S.O. 1996, c. 2, Sch. A

4. (1) A person is capable with respect to a treatment, admission to a care facility or a personal assistance service if the person is able to understand the information that is relevant to making a decision about the treatment, admission or personal assistance service, as the case may be, and able to appreciate the reasonably foreseeable consequences of a decision or lack of decision.

(2) A person is presumed to be capable with respect to treatment, admission to a care facility and personal assistance services.

80. (1) A party to a proceeding before the Board may appeal the Board's decision to the Superior Court of Justice on a question of law or fact or both.

. . . .

(9) The court shall hear the appeal on the record, including the transcript, but may receive new or additional evidence as it considers just.

(10) On the appeal, the court may,

- (a) exercise all the powers of the Board;
- (b) substitute its opinion for that of a health practitioner, an evaluator, a substitute decision-maker or the Board;
- (c) refer the matter back to the Board, with directions, for rehearing in whole or in part.

III. Judicial History

70

The Board based its decision (TO-98/1320, January 24, 1999) of the respondent's incapacity to decide on the proposed medical treatment primarily on the views of the attending psychiatrists, and "largely discounted" evidence provided by his friends and colleagues, which contradicted the evidence of the psychiatrists. The Board gave little

II. Les dispositions législatives pertinentes

Voici les dispositions législatives pertinentes :

Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, L.O. 1996, ch. 2, ann. A

4. (1) Toute personne est capable à l'égard d'un traitement, de son admission à un établissement de soins ou d'un service d'aide personnelle si elle est apte à comprendre les renseignements pertinents à l'égard de la prise d'une décision concernant le traitement, l'admission ou le service d'aide personnelle, selon le cas, et apte à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou de l'absence de décision.

(2) Toute personne est présumée capable à l'égard d'un traitement, de son admission à un établissement de soins et de services d'aide personnelle.

80. (1) Une partie à une instance devant la Commission peut interjeter appel de la décision de celle-ci devant la Cour supérieure de justice sur une question de droit ou une question de fait, ou les deux.

. . . .

(9) Le tribunal entend l'appel d'après le dossier, y compris la transcription, mais il peut recevoir de nouvelles preuves ou des preuves additionnelles, selon ce qu'il juge équitable.

(10) Le tribunal qui est saisi de l'appel peut :

- a) exercer tous les pouvoirs de la Commission;
- b) substituer son opinion à celle d'un praticien de la santé, d'un appréciateur, d'un mandataire spécial ou de la Commission;
- c) renvoyer la question à la Commission, avec des directives, pour qu'elle l'entende à nouveau, en tout ou en partie.

III. Historique des procédures

La décision de la Commission (TO-98/1320, 24 janvier 1999) concluant à l'incapacité de l'intimé de prendre une décision concernant le traitement médical proposé repose principalement sur les opinions des psychiatres traitants. La Commission a [TRADUCTION] « essentiellement écarté » les témoignages des amis et collègues de l'intimé qui

weight to Professor Starson's testimony. It ultimately held that despite cogent evidence of a mental disorder, the patient is in "almost total" denial of his illness. The Board noted that without an acknowledgement of illness, the patient cannot relate information to his own particular disorder, and therefore cannot understand the consequences of a decision to either refuse or consent to medication. It also noted that the respondent failed to appreciate the risks and benefits of a treatment decision. As a result, the Board concluded that Professor Starson was incapacitated.

At the Ontario Superior Court of Justice ((1999), 22 Admin. L.R. (3d) 211), Molloy J. reversed the decision of the Board. She held that its decision had to be reviewed on a standard of reasonableness: see *T. (I.) v. L. (L.)* (1999), 46 O.R. (3d) 284 (C.A.). She found that the Board's conclusion that Professor Starson was in total denial of his illness was unreasonable in light of the evidence. In addition, there was no evidentiary foundation to support many of the Board's findings that Professor Starson suffered from delusions. She observed that the Board had unreasonably disregarded the evidence of Professor Starson's friends and colleagues, that it drew insupportable inferences in regard to Professor Starson's criminal activity based on vague hearsay evidence, and that the factual foundation for the alleged benefits of treatment was fundamentally flawed.

Molloy J. also held that the Board failed to consider the extent to which Professor Starson's psychiatric disorder and alleged delusions affected his ability to understand information or appreciate the consequences of treatment. Such failure, she said, amounted to a misapplication of the legal test for capacity. Finally, she found that the Board had misapprehended Professor Starson's reasons for rejecting the proposed treatment, and had ultimately

contredisaient ceux des psychiatres. La Commission a accordé peu d'importance au témoignage du professeur Starson. Elle a finalement conclu que, malgré la preuve convaincante de l'existence de troubles mentaux, le patient nie [TRADUCTION] « presque totalement » sa maladie. La Commission a souligné que, s'il n'admet pas qu'il est malade, le patient ne peut pas faire le lien entre les renseignements qu'on lui donne et les troubles dont il souffre, et qu'il ne peut, de ce fait, comprendre les conséquences de l'acceptation ou du refus de la médication proposée. Elle a également précisé que l'intimé ne comprenait pas bien les risques et les effets bénéfiques d'une décision concernant le traitement proposé. Par conséquent, la Commission a conclu que le professeur Starson n'avait pas la capacité requise.

La juge Molloy de la Cour supérieure de justice de l'Ontario ((1999), 22 Admin. L.R. (3d) 211) a infirmé la décision de la Commission. Elle a jugé que la décision de la Commission devait être révisée en fonction de la norme de la décision raisonnable : voir l'arrêt *T. (I.) c. L. (L.)* (1999), 46 O.R. (3d) 284 (C.A.). Elle a estimé que la conclusion de la Commission selon laquelle le professeur Starson niait totalement sa maladie était déraisonnable eu égard à la preuve. De plus, aucune preuve n'était bon nombre des conclusions de la Commission selon lesquelles le professeur Starson souffrait de délire. La juge Molloy a fait remarquer que la Commission avait, d'une manière déraisonnable, écarté le témoignage des amis et collègues du professeur Starson, qu'elle avait fait des inférences injustifiables relativement au comportement criminel du professeur Starson en s'appuyant sur de vagues preuves par ouï-dire et que les assises factuelles des prétendus effets bénéfiques du traitement proposé souffraient de lacunes fondamentales.

La juge Molloy a de plus considéré que la Commission n'avait pas pris en compte la mesure dans laquelle les troubles psychiatriques du professeur Starson et son présumé délire avaient affecté sa capacité de comprendre les renseignements à l'égard du traitement proposé ou d'évaluer les conséquences de celui-ci. La juge a déclaré qu'une telle omission constituait une application erronée du critère légal de détermination de la capacité. Finalement, elle a

71

72

allowed its subjective assessment of Professor Starson's best interests to improperly influence its decision. Molloy J. concluded that there was no basis upon which the Board could reasonably find that the presumption of Professor Starson's capacity had been displaced.

73 The Ontario Court of Appeal unanimously agreed with the reviewing judge: (2001), 33 Admin. L.R. (3d) 315. The court confirmed the standard of review as reasonableness, and concluded that Molloy J. properly applied that standard. The court based its agreement on three considerations in the record. First, the respondent clearly recognized that he has mental problems. Second, no evidence was led that demonstrated that any of his previous medications had helped him. Third, and significantly, his refusal to accept treatment was based primarily upon the detrimental effects of treatment on his scientific work. The court decided that although the respondent's refusal to consent to the proposed treatment might not objectively be in his best interests, there was no evidentiary basis to find incapacity and so his decision to reject treatment was one he was entitled to make.

IV. Issues

74 The appeal raises the following issues:

1. Did the reviewing judge properly apply a reasonableness standard of review to the Board's finding of incapacity?
2. Did the reviewing judge correctly find that the Board misapplied the statutory test for capacity?
3. Did the reviewing judge err in her approach to hearsay evidence?

conclu que la Commission avait mal interprété les raisons pour lesquelles le professeur Starson rejetait le traitement proposé et que celle-ci avait en définitive laissé son appréciation subjective de l'intérêt du professeur Starson influencer indûment sa décision. La juge Molloy a estimé que rien ne permettait à la Commission de conclure raisonnablement qu'on avait réfuté la présomption de capacité du professeur Starson.

La Cour d'appel de l'Ontario a, à l'unanimité, souscrit à l'opinion de la juge Molloy : (2001), 33 Admin. L.R. (3d) 315. La cour a confirmé que la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable et elle a conclu que la juge Molloy avait bien appliqué cette norme. La Cour d'appel a fondé sa décision sur trois facteurs ressortant du dossier. Premièrement, l'intimé a clairement reconnu qu'il souffre de problèmes de santé mentale. Deuxièmement, il n'a été présenté aucun élément de preuve indiquant que les médicaments qui lui avaient été administrés antérieurement lui avaient été bénéfiques. Troisièmement, élément particulièrement important, son refus d'accepter le traitement reposait d'abord et avant tout sur les effets préjudiciables de celui-ci sur ses activités scientifiques. La Cour d'appel a jugé que, bien que le refus de l'intimé d'accepter le traitement proposé ne soit peut-être pas objectivement dans son intérêt, rien dans la preuve ne permettait de conclure qu'il était incapable et, par conséquent, la décision de refuser le traitement proposé relevait de lui.

IV. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

1. La juge siégeant en révision a-t-elle bien appliqué la norme de la décision raisonnable pour contrôler la conclusion d'incapacité tirée par la Commission?
2. La juge siégeant en révision a-t-elle eu raison de conclure que la Commission avait mal appliqué le critère établi par la Loi pour statuer sur la capacité?
3. La juge siégeant en révision s'est-elle trompée dans son approche à l'égard de la preuve par oui-dire?

