

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

**Le consentement subrogé aux
soins thérapeutiques du majeur**

Gilles Voyer

août 1989

BIBLIOTHEQUE DE DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Essai soumis à la Faculté de Droit
en vue de l'obtention du grade de
"Maîtrise en Droit" (LL.M.)

© Gilles Voyer 1989

1.386

Remerciement à maître Patrick Molinari
qui a dirigé cet essai
et à madame Johanne Proulx
qui en a assuré la transcription.

RÉSUMÉ

Le droit encadre de quatre manières l'utilisation du consentement subrogé aux soins thérapeutiques du majeur. Premièrement, il indique quand ce consentement peut être utilisé. Deuxièmement, il établit qui est habilité à le donner. Troisièmement, il précise les limites à l'intérieur desquelles il doit être formulé. Quatrièmement, il en prévoit les mécanismes de contrôle. Il y a, toutefois, entre le droit québécois actuel et le droit québécois proposé de grandes différences dans la manière dont ils conçoivent ce consentement subrogé. C'est le but du présent essai de faire ressortir ces différences.

The law targets in four ways the use of surrogate consent in the therapeutic care of the adult. First of all, it indicates when consent may be used. Secondly, it establishes who is authorized to give it. Then, it goes on to set limits inside which it must be formulated and goes on to foresee the mechanisms of control. There is however quite a gap between Quebec law as it is today and the proposed changes in legislation, mainly in the way it conceives this surrogate consent. It is the goal of this essay to emphasize these differences.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	4
CHAPITRE 1 : L'inaptitude à consentir	
Le droit québécois actuel	15
Le droit québécois proposé	23
CHAPITRE 2 : Les modes de représentation	
Le droit québécois actuel	35
Le droit québécois proposé	47
CHAPITRE 3 : La prise de décision	
Le droit québécois actuel	61
Le droit québécois proposé	86
CHAPITRE 4 : Le contrôle	
Le droit québécois actuel	95
Le droit québécois proposé	105
CONCLUSION	112
BIBLIOGRAPHIE	119

LE CONSENTEMENT SUBROGÉ AUX SOINS THÉRAPEUTIQUES DU MAJEUR

INTRODUCTION

"La personne humaine est inviolable. Nul ne peut porter atteinte à la personne d'autrui sans son autorisation ou sans y être autorisé par la loi."

Ainsi s'exprime l'article 19 du *Code civil du Bas-Canada*. Les soins thérapeutiques étant des atteintes à la personne d'autrui, ils sont donc soumis, eux-aussi, au principe de l'inviolabilité. Pour être légaux, ils requièrent un consentement ou, à défaut, l'autorisation de la loi de s'en dispenser ¹.

Mais pour que le consentement soit lui-même conforme au droit, il doit être donné par une personne qui en a d'une part l'aptitude légale et d'autre part l'aptitude mentale. Il doit

1. Cette nécessité nous vient aussi du droit pénal. Le Code criminel prohibe l'application de force ou de violence contre une autre personne sans son consentement. Les soins thérapeutiques nécessitent l'application d'une force si minime soit-elle. Ils requièrent donc aussi un consentement pour être licite aux yeux du droit criminel; C.cr. art. 244.

Une troisième source nous vient de la nécessité de créer, pour certains soins, un lien contractuel entre le soignant et le soigné. Le consentement est nécessaire à la création d'un contrat valide; C.c., art. 984.

Voir dans: Andrée LAJOIE, Patrick MOLINARI, Jean-Marie AUBY, *Traité de Droit de la Santé et des Services Sociaux*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1981, p.330 et suiv.

Voir aussi Code de déontologie des médecins R.R.Q., 1981 c. M-9, r. 4, art. 2.03.28.

donc être fourni par une personne capable et compétente ². La capacité se définit comme "l'aptitude ou la possibilité conférée par la loi de s'obliger ou d'agir valablement et donc d'exercer librement ses droits." ³ Dans nos systèmes juridiques, toute personne est présumée capable à moins d'avoir été privée de sa capacité suite à une procédure formelle, judiciaire ou administrative. Toute personne est donc présumée capable de consentir à ses soins, à moins d'avoir été formellement déclarée incapable de gérer sa personne et, ainsi, incapable d'exercer son droit à consentir aux soins.

Mais si la capacité est une condition nécessaire à la formulation d'un consentement, elle n'est pas une condition suffisante. En effet, une seconde condition doit s'ajouter. Pour qu'un consentement soit licite, il doit être libre et éclairé. Pour avoir ces qualités, il doit donc être formulé par une personne qui soit, dans les faits, dans un état mental lui permettant l'expression d'un consentement réellement valable. Cela requiert un état mental suffisant. Il faut donc que la personne soit compétente.

La compétence est un concept qui fait référence à l'aptitude mentale d'une personne à accomplir une tâche spécifique, à

2. A. LAJOIE, P. MOLINARI et J.M. AUBY. *op. cit.*, note 1, p. 340; C.c., art. 984.

3. Jean-Louis BAUDOUIN, *Les Obligations*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1983, p. 160.

un moment précis. Ce n'est pas un concept qui cherche à appréhender l'aptitude globale de l'individu mais plutôt son aptitude face à une question particulière. On peut donc parler de la compétence à subir un procès, à faire un testament, à faire un contrat, à consentir aux soins ⁴. Toute personne est présumée compétente. Lorsqu'un doute significatif est soulevé à propos de la compétence d'une personne, celle-ci peut être évaluée. L'évaluation de la compétence est une démarche d'ordre clinique, qui utilise des instruments permettant d'évaluer l'état mental d'une personne. Les instruments cliniques utilisés cherchent à répondre à la question suivante: la personne est-elle dans un état mental lui permettant de poser, de manière libre et éclairée, l'acte qu'elle souhaite poser ou qu'on lui demande de poser?

Appliquée au consentement aux soins, la question devient: la personne est-elle dans un état mental lui permettant de formuler un consentement aux soins libre et éclairé? Cela soulève évidemment la question de définir ce qu'est précisément

4. C.H. CAHN, Consent in psychiatry: The position of the Canadian Psychiatric Association, (1980) 25 *Can. J. Psychiatry*, p. 81; Loren H. ROTH et ass, "Test of Competency to Consent to Treatment", (1977) 134:3, *Am. J. Psychiatry*, p. 279.
"Law and, at times, psychiatry are concerned with an individual's competency to stand trial, to make an will, and to contract (2-5). The test of competency varies from one context to another."

la compétence en matière de consentement aux soins. Cette question sera abordée au premier chapitre 5.

Cela nous amène à définir le consentement subrogé. Le consentement subrogé est le consentement donné par un tiers lorsque la personne soignée est privée de son aptitude à consentir et que ce tiers est légalement habilité à le donner à sa place. En théorie donc, le consentement subrogé devrait être utilisé chez ceux qui ont perdu la capacité légale de consentir

-
5. Une remarque importante s'impose. Il existe, dans la documentation publiée, beaucoup de confusion dans l'utilisation des termes. Cela est vrai autant en français qu'en anglais. Cette confusion est d'autant plus facile à faire que la traduction d'une langue à l'autre cause problème. Ainsi, le terme "capacité" se traduit en anglais par "competency". Le terme "compétence" se traduit en anglais par "capacity". Il est donc facile d'intervertir les expressions ce qui accentue la confusion. De plus, certains auteurs anglophones utilisent assez souvent "competency" et "capacity" comme s'ils étaient synonymes. Cette confusion a été soulignée par le Hasting Center dans sa publication *"Guidelines on the Termination of Life-Sustaining Treatment and the Care of the Dying"*, Bloomington et Indianapolis, Indiana University Press. 1987, p.131. "Competence" and "incompetence" should be understood as legal terms of art; their use should be restricted to situations in which a formal judicial determination has been made. Under the law, until such time as a judicial determination of incompetence has been made, individuals are presumed competent to manage their own affairs." "Decisionmaking capacity, as we elaborate below, refers to a patient's functional ability to make informed health care decisions in accordance with personal values. Unlike a determination of competence, a determination of capacity is not a product of a judicial proceeding. A person can be legally competent and nonetheless lack the capacity to make a particular treatment decision. Conversely, a person who has been declared legally incompetent for other purposes (such as financial decisions) may still possess the capacity to make a treatment decision."

ou chez ceux qui ont perdu la compétence mentale de consentir ⁶.

Les situations où le consentement subrogé est nécessaire, sont également distinctes des situations où la loi permet de se dispenser de consentement. Il y a trois situations où la loi permet de se dispenser de consentement.

La première situation est l'urgence. La *Loi sur la protection de la santé publique* prévoit qu'un établissement ou un médecin doit voir à ce que soient fournis des soins ou traitements à toute personne dont la vie est en danger ⁷. Par implication, cet article établit donc que si l'état de la personne ne lui permet pas de donner son consentement, les soins soient quand même fournis. Cette dispense est évidemment justifiée par la nécessité d'agir avec promptitude et par la présomption que, à défaut d'indication contraire, toute personne souhaite qu'on lui sauve la vie. Il faut toutefois souligner que cette disposition ne permet pas de passer outre un refus formel de la personne majeure. Face à un tel refus, la

6. Toutefois, en droit québécois actuel, cette affirmation ne se traduit pas dans le droit statutaire. C'est l'objet du premier chapitre.

7. L.R.Q., c. P-35, art. 43; Voir aussi les obligations en cette matière des centres hospitaliers de soins de courte durée, des établissements de longue durée, d'un centre de réadaptation et d'un centre local de services communautaires découlant des articles 28, 34, 41 et 47 du *Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements*, (1984) 116 G.O. II, 2745.

règle générale de l'article 19 du Code civil garde toute sa vigueur ⁸.

La seconde situation où la loi permet de se dispenser de consentement, est celle de la maladie à traitement obligatoire. La dispense de consentement est ici justifiée par l'intérêt de la collectivité. Certaines maladies doivent être traitées, au besoin sans consentement, afin de préserver la santé publique ⁹. Ces maladies sont généralement de nature contagieuse et ont un impact social important.

La troisième situation n'est pas formellement prévue par le droit statutaire. Il s'agit de la situation où une personne met volontairement sa vie en danger d'une manière qui soit contraire à l'ordre public. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *Niemnec* où le tribunal a jugé que la théorie de l'état de nécessité justifiait qu'il ordonne une intervention forcée et ce, malgré l'absence de dispositions législatives ¹⁰.

8. *Contra* Albert MAYRAND, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1975, p. 40.