4. Did the Court of Appeal err in its refusal to admit new evidence?

V. Analysis

A. *The Health Care Consent Act, 1996*

The right to refuse unwanted medical treatment is fundamental to a person's dignity and autonomy. This right is equally important in the context of treatment for mental illness: see *Fleming v. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74 (C.A.), per Robins J.A., at p. 88:

Few medical procedures can be more intrusive than the forcible injection of powerful mind-altering drugs which are often accompanied by severe and sometimes irreversible adverse side effects.

Unwarranted findings of incapacity severely infringe upon a person's right to self-determination. Nevertheless, in some instances the well-being of patients who lack the capacity to make medical decisions depends upon state intervention: see *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388, at p. 426. The Act aims to balance these competing interests of liberty and welfare: see B. F. Hoffman, *The Law of Consent to Treatment in Ontario* (2nd ed. 1997), at p. 3. Neither party raised the constitutionality of the Act as an issue in this appeal.

The legislative mandate of the Board is to adjudicate solely upon a patient's capacity. The Board's conception of the patient's best interests is irrelevant to that determination. As the reviewing judge observed, "[a] competent patient has the absolute entitlement to make decisions that any reasonable person would deem foolish" (para. 13). This point was aptly stated by Quinn J. in *Koch (Re)* (1997), 33 O.R. (3d) 485 (Gen. Div.), at p. 521:

The right knowingly to be foolish is not unimportant; the right to voluntarily assume risks is to be respected. The State has no business meddling with either. The dignity of the individual is at stake.

4. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en refusant d'admettre de nouveaux éléments de preuve?

V. Analyse

A. *La Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*

Le droit de refuser un traitement médical non souhaité est fondamental pour la dignité et l'autonomie d'une personne. Ce droit est tout aussi important dans le contexte du traitement de la maladie mentale : voir les propos suivants du juge Robins dans l'arrêt *Fleming c. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74 (C.A.), p. 88 :

[TRADUCTION] Peu de procédures médicales sont plus envahissantes que l'injection forcée de puissants psychotropes, lesquels produisent souvent des effets secondaires nocifs graves et parfois irréversibles.

Une déclaration d'incapacité injustifiée porte sérieusement atteinte au droit d'une personne à l'autodétermination. Dans certains cas, néanmoins, l'État doit intervenir pour assurer le bien-être de patients qui n'ont pas la capacité de prendre des décisions d'ordre médical : voir l'arrêt *E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388, p. 426. La Loi vise à concilier les intérêts opposés que sont la liberté de l'individu et son bien-être : voir B. F. Hoffman, *The Law of Consent to Treatment in Ontario* (2^e éd. 1997), p. 3. Ni l'une ni l'autre des parties n'a contesté la constitutionnalité de la Loi dans le présent pourvoi.

Le mandat confié par la Loi à la Commission consiste uniquement à décider de la capacité du patient. L'opinion de la Commission sur les mesures qui sont dans l'intérêt du patient n'est pas pertinente à l'égard de cette décision. Comme l'a souligné la juge siégeant en révision, [TRADUCTION] « [u]n patient compétent a le droit absolu de prendre des décisions que toute personne raisonnable considérerait comme insensée » (par. 13). Le juge Quinn dans l'affaire *Koch (Re)* (1997), 33 O.R. (3d) 485 (Div. gén.), p. 521, affirmait de façon fort juste :

[TRADUCTION] Le droit d'agir sciemment de façon insensée n'est pas dénué d'importance; le droit de prendre volontairement certains risques doit être respecté. L'État n'a pas à s'ingérer dans l'un ou l'autre cas. La dignité de l'intéressé est en jeu.

75

76

In this case, the only issue before the Board was whether Professor Starson was capable of making a decision on the suggested medical treatment. The wisdom of his decision has no bearing on this determination.

77 The law presumes a person is capable to decide to accept or reject medical treatment: s. 4(2) of the Act. At a capacity hearing, the onus is on the attending physician to prove that the patient is incapable. I agree with the Court of Appeal that proof is the civil standard of a balance of probabilities. As a result, patients with mental disorders are presumptively entitled to make their own treatment decisions. Professor D. N. Weisstub, in his *Enquiry on Mental Competency: Final Report* (1990), at p. 116 (“Weisstub Report”), notes the historical failure to respect this presumption:

The tendency to conflate mental illness with lack of capacity, which occurs to an even greater extent when involuntary commitment is involved, has deep historical roots, and even though changes have occurred in the law over the past twenty years, attitudes and beliefs have been slow to change. For this reason it is particularly important that autonomy and self determination be given priority when assessing individuals in this group.

The Board must avoid the error of equating the presence of a mental disorder with incapacity. Here, the respondent did not forfeit his right to self-determination upon admission to the psychiatric facility: see *Fleming v. Reid*, *supra*, at p. 86. The presumption of capacity can be displaced only by evidence that a patient lacks the requisite elements of capacity provided by the Act.

78 Section 4(1) of the Act describes these elements as follows:

A person is capable with respect to a treatment, admission to a care facility or a personal assistance service if the person is able to understand the information that is relevant to making a decision about the treatment, admission or personal assistance service, as the case may be,

En l’espèce, la seule question dont était saisie la Commission consistait à déterminer si le professeur Starson était capable de prendre une décision quant au traitement médical qu’on lui proposait. La sagesse de cette décision n’a aucune pertinence à cet égard.

En droit, une personne est présumée capable de décider d’accepter ou de refuser un traitement médical : par. 4(2) de la Loi. À une audience portant sur la capacité, il incombe au médecin traitant de prouver que le patient est incapable. À l’instar de la Cour d’appel, j’estime que la norme de preuve applicable est celle appliquée en matière civile, savoir la prépondérance des probabilités. Par conséquent, les patients souffrant de troubles mentaux sont présumés avoir le droit de décider eux-mêmes s’ils veulent suivre un traitement. Dans son ouvrage intitulé *Enquête sur la capacité mentale : Rapport final* (1990), p. 130 (« Rapport Weisstub »), le professeur D. N. Weisstub souligne que, depuis longtemps, cette présomption n’est pas toujours respectée :

Depuis très longtemps, il existe une tendance à confondre la maladie mentale et l’incapacité, surtout dans le cas d’internement involontaire. Malgré les modifications législatives en la matière depuis une vingtaine d’années, les attitudes et les croyances mettent du temps à emboîter le pas. C’est pourquoi il faut accorder une importance toute particulière aux principes de l’autonomie et de l’autodétermination lorsqu’il s’agit d’évaluer les personnes de cette catégorie.

La Commission doit éviter l’erreur qui consiste à assimiler la présence de troubles mentaux à l’incapacité. En l’espèce, l’intimé n’a pas renoncé à son droit à l’autodétermination lorsqu’il a été admis à l’établissement psychiatrique : voir l’arrêt *Fleming c. Reid*, précité, p. 86. La présomption de capacité ne peut être réfutée que par la preuve que le patient ne satisfait pas aux critères établis par la Loi pour établir sa capacité.

Ces critères sont décrits au par. 4(1) de la Loi :

Toute personne est capable à l’égard d’un traitement, de son admission à un établissement de soins ou d’un service d’aide personnelle si elle est apte à comprendre les renseignements pertinents à l’égard de la prise d’une décision concernant le traitement, l’admission ou le

and able to appreciate the reasonably foreseeable consequences of a decision or lack of decision.

Capacity involves two criteria. First, a person must be able to understand the information that is relevant to making a treatment decision. This requires the cognitive ability to process, retain and understand the relevant information. There is no doubt that the respondent satisfied this criterion. Second, a person must be able to appreciate the reasonably foreseeable consequences of the decision or lack of one. This requires the patient to be able to apply the relevant information to his or her circumstances, and to be able to weigh the foreseeable risks and benefits of a decision or lack thereof. The Board's finding of incapacity was based on their perception of Professor Starson's failure in this regard.

Before turning to an analysis of the reviewing judge's decision, two important points regarding this statutory test require comment. First, a patient need not agree with the diagnosis of the attending physician in order to be able to apply the relevant information to his own circumstances. Psychiatry is not an exact science, and "capable but dissident interpretations of information" are to be expected: see Weisstub Report, *supra*, at p. 229. While a patient need not agree with a particular diagnosis, if it is demonstrated that he has a mental "condition", the patient must be able to recognize the possibility that he is affected by that condition. Professor Weisstub comments on this requirement as follows (at p. 250, note 443):

Condition refers to the broader manifestations of the illness rather than the existence of a discrete diagnosable pathology. The word condition allows the requirement for understanding to focus on the objectively discernible manifestations of the illness rather than the interpretation that is made of these manifestations.

service d'aide personnelle, selon le cas, et apte à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou de l'absence de décision.

La détermination de la capacité exige l'application de deux critères. Premièrement, la personne concernée doit être apte à comprendre les renseignements pertinents à l'égard de la prise d'une décision concernant un traitement. Pour ce faire, cette personne doit avoir la capacité cognitive d'analyser, de retenir et de comprendre les renseignements pertinents. Il ne fait aucun doute que l'intimé a satisfait à ce critère. Deuxièmement, la personne concernée doit être apte à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou de l'absence de décision. Pour cela, cette personne doit être apte à appliquer les renseignements pertinents à sa situation et à évaluer les risques et les avantages prévisibles découlant d'une décision ou de l'absence de décision. La Commission a conclu à l'incapacité en se fondant sur son opinion selon laquelle le professeur Starson avait échoué à cet égard.

Avant d'analyser la décision de la juge siégeant en révision, quelques commentaires s'imposent sur deux points importants concernant le test prévu par la Loi. Premièrement, pour que le patient soit considéré apte à appliquer les renseignements pertinents à sa situation personnelle, il n'est pas nécessaire que le patient soit d'accord avec son médecin traitant sur le diagnostic. La psychiatrie n'est pas une science exacte et il faut s'attendre à ce que des personnes par ailleurs capables donnent des interprétations divergentes de l'information : voir le Rapport Weisstub, *op. cit.*, p. 259. Bien qu'un patient n'ait pas à être d'accord avec un diagnostic particulier, s'il est démontré qu'il est dans un « état » psychologique donné, le patient doit être apte à reconnaître la possibilité qu'il puisse être affecté par cet état. Le professeur Weisstub fait le commentaire suivant à cet égard (à la p. 282, note 443) :

L'état s'applique aux manifestations plus larges de la maladie plutôt qu'à l'existence d'une pathologie discrète sujette au diagnostic. Le terme « état » permet à l'exigence de compréhension de se concentrer sur les manifestations objectivement perceptibles de la maladie plutôt que sur l'interprétation qui en est donnée.

As a result, a patient is not required to describe his mental condition as an “illness”, or to otherwise characterize the condition in negative terms. Nor is a patient required to agree with the attending physician’s opinion regarding the cause of that condition. Nonetheless, if the patient’s condition results in him being unable to recognize that he is affected by its manifestations, he will be unable to apply the relevant information to his circumstances, and unable to appreciate the consequences of his decision.

80

Secondly, the Act requires a patient to have the ability to appreciate the consequences of a decision. It does not require actual appreciation of those consequences. The distinction is subtle but important: see L. H. Roth, A. Meisel and C. W. Lidz, “Tests of Competency to Consent to Treatment” (1977), 134 *Am. J. Psychiatry* 279, at pp. 281-82, and Weisstub Report, *supra*, at p. 249. In practice, the determination of capacity should begin with an inquiry into the patient’s actual appreciation of the parameters of the decision being made: the nature and purpose of the proposed treatment; the foreseeable benefits and risks of treatment; the alternative courses of action available; and the expected consequences of not having the treatment. If the patient shows an appreciation of these parameters — regardless of whether he weighs or values the information differently than the attending physician and disagrees with the treatment recommendation — he has the ability to appreciate the decision he makes: see Roth, Meisel and Lidz, *supra*, at p. 281.

81

However, a patient’s failure to demonstrate actual appreciation does not inexorably lead to a conclusion of incapacity. The patient’s lack of appreciation may derive from causes that do not undermine his ability to appreciate consequences. For instance, a lack of appreciation may reflect the attending physician’s failure to adequately inform the patient of the decision’s consequences: see the Weisstub Report, *supra*, at p. 249. Accordingly, it is imperative that the Board inquire into the reasons for the patient’s failure to appreciate consequences. A finding of incapacity is justified only if those reasons demonstrate that the patient’s mental disorder prevents him

Par conséquent, le patient n’est pas obligé de décrire son état psychologique comme une « maladie » ou de qualifier autrement son état en termes négatifs. Le patient n’est pas non plus obligé d’être d’accord avec le médecin traitant quant à la cause de cet état. Néanmoins, si l’état du patient a pour conséquence que celui-ci n’est pas apte à reconnaître qu’il est affecté par les manifestations de cet état, il ne sera pas apte à appliquer les renseignements pertinents à sa situation et à évaluer les conséquences de sa décision.

Deuxièmement, la Loi exige qu’un patient ait la capacité d’évaluer les conséquences de sa décision. Elle n’exige pas une évaluation concrète de ces conséquences. La distinction est subtile mais importante : voir L. H. Roth, A. Meisel et C. W. Lidz, « Tests of Competency to Consent to Treatment » (1977), 134 *Am. J. Psychiatry* 279, p. 281-282, et le Rapport Weisstub, *op. cit.*, p. 281. En pratique, pour statuer sur la capacité il faut d’abord se demander si le patient comprend vraiment les paramètres de la décision qui est prise, c’est-à-dire la nature et l’objet du traitement proposé, les effets bénéfiques et les risques prévisibles du traitement, les autres traitements possibles et les conséquences prévisibles du fait de ne pas subir le traitement. Si le patient montre qu’il comprend ces paramètres — peu importe qu’il juge les renseignements d’une manière différente de celle de son médecin traitant ou qu’il ne leur accorde pas la même valeur, et qu’il ne soit pas d’accord avec le traitement recommandé —, il est apte à évaluer la décision qu’il prend : voir Roth, Meisel et Lidz, *loc. cit.*, p. 281.

Toutefois, le fait qu’un patient ne soit pas en mesure de démontrer qu’il comprend concrètement ces paramètres n’amène pas inexorablement à conclure à son incapacité. Cette lacune peut découler de causes qui ne réduisent pas sa capacité d’évaluer les conséquences. Par exemple, le fait qu’il ne soit pas capable de comprendre les paramètres indique peut être que son médecin traitant ne l’a pas informé adéquatement des conséquences de sa décision : voir le Rapport Weisstub, *op. cit.*, p. 281. Par conséquent, il est absolument nécessaire que la Commission examine les raisons pour lesquelles le patient n’est pas capable d’évaluer les

from having the ability to appreciate the foreseeable consequences of the decision.

B. *The Decision of the Reviewing Judge*

Molloy J. reversed the Board's decision on two bases: first, that the Board's finding of incapacity was unreasonable based on the evidence before it, and second, that the Board erred in its application of the statutory test for capacity. The appellant agrees that the standard of review is reasonableness, but then submits that the reviewing judge misapplied both the reasonableness standard and the statutory test. I disagree.

(1) Standard of Review

The accepted approach to judicial review was established in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, and expanded upon in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, and *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982. In summary, the Court has adopted a pragmatic and functional approach that supplants the earlier jurisdictional approach: see *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, at para. 21. The pragmatic and functional approach requires a court to weigh a series of factors in order to discern the standard of review applicable to the particular issue under review. The factors to be considered are the existence of a privative clause or statutory right of appeal, the relative expertise of the tribunal; the purpose of the statute and provision, and the nature of the question at issue: see *Pushpanathan, supra*, at paras. 29-38, *per* Bastarache J. As stated in *Dr. Q, supra*, at para. 26, those factors, which may not necessarily be exclusive, should be considered in their totality and not applied mechanically. Against this framework, we can determine whether the appropriate standard of review in

conséquences. Une conclusion d'incapacité n'est justifiée que si ces raisons démontrent que les troubles mentaux du patient lui enlèvent sa capacité d'évaluer les conséquences prévisibles de sa décision.

B. *La décision de la juge siégeant en révision*

La juge Molloy a infirmé la décision de la Commission en se fondant sur deux motifs : premièrement, la conclusion d'incapacité tirée par la Commission était déraisonnable, compte tenu de la preuve qui lui avait été soumise; deuxièmement, la Commission a commis une erreur dans l'application du critère établi par la Loi pour statuer sur la capacité. L'appelant reconnaît que la norme de contrôle est la décision raisonnable, mais il prétend que la juge siégeant en révision a mal appliqué cette norme ainsi que le critère prévu par la Loi. Je ne suis pas d'accord.

(1) La norme de contrôle

La démarche acceptée en matière de contrôle judiciaire a été établie dans l'arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, et précisée dans les arrêts *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, et *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982. En résumé, la Cour y a adopté la méthode pragmatique et fonctionnelle, qui a supplanté l'ancienne démarche fondée sur la question de la compétence : voir l'arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 21. Conformément à la méthode pragmatique et fonctionnelle, les tribunaux doivent tenir compte d'une série de facteurs afin de dégager la norme de contrôle applicable à la question particulière en litige. Ces facteurs sont l'existence d'une clause privative ou d'un droit d'appel d'origine législative, l'expertise relative du tribunal, l'objet de la loi et de la disposition particulière et la nature de la question en litige; voir l'arrêt *Pushpanathan, précité*, le juge Bastarache, par. 29-38. Comme on le précise dans l'arrêt *Dr Q, précité*, par. 26, ces facteurs — qui ne sont pas nécessairement exclusifs — doivent être examinés globalement et ils ne doivent pas être appliqués machinalement. Dans ce

82

83

this case is correctness, reasonableness or patent unreasonableness.

84 The question under review is the Board's determination of capacity. This is a question of mixed fact and law: the Board must apply the evidence before it to the statutory test for capacity. In the absence of any error in law, this question is relatively fact-intensive: see *Southam, supra*, at paras. 35-37. Applying the pragmatic and functional approach to this question, it is clear that reasonableness is the appropriate standard of review.

85 On the one hand, the Act provides a broad right of appeal to the Ontario Superior Court of Justice on a question of fact or law or both: s. 80(1). The court is given broad powers of review: it may exercise all the powers of the Board, substitute its opinion for that of the Board, or refer the matter back to the Board for rehearing: s. 80(10). As well, capacity hearings are primarily adjudicative in nature. The Board's sole task is to determine the patient's capacity to consent. This matter is important to a patient's autonomy. Each of these factors counsels against a deferential standard of review: see *Dr. Q*, at paras. 27 and 32.

86 On the other hand, the Board is likely to enjoy some measure of institutional expertise with respect to determinations of capacity. The Act does not specify any minimum qualifications for Board members, apart from instances in which a member sits alone: ss. 71(3) and 73(2). The statute merely stipulates that members are to be appointed by the Lieutenant Governor in Council: s. 70(2). However, unlike the usual reviewing court, Board members are likely to have acquired experience over the course of their appointments in dealing with assessments of capacity. The Board is uniquely positioned to hear the *viva voce* evidence of the patient and

contexte, nous pouvons déterminer si la norme de contrôle appropriée en l'espèce est la décision correcte, la décision raisonnable ou la décision manifestement déraisonnable.