9. L.R.Q., c. P-35; l'imposition des traitements obligatoires doit respecter les règles établies par cette loi.

10. *Procureur Général du Canada c. Hôpital Notre-Dame, Dr Denis Gravel et Jean Niemnec*. C.S. Montréal. no 500-05-003532-841, 24 mars 1984, j. Barbeau. Dans cette affaire, on a imposé une chirurgie pour retirer un corps étranger de l'oesophage; la théorie de l'intervention forcée justifiée par l'état de nécessité a surtout été mise de l'avant par le juge Albert Mayrand dans son ouvrage précitée à la note 8.

Le tribunal a donc établi une dispense de consentement d'origine jurisprudentielle.

Ces trois situations sont nettement distinctes des situations de consentement subrogé et ne font pas partie de notre étude. Afin de mieux illustrer les situations concrètes où le consentement subrogé est susceptible d'être utilisé, regardons quelques exemples.

Le premier exemple qui vient à l'esprit est celui de la personne en coma ou état végétatif prolongé. Toute situation d'urgence étant ici écartée, la prise de décision de soins devrait faire appel au consentement subrogé. En droit américain, cet exemple correspond à la situation décrite dans l'affaire *Quinlan* ¹¹.

Le second exemple est celui de la personne en phase terminale que son extrême état de faiblesse rend incapable d'exprimer sa volonté. Là aussi, les décisions de soins devraient faire appel au consentement subrogé. Le troisième exemple est celui de la personne affectée d'une maladie démentielle et dont le cas type est la personne atteinte d'une

11. *In re Quinlan*, 70 N.J. 10.355 A 2d 647. Dans cette célèbre affaire, la famille souhaitait que soit cessées les mesures de maintien artificiel de la vie chez une personne en coma profond et irréversible.

maladie d'Alzheimer avec sérieuses atteintes cognitives ¹². La personne ayant perdu son aptitude mentale, le consentement devrait être subrogé.

Le quatrième exemple est celui de la personne souffrant d'une maladie psychiatrique sérieuse, perturbant le contact avec la réalité. Ces personnes sont celles qui souffrent de psychose en phase aiguë ou de névrose suffisamment sévère pour perturber de façon majeure le processus de la pensée. Bien que la maladie psychiatrique soit, dans notre société, l'objet d'une perception particulière, intimement liée à des phénomènes culturels, elle est, quant à nous, une maladie comme les autres qui, lorsqu'elle atteint de façon majeure les fonctions cognitives, devrait emporter l'utilisation du consentement subrogé. Nonobstant la question de dangerosité qui est un problème à part, réglé par la *Loi sur la protection du malade mental* ¹³ et qui ne retient pas ici notre intérêt, les décisions de soins en cette matière devraient obéir aux mêmes règles qu'en toute autre matière. Ce quatrième exemple cor-

12. Ce n'est que dans ces phases tardives que la maladie d'Alzheimer perturbe sérieusement les fonctions mentales; Voir ARCAND-HÉBERT, *Précis Pratique de Gériatrie*, St-Hyacinthe, Edisem, 1987, chapitre 9.

13. L.R.Q. c. P-41; cette loi fixe les dispositions pertinentes à l'examen forcé et à la cure fermée.

respond à la situation illustrée par l'affaire *Institut Pinel c. Dion* ¹⁴.

Les quatre situations que nous venons de mentionner ne sont pas des situations où la loi dispense de consentement. Elles sont des situations typiques où le consentement subrogé devrait avoir sa place et ce seront elles que nous aurons à l'esprit tout au long de cet essai qui se divise en quatre chapitres. Le premier a pour thème l'inaptitude à consentir. Il pose la question suivante: quand peut-on légalement utiliser le consentement subrogé? Le second chapitre a pour thème les modes de représentation. Il pose la question suivante: qui peut légalement formuler le consentement subrogé? Le troisième chapitre a pour thème le contenu du consentement subrogé. Il pose la question suivante: quel contenu le consentement subrogé doit-il avoir? Enfin, le quatrième chapitre a pour thème le contrôle. Il pose la question suivante: comment peut-on contrer

14. *Institut Philippe Pinel de Montréal c. Guy Dion*, [1983] C.S. 429. Une précision s'impose. Nous utiliserons à plusieurs reprises l'affaire *Institut Pinel c. Dion*. Nous voulons dire à ce propos que cette affaire est la seule qui, en droit québécois, ait fourni l'occasion d'avoir une interprétation judiciaire, un tant soit peu élaborée et appliquée à un majeur, des concepts que nous utiliserons tout au long de ce travail. Il ne faut donc pas s'étonner de son usage malgré les circonstances tout à fait particulières de cette affaire. En effet, il faut avoir à l'esprit que Dion souffrait d'une maladie psychiatrique très sévère, qu'il était en détention par une ordonnance du Lieutenant-Gouverneur et que l'Institut Pinel réclamait l'autorisation de le traiter malgré son refus afin qu'il puisse éventuellement subir un procès. Malgré ces circonstances hors de l'ordinaire, les concepts mis en cause par cette affaire sont suffisamment généraux pour être utiles à notre étude.

l'exercice d'un consentement subrogé qui ne respecte pas le meilleur intérêt de la personne inapte? Chacun de ces chapitres observera successivement le droit actuel et le droit proposé, en se limitant à la situation de la personne majeure ¹⁵ et aux seuls soins thérapeutiques ¹⁶.

Le droit québécois proposé auquel nous faisons allusion, est le fruit de la démarche de réforme du Code civil entrepris depuis quelques années. Il est contenu dans le projet de loi 20 de 1987 et le projet de loi 145 de 1989. Le 15 avril 1987, l'Assemblée nationale adoptait la *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens* ¹⁷. Le 21 juin 1989, elle adoptait la *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives* ¹⁸. Cette loi, en plus de remplacer la *Loi sur la curatelle publique* par un nouveau texte et de modifier cer-

-
15. La situation du mineur est suffisamment différente pour faire l'objet d'une étude en soi.
 16. Nous écarterons donc les soins non thérapeutiques, l'expérimentation et l'aliénation d'une partie du corps.
 17. Projet de loi 20, (adopté le 15 avril 1987), 1ère session, 32è législature (Québec) devenu L.Q. 1987, c. 18; la date d'entrée en vigueur de cette loi n'est pas encore connue; pour les fins du présent texte, cette loi est appelée Projet de loi 20.
 18. Projet de loi 145 (adopté le 21 juin 1989), 2è session, 33ième législature (Québec), devenu L.Q. 1989, c. 54; la date d'entrée en vigueur de cette loi n'est pas encore connue; pour les fins du présent texte, cette loi est appelée Projet de loi 145.

taines dispositions du *Code de procédure civile*, introduit de nouvelles dispositions dans le *Code civil du Bas-Canada* au chapitre du consentement aux soins, des régimes de protection et du mandat. Les modifications qu'apporte cette loi s'inspirent, en grande partie des propositions du projet de loi 20. Toutefois, comme nous le verrons, sur certains points les modifications proposées diffèrent des propositions du projet de loi 20.

Soulignons que les innovations proposées par ces deux projets de loi ne remettent pas en cause les principes de base. Pour que des soins soient légaux, ils doivent être consentis à moins que la loi ne dispense de consentement ¹⁹. Le consentement subrogé est nécessaire lorsque la personne soignée est privée de son aptitude à consentir et qu'un tiers est légalement habilité à le donner à sa place. Le droit proposé apporte toutefois des modifications importantes à l'application des principes de base. Comme nous le verrons, ces modifications corrigent, règle générale, certaines faiblesses du droit actuel.

19. Projet de loi 20, art.10 et 11; projet de loi 145, art. 78 insérant l'article 19.1 au C.c.

CHAPITRE 1

L'INAPTITUDE A CONSENTIR

Ce premier chapitre pose la question suivante: quand peut-on légalement utiliser le consentement subrogé? Dans un premier temps, on doit répondre de la manière suivante: on peut utiliser le consentement subrogé lorsqu'une personne est légalement inapte à consentir elle-même et qu'un tiers est habilité à le faire à sa place. Quelles sont ces personnes légalement inaptes à consentir et pour lesquelles un tiers est habilité à le faire? A cette question, le droit actuel répond d'une manière particulière.

LE DROIT QUEBECOIS ACTUEL

En droit québécois actuel, on peut utiliser le consentement subrogé lorsqu'une personne a été légalement privée de sa capacité à consentir elle-même et légalement dotée d'un représentant habilité à le faire pour elle. Une telle personne est dite incapable.

L'incapacité dont est frappé cet incapable est l'incapacité d'exercice. Elle se définit comme l'inaptitude, décrétée par la loi, d'une personne à exercer certains droits dont elle est

titulaire ²⁰. L'incapable d'exercice possède donc tous ses droits, mais se voit restreindre le libre exercice de certains d'entre eux, en général comme mesure de protection de ses propres intérêts. Les personnes incapables de se conduire elles-mêmes et, en conséquence, de consentir elles-mêmes aux soins thérapeutiques sont les interdits pour folie et les personnes sous l'autorité du curateur public. L'une et l'autre ont perdu cette capacité pour des raisons étrangères au problème particulier du consentement aux soins.

L'interdit pour folie a perdu sa capacité d'exercice parce qu'il a été jugé, suite à une procédure judiciaire, inapte à se conduire lui-même et à gérer ses affaires. C'est la signification contemporaine que les auteurs s'accordent à donner aux termes vieillots d'imbécilité, démence ou fureur qu'utilise le *Code civil du Bas-Canada* ²¹. Ces critères ne réfèrent pas, en soi, à l'aptitude à consentir aux soins, mais l'effet en cette matière est clair: la personne interdite pour folie perd la

20. J.L. BAUDOIN, *op.cit.*, note 3, p. 161; P.B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, Montréal, C. Théoret, 1986, p. 270.

21. C.c., art. 325 et suivants; les ivrognes et les prodigues peuvent aussi être interdits mais dans ces cas, l'incapacité ne porte que sur les biens et ne concerne pas la personne. Ces interdits sont donc des personnes capables en matière de consentement aux soins. C.c., art. 336a et 343; il en est de même de la personne dotée d'un conseil judiciaire.

capacité de consentir elle-même à ses soins ²². Un autre effet important de l'état d'incapacité est qu'il est constant, peu importe l'état mental de la personne au moment où le consentement doit être donné. Ainsi, la personne incapable ne peut, dans un intervalle lucide, consentir valablement. Son état d'incapacité demeure tant et aussi longtemps qu'une autre procédure judiciaire n'a pas rétabli la capacité.

La personne sous l'autorité du curateur public est, elle aussi, incapable de consentir valablement aux soins ²³. Elle a perdu cette capacité pour des raisons qui sont, encore un fois, étrangères au consentement aux soins. Elle a été mise sous l'autorité du curateur public parce qu'elle était inapte à gérer ses biens et qu'un certificat l'attestant a été transmis par l'autorité hospitalière au curateur public ²⁴. Dès que le

22. C.c., art 343; Alain BERNARDOT et Robert KOURI, *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, Edition Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 1983, p. 110.

23. *Loi sur la curatelle publique*, L.R.Q. c. C-80, art. 7; A. BERNARDOT et R. KOURI, *op. cit.*, note 22, p. 111.

24. L.R.Q. c. C-80, art. 6; le critère d'inaptitude à administrer ses biens laisse évidemment perplexé compte tenu du fait que le curateur public a autorité autant sur la personne que sur les biens. C'est pourquoi, dans la pratique, ce critère est interprété d'une façon qui soit plus cohérente avec les effets de la mise sous l'autorité du curateur public. Puisqu'elle a pour effet de lui donner pouvoir autant sur la personne que sur ses biens, le critère d'incapacité à administrer ses biens est interprété de façon plus globale, c'est-à-dire incluant la notion d'inaptitude à conduire sa personne. Une telle interprétation permet une analogie avec l'interprétation contemporaine des critères d'interdiction de l'article 325 du *Code civil du Bas-Canada*. Il faut souligner que, ici

curateur public a établi son autorité, il exerce son pouvoir autant sur les biens que sur la personne elle-même, y compris le consentement aux soins. Viateur Bergeron a proposé que la personne sous l'autorité du curateur public n'était peut-être pas frappée de la même incapacité que l'interdit²⁵. Son statut juridique serait semblable à celui du mineur non émancipé. Toutefois, dans le contexte de soins où nous nous trouvons, cette proposition ne change rien, puisque le mineur non émancipé est bel et bien incapable en matière de consentement aux soins.

encore, l'inaptitude à consentir aux soins, prise isolément, n'est pas un critère de mise sous pouvoir du curateur public.

25. Viateur BERGERON, *L'Attribution d'une Protection Légale aux Malades Mentaux*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1981, p.250; cet auteur soutient à l'appui de sa position que la *Loi sur la curatelle publique* ne dit pas expressément que la personne sous pouvoir du curateur est incapable. Il estime aussi que trois faits favorisent cette interprétation. Premièrement, le curateur public n'a pas la garde de la personne. Deuxièmement, la personne peut administrer elle-même le produit de son travail personnel. Troisièmement, aucune publicité n'entoure l'entrée en fonction du curateur public.

A notre point de vue, ces faits ne sont pas déterminants. L'est davantage, selon nous, le fait que l'article 7 de la *Loi sur la curatelle publique* utilise sensiblement les mêmes termes que l'article 343 du *Code civil du Bas-Canada*. De plus, ce même article permet de partager le pouvoir de curatelle entre le curateur public pour les biens et un curateur privé pour la personne. Le parallélisme est frappant. D'ailleurs, la Commission des Affaires sociales avait déjà remarqué que "de fait, le rôle du curateur public quant au malade mental sous certificat d'incapacité ... ressemble étrangement au rôle du curateur à l'interdit." [1983] C.A.S. 815.

Nous préférons donc nous rallier à l'interprétation traditionnelle qui assimile l'incapacité d'une personne sous l'autorité du curateur public à l'incapacité d'un interdit.

Y a-t-il, en droit québécois, des personnes autres que les interdits ou les personnes sous l'autorité du curateur public qui soient légalement inaptes à consentir? A la lecture de l'article 986 du *Code civil du Bas-Canada*, il faut conclure que oui. Le quatrième alinéa de cet article précise que les personnes aliénées, les personnes souffrant d'une aberration temporaire ou les personnes souffrant de faiblesse d'esprit sont incapables de donner un consentement valable. Comme le souligne Jean-Louis Baudouin, ces personnes ne sont pas des incapables au sens du droit ²⁶. Elles sont plutôt dans l'impossibilité ou l'incapacité mentale à donner un consentement valable. Elles sont incompétentes.

En regard de ces incompétents, le droit positif actuel ne fournit pas de réponse à deux questions fondamentales. Premièrement, comment définit-on précisément ce qu'est l'incapacité mentale lorsqu'il est question de consentement aux soins? Deuxièmement, qui est le tiers habilité à consentir à la place d'une personne incompétente ²⁷? Ce sont ces deux questions que

26. J.L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 3, p. 159 et suiv.

27. La situation actuelle est résumée par A. BERNARDOT et R. KOURI de la manière suivante: "De deux choses l'une, ou l'état de santé du patient permet au médecin de surseoir à toute décision sur les traitements, autres que les soins courants, jusqu'à ce que le malade soit en mesure de fournir les permissions requises, ou son état périlleux rend manifestement imprudent tout retard dans les soins. Dans ce dernier cas, le médecin seul décidera de l'opportunité de poser les gestes nécessaires." *op. cit.*, note 22, p.132.

soulève l'affaire *Institut Pinel c. Dion* ²⁸. Dans cette affaire, le médecin traitant demande à la cour de lui indiquer ce qu'il doit faire, compte tenu que le droit positif ne fournit pas de réponse appropriée au problème soulevé.

Nous sommes ici en face d'une personne capable. Dion n'est ni interdit, ni sous l'autorité du curateur public. Par contre, Dion est une personne qui, au sens du quatrième alinéa de l'article 986, souffre d'aberration mentale. Il est, en particulier, incompétent en matière de consentement aux soins. Le juge Durand en vient à cette conclusion en utilisant deux critères.

En premier lieu, Dion nie l'existence même de sa maladie ²⁹. Il est sincèrement convaincu d'être entièrement normal et s'estime victime d'un complot visant à l'empêcher d'accomplir une mission confiée tantôt par les autorités fédérales, tantôt par la Reine, tantôt par Dieu lui-même. Puisqu'il n'est pas malade, il n'a pas besoin de traitement. En deuxième lieu, Dion est inapte à apprécier les conséquences de son refus de soins. Elles sont pourtant considérables. Comme le souligne la Cour, sa décision a pour conséquence de le main-

28. *Institut Pinel c. Dion*, précitée, note 14; la seconde question sera traitée au chapitre 2.

29. *Id.*, p. 439.

tenir en détention à perpétuité et de le conduire éventuellement à la perte de tout contact avec la réalité ³⁰.

C'est à partir de ces deux critères que le juge établit l'incompétence de Dion à consentir aux soins. Nous croyons que, jusqu'à ce point, le juge Durand est resté à l'intérieur du droit reconnu. Il n'a fait que préciser deux critères permettant de donner un contenu plus précis à la notion d'incompétence déjà prévue par le quatrième alinéa de l'article 986 et l'a appliquée au cas particulier du consentement aux soins ³¹.

L'affaire Dion propose donc deux critères jurisprudentiels susceptibles de définir plus clairement ce que signifie l'expression "les personnes souffrant d'une aberration temporaire causée par la maladie... sont incapables de donner un consentement valable" lorsqu'appliquée au consentement aux soins. On peut formuler ces deux critères de la manière suivante: l'inaptitude à comprendre la situation, l'inaptitude à apprécier les conséquences d'un refus. Ce travail jurispru-

30. *Id.*, p. 443.

31. A notre avis, la doctrine du *parens patriae* n'intervient pas à cette étape du processus. Le juge n'en a pas besoin pour préciser les critères d'incompétence puisque ce concept existe en droit positif en vertu de l'article 986, 4^e alinéa. Là où la doctrine du *parens patriae* intervient, c'est lorsque le juge décide que la cour est habilité à donner un consentement subrogé à sa place. Nous aborderons cette question au chapitre 2.

dentiel du juge Durand a pour effet de rapprocher le droit du Québec du droit en vigueur dans certaines autres provinces.

Ainsi, la province de la Nouvelle-Écosse possède une définition législative de la compétence en matière de soins. Dans cette province, une personne peut être déclarée incompétente à consentir en fonction de quatre critères: la personne comprend-elle sa condition, la personne comprend-elle la nature et le but du traitement, la personne comprend-elle les risques reliés au traitement, la personne comprend-elle les risques reliés au refus de traitement ³²?

La province de l'Ontario a également adopté des dispositions de même nature, en utilisant les critères suivants: la personne a-t-elle l'aptitude à comprendre ce pourquoi son consentement est requis, la personne a-t-elle l'aptitude à apprécier les conséquences d'y consentir ou de ne pas y consentir ³³? Ces critères sont pratiquement ceux retenus par l'affaire Dion. En somme, le juge Durand, en établissant l'incompétence de Dion n'a fait que préciser et formuler en

32. Hospitals Acts, C.S.N.S., c. H-19, art. 44(2); "a) understands the condition for which the treatment is proposed; b) understands the nature and purpose of the treatment; c) understands the risks involved in undergoing the treatment; d) understands the risks involved in not undergoing the treatment."

33. Ontario Mental Health Act, R.S.O. 1980, c. C-262, art. 1 (g); "mentally competent means having the ability to understand the subject-matter in respect of which consent is requested and able to appreciate the consequences of giving or withholding consent."

termes modernes une réalité juridique reconnue et que d'autres provinces ont déjà formulée en termes modernes ³⁴.

Au Québec, les dépôts du projet de loi 20 et du projet de loi 145 sont un effort de modernisation du droit québécois. C'est ce que nous allons maintenant regarder.

LE DROIT QUEBECOIS PROPOSE

A la question "quand pourra-t-on légalement utiliser, à l'avenir, le consentement subrogé?", le droit proposé offre la réponse suivante: on pourra utiliser à l'avenir le consentement subrogé chaque fois que l'inaptitude d'un majeur à consentir est constatée. C'est le sens qu'il faut donner à l'article 14 du projet de loi 20, repris pour l'essentiel par l'article 19.2 inséré au *Code civil du Bas-Canada* par l'article 78 du projet de loi 145. Cet article dispose

"Lorsque l'inaptitude d'un majeur à consentir aux soins exigés par son état de santé est constatée, le consentement est donné par le mandataire qu'il a désigné alors qu'il était apte, par le tuteur ou le curateur. S'il n'est pas ainsi représenté, le consentement est donné par le conjoint ou, à défaut de conjoint ou en

34. Les définitions de l'Ontario et de la Nouvelle-Ecosse ont été conçues en fonction de la maladie mentale et sont contenues dans des lois particulières régissant ce genre de problème. Selon nous toutefois, ces définitions peuvent très bien être étendues à n'importe quel problème de santé. Les problèmes de santé mentale sont des problèmes de santé comme les autres. Rien ne justifie que la maladie mentale bénéficie du douteux privilège d'être dotée d'une définition de l'inaptitude à consentir qui lui soit exclusive.

cas d'empêchement de celui-ci, par un proche parent ou par une personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier."