La question qui nous est soumise vise la détermination par la Commission de la capacité d'un patient. Il s'agit d'une question mixte de droit et de fait : la Commission doit appliquer le critère établi par la Loi pour statuer sur la capacité, et ce au regard de la preuve qui lui est présentée. En l'absence d'erreur de droit, il s'agit d'une question dont la réponse tient principalement aux faits : voir l'arrêt *Southam*, précité, par. 35-37. Si on applique la méthode pragmatique et fonctionnelle à cette question, il est clair que la norme de contrôle appropriée est la décision raisonnable.

D'une part, la Loi établit un large droit d'appel à la Cour supérieure de justice l'Ontario sur une question de fait ou une question de droit, ou les deux : par. 80(1). La cour détient de vastes pouvoirs de contrôle : elle peut exercer tous les pouvoirs de la Commission, substituer son opinion à celle de la Commission ou renvoyer l'affaire à cette dernière pour qu'elle l'entende à nouveau : par. 80(10). Par ailleurs, les audiences relatives à la capacité sont principalement de nature juridictionnelle. La Commission a pour seule tâche de décider si le patient a la capacité de donner son consentement. Il s'agit d'une décision importante pour l'autonomie du patient. Chacun de ces facteurs milite contre l'application d'une norme de contrôle invitant à la déférence : *Dr. Q*, précité, par. 27 et 32.

D'autre part, la Commission possède vraisemblablement une certaine expertise institutionnelle en matière de détermination de la capacité. La Loi ne précise pas la qualification minimale requise des membres de la Commission, sauf dans les cas où un membre siège seul : par. 71(3) et 73(2). La Loi indique simplement que les membres sont nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil : par. 70(2). Toutefois, à la différence des tribunaux de révision ordinaires, les membres de la Commission sont susceptibles d'avoir acquis, durant leur mandat, de l'expérience en matière d'évaluation de la capacité. La Commission est exceptionnellement bien placée

physicians. These factors suggest that determinations of capacity should generally be entrusted to the relative expertise of the Board: see *Dr. Q, supra*, at paras. 29 and 38.

As well, a principal aim of the Act is to facilitate treatment for incapable patients: s. 1. To achieve this aim, determinations of capacity must be made expeditiously to avoid delays in treatment. The Act ensures that the Board is well-suited to this task. The Board is required to begin a hearing within seven days of receiving an application and must decide the application by the day after the hearing ends: s. 75. If a party requests reasons for the Board's decision, the Board must provide such reasons within two business days of the request. A court's *de novo* review of the Board's findings would immeasurably delay the outcome of treatment decisions. Such delay would frustrate the Act's purpose.

These countervailing factors call for review of the Board's determination of capacity on a reasonableness standard. The standard of reasonableness "involves respectful attention, though not submission" to the Board's reasons: see *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, at para. 49. An unreasonable decision is one that "is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination": see *Southam, supra*, at para. 56.

The sole issue, then, is whether the reviewing judge properly applied this standard. In my view, it is clear that she did. Molloy J. expressly adverted to a reasonableness standard at the outset of her reasons. Her analysis demonstrates that she remained faithful to this standard throughout her decision. Indeed, the appellant could not point to one instance in which the reviewing judge's

en ce qu'elle entend de vive voix les témoignages du patient et des médecins. Ces facteurs tendent à indiquer que la détermination de la capacité est une question qui devrait généralement être confiée à l'appréciation de la Commission vu son expertise relative en la matière : voir *Dr Q*, précité, par. 29 et 38.

De plus, l'objet principal de la Loi étant de faciliter le traitement des patients incapables (art. 1), la réalisation de cet objectif exige que les décisions sur la capacité soient prises rapidement afin d'éviter de retarder le début des traitements. La Loi établit le cadre propre à permettre à la Commission de s'acquitter de cette tâche. En effet, la Commission doit tenir une audience dans les sept jours qui suivent le dépôt d'une demande et rendre sa décision dans la journée qui suit le jour où l'audience prend fin : art. 75. L'une ou l'autre des parties peut demander à la Commission les motifs de sa décision, auquel cas celle-ci doit les fournir dans les deux jours ouvrables qui suivent le jour de réception de cette demande. La révision *de novo* des conclusions de la Commission par un tribunal judiciaire retarderait considérablement l'application des décisions ordonnant un traitement. De tels délais seraient contraires à l'objectif de la Loi.

Vu ces considérations opposées, la décision de la Commission relativement à la capacité doit être contrôlée au regard de la norme de la décision raisonnable. Cette norme « demande non pas la soumission mais une attention respectueuse » aux motifs de la Commission : voir *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, par. 49. Une décision déraisonnable est une décision qui « n'est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé » : voir l'arrêt *Southam*, précité, par. 56.

Par conséquent, il s'agit uniquement de décider si la juge siégeant en révision a bien appliqué cette norme. À mon avis, il est clair qu'il faut répondre par l'affirmative à cette question. La juge Molloy a expressément fait état de la norme de la décision raisonnable au début de ses motifs. Son analyse indique qu'elle ne s'est à aucun moment écartée de cette norme. De fait, l'appellant n'a pu signaler, dans

87

88

89

analysis was suggestive of a less deferential standard of review.

90 Moreover, the evidence amply supports the reviewing judge's decision. The Board's determination of incapacity turned on two findings: that the patient was in "almost total" denial of a mental disorder, and that he failed to appreciate the consequences of his decision. Putting aside, for the moment, the issue of whether the Board properly applied the capacity test, a careful review of the evidence demonstrates that there is no basis for either of the above findings.

91 In my view, the Board's reasons, as stated earlier, appear to be overly influenced by its conviction that medication was in Professor Starson's best interest. The Board arrived at its conclusion by failing to focus on the overriding consideration in this appeal, that is, whether that adult patient had the mental capacity to choose whether to accept or reject the medication prescribed. The enforced injection of mind-altering drugs against the respondent's will is highly offensive to his dignity and autonomy, and is to be avoided unless it is demonstrated that he lacked the capacity to make his own decision.

92 As a result of its focus on the respondent's best interests, the Board disregarded clear evidence of his capacity. Professor Starson acknowledged that he suffered from a mental condition, and appreciated the purpose of the proposed medication and the possible benefits suggested by the doctors. He had tried other treatments in the past to no avail. The evidence did not suggest that enforced treatment was likely to improve his condition. Professor Starson preferred his altered state to what he viewed as the boredom of normalcy. His primary reason for refusing medication was its dulling effect on his thinking, which prevented his work as a physicist. Although the Board found that he failed to appreciate the possibility that his condition could worsen, the respondent was never asked about this. Given that he acknowledged the negative impacts of his

l'analyse de la juge siégeant en révision, aucun passage suggérant qu'elle aurait appliqué une norme de contrôle accordant moins de déférence.

Qui plus est, la preuve étaye amplement la décision de la juge siégeant en révision. La décision de la Commission relativement à la capacité reposait sur deux conclusions : le fait que le patient niait « presque totalement » l'existence des troubles mentaux et son inaptitude à évaluer les conséquences de sa décision. Si on laisse de côté, pour le moment, la question de savoir si la Commission a bien appliqué le critère de détermination de la capacité, il ressort d'un examen attentif de la preuve que ni l'une ni l'autre de ces conclusions n'est fondée.

À mon avis, comme je l'ai mentionné précédemment, la Commission semble avoir été indûment influencée par sa conviction que la médication était dans l'intérêt du professeur Starson. La Commission est arrivée à cette conclusion parce qu'elle a omis de se concentrer sur la considération prépondérante dans le présent pourvoi, c'est-à-dire la question de savoir si le patient adulte concerné avait la capacité mentale de décider d'accepter ou de refuser la médication prescrite. L'injection de psychotropes, contre le gré de l'intimé, constitue une atteinte très importante à sa dignité et à son autonomie et elle doit être évitée, sauf si l'on démontre qu'il n'était pas capable de prendre lui-même la décision à cet égard.

En mettant l'accent sur l'intérêt de l'intimé, la Commission a fait abstraction d'éléments prouvant de façon évidente sa capacité. Le professeur Starson a admis souffrir de troubles mentaux et il comprenait l'objectif de la médication proposée et les effets bénéfiques qu'elle pourrait avoir selon ses médecins. L'intimé avait suivi sans succès d'autres traitements dans le passé. Rien dans la preuve n'indiquait qu'un traitement forcé améliorerait vraisemblablement son état. Le professeur Starson préférerait son état anormal à ce qu'il a appelé l'ennuyeuse normalité. La raison principale pour laquelle il refuse la médication est qu'elle a pour effet d'émousser sa pensée, ce qui l'empêche de s'adonner à ses activités de physicien. Bien qu'elle ait conclu que l'intimé ne comprenait pas que son état puisse se détériorer, la Commission ne lui a posé aucune question à ce

illness and the need for treatment, it was unreasonable to conclude without further inquiry that he was unable to appreciate that possibility.

(a) *Acknowledgement of Disorder*

The reviewing judge observed, at para. 31, that there is no support for the Board's finding that Professor Starson's denial of his condition was "almost total". As she noted, at para. 30, Professor Starson expressly acknowledged before the Board that he displays symptoms of a bipolar disorder:

I certainly have exhibited the symptoms of these labels that you give . . . and certainly I have exhibited things that would be considered manic.