L'inaptitude à consentir permettant l'utilisation du consentement subrogé pourra donc être constatée de trois manières.

En premier lieu, elle pourra être le fait d'une nouvelle catégorie d'incapables. Il s'agit des personnes inaptes qui auront établi, au moment où elles étaient aptes, un mandat en vue d'assurer, dans l'éventualité de leur inaptitude, leur protection, l'administration de leurs biens ou, en général leur bien-être moral et matériel ³⁵. A cette fin, le projet de loi 145 modifie les règles du Code civil concernant le mandat. Dorénavant, tout mandat le prévoyant expressément pourra débiter ou se poursuivre une fois que le mandant est devenu inapte. Du point de vue du droit civil, il s'agit d'une innovation majeure puisque jusqu'à maintenant, un mandat cessait d'être valable lorsque survenait l'inaptitude du mandant ³⁶. Le projet de loi 145 modifie donc substantiellement les règles du mandat afin de permettre qu'il puisse demeurer valide dans l'éventualité de l'inaptitude du mandant si le mandat le prévoit expressément ³⁷. Un tel mandat devra être écrit, fait devant notaire ou en présence de deux témoins qui

35. Projet de loi 145, art. 110 insérant l'article 1701.1 au C.c.

36. C.c., art. 1755.

37. Projet de loi 145, art. 112 modifiant l'article 1755 du C.c.

n'ont pas intérêt à l'acte et qui sont en mesure de constater l'aptitude du mandant à agir ³⁸.

Toutefois, l'exécution d'un tel mandat est subordonnée à la survenance de l'inaptitude constatée par le tribunal ainsi qu'à l'homologation du mandat ³⁹. La demande d'homologation doit donc être accompagnée d'une évaluation d'experts démontrant l'inaptitude du mandant ⁴⁰. Puisqu'il s'agit, en définitive, d'une inaptitude constatée judiciairement et que l'habilitation du mandataire découle de l'homologation du mandat, on peut donc affirmer qu'il s'agit là d'un nouveau régime de protection du majeur, prévu par lui-même. L'homologation du mandat fait du mandant une personne légalement incapable dans la sphère d'activités prévues au mandat. D'ailleurs, le fait que, dans l'éventualité où le majeur redevient apte, seul le tribunal puisse révoquer le mandat démontre bien qu'il s'agit d'une incapacité très semblable à l'incapacité de la personne sous régime de protection légale ⁴¹.

38. Projet de loi 145, art. 111 insérant les articles 1731.1 et 1731.2 au C.c.

39. Projet de loi 145, art. 111 insérant l'article 1731.3; Projet de loi 145, art. 147 insérant l'article 884.3 au C.p.c.

40. Projet de loi 145, art. 147 insérant l'article 884.2 au C.p.c.

41. Projet de loi 145, art. 111 insérant l'article 1731.8 au C.c.

Toutefois, pour que le tribunal homologue le mandat, il faudra que l'inaptitude constatée soit en concordance avec ce qui est prévu au mandat. Si, par exemple, le mandat porte sur le consentement aux soins et que l'inaptitude constatée ne concerne que l'administration des biens, le tribunal devra écarter l'homologation puisqu'il n'y a pas concordance. En matière de consentement subrogé, il faudra donc que l'inaptitude constatée inclue le consentement aux soins et que le mandat inclue cette matière pour que la personne majeure soit considérée par le tribunal inapte à consentir.

En second lieu, comme c'est le cas actuellement, l'inaptitude à consentir pourra être le fait d'une personne sous régime de protection légale. Il faut toutefois souligner que le droit proposé modifie substantiellement les régimes de protection des majeurs. Ainsi, l'incapacité d'une personne sous régime de protection ne sera plus nécessairement une incapacité totale. Une personne pourra être déclarée partiellement incapable. Si elle est inapte à gérer ses biens, elle pourra être déclarée incapable en cette matière uniquement. Il pourra en être de même si elle était uniquement inapte à prendre soin de sa personne ⁴². Ces deux inaptitudes pourront survenir soit à la suite d'une altération des facultés mentales, soit à la

42. Projet de loi 20, art. 282; Projet de loi 145, art. 85 modifiant l'article 327 du C.c.

suite d'une altération de l'aptitude physique à exprimer sa volonté ⁴³.

Pour qu'un régime de protection soit mis en place, il faudra que le tribunal examine les preuves médicales et psycho-sociales de l'inaptitude ⁴⁴. A partir de ces preuves et des constatations qu'il fera lui-même, le tribunal pourra établir la sphère d'inaptitude pour laquelle un régime de protection est requis ⁴⁵. Ainsi, si l'inaptitude est totale et permanente, le majeur sera mis en curatelle ⁴⁶. Si l'inaptitude est partielle ou temporaire, le majeur sera mis sous tutelle ⁴⁷. Le jugement de tutelle délimite l'incapacité pour laquelle s'exerce la tutelle ⁴⁸. Cette incapacité pourra inclure ou non, selon le cas, l'aptitude à consentir aux soins.

43. *Id.*

44. Projet de loi 20, art. 300; Projet de loi 145, art. 85 insérant l'article 332.9 au C.c.

45. *Id.* Le tribunal doit aussi prendre l'avis du conseil de famille et prendre en considération les volontés exprimées par le majeur dans un mandat donné dans l'éventualité de son inaptitude mais qui n'est pas homologuée; le tribunal doit donner au majeur l'occasion d'être entendu; Projet de loi 145, art. 139 modifiant l'article 878 du C.p.c.

46. Projet de loi 20, art. 304; Projet de loi 145, art. 85 modifiant l'article 333 du C.c.

47. Projet de loi 20, art. 308; Projet de loi 145, art. 85 modifiant l'article 334 du C.c.

48. Projet de loi 20, art. 311; Projet de loi 145, art. 85 modifiant l'article 334.3 du C.c.

Les deux projets de loi modifient également un aspect important de l'évaluation de la capacité. Ils confient au tribunal exclusivement la tâche de prononcer l'ouverture d'un régime de protection ⁴⁹. La voie administrative actuelle utilisée pour mettre quelqu'un sous l'autorité du curateur public disparaît complètement. Seul le tribunal aura compétence à désigner le curateur public comme curateur d'une personne inapte à gérer ses biens ou à conduire sa personne. Il ne le fera que si aucun proche n'est disponible pour accomplir cette tâche.

En troisième lieu, l'inaptitude à consentir permettant l'utilisation du consentement subrogé pourra, à l'avenir, inclure une inaptitude de fait, non constatée judiciairement. L'inaptitude mentale devient donc une circonstance permettant le consentement subrogé. En somme, on pourra à l'avenir utiliser le consentement subrogé chez la personne incompétente.

Toutefois, cette disposition nouvelle soulève deux questions épineuses. Qui aura pour tâche de déterminer cette inaptitude mentale et sur quels critères l'établira-t-il? A ces deux questions, ni le projet de loi 20 ni le projet de loi 145 ne répondent.

49. Projet de loi 20, art. 293; projet de loi 145, art. 85 modifiant l'article 332 du C.c.

En toute logique, il nous faut conclure, à défaut d'indication contraire, que cette tâche devra revenir au médecin traitant. En effet, lui seul est en mesure de constater une telle inaptitude à partir d'une évaluation objective. Mais se pose alors la seconde question. A partir de quelle définition ou de quels critères pourra-t-il l'établir? La loi n'en fournit aucune indication. Il nous faut donc se tourner vers la science médicale pour trouver une réponse à cette question.

C'est alors que survient une difficulté de taille. La science médicale n'a pas fait consensus, à ce jour, sur ce qu'est l'inaptitude à consentir aux soins. En effet, nous retrouvons dans la littérature scientifique cinq écoles distinctes. Afin de souligner le problème que soulève cette absence de définition législative, examinons brièvement ces cinq écoles ⁵⁰.

La première école considère qu'il y a compétence lorsque le standard minimum suivant est respecté: l'expression d'un choix. Selon cette école, peu importe le choix formulé, sa simple existence établit la compétence. Les seuls incompetents

50. L. H. ROTH, *loc. cit.*, note 4; Stephen A. KLINE, The clinical Issues of Determining Competency, (1987) 8:1, *Health Law in Canada*, p. 4; Denis MORRISON, Criteria Used by Physicians to Assess Competency to Consent to Treatment, (1987) 8:1, *Health Law in Canada*, p. 9; Brian F. HOFFMAN, Competency to Consent to Psychiatric Treatment, (1988) 8:4, *Health Law in Canada*, p. 100. C'est surtout la psychiatrie américaine qui a réfléchi à cette question.

seraient donc les personnes qui ne formulent aucun choix. Cette école est dite minimaliste ⁵¹.

La seconde école favorise un standard plus élevé. Elle exige que la personne ait l'aptitude à comprendre les faits pertinents. Les faits, dont il est question ici, sont de quatre ordre: la maladie, le traitement, les conséquences d'y consentir, les conséquences de ne pas y consentir. La personne doit donc avoir la capacité cognitive d'enregistrer l'information. Cette capacité cognitive peut s'évaluer au moyen de certains tests cliniques. Cette école ne requiert toutefois pas que la personne comprenne les faits mais simplement qu'elle ait l'aptitude à le faire ⁵².

Une troisième école requiert une exigence supplémentaire. Non seulement la personne doit avoir l'aptitude à comprendre les faits mais elle doit, en plus, les comprendre réellement. Elle doit, en quelque sorte, enregistrer mentalement l'information qu'on lui fournit ⁵³.

51. Dans la documentation déjà citée "Evidencing a Choice".

52. Dans la documentation déjà citée "Ability to Understood"; correspond, en partie, à la position adoptée par l'Ontario Mental Health Act; précitée, note 33.

53. Dans la documentation déjà citée "Actual Understanding"; correspond à la position adoptée en Nouvelle-Écosse, précitée, note 32; position adoptée par l'Association des Psychiatres du Canada, *loc.cit.*, note 4, p. 81; "1. Does the patient understand the condition for which the treatment is proposed? 2. Does the patient understand the nature and purpose of the treatment? 3. Does the patient

Une quatrième école ajoute une exigence supplémentaire. La personne doit non seulement comprendre les faits, mais elle doit en plus être apte à les apprécier en fonction de sa situation. Après l'avoir comprise, elle doit être capable d'assimiler l'information, de l'évaluer et d'en tirer des conclusions. Une telle aptitude s'évalue aussi au moyen de tests cliniques 54.