Professor Starson also stated that he had "mental problems 13 years ago that were difficult, almost impossible . . . to handle". While he did not believe that these problems were the result of mental illness, as noted above he is not required to recognize his condition in such terms. When asked by the attending physician whether the mental problems had been resolved, Professor Starson answered "no", and that those are problems that "through Dr. Posner, I will learn how to deal with . . . once I work it out with Dr. Posner". He also stated that due to his need for therapy, he would not leave the hospital at that time even if he were permitted to do so. Finally, he acknowledged that his own perception of reality differed from that held by others. This understanding was confirmed, as Molloy J. noted at para. 32, by letters from the patient's long-term friends.

It is true that Dr. Swayze expressed the view that the respondent was in denial of his disorder. The Board failed, however, to scrutinize the reasons for that view. Dr. Swayze stated that he had great difficulty eliciting Professor Starson's opinion regarding his condition. He ultimately inferred that he had no awareness of the condition based upon

sujet. Puisqu'il admettait les effets négatifs de sa maladie et le besoin d'être traité, il était déraisonnable de conclure, sans avoir approfondi davantage ce point, qu'il était incapable de comprendre que son état puisse se détériorer.

a) *Reconnaissance de l'existence de troubles mentaux*

Au paragraphe 31 de ses motifs, la juge siégeant en révision a dit que rien n'étaye la conclusion de la Commission selon laquelle le professeur Starson nie « presque totalement » son état. Comme l'a souligné la juge, le professeur Starson a expressément admis devant la Commission qu'il présente des symptômes de troubles bipolaires (au par. 30):

[TRADUCTION] J'ai certainement présenté les symptômes correspondant aux étiquettes que vous utilisez [. . .] et j'ai certainement présenté des signes qui seraient considérés comme maniaques.

Le professeur Starson a également déclaré avoir souffert [TRADUCTION] « il y a 13 ans de problèmes mentaux qu'il [lui] était difficile, voire presque impossible de gérer ». Bien qu'il ne croit pas que ces problèmes découlaient d'une maladie mentale, il n'est pas obligé, comme je l'ai mentionné plus tôt, de reconnaître son état dans ces termes précis. Lorsque le médecin traitant lui a demandé si ces problèmes avaient été résolus, le professeur Starson a répondu [TRADUCTION] « non », et il a poursuivi en affirmant : « je vais apprendre à composer avec [eux] [. . .] quand j'y aurai travaillé avec le Dr Posner ». Il a de plus déclaré que, comme il avait besoin d'une thérapie, il ne quitterait pas l'hôpital à ce moment-là, même si on le lui permettait. Finalement, il a reconnu que sa propre perception de la réalité était différente de celle des autres. Comme l'a souligné la juge Molloy au par. 32 de ses motifs, cette vision des choses a été confirmée dans des lettres écrites par des amis de longue date du patient.

Il est vrai que le Dr Swayze a exprimé l'opinion que l'intimé niait l'existence des troubles dont il souffre. Toutefois, la Commission a omis de creuser les motifs étayant cette opinion. Le Dr Swayze a déclaré qu'il avait beaucoup de difficulté à obtenir l'opinion du professeur Starson concernant son état. Il a en bout de ligne inféré que le patient n'était pas

93

94

the patient's statement that "[o]nly you people say I have an illness". This statement demonstrates only that Professor Starson did not accept the characterization of his unique mental functioning as an illness. The basis for the attending physician's conclusion, therefore, was premised on a misapprehension of the relevant legal test. In fact, Dr. Swayze later appeared to accept that Professor Starson is aware that his mental functioning is not normal:

His personal situation, his ability to function in the community has been extremely hampered and in no way has this disorder and its manifestations, which at times Professor Starson seems to be quite comfortable and enthusiastic about, have not been to benefit, they've only been to detriment. [Emphasis added.]

An interesting question is how Professor Starson could be "quite comfortable and enthusiastic" about his disorder and its manifestations without being aware of its existence.

95 As a result, Molloy J. properly concluded that there was no reasonable basis upon which the Board could decide that the patient was in almost total denial of his condition. On the contrary, the evidence demonstrates that although the patient did not conceive of the condition as an illness, he was quite aware that his brain did not function normally.

(b) *Ability to Appreciate Consequences of Treatment Decision*

96 The Board also found that the patient failed to appreciate both the benefits of treatment and the risks of non-treatment. These are considered in turn.

(i) Benefits of Treatment

97 The Board concluded that the patient failed to appreciate the foreseeable benefits of treatment, which it defined as "improvement in his delusional state, improved prospects before the Ontario Review Board in the future, and a possible resumption of his goals in the scientific field" (p. 18). These conclusions, as Molloy J. observes

conscient de son état de la déclaration suivante de ce dernier : [TRADUCTION] « [v]ous êtes les seuls à dire que je souffre d'une maladie ». Cette déclaration démontre uniquement que le professeur Starson n'accepte pas que l'on qualifie de maladie le fonctionnement particulier de son esprit. Par conséquent, la conclusion tirée par le médecin traitant reposait sur une mauvaise compréhension du critère légal pertinent. En fait, le Dr Swayze a semblé plus tard accepter que le professeur Starson était conscient que le fonctionnement de son esprit n'est pas normal :

[TRADUCTION] Sa situation personnelle, sa capacité de fonctionner dans la collectivité ont été considérablement affectées et ces troubles et leurs manifestations, à propos desquels le professeur Starson semble parfois très à l'aise et enthousiaste, n'ont été d'aucun bénéfice pour lui et n'ont fait que lui nuire. [Je souligne.]

Il est intéressant de se demander comment le professeur Starson pouvait être « très à l'aise et enthousiaste » à propos de ses troubles et de leurs manifestations sans être conscient de leur existence.

En conséquence, la juge Molloy a eu raison de conclure qu'il n'existait aucun motif raisonnable permettant à la Commission de décider que le patient niait presque totalement son état. Au contraire, la preuve démontre que le patient ne percevait pas son état comme une maladie mais que, malgré cela, il était parfaitement conscient que son cerveau ne fonctionnait pas normalement.

b) *La capacité d'évaluer les conséquences d'une décision concernant le traitement*

La Commission a en outre conclu que le patient ne comprenait pas les effets bénéfiques du traitement et les risques découlant du refus de le suivre. Je vais examiner ces deux aspects à tour de rôle.

(i) Les effets bénéfiques du traitement

La Commission a estimé que le patient ne comprenait pas les effets bénéfiques prévisibles du traitement, effets qu'elle a décrits ainsi : [TRADUCTION] « amélioration de son état délirant, meilleures chances de succès devant la Commission ontarienne d'examen dans le futur et reprise possible de la poursuite de ses objectifs scientifiques » (p. 18).

at para. 60, are not supported by any basis in the record.

There was no evidence that the proposed medication was likely to ameliorate Professor Starson's condition. Dr. Swayze testified that it was "unclear" whether treatment would facilitate a "normal functioning level", and that treatment in the past had never enabled Professor Starson to function adequately. Dr. Posner noted that in general, only 60 percent of patients treated with neuroleptics respond favourably to new treatment. The evidence does not suggest that Professor Starson would fall into that category. He stated that medication attempts "have always been the most horrible experiences of my life". The end goal of the proposed treatment was to place Professor Starson on mood stabilizers. Both Professor Starson and Dr. Swayze confirmed that he had tried different mood stabilizers in the past. The respondent testified that he had "been through all the treatment [and] it hasn't worked".

Furthermore, Professor Starson appreciated the intended effects of the medication: "I've been through these chemicals that they propose before — and I know the effects and what they want to achieve is slow down my brain, basically . . .". The attending physician agreed that the purpose of the medication was to slow down Professor Starson's brain to a normal range:

If by that he refers to slowing down (inaudible) speech, or racing thoughts, or intrusive thoughts, which would be characteristic elements in a manic episode, then that is my intention. If it is to blunt him beyond what would be put (inaudible) of a normal range of mood and thought process without psychosis, then that is my intent.

The respondent's stated position on medication was that "should the individual think the medications are helping them, by all means then the individual should be on the medications". As noted, however, his past experience led him to believe that the

Comme l'a souligné la juge Molloy au par. 60 de ses motifs, ces conclusions ne trouvent aucun appui dans le dossier.

Il n'y avait aucun élément de preuve indiquant que la médication proposée améliorerait vraisemblablement l'état du professeur Starson. Le Dr Swayze a témoigné qu'il était [TRADUCTION] « incertain » que le traitement favoriserait un « fonctionnement normal » et il a ajouté que les traitements suivis par le professeur Starson dans le passé ne lui avaient jamais permis de fonctionner adéquatement. Le Dr Posner a souligné que, en règle générale, 60 p. 100 seulement des patients prenant des neuroleptiques répondent bien à un nouveau traitement. Rien dans la preuve n'indique que le professeur Starson ferait partie de cette catégorie. Celui-ci a déclaré que les tentatives de traitement par médication [TRADUCTION] « ont toujours été les expériences les plus horribles de sa vie ». L'objectif ultime du traitement proposé était de faire prendre des psychorégulateurs au professeur Starson. Le Dr Swayze et le professeur Starson ont confirmé que ce dernier avait essayé différents psychorégulateurs dans le passé. L'intimé a déclaré : [TRADUCTION] « j'ai suivi le traitement complet [et] ça n'a pas fonctionné ».

De plus, le professeur Starson comprenait les effets escomptés de la médication : [TRADUCTION] « [j']ai pris dans le passé les substances chimiques qu'on propose de me faire prendre — et j'en connais les effets, et je sais que ce qu'on veut accomplir c'est ralentir mon cerveau, essentiellement . . . ». Le médecin traitant a reconnu que l'objectif de la médication était de ralentir le cerveau du professeur Starson à un degré d'activité normal :

[TRADUCTION] S'il veut dire par là ralentir (inaudible) le débit de ses propos, le flot de ses pensées ou les pensées perturbatrices, qui sont des éléments caractéristiques d'un épisode maniaque, alors oui c'est là mon intention. Si c'est l'empêcher de déborder (inaudible) les variations normales d'humeur et le fonctionnement normal de l'esprit sans psychose, alors oui c'est là mon intention.