Enfin, une cinquième école, que l'on pourrait qualifier de maximaliste, estime que non seulement la personne doit pouvoir apprécier les faits en fonction de sa situation personnelle, mais elle doit effectivement le faire. Elle doit en quelque sorte tirer des conclusions applicables à sa situation immédiate 55.

understand the risks and benefits involved in undergoing the treatment? 4. Does the patient understand the risks and benefits involved in not undergoing the treatment?"

54. Dans la documentation déjà citée "Rational Manipulation of Information"; position adoptée, en partie, par l'Ontario; position adoptée par le Hasting Center, *loc. cit.*, note 5, p.131: "... (a) the ability to comprehend information relevant to the decision; (b) the ability to deliberate about the choices in accordance with personal values and goals; and (c) the ability to communicate (verbally or nonverbally) with caregivers."
55. Dans la documentation déjà citée "Appreciation of the Nature of the Situation"; toutes ces définitions sommairement évoquées ont été critiquées. De fait, aucune n'est vraiment satisfaisante et aucune ne fait vraiment consensus. Dans la pratique, les psychiatres utilisent un amalgame de ces définitions. Selon la situation, la définition utilisée variera. Ainsi, lorsque le rapport risques-bénéfices du traitement est favorable et que la

On voit donc le problème que soulève l'absence de définition législative de l'inaptitude à consentir. Selon l'école de pensée à laquelle on se rattachera, le résultat de l'évaluation pourra différer grandement. Entre l'école minimaliste et l'école maximaliste, le spectre est large et peut contenir beaucoup de choses. Dans le cas d'une inaptitude décrétée judiciairement, l'absence de définition est palliée par l'interprétation du tribunal. Par contre, lorsqu'il s'agit d'une inaptitude simplement constatée médicalement mais donnant légalement ouverture à l'utilisation du consentement subrogé, il n'est pas évident qu'une telle absence soit des plus souhaitables. Il y a risque d'interprétation abusive.

Bien sûr, l'affaire Dion pourrait déjà fournir deux critères: l'inaptitude à comprendre sa situation, l'inaptitude à apprécier les conséquences d'un refus. Toutefois, ces

personne consent au traitement, la définition choisie sera celle dont les critères produisent un bas niveau de compétence. Lorsque le rapport risques-bénéfices du traitement est favorable et que la personne refuse le traitement, la définition utilisée sera celle dont les critères produisent un haut niveau de compétence. Inversement, si le rapport risques-bénéfices est défavorable ou questionnable et que la personne refuse le traitement, la définition utilisée sera celle dont les critères procurent un bas niveau de compétence. Enfin, si le rapport risques-bénéfices est défavorable ou questionnable et que la personne consent au traitement, la définition utilisée sera celle dont les critères produisent un haut niveau de compétence.

Il n'y a donc pas de solution simple au problème de la compétence. Comme le souligne L. H. ROTH, *loc. cit.*, note 4, "The search for a single test of competency is a search for a Holy Grail."

critères devront être confirmés, complétés ou infirmés par un certain nombre de décisions des tribunaux avant de faire véritablement jurisprudence sous l'empire des nouvelles dispositions du Code civil. Il est vraisemblable de croire que les critères retenus dans d'autres provinces influenceront aussi médecins et tribunaux. Il est toutefois regrettable, à notre avis, que le législateur québécois n'ait pas cru bon d'établir lui-même une définition de l'inaptitude à consentir aux soins.

Enfin, il faut noter que cette constatation médicale de l'inaptitude à consentir n'est accompagnée d'aucune formalité précise. Aucun document officiel n'est nécessaire pour déclarer l'inaptitude ⁵⁶. Tout cela demeure essentiellement du domaine privé et l'intervention des pouvoirs publics est absente, sous réserve de certains pouvoirs de contrôle à posteriori, que nous verrons plus loin. Le législateur affirme donc une volonté ferme de restreindre toute intervention extérieure dans le processus de détermination de l'inaptitude à consentir et

56. Cela diffère nettement des dispositions de la loi de la Nouvelle-Écosse où l'incompétence à consentir doit être formellement constatée au moyen d'un certificat émis en bonne et dûe forme. C'est l'émission de ce certificat qui permet l'utilisation du consentement subrogé. Ces certificats peuvent d'ailleurs faire l'objet d'une révision par un "review board" ainsi que par la "county court". Malgré l'absence de formalité requise par la loi québécoise, il faudra bien que la pratique en crée, car il serait pour le moins hasardeux, pour un professionnel de la santé d'établir l'inaptitude à consentir et de requérir le consentement d'un tiers sans que tous les éléments pertinents figurent en bonne et due forme au dossier du patient.

d'utilisation du consentement subrogé. Il n'est pas évident, quant à nous, qu'une telle volonté soit nécessairement dans le meilleur intérêt de la protection des droits de la personne inapte.

CONCLUSION

Ce premier chapitre a répondu à la question suivante: quand peut-on légalement utiliser le consentement subrogé? En droit actuel, il faut répondre: chez la personne légalement privée de sa capacité à consentir et pour qui un tiers est habilité à le faire à sa place. Ces personnes sont les interdits pour folie et les personnes sous l'autorité du curateur public. Toutefois, le droit actuel ne fournit pas de réponse adéquate à la situation des personnes légalement capables mais privées de compétence en matière de consentement aux soins. A cette même question, le droit proposé répond de la manière suivante: on peut utiliser le consentement subrogé chez toute personne inapte à consentir. Cette inaptitude pourra se retrouver non seulement chez un incapable, comme c'est le cas actuellement, mais chez toute personne qui sera, dans les faits, incompétente en matière de consentement aux soins. Toutefois, le droit nouveau ne définit pas ce qu'est, dans les faits, l'inaptitude à consentir. Comme sur ce sujet la science médicale se divise en plusieurs écoles, il est à prévoir certaines difficultés dans l'interprétation de ce concept.

CHAPITRE 2

LES MODES DE REPRÉSENTATION

Ce deuxième chapitre pose la question suivante: qui peut formuler un consentement subrogé à la place d'une personne inapte à consentir elle-même. Dans un premier temps on doit répondre: un consentement subrogé peut être donné par une personne légalement habilitée à le faire. Qui sont ces personnes légalement habilitées à le faire? Le droit actuel et le droit proposé ne répondent pas à cette question de la même manière.

LE DROIT QUEBECOIS ACTUEL

Le premier chapitre a établi qu'en droit actuel le consentement subrogé ne peut être utilisé que pour la personne incapable, c'est-à-dire pour une personne qui, à la suite d'un processus judiciaire ou administratif, a été formellement privée de sa capacité. Ces personnes sont les interdits pour folie et les personnes sous l'autorité du curateur public.

Lorsque, suite à une procédure d'interdiction, une personne est déclarée incapable, elle perd la gouverne de sa personne. Le jugement d'interdiction lui donne un curateur. Ce curateur a les mêmes pouvoirs qu'un tuteur. Il a charge de prendre soin de

la personne interdite ⁵⁷. Il a pouvoir de consentir aux soins ⁵⁸. Sous réserve qu'il ne peut enlever l'interdit à son épouse et à sa famille et sous réserve qu'il ne peut non plus faire interner lui-même l'interdit sans se plier aux règles prévues par la *Loi sur la protection du malade mental* ⁵⁹, le curateur peut passer, pour l'interdit, tous les contrats médicaux ou hospitaliers requis par son état ⁶⁰. Le droit actuel ne prévoit pas formellement l'intervention d'autres instances dans ce processus de consentement aux soins.

Mettre une personne sous l'autorité du curateur public a pour conséquence de confier à ce dernier le consentement aux soins. En effet, le curateur public a les mêmes pouvoirs qu'un tuteur ⁶¹. Il doit donc prendre soin de la personne sous son autorité. La Commission des affaires sociales a d'ailleurs été explicite à ce sujet:

57. C.c., art. 290; L.P. Sirois, *Tutelles et curatelles*, Québec, Imprimerie de l'action sociale Limitée, 1911, p. 117.

58. A. BERNARDOT et R. KOURI, *op. cit.*, note 22, p. 110.

59. L.R.Q., c. P-35; *Moore c.*, *O'Neill* (1874) 5 R.L. 646; *Rhéaume c. Roy-Rhéaume et Hôpital Saint Michel Archange*, C.A. Québec no 09-000572-740, 2 avril 1976.

60. Robert KOURI, L'arrêt Eve et le droit québécois, (1987) 18 *R.G.D.*, 651.

61. L.R.Q., c. C-80, art. 7.

"C'est donc dire que le curateur public peut donner un consentement à un traitement ou à une intervention chirurgicale et ce, même si le patient ou le pupille s'y refuse ⁶²."

A l'exception de l'internement qui doit se faire selon les règles de la *Loi sur la protection du malade mental* ⁶³, le curateur public a pouvoir de consentir à tous les soins thérapeutiques sans distinction ⁶⁴.

62. [1983] C.A.S. 815. Toutefois, il faut se souvenir, tout comme l'a également rappelé la Commission des affaires sociales, que l'émission d'un certificat de mise sous juridiction du curateur public n'est légitime que si la personne est inapte à gérer ses biens. Des considérations de traitement ne doivent pas entrer en ligne de compte. Le consentement aux soins par le curateur public est une conséquence de l'émission du certificat et ne doit pas en être le motif.

63. L.R.Q., c. P-35.

64. L'étendue de ce pouvoir n'a jamais fait l'objet de dispute devant nos tribunaux. Toutefois, signalons que le curateur public lui-même estime qu'il n'a pas juridiction pour décider d'un simple hébergement. C'est ce qu'illustre l'affaire *Centre de services sociaux du Montréal Métropolitain c. Lussier, j. Gratton, C.S.*, Montréal, no 500-05-016-448-837, 22 décembre 1983. Malheureusement, le juge appelé à se pencher sur cette cause a simplement évité de se prononcer sur les pouvoirs du curateur public. Il a préféré trancher la question en utilisant la doctrine du *parens patriae*, évitant ainsi la question de fond. L'argument principal du curateur public est à l'effet qu'il ne peut prendre une décision en regard de l'hébergement puisqu'il n'a pas la garde de la personne. A notre avis, le fait que le curateur public n'ait pas la garde n'implique pas qu'il ne puisse prendre une décision quant à l'hébergement, en autant que cet hébergement ne soit pas l'équivalent d'un internement forcé. Le choix d'un lieu de résidence, en tant qu'acte contractuel impliquant la fourniture d'un service en échange d'un paiement, semble bien à l'intérieur des pouvoirs du curateur public.

Le droit actuel crée-t-il une obligation légale qui imposerait aux médecins ou aux établissements de santé une règle générale à l'effet qu'ils sont tenus de prendre des mesures en vue de faire attribuer un représentant légal à toute personne inapte à prendre soin d'elle-même ou à gérer ses biens? Dans l'état actuel des choses, il nous faut conclure que non. En effet, si le *Code civil du Bas-Canada* précise bien que la personne, qui est dans un tel état, doit être interdite, il ne crée l'obligation d'entreprendre la procédure nécessaire qu'à l'égard de son allié ou parent, ce qui exclut les soignants ⁶⁵.

D'autre part, hors du contexte particulier de la cure fermée prévue par la *Loi sur la protection du malade mental* ⁶⁶, la *Loi sur la curatelle publique* ⁶⁷ ne crée pas, elle non plus, l'obligation, pour les professionnels de la santé, d'entreprendre les démarches nécessaires à la mise sous juridiction du curateur public. En effet, la loi précise que le curateur public est curateur d'office de tout malade mental non déjà pourvu d'un curateur et dont l'incapacité est attestée par certificat. La loi ne crée pas l'obligation de faire évaluer par un psychiatre tous les incompetents inaptes à gérer leurs

65. C.c., art. 325 et 327.

66. L.R.Q., c. P-35.

67. L.R.Q., c. C-80.

biens et non pourvus d'un curateur dans le but de les mettre sous la juridiction du curateur public ⁶⁸.

En somme, ni en vertu du *Code civil du Bas-Canada* ni en vertu de la *Loi sur la curatelle publique*, n'existe-t-il, pour les professionnels, d'obligation légale à prendre les mesures nécessaires pour doter toutes les personnes inaptes à gérer leurs biens ou leur personne d'un représentant légal. En conséquence, la personne susceptible d'être déclarée incapable mais qui ne l'a pas été, se retrouve dans la situation d'une personne incompétente.

Les incompétents sont inaptes à donner un consentement valable. Qui peut donc donner un consentement subrogé à leur place? Le droit statutaire actuel ne fournit aucune réponse à cette question. Face à une telle situation, deux solutions, sans fondement dans notre droit statutaire, sont utilisées. La première, est un simple aménagement pratique reposant sur le bon sens; la seconde est d'ordre judiciaire.

Au Québec, le consentement par un représentant de fait est une réalité, pour le moment, extrajuridique, qui, en principe, ne devrait pas paraître ici. Cependant, cette réalité est si importante qu'il est approprié d'y faire allusion. Nous n'entendons pas justifier cette pratique, mais plutôt l'expliquer. Le consentement aux soins par un représentant de fait est

68. *Id.*, art. 6.

un phénomène fréquent. Tout observateur attentif pourrait noter qu'il s'agit probablement du mode de représentation le plus fréquemment utilisé en milieu de soins, notamment en milieu de soins de longue durée.

La plupart des gens savent que cette pratique n'a aucun fondement légal. Toutefois, autant les familles que les soignants ont l'impression qu'elle est légitime. Cette impression vient de ce qu'aucune loi ne l'interdit formellement. Elle est renforcée par le fait qu'il n'y a pour les soignants, ni obligation de prendre les mesures nécessaires à la mise en place d'un régime de protection légale, ni obligation de recourir systématiquement au tribunal. Les soignants, tout comme les familles, se sentent donc généralement parfaitement à l'aise avec un tel système de représentation improvisé. Il faut d'ailleurs souligner qu'agir autrement signifierait que toutes les décisions de soins sont prises par les seuls soignants ce qui, dans les faits, est contraire au fondement de la règle du consentement.

Les moeurs en cette matière sont d'ailleurs fort prudentes ⁶⁹. Ainsi, généralement, ce mode de représentation de fait de la personne incompétente est écarté lorsqu'il y a mésentente au sein de la famille, lorsqu'il y a mésentente entre les soignants et la famille ou lorsqu'il n'y a personne

69. Les commentaires de ce paragraphe sont tirés de l'expérience professionnelle de l'auteur.

au sein de la famille qui accepte de s'impliquer. Il va de soi que ce mode est sans utilité s'il n'y a pas de famille du tout, le recours à une personne sans lien de parenté étant assez rare. Les moeurs établies écartent également ce mode de représentation dans les cas où il est évident que la personne incompétente est exploitée par sa famille. Ces façons de faire sont issues du simple bon sens. Toutefois, l'absence de fondement légal est une situation intenable au plan juridique. C'est ce que cherche à corriger le droit nouveau que nous analyserons plus loin.

Quelle est la place du tribunal en matière d'autorisation aux soins chez une personne incompétente? Selon le droit statutaire, le tribunal n'a aucun rôle à jouer dans ce genre de décision. Rien ne lui permet d'autoriser la fourniture de soins à une personne inapte à consentir. Toutefois, les tribunaux ont affirmé qu'ils avaient ce pouvoir de consentir à la place d'une personne incompétente. C'est ce qu'illustre l'affaire *Institut Pinel c. Dion* ⁷⁰.

En effet, le tribunal, après avoir estimé Dion inapte à consentir en vertu du quatrième alinéa de l'article 986 du *Code civil du Bas-Canada*, a jugé qu'il pouvait autoriser les soins. Il a donc formulé un consentement subrogé. Le tribunal estime que ce pouvoir lui vient d'un pouvoir plus général qu'il possède, appelé le pouvoir de "*parens patriae*". Ce pouvoir serait

70. Précitée, note 14.

un pouvoir que la Cour supérieure a hérité de la Chancery Court d'Angleterre. Ce pouvoir, qui a sa source dans les prérogatives du monarque anglais, permet au tribunal de prendre les décisions qui sont nécessaires à la protection d'une personne incompétente. Si à l'origine ce pouvoir visait à protéger les biens, il est aujourd'hui utilisé par les tribunaux de Common Law pour protéger la personne elle-même. Cette protection peut aller jusqu'au consentement subrogé en matière de soins thérapeutiques ⁷¹.

Toutefois, d'éminents civilistes comme Robert Kouri, ont critiqué l'usage, en matière civile québécoise, d'une doctrine étrangère à notre droit civil ⁷². Il ressort de son analyse que la Cour supérieure n'a pas réellement hérité du pouvoir de *parens patriae* comme elle le croit elle-même. Elle ne pourrait donc légitimement formuler un consentement subrogé à la place d'un incompétent. Evidemment, une telle conclusion ne résout en rien le problème. Elle confirme, en fait, qu'au Québec il n'y a pas actuellement de solution adéquate au problème du consentement subrogé chez l'incompétent ⁷³.

71. R. KOURI, *loc. cit.*, note 60, p. 651.

72. *Id.*

73. Robert Kouri estime que, au Québec, à la différence des autres provinces, le pouvoir de *parens patriae* appartient au Lieutenant-Gouverneur en tant que représentant de la Couronne. Il est intéressant de constater que, si cette hypothèse est exacte, le Lieutenant-Gouverneur qui a émis l'ordonnance de détention de Dion aurait pu aussi autoriser lui-même les soins; *loc. cit.*, note 60.

Par ailleurs, il faut se réjouir que l'affaire Dion n'ait pas été interprétée comme créant une nouvelle jurisprudence ayant pour effet de réclamer l'autorisation judiciaire pour toutes les décisions de soins prises chez l'incompétent. La chose eut été possible car une des questions soumises au juge Durand était de savoir si la requérante (l'Institut Pinel) a:

"l'autorité et le pouvoir de forcer toute personne confiée à elle pour détention en vertu d'une ordonnance du Lieutenant-Gouverneur à se soumettre aux traitements et thérapies psychiatriques que son état requiert et à imposer lesdits traitements et thérapies."

A cette question, le juge répond:

"Le tribunal ne peut se rendre à cette demande ... parce qu'il croit que chaque cas similaire devrait être examiné individuellement et que la décision médicale de passer outre au refus du traitement par le détenu, devrait être soumise à l'appréciation des tribunaux ⁷⁴."

L'expression "chaque cas similaire" fait évidemment référence aux cas de détention en vertu d'une ordonnance du Lieutenant-Gouverneur. Les conclusions de l'affaire Dion ont donc eu une portée limitée.

Face à l'absence de solution disponible en droit québécois, il peut être intéressant de regarder ailleurs. Nous savons qu'en droit français, il existe un régime de représentation par les proches en matière de consentement aux soins. Ce mode de représentation, d'origine jurisprudentielle, établit que, dans le cas où une personne est hors d'état de formuler un consente-

74. Précitée, note 14, p. 443.

ment, le soignant requiert "celui des personnes qui sont investies à son égard d'une autorité légale, ou que leurs liens de parenté avec lui désignent comme des protecteurs naturels ⁷⁵."

En Nouvelle-Écosse, lorsqu'une personne a subi un examen psychiatrique conduisant à l'émission d'un certificat d'incompétence en matière de consentement aux soins, un proche de sa famille peut consentir s'il n'y a pas déjà de curateur en place ⁷⁶. En Ontario, une disposition semblable existe ⁷⁷. Aux États-Unies, la situation n'est pas uniforme. Comme le souligne Elaine B. Krasik, dans son intéressante analyse, il y a trois courants jurisprudentiels ⁷⁸. Un premier favorise l'intervention du tribunal dans tous les cas, sans que la famille ait un rôle direct à jouer ⁷⁹. Un second courant favorise une inter-

75. J.C.P., 1953. II. 7541; cette approche a été critiquée par A. BERNARDOT et R. KOURI qui estiment que le tribunal a usurpé le rôle du législateur; *op. cit.*, note 22, p. 132.

76. Précité, note 32.

77. Précité, note 33.

78. Elaine B. KRASIK, The role of the family in medical decisionmaking for incompetent adult patient: a historical perspective and case analysis, (1987) 48, *University of Pittsburg Law Review*, p. 588 et suiv.

79. *Id.*, Les affaires les plus connues qui adoptent une telle position sont: *Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz*, 373 Mass. 728, 370 N.E. 2d 417 (1977), *In re Dinnerstein*, 6 Mass. App. Ct. 466, 380 N.E. 2d 134 (App. Ct. 1978).

vention partagée du tribunal et de la famille ⁸⁰. Enfin, un troisième courant favorise le rôle exclusif de la famille.

Ainsi, dans plusieurs affaires intéressant des personnes atteintes de maladie grave mais non en phase terminale, les tribunaux ont estimé qu'ils n'avaient pas à s'impliquer dans de telles décisions de soins, ces décisions relevant exclusivement de la famille. Cette tendance est illustrée par l'affaire *In re Nemser* où le juge s'exprime de la façon suivante:

"Is the court to be made the arbitre in all family disputes as to the wisdom or necessity of medical treatment, or is that, in reality, a medical problem to be resolved by the physician, his patient, where possible, *and the family*, if necessary?"