L'intimé a exprimé ainsi sa position sur les médicaments : [TRADUCTION] « si la personne concernée croit que les médicaments l'aident, alors de grâce qu'elle les prenne ». Toutefois, comme je l'ai indiqué plus tôt, les expériences antérieures

98

99

medication would not help him. Although Professor Starson did not believe the medication would affect his sense of reality, there was no clear evidence, as the reviewing judge observed, with respect to the nature and extent of Professor Starson's delusions or "as to what delusions the medication would eliminate or control" (Molloy J., at para. 61).

100 There was also no evidence that treatment would improve the patient's prospects before the ORB. The Board, as Molloy J. observed at para. 62, is not suited to predict "the future determination of a wholly separate administrative tribunal which must apply different criteria and a different legal test". Neither Dr. Swayze nor the Board had even received the ORB's reasons for decision. In these circumstances, the Board's conclusion that treatment would improve Professor Starson's chances at future ORB hearings is entirely speculative.

101 Most importantly, the Board appears to have entirely misapprehended the respondent's reasons for refusing medication. The Board acknowledged only that he had "some antipathy to the medication as a result of suffering side effects in the past" (p. 17). In *Fleming v. Reid, supra*, Robins J.A. observed, at p. 84, that neuroleptic medication carries with it "significant, and often unpredictable, short term and long term risks of harmful side effects". Professor Starson clearly appreciated the extent of these risks. However, it was the intended purpose of the medication that he primarily objected to.

102 Professor Starson stated that the medication's normalizing effect "would be worse than death for me, because I have always considered normal to be a term so boring it would be like death". The evidence indicates that the dulling effects of

du professeur Starson l'ont amené à croire que la médication proposée ne l'aiderait pas. Malgré le fait que le professeur Starson ne croyait pas que la médication affecterait son sens de la réalité, il n'y avait cependant aucune preuve claire, comme l'a souligné la juge siégeant en révision, concernant la nature et l'étendue du délire du professeur Starson ou [TRADUCTION] « le délire que la médication éliminerait ou maîtriserait » (motifs de la juge Molloy, par. 61).

Il n'y avait pas non plus de preuve que le traitement améliorerait les chances de succès du patient devant la COE. Comme l'a mentionné la juge Molloy, au par. 62 de ses motifs, la Commission n'est pas en mesure de prédire [TRADUCTION] « la décision future d'un tribunal administratif tout à fait distinct, qui doit appliquer un test légal et des critères différents ». Ni le Dr Swayze ni la Commission n'avaient même reçu les motifs de la décision de la COE. Dans ces circonstances, la conclusion de la Commission selon laquelle le traitement améliorerait les chances de succès du professeur Starson à l'occasion de futures auditions de sa cause par la COE relève entièrement de la conjecture.

Élément plus important encore, la Commission semble avoir vraiment mal compris les raisons pour lesquelles l'intimé refuse la médication. La Commission a seulement retenu qu'il manifestait [TRADUCTION] « une certaine aversion envers la médication parce qu'il avait souffert d'effets secondaires dans le passé » (p. 17). Dans l'arrêt *Fleming c. Reid*, précité, p. 84, le juge Robins de la Cour d'appel de l'Ontario a souligné que les médicaments neuroleptiques emportent [TRADUCTION] « à court et à long terme des risques importants, souvent imprévisibles, d'effets secondaires dommageables ». Le professeur Starson comprenait clairement l'ampleur de ces risques. Toutefois, c'est principalement à l'objectif visé par la médication qu'il s'opposait.

Relativement à l'effet normalisant de la médication, le professeur Starson a dit ceci : [TRADUCTION] « [ce] serait pire que la mort pour moi, parce que j'ai toujours considéré que le terme normal évoque un concept si ennuyeux que ce

medication transformed Professor Starson “into a struggling-to-think ‘drunk’”, a result that precluded him from pursuing scientific research. Professor Starson stated unequivocally that every drug he had previously tried had hampered his thinking. As a result, there was no basis for the Board to find that a possible benefit of treatment would be the resumption of his work as a physicist. The evidence, in fact, suggests just the opposite. It is apparent from the record that Professor Starson values his ability to work as a physicist above all other factors. It is clear that he views the cure proposed by his physicians as more damaging than his disorder.

(ii) Risks of Non-Treatment

The Board also found that the respondent “does not appreciate the consequences of a decision to refuse medication, that is the likelihood that his mental disorder will worsen” (p. 18). There was speculation that his condition had begun to deteriorate, but little evidentiary basis to gage the validity of that speculation. Dr. Swayze noted that since “manic episodes tend to resolve spontaneously, treated or otherwise”, he initially had believed that the patient’s condition would improve. He ultimately concluded that the record of Professor Starson’s prior hospitalizations would suggest “a chronic, unremitting course”, but he did not express a belief that the condition was deteriorative.

Dr. Posner disagreed, and stated that he felt the evidence suggests “a progressive psychotic state”. In contrast to Dr. Swayze, he noted that the literature suggests that untreated mania “can and often does progress in severity”. Dr. Posner felt that the patient “is in control a good, but not complete, percentage of the time”. However, he observed that Professor Starson had not published in journals in the three

serait comme la mort ». La preuve révèle que les effets abrutissants de la médication transformaient le professeur Starson [TRADUCTION] « en un “ivrogne” ayant de la difficulté à penser », ce qui l’empêchait de poursuivre ses recherches scientifiques. Le professeur Starson a déclaré de façon non équivoque que tous les médicaments qu’il avait essayés dans le passé avaient ralenti son esprit. Par conséquent, rien ne permettait à la Commission de conclure que l’un des effets bénéfiques possibles du traitement serait la reprise de son travail de physicien. En fait, la preuve suggère tout le contraire. Il ressort nettement du dossier que, pour le professeur Starson, sa capacité de travailler comme physicien domine tous les autres facteurs. Il est clair qu’il considère le traitement proposé par ses médecins plus dommageable que ses troubles mentaux.

(ii) Les risques découlant de l’absence de traitement

La Commission a de plus conclu que l’intimé [TRADUCTION] « ne comprend pas les conséquences du refus de prendre la médication, c’est-à-dire que ses troubles mentaux empiront vraisemblablement » (p. 18). On a laissé entendre que son état avait commencé à se détériorer, mais il y avait peu d’éléments de preuve permettant de juger de la validité de cette affirmation. Le Dr Swayze a souligné que, comme [TRADUCTION] « les épisodes maniaques tendent à disparaître spontanément, qu’ils soient traités ou non », il avait d’abord cru que l’état du patient s’améliorerait. Il a finalement conclu, à la lumière des hospitalisations antérieures du professeur Starson, à [TRADUCTION] « un état chronique, sans périodes d’accalmie », mais il n’a pas dit croire que l’état de celui-ci se détériorerait.

Le Dr Posner n’a pas souscrit à cette opinion et il a dit estimer que la preuve indique [TRADUCTION] « un état psychotique progressif ». À la différence du Dr Swayze, il a souligné que la littérature suggère que les manies non traitées [TRADUCTION] « peuvent s’aggraver, et, de fait, le font souvent ». Le Dr Posner a estimé que le patient [TRADUCTION] « est en possession de ses moyens une bonne partie

103

104

or four years preceding the hearing, and that conversations with other psychiatrists suggested that Professor Starson was relatively more irritable than he had been in the past. As a result, he felt that the patient's condition was likely to worsen. However, as Dr. Posner noted, it was unclear whether medication could impede the condition's deterioration.

105 Putting aside this scant evidentiary basis, Professor Starson was never asked at the hearing whether he understood the possibility that his condition could worsen without treatment. The presumption, of course, is that a patient has the ability to appreciate the consequences of a treatment decision. The onus is not on Professor Starson to prove this ability. As noted above, Professor Starson was alert to the presence of a mental condition and the need to be in hospital to treat that condition. In light of his awareness of the need for treatment, it was unreasonable for the Board to conclude, without further inquiry, that the respondent failed to appreciate the possibility that his condition could worsen.

106 In summary, there was no basis to find that Professor Starson lacked awareness of his condition or that he failed to appreciate the consequences of treatment. In the absence of these findings, there was no support for the Board's ultimate finding of incapacity. As a result, Molloy J. correctly set aside the Board's decision.

107 I disagree with the conclusion of my colleague, McLachlin C.J. Her reasons, with respect, appear to disregard the bulk of Professor Starson's testimony. Absent is the candid acknowledgement by him of his mental problems, his obvious appreciation of the intended purpose of the medication, the admitted uncertainty by the doctors that treatment would improve Professor Starson, the failure in the past of mood stabilizers, which was the end goal of the

du temps, mais pas tout le temps ». Toutefois, il a fait remarquer que le professeur Starson n'avait pas écrit dans des revues scientifiques au cours des trois ou quatre années qui ont précédé l'audience et qu'il est ressorti de conversations avec d'autres psychiatres que le professeur Starson était relativement plus irritable qu'il l'avait été dans le passé. Par conséquent, il a jugé que l'état du patient allait vraisemblablement se détériorer. Cependant, comme l'a souligné le Dr Posner, on ne savait pas si la médication pouvait empêcher la détérioration de l'état du patient.