Un peu plus loin, le juge apporte une réponse:

"Certainly the courtroom is not the proper forum... If there is no urgency, then the Court should not, in effect, be placed in the position of making what should be a private or *family determination* a medical decision, obviously not a legal one ⁸¹."

Dans certaines autres affaires, concernant cette fois-ci des personnes en phase terminale, on retrouve une tendance semblable. Certains tribunaux ont carrément écarté tout rôle de leur part en matière de consentement aux soins pour la personne

80. *Id.*, p. 597 et suiv. Les affaires les plus connues qui adoptent cette position sont: *In re Welfare of Colyer*, 99 Wash. 2d 114, 660 P.2d 738 (1983), *In re Conroy*, 98 N.J. 321, 486 A.2d 1209, (1985).

81. *Id.*, p. 570; *In re Nemser*, 51 Misc. 2d 616, 273 N.Y.S. 2d 624 (1966).

incompétente, laissant ce rôle à la famille. Citons, à titre d'exemple, un juge de Floride dans l'affaire *John F. Kennedy Memorial Hospital v. Bludworth*:

"... the right of a patient, who is in an irreversibly comatose and essentially vegetative state to refuse extraordinary life sustaining measures, may be exercised either by his or her close family members or by a guardian of the person of the patient appointed by the court. If there are close family members such as the patient's spouse, adult children or parents, who are willing to exercise this right on behalf of the patient, there is no requirement that a guardian be judicially appointed⁸²."

L'affaire *Corbett v. D'Alessandro* va dans le même sens:

"Where the performance of one duty conflicts with the other, the choice of the patient, or his family or legal representative if the patient is incompetent to act in his own behalf should prevail⁸³."

Il faut évidemment souligner qu'une telle position ne fait pas unanimité, en particulier lorsqu'il est question de consentir à des soins de nature psychiatrique. Généralement, en cette matière, les tribunaux sont réticents à reconnaître la représentation par les proches. Toutefois, selon l'auteure, il se dessine, au sein des tribunaux américains, une nette tendance à favoriser dorénavant le droit pour la famille de la personne

82. *Id.*, p. 608; *John F. Kennedy Memorial Hospital Inc. v. Bludworth*, 452 So. 2d 921 (Fla. 1984).

83. *Id.*, p. 610; *Corbett v. D'Alessandro*, 487, So. 2d 368 (Fla. Dist. Ct. App. 1986).

incompétente d'agir en matière de consentement aux soins, sans intervention judiciaire systématique ⁸⁴.

LE DROIT QUEBECOIS PROPOSE

A la question "qui peut formuler un consentement subrogé à la place d'une personne inapte à consentir elle-même?" le droit proposé répond d'une manière novatrice. Le projet de loi 20 et le projet de loi 145 habilite plusieurs personnes à formuler un consentement subrogé à la place de celle inapte à consentir pour elle-même.

Selon le projet de loi 145, la première personne qui peut le faire est celle qui en a reçu le mandat du majeur alors qu'il était apte ⁸⁵. Il s'agit d'une innovation de taille par rapport au droit actuel et par rapport au projet de loi 20 ⁸⁶. Sous réserve de l'homologation par le tribunal, le mandataire dont le mandat le prévoit pourra donc consentir aux soins.

84. *Id.*, p. 616.

85. Projet de loi 145, art. 78, insérant l'article 19.2 au C.c.

86. En droit actuel, il n'est pas possible, pour une personne compétente et capable, de désigner à l'avance une autre personne susceptible de devenir son représentant advenant qu'elle devienne inapte à consentir; le mandataire ne figure pas à l'article 14 du projet de loi 20.

A défaut de mandataire, le tuteur ou le curateur d'une personne sous régime de protection légale peut formuler un consentement subrogé ⁸⁷. Lorsque la personne sera sous curatelle, son curateur aura pouvoir d'exercer l'ensemble de ses droits ⁸⁸. Il lui reviendra alors de formuler le consentement subrogé. Lorsque la personne sera sous tutelle, son tuteur aura pouvoir d'agir dans la sphère d'incapacité qu'aura établie le tribunal ⁸⁹. Si l'incapacité inclut le consentement aux soins, le tuteur à la personne aura alors pour tâche d'y consentir. Dans le cas du tuteur qui n'aurait que pouvoir sur les biens, il pourra formuler un consentement subrogé advenant le cas où son protégé devienne inapte à consentir et qu'un consentement soit nécessaire avant que le jugement de tutelle ne soit modifié.

Lorsque la tutelle ou la curatelle aura été confiée par le tribunal au curateur public ⁹⁰, c'est la personne à qui l'on

87. Projet de loi 145, art. 78, insérant l'article 19.2 au C.c.

88. Projet de loi 20, art. 304; projet de loi 145, art. 85 modifiant l'article 333 du C.c. et insérant les articles 333.1 à 333.3.

89. Projet de loi 20, art. 308; projet de loi 145, art. 85 modifiant l'article 334 du C.c. et insérant les articles 334.1 à 334.5.

90. Le curateur public sera nommé tuteur ou curateur par le tribunal lorsqu'aucun autre tuteur ou curateur idoine n'est disponible; projet de loi 145, art. 85 modifiant l'article 330 du C.c. En règle générale, le curateur public agissant comme tuteur ou curateur n'aura pas la garde la personne. Art. 331 et 331.1.

confie la garde physique du majeur protégé, qui aura pour tâche de consentir aux soins exigés par l'état de santé du majeur, à l'exception de ceux que le curateur indique se réserver ⁹¹.

Si personne n'est en mesure d'assurer la garde du majeur protégé, celle-ci reviendra au curateur public. Le consentement aux soins lui échoira donc aussi. Toutefois, le curateur public aura, à l'avenir, le pouvoir de déléguer certaines fonctions de la tutelle ou de la curatelle, et notamment la fonction de consentir aux soins, à une personne désignée par lui, pourvu que celle-ci ne soit pas l'employée d'un établissement de santé et n'y occupe aucune fonction. Néanmoins, le curateur peut passer outre cette restriction si l'employé est le conjoint ou un proche parent ⁹².

A défaut de mandataire, de tuteur ou de curateur, le consentement aux soins est donné par le conjoint ou, à défaut

91. Projet de loi 145, art. 85 insérant l'art. 331.1 au C.c.; le projet de loi adopté en première lecture utilisait l'expression "soins usuels" sans toutefois la définir. L'introduction d'un tel concept au sein du Code civil eut causé beaucoup de problèmes d'interprétation. Il est heureux que le législateur n'ait pas retenu une telle expression.

92. Projet de loi 145, art. 85 insérant l'article 331.2 au C.c. et projet de loi 145, art. 17; signalons que le projet adopté en première lecture ne prévoyait pas la possibilité de passer outre à cette restriction. Cela aurait causé des problèmes, lorsque la personne la plus apte à recevoir la délégation est un proche parent aussi employé de l'établissement où réside la personne inapte.

de conjoint ou en cas d'empêchement de celui-ci, par un proche parent ou par une personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier ⁹³. A ce chapitre, il faut toutefois noter que le choix de cette personne n'est soumis à aucune règle particulière sinon que le conjoint bénéficie d'une priorité. A défaut de conjoint ou en cas d'empêchement de celui-ci, le choix du proche parent ou de la personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier est laissé à la discrétion du consensus qui s'établira à ce moment. Il faut toutefois réaliser que dans les faits, une telle situation donne au soignant un rôle déterminant dans le choix de cette personne. Comme déjà signalé à propos de l'absence de définition législative de l'inaptitude à consentir, il n'est pas évident qu'une telle discrétion soit très compatible avec une juste protection des personnes inaptes.

Quel rôle le tribunal joue-t-il en matière de consentement subrogé? L'article 19.4 prévoit qu'en cas de refus catégorique ⁹⁴ de la part du majeur inapte l'autorisation du tribunal est requise avant de donner les soins à moins qu'il ne s'agisse

93. Projet de loi 145, art. 78, insérant l'article 19.2 au C.c.; l'article 19.2 diffère légèrement de l'article 14 du projet de loi 20. La suppression des mots "s'il ne peut être ainsi représenté en temps utiles" donne à l'article 19.2 du projet de loi 145 une portée plus large que l'article 14 du projet de loi 20.

94. Projet de loi 145, art. 78, insérant l'article 19.4 au C.c.; le recours au tribunal lors de refus injustifié de la part de celui qui peut consentir sera abordé au quatrième chapitre; signalons que l'article 19.4 ne figurait pas au projet de loi adopté en première lecture.

de soins d'hygiène ou d'une situation d'urgence ⁹⁵. Le législateur reconnaît donc à la personne inapte à consentir, une certaine aptitude à refuser. Les soins thérapeutiques catégoriquement refusés ne pourront être imposés que par le tribunal ⁹⁶. Toutefois, l'article 19.4 précise bien qu'il s'agit de refus catégorique. Cela implique que le refus soit clair, précis, sans ambages ⁹⁷. Or, un refus de cette nature requiert un minimum de cohérence mentale. Un refus exprimé de façon vague ou confuse ne saurait être qualifié de catégorique. Face à un tel refus, il ne serait donc pas requis de demander l'autorisation du tribunal. Le consentement d'un tiers habilité à le donner serait alors suffisant ⁹⁸.

95. L'article 12 du projet de loi 20 prévoit déjà que le consentement aux soins médicaux n'est pas requis en cas d'urgence, lorsque la vie de la personne est en danger, à moins que les soins prévus ne soient inusités ou inutiles et que leurs conséquences puissent être intolérables pour la personne. Il en est de même, en cas d'urgence, lorsque l'intégrité de la personne est en danger et que son consentement ne peut être obtenu en temps utile. Nous reviendrons sur la question de l'urgence au chapitre 3.

96. Le tribunal n'aura plus à recourir au pouvoir de *parens patriae* pour agir. L'article 19.4 fournit un fondement à son action. Cette obligation de recourir à l'autorisation du tribunal permettra, en théorie, de créer progressivement une jurisprudence susceptible de nous éclairer sur ce qu'est l'inaptitude à consentir que la loi ne définit pas.