Abstraction faite de cette maigre preuve, à aucun moment au cours de l'audience on n'a demandé au professeur Starson s'il était conscient de la possibilité que son état se détériore en l'absence de traitement. La présomption est, bien sûr, que le patient a la capacité d'évaluer les conséquences d'une décision concernant un traitement. Il n'incombe pas au professeur Starson de prouver cette capacité. Comme je l'ai souligné plus tôt, le professeur Starson était conscient qu'il souffrait de problèmes mentaux et qu'il devait être hospitalisé pour recevoir des traitements à cet égard. Comme le professeur Starson était conscient qu'il avait besoin d'être traité, il n'était pas raisonnable pour la Commission de conclure, sans un examen plus poussé, que l'intimé ne comprenait pas que son état pourrait se détériorer.

En résumé, rien ne permettait de considérer que le professeur Starson était inconscient de son état ou qu'il ne comprenait pas les conséquences du traitement. En l'absence de telles constatations, rien ne justifiait la Commission de conclure à l'incapacité. Par conséquent, la juge Molloy a eu raison d'annuler la décision de la Commission.

Je ne peux souscrire à la conclusion de ma collègue la juge en chef McLachlin. En toute déférence, ses motifs semblent faire abstraction de la majeure partie du témoignage du professeur Starson. Ils ne font pas état des éléments suivants : la franche admission par l'intimé qu'il souffre de problèmes mentaux; sa compréhension évidente de l'objectif visé par la médication; le fait que les médecins reconnaissent qu'ils ne sont pas certains que le

proposed treatment (see para. 98), and his rationale for refusing the medication.

The respondent recognized the need for treatment as evidenced by his express request to remain in hospital to work through his problems with Dr. Posner. Although McLachlin C.J. accepts that the respondent was aware of his condition and its manifestations, she concludes that his denial of illness renders him incapable. The conclusion of his incapacity is founded on his disagreement with the diagnosis of his physicians. In my respectful view, this was the error the Board made. The conclusion of the Board adopted by McLachlin C.J. comes from an appraisal of the patient's best interests rather than whether the evidence established his capacity to decide.

(2) The Board's Misapplication of the Capacity Test

Although the above findings are sufficient to dispose of the appeal, Molloy J. also observed that the Board misapplied the statutory test for capacity. I agree with that conclusion.

The interpretation of the legal standard for capacity is a question of law: see *Southam, supra*, at para. 35. No deference is owed to the Board on this issue. As noted above, the broad statutory right of appeal and adjudicative nature of the proceedings militate against deference. Furthermore, courts clearly have relative expertise on general questions of statutory interpretation. One of the stated purposes of the Act is to provide for the consistent application of its rules: s. 1. Consistency requires courts to ensure that individual panels do not diverge in their interpretation of statutory provisions. Finally, this question of law has broad application and need not be resolved anew on each appeal. A correctness standard of review on this

traitement améliorerait l'état du professeur Starson; l'inefficacité des psychorégulateurs dans le passé, médicaments dont l'administration était l'objectif du traitement proposé (voir le par. 98) et, enfin, la raison invoquée par l'intimé pour refuser la médication.

L'intimé a reconnu qu'il avait besoin de traitements, comme en témoigne d'ailleurs le fait qu'il a expressément demandé à demeurer hospitalisé pour trouver une solution à ses problèmes avec l'aide du Dr Posner. Bien qu'elle accepte que l'intimé était conscient de son état et de ses manifestations, la juge en chef McLachlin estime que le fait qu'il nie sa maladie le rend incapable. La conclusion selon laquelle l'intimé est incapable repose sur le fait qu'il est en désaccord avec le diagnostic de ses médecins. À mon humble avis, il s'agit là de l'erreur commise par la Commission. La conclusion de cette dernière, que la juge en chef McLachlin fait sienne, repose sur l'évaluation de l'intérêt du patient plutôt que sur l'appréciation, au regard de la preuve, de la capacité de celui-ci de décider.

(2) L'application erronée par la Commission du critère de détermination de la capacité

Bien que les conclusions qui précèdent suffisent pour trancher le pourvoi, ajoutons que la juge Molloy a également souligné que la Commission avait mal appliqué le critère prévu par la Loi pour statuer sur la capacité. Je suis d'accord avec cette conclusion.

L'interprétation de la norme légale concernant la capacité est une question de droit : voir l'arrêt *Southam*, précité, par. 35. Il n'y a pas lieu de faire preuve de déférence à l'égard de la décision de la Commission sur cette question. Comme je l'ai indiqué précédemment, l'existence d'un large droit d'appel et la nature juridictionnelle de la procédure militent contre la manifestation de déférence. De plus, les tribunaux judiciaires possèdent clairement une expertise relative à l'égard des questions générales d'interprétation législative. L'un des objectifs exprès de la Loi est de prévoir des règles qui s'appliquent de façon uniforme : art. 1. Pour assurer cette application uniforme, il faut que les tribunaux judiciaires veillent à ce que les comités de la Commission

108

109

110

issue will not impede the expeditious treatment of patients.

- 111 The Board found that Professor Starson failed to appreciate the risks and benefits of treatment, but neglected to address whether the reasons for that failure demonstrated an inability to appreciate those risks and benefits. Molloy J. observed, at para. 74:

The Board's . . . conclusions appear to be based on its perception that Professor Starson *failed* to understand the information or appreciate the consequences as evidenced by his refusal to agree that he should have the recommended treatment, rather than any evidence that his mental disorder prevented him from being *able* to understand and appreciate. [Emphasis in original.]

As noted above, a patient's failure to recognize consequences does not necessarily reflect an inability to appreciate consequences. It is critical that the Board determine whether the reasons for a patient's failure to appreciate consequences demonstrate that the patient is unable, as result of his condition, to appreciate those consequences. In this case, the Board stated that the patient failed to appreciate the consequences of treatment with regard to future dispositions by the ORB. However, neither of the psychiatrists who testified had discussed any of these possible consequences with the patient. Professor Starson's perceived failure in this regard might have simply reflected the psychiatrists' failure to inform him of the potential consequences.

- 112 Furthermore, as noted above, the Board's reasons indicate that it strayed from its legislative mandate to adjudicate solely upon the patient's capacity. The Board stated at the outset of its reasons that "it viewed with great sadness the current situation of the patient" (p. 15), and later noted that "his life has been devastated by his mental disorder"

n'interprètent pas différemment les dispositions législatives. Finalement, il s'agit d'une question de droit qui a une large portée et qu'il n'est pas nécessaire de trancher à chaque appel. L'application, à l'égard de cette question, de la norme de la décision correcte ne fera pas obstacle au traitement rapide des patients.

La Commission a jugé que le professeur Starson ne comprenait pas bien les risques et les effets bénéfiques du traitement, mais elle a omis de se demander si cette incompréhension démontrait l'incapacité de l'intimé d'évaluer ces risques et ces effets bénéfiques. La juge Molloy a fait les observations suivantes, au par. 74 de ses motifs :

[TRADUCTION] Les conclusions [. . .] de la Commission semblent fondées sur sa perception selon laquelle le professeur Starson *n'a pas* compris les renseignements ou *n'a pas* bien évalué les conséquences, comme en fait foi son refus d'admettre qu'il devrait suivre le traitement recommandé, plutôt que sur une preuve démontrant que ses troubles mentaux l'empêchaient d'être *capable* de comprendre et d'évaluer. [En italique dans l'original.]

Comme je l'ai indiqué plus tôt, le fait qu'un patient ne reconnaisse pas l'existence de certaines conséquences ne signifie pas nécessairement qu'il est incapable de les évaluer. Il est essentiel que la Commission se demande si les raisons pour lesquelles un patient n'a pas bien évalué certaines conséquences démontrent que celui-ci est incapable, à cause de son état, de les évaluer. En l'espèce, la Commission a déclaré que le patient n'avait pas évalué les conséquences du traitement eu égard aux décisions futures de la COE. Toutefois, ni l'un ni l'autre des psychiatres qui a témoigné n'a discuté avec le patient de ces conséquences potentielles. Le défaut de compréhension dont le professeur Starson aurait, prétend-on, fait montre à cet égard reflète peut-être simplement l'omission des psychiatres de l'informer de ces conséquences potentielles.

En outre, comme il a été mentionné précédemment, il ressort des motifs de la Commission qu'elle s'est éloignée du mandat que lui confie la Loi, à savoir décider uniquement de la capacité du patient. Dès le début de ses motifs, la Commission a déclaré que [TRADUCTION] « l'état du patient l'attristait énormément » (p. 15), et, plus loin, elle a souligné

(p. 16). Putting aside the fact that the respondent entirely disagreed with those statements, the tenor of the comments indicate that the Board misunderstood its prescribed function. The Board's sole task was to determine the patient's mental capacity. The wisdom of Professor Starson's treatment decision is irrelevant to that determination. If Professor Starson is capable, he is fully entitled to make a decision that the Board, or other reasonable persons, may perceive as foolish. The Board improperly allowed its own conception of Professor Starson's best interests to influence its finding of incapacity.

I conclude that Molloy J. correctly decided that the Board misapplied the legal test for capacity.

C. *Evidentiary Issues*

The appellant raises two other arguments: that the reviewing judge erred in her approach to hearsay evidence, and that the Court of Appeal erred in its refusal to admit new evidence.

(1) Hearsay Evidence

The appellant argues that the reviewing judge wrongly interfered with the Board's discretion to determine the weight of hearsay evidence regarding previous threats made by the patient. This finding was tangential to the reviewing judge's decision and had no bearing on her disposition of the case. As a result, the issue is of no consequence to the outcome of the appeal. In any event, there was no error in the reviewing judge's approach to the hearsay evidence. As she observed, there is no doubt that such evidence is admissible before the Board: see the *Statutory Powers Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. S.22, s. 15(1). Hearings must be conducted in an expeditious manner to ensure that treatment decisions can be made without undue delay. To fulfill that mandate, the Board will often be forced to rely on hearsay evidence to become fully informed of a patient's circumstances. The weight to be accorded

que « [l]a vie [de ce dernier] avait été dévastée par ses troubles mentaux » (p. 16). Abstraction faite du fait que l'intimé s'est dit en complet désaccord avec ces déclarations, la teneur de ces commentaires indiquent que la Commission n'a pas bien compris le rôle qui lui est confié. Cette dernière a pour unique tâche de décider de la capacité mentale du patient. La sagesse de la décision du professeur Starson concernant le traitement n'est pas pertinente à l'égard de cette décision. Si le professeur Starson est capable, il a parfaitement le droit de prendre une décision que la Commission, ou d'autres personnes raisonnables, peuvent considérer comme insensée. La Commission a laissé sa propre conception de l'intérêt du professeur Starson influencer indûment la conclusion qu'elle a tirée sur l'incapacité.

J'estime que la juge Molloy a à juste titre décidé que la Commission avait mal appliqué le critère légal de détermination de la capacité.

C. *Questions touchant la preuve*

L'appelant a soulevé deux autres arguments : la juge siégeant en révision s'est trompée relativement à la preuve par oui-dire; la Cour d'appel a commis une erreur en refusant d'admettre de nouveaux éléments de preuve.

(1) La preuve par oui-dire

L'appelant prétend que la juge siégeant en révision a modifié à tort une décision qui relevait du pouvoir discrétionnaire de la Commission et concernait le poids à accorder à la preuve par oui-dire touchant les menaces que le patient aurait proférées par le passé. Cette conclusion était accessoire à la décision rendue par la juge siégeant en révision et n'a eu aucune influence sur la façon dont elle a tranché l'affaire. Par conséquent, la question n'a aucune importance quant à l'issue du pourvoi. Quoi qu'il en soit, la juge siégeant en révision n'a pas commis d'erreur en ce qui concerne la preuve par oui-dire. Comme elle l'a souligné, il est clair qu'une telle preuve est admissible devant la Commission : voir la *Loi sur l'exercice des compétences légales*, L.R.O. 1990, ch. S.22, par. 15(1). Les audiences doivent être menées avec diligence, afin que les décisions concernant les traitements

113

114

115

to such evidence is normally a matter that is left to the discretion of the Board. Nonetheless, the Board must be careful to avoid placing undue emphasis on uncorroborated evidence that lacks sufficient indicia of reliability, a fact it failed in this case to observe.

(2) New Evidence on Appeal

116 The appellant brought a motion before the Court of Appeal to hear new evidence. The evidence concerned Professor Starson's current mental status and a subsequent disposition order by the ORB. Section 80(9) of the Act provides as follows:

The court shall hear the appeal on the record, including the transcript, but may receive new or additional evidence as it considers just.

117 The appellant provided this Court with no details of the evidence that it sought to admit. As a result, there is no measure to assess the Court of Appeal's decision to reject it.

118 A patient's capacity may fluctuate over time. The Board's decision is specific to the patient's capacity at the time of the hearing. A finding that Professor Starson is capable may have an important effect on future treatment decisions. If he subsequently becomes incapacitated, the attending physician needs consent to treatment from his substitute decision-maker: see s. 10(1)(b) of the Act. If the substitute decision-maker knows of a prior capable wish that is applicable to the circumstances, consent must be given or refused in accordance with that wish: s. 21. Consequently, the Board's previous determination that Professor Starson was capable may be relevant to whether he had expressed wishes that are applicable to future circumstances. If so, he has the right to have that capacity recognized in law, so that sufficient

puissent être prises sans délai indu. Pour s'acquitter de cette tâche, la Commission est souvent obligée de se fier à de la preuve par ouï-dire pour recueillir toute l'information requise sur l'état d'un patient. Le poids qu'il convient d'accorder à une telle preuve est normalement une question qui est laissée à l'appréciation de la Commission. Néanmoins, cette dernière doit éviter d'accorder une importance trop grande à des éléments de preuve non corroborés et ne comportant pas suffisamment d'indices de fiabilité, règle dont elle a omis de tenir compte en l'espèce.

(2) Réception de nouvelles preuves en appel

L'appelant a présenté à la Cour d'appel une requête demandant à celle-ci de recevoir de nouvelles preuves. Ces preuves portaient sur l'état mental du professeur Starson à ce moment et sur une décision qui avait été rendue ultérieurement par la COE. Le paragraphe 80(9) de la Loi prévoit ce qui suit :

Le tribunal entend l'appel d'après le dossier, y compris la transcription, mais il peut recevoir de nouvelles preuves ou des preuves additionnelles, selon ce qu'il juge équitable.

L'appelant n'a donné aucun détail à la Cour relativement à la preuve qu'il voulait présenter. Par conséquent, il n'y a aucune base permettant d'évaluer la décision de la Cour d'appel de la rejeter.

La capacité d'un patient peut varier avec le temps. La Commission rend sa décision en fonction de la capacité du patient au moment de l'audience. Le fait de conclure à la capacité du professeur Starson peut avoir des répercussions importantes sur de futures décisions concernant les traitements. En effet, s'il devient incapable ultérieurement, le médecin traitant a besoin du consentement du mandataire spécial du patient : voir l'al.10(1)b) de la Loi. Le mandataire qui sait que, lorsqu'il était encore apte à le faire, l'incapable a exprimé un désir applicable aux circonstances, doit donner ou refuser son consentement conformément au désir ainsi exprimé : art. 21. Par conséquent, une décision antérieure de la Commission selon laquelle le professeur Starson était capable peut être pertinente pour décider si le patient avait exprimé des désirs

recognition may be accorded to any wishes expressed at that time.

Accordingly, on judicial review under the *Health Care Consent Act, 1996*, a court's task is to determine the reasonableness of the Board's finding in relation to the patient's capacity at the time of the hearing. New evidence relating to the patient's deterioration after the time of hearing is irrelevant to that determination. This is to be contrasted with the situation dealt with in *R. v. Owen*, [2003] 1 S.C.R. 779, 2003 SCC 33, released concurrently, in which fresh evidence of the deterioration of the mental condition of a person held not criminally responsible on account of mental disorder was ruled properly admissible on the issue of whether the individual should receive an absolute discharge or be further detained as a significant risk to public safety. In this case there is no issue of public safety. If a patient's condition worsens after a capacity hearing, it is open to the attending physician to make another finding of incapacity, which the patient can again challenge before the Board. In light of the relative expertise of the Board on factual determinations of capacity, and the expeditious manner in which it is able to deal with hearings, the Board is clearly the most appropriate forum for new evidence to be examined.

VI. Conclusion

The reviewing judge properly held that the Board's finding of incapacity was unreasonable, and that the Board misapplied the statutory test for capacity. There is no basis to find that either of the courts below erred on the evidentiary issues that were raised by the appellant. Accordingly, I would dismiss the appeal.

applicables aux circonstances futures. Si tel est le cas, il a le droit de faire reconnaître juridiquement cette capacité, pour qu'on tienne suffisamment compte des désirs exprimés à ce moment-là.

En conséquence, la tâche du tribunal judiciaire en cas de contrôle fondé sur la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé* consiste à décider si la Commission a tiré une conclusion raisonnable eu égard à la capacité du patient au moment de l'audience. De nouveaux éléments de preuve concernant la détérioration de l'état de santé du patient après l'audience ne sont pas pertinents à l'égard de cette décision. Il faut distinguer la présente affaire de l'arrêt *R. c. Owen*, [2003] 1 R.C.S. 779, 2003 CSC 33, rendu à la même date, dans lequel la Cour a jugé que des éléments de preuve nouveaux concernant la détérioration de l'état mental d'une personne faisant l'objet d'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux étaient admissibles pour décider si cette personne devait se voir accorder une absolution inconditionnelle ou être maintenue en détention parce qu'elle représentait un risque important pour la sécurité du public. En l'espèce, la sécurité du public n'est pas en cause. Si l'état d'un patient se détériore après la tenue de l'audience sur la capacité, il est loisible au médecin traitant de conclure une fois de plus à l'incapacité du patient, conclusion que ce dernier pourra contester à nouveau devant la Commission. Compte tenu de son expertise relative en matière de décisions sur la capacité au regard des faits et de la manière expéditive avec laquelle elle peut tenir ses audiences, la Commission est manifestement le forum qui se prête le mieux à l'examen de nouveaux éléments de preuve.

VI. Conclusion

La juge siégeant en révision a décidé à juste titre que la conclusion d'incapacité tirée par la Commission était déraisonnable et que cette dernière avait mal appliqué le critère de détermination de la capacité prévu par la Loi. Rien ne permet de conclure que l'une ou l'autre des décisions dont appel comporte une erreur sur les questions de preuve soulevées par l'appelant. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

119

120

Appeal dismissed, MCLACHLIN C.J. and GONTHIER and LEBEL JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: Hiltz Szigeti, Toronto.

Solicitors for the intervener the Schizophrenia Society of Canada: Borden Ladner Gervais, Toronto.

Solicitors for the intervener the Centre for Addiction and Mental Health: Paterson MacDougall, Toronto.

Solicitors for the interveners the Mental Health Legal Committee and the Mental Health Legal Advocacy Coalition: Swadron Associates, Toronto.

Pourvoi rejeté, la juge en chef MCLACHLIN et les juges GONTHIER et LEBEL sont dissidents.

Procureur de l'appelant : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae : Hiltz Szigeti, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Société canadienne de schizophrénie : Borden Ladner Gervais, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Centre de toxicomanie et de santé mentale : Paterson MacDougall, Toronto.

Procureurs des intervenants Mental Health Legal Committee et Mental Health Legal Advocacy Coalition : Swadron Associates, Toronto.