97. Selon le Petit Larousse, le mot catégorique signifie: clair, précis, sans ambages.

98. A titre d'exemple, nous pouvons probablement considérer que le refus de Dion était un refus catégorique. Par contre, nous pouvons probablement considérer qu'un refus exprimé dans un état de confusion mentale par une personne souffrant d'atteinte cognitive globale et sévère (telle la

Quand doit-on entreprendre les démarches d'attribution d'un régime de protection légale? Sur ce point, le projet de loi 145 est beaucoup plus clair que le projet de loi 20. Le projet de loi 145 énumère tout d'abord ceux qui peuvent demander l'ouverture d'un régime de protection. Ce sont le majeur lui-même, son conjoint, ses proches parents ou alliés, toute personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier ou tout autre intéressé, y compris le mandataire désigné par le majeur ou le curateur public ⁹⁹. De plus, le projet de loi 145 crée au directeur général d'un établissement de santé une obligation particulière en cette matière.

"Lorsqu'un majeur qui reçoit des soins d'un établissement de santé ou des services sociaux a besoin d'être assisté ou représenté dans l'exercice de ses droits civils en raison de son isolement, de la durée prévisible de son inaptitude, de la nature ou de l'état de ses affaires ou en raison du fait qu'aucun mandataire désigné par lui n'assure déjà une assistance ou une représentation adéquate, le directeur général de l'établissement en fait

personne souffrant de maladie d'Alzheimer avancée) ne saurait être qualifié de catégorique. Une telle distinction paraît raisonnable.

Toutefois, le docteur Denis Morrison, dans son article de 1987, exprimait de sérieuses réserves à propos de l'obligation de recourir à l'autorisation du tribunal, même en cas de refus catégorique. Il craint que cela perturbe sérieusement la pratique psychiatrique et conduise à une judiciarisation de la psychiatrie. Une telle situation risque d'être préjudiciable à la qualité de la relation thérapeutique. Denis MORRISON, *Inform Consent Competency and Psychiatry: Quebec Perspectives*, *Health Law in Canada*, 1987, 7:4, 106.

99. Projet de loi 145, art. 85 insérant l'article 332.1 au C.c.

rapport au curateur public et transmet une copie de ce rapport au majeur 100."

Il doit informer de sa démarche un proche du majeur.

A la différence du régime actuel, ce rapport n'a pas pour effet de mettre la personne sous l'autorité du curateur public. Le curateur public a plutôt pour tâche de

"prendre, dans un délai raisonnable, toute mesure appropriée, y compris la convocation d'une assemblée des proches parents, alliés ou amis du majeur, afin d'établir la condition du majeur, la nature et l'étendue de ses besoins et facultés et les autres circonstances dans lesquelles il se trouve. Il peut, s'il lui paraît opportun d'ouvrir un régime de protection, transmettre au protonotaire, avec un exposé de ses démarches, sa recommandation et proposer une personne qui soit apte à assister ou à représenter le majeur et qui y consente. Il dépose alors le rapport d'inaptitude aux greffes du tribunal et avise de ce dépôt les personnes habilités à demander l'ouverture d'un régime de protection.

Le curateur public fait de même sur réception du rapport que lui transmet le directeur des

100. *Id.*, insérant les articles 332.2 et 332.3 au C.c.; l'article 188 du projet de loi 145, modifiant l'article 105 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* (L.R.Q., c. S-5) prévoit que le directeur général peut désigner le directeur des services professionnels pour remplir ces obligations; signalons que le directeur général (ou le directeur des services professionnels) aura besoin de la collaboration des médecins traitants pour remplir ce genre d'obligation; la façon la plus pratique de l'obtenir serait probablement de passer par la voie d'un règlement du Conseil d'administration.

Il n'est pas sans intérêt de mentionner que la Commission des droits de la personne aura aussi à l'avenir, l'obligation de signaler au Curateur public tout besoin de protection qu'elle estime être de la compétence de celui-ci (*Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne concernant la Commission et instituant le Tribunal des droits de la personne*, L.Q., 1989, c. 51, art 5 modifiant l'article 71 de la Charte).

services professionnels d'un centre hospitalier, en vertu de l'article 10 de la Loi sur la protection du malade mental ¹⁰¹."

Si personne ne demande l'ouverture d'un régime de protection dans les 30 jours du dépôt de la recommandation du curateur public, le protonotaire en donne avis au curateur public. Ce dernier demande alors l'ouverture d'un régime de protection au majeur ¹⁰². Toutefois, le tribunal n'est jamais lié par la demande et il peut fixer un régime différent de celui dont on demande l'ouverture ¹⁰³. Les régimes de protection du majeur doivent toujours être établis dans son intérêt. Il sont uniquement destinés à assurer sa protection, l'administration de son patrimoine et, en général, l'exercice de ses droits civils ¹⁰⁴.

CONCLUSION

A la question "qui peut donner un consentement subrogé à la place d'une personne inapte à consentir elle-même?" le droit actuel répond: son curateur. Le droit statutaire actuel ne

101. Projet de loi 145, art. 14.

102. Projet de loi 145, art. 138 modifiant l'article 877.1 du C.p.c.

103. Projet de loi 145, art. 85 modifiant l'article 332 du C.c.

104. *Id.*, modifiant l'article 325 du C.c.

fournit aucune autre alternative. Quant au droit proposé, il fournit plusieurs possibilités. Tout d'abord, un consentement subrogé pourra être formulé par une personne en ayant reçu le mandat. Un tel mandat pourra être établi par toute personne majeure à une époque où elle est apte à le faire. Ce mandat continuera d'être en vigueur une fois l'inaptitude du mandant survenue. A défaut de mandataire, le tuteur ou le curateur est celui qui consent. A défaut de mandataire, de tuteur ou de curateur, le consentement peut être donné par le conjoint ou, à défaut, par un proche parent ou par une personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier.

CHAPITRE 3

LA PRISE DE DÉCISION

Après avoir discuté de "quand" le consentement subrogé peut être utilisé et de "qui" peut le fournir, c'est maintenant le tour du "comment" il doit être formulé. Quels critères doit suivre le représentant dans sa prise de décision?

La documentation actuelle et, surtout, la documentation américaine proposent au représentant de la personne inapte à consentir elle-même trois modèles possibles ¹⁰⁵. Le premier est celui dit "du testament de vie" ¹⁰⁶. Il suggère au représentant de suivre les instructions qu'aurait pu laisser la personne inapte avant qu'elle ne le devienne. Ceux qui souhaitent que le testament de vie soit légalement reconnu voient en cet instrument la meilleure façon d'encadrer la prise de décision du

105. On peut identifier dans la documentation jusqu'à cinq modèles. En plus des trois que nous examinerons brièvement, il y a le modèle "soins ordinaires, soins extraordinaires" proposé par l'affaire *Quinlan* (*In re Quinlan*, 70 N.J. 10, 355 A.2d 647, 1976). Ce modèle est toutefois pratiquement disparu de la documentation récente. L'autre modèle est actuellement en gestation. Il s'agit du modèle dit des "community bases standards". On trouve une description de ce modèle par Ezeckiel J. Emanuel dans a *Communal Vision of Care for Incompetent Patients*, Hasting Center Report, oct.-nov. 1987, p.15. Ce modèle met l'accent sur des standards de décision établis par chaque communauté locale. Quant au bref regard jeté sur les trois autres modèles, il est largement inspiré par le texte du Hasting Center, précité note 5, p. 28.

106. Identique à "Testament biologique", "Living Will", "Advance Directive".

représentant de la personne inapte ¹⁰⁷. En théorie, ce modèle plaît à l'esprit. Toutefois, il a aussi ses limites. Il faut, pour être applicable, que les instructions laissées soient appropriées à la situation. Souvent, la volonté exprimée est trop vague pour répondre réellement au besoin de la situation. De même, une volonté exprimée il y a fort longtemps a pu changer sans que la personne ait pris soin de modifier le contenu du document. Malgré ses limites, ce modèle a d'ardents défenseurs qui souhaitent sa reconnaissance. Toutefois, même reconnu, ce modèle ne saurait être le seul possible, puisqu'il est raisonnable de croire qu'il demeurerait le fait d'une minorité.

Le second modèle est celui dit "du jugement substitué" ¹⁰⁸. Il propose au représentant, à défaut de directive précise, de prendre la décision la plus proche possible de celle qu'aurait prise la personne inapte, n'eût été de son état. Ce modèle implique nécessairement que le représentant connaisse bien la

107. En 1985, 35 états américains reconnaissent le "living will" sous une forme ou sous une autre; Gene CRANSTON, Mary Ann HEROMINE WALKER et ass, Living wills: Do nurses and physicians have them?, (1986) 86:3, *American Journal of Nursing*, 271

108. Identique à "Substituted Judgment Standard", la doctrine du "jugement substitué" trouve son origine juridique principale dans l'affaire *In re Earl of Carysford* (1840) Craig and Ph. 76, 41 Eng. Reprint 418. "...satisfied that the earl of Carysford would have approved if he had been capable of acting himself"; c'est toutefois l'affaire américaine *Strunk v. Strunk* (1969) Ky., 445 S. W. 2d 145 qui a mis en lumière l'usage possible de cette doctrine en matière médicale.

personne pour être en mesure d'évaluer ce qu'auraient été ses préférences. Son application peut devenir un véritable casse-tête. Qui peut en effet prétendre connaître réellement les valeurs et les préférences d'une autre? Ce modèle a été abondamment utilisé en jurisprudence américaine, notamment par les tribunaux du Massachusetts. Il a aussi fait l'objet de nombreuses critiques. Un juge a déjà regretté son trop large emploi, la qualifiant de "cruelle charade" ¹⁰⁹. Pour plusieurs, ce modèle ne devrait s'appliquer que lorsque la personne inapte a laissé des indices sur ce qu'elle souhaiterait. Il faut toutefois réaliser qu'ainsi restreint, ce modèle devient, dans les faits, identique au modèle précédent.

Le troisième modèle est celui dit "du meilleur intérêt" ¹¹⁰. Il propose au représentant de prendre la décision que prendrait une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances. Il s'agit d'un modèle dit "objectif" au sens où il ne cherche pas le choix qu'aurait pu faire la personne (modèle subjectif), mais le choix qui, objectivement, maximise

109. *In re Mary Moe*, 385 Mass, 555, 573 (Juge Nolan dissident); Thomas G. Gutheil and Paul F. Appelbaum, *Substituted Judgment: Best Interest in Disguise*, (1983) 13:8, *Hasting Center Report*, 8-11; A.J. Dyck, *Ethical Aspect of Care of the Dying Incompetent*, (1984) 32, *Journal of the American Geriatric Society*, 66-64.

110. Identique à "Best Interest Standard"; ce modèle est celui suggéré par le document du President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, *Deciding to forego life Sustaining Treatment*, Washington D.C., U.S. Government Printing Office, 1983.

les avantages et minimise les inconvénients. Les valeurs personnelles de la personne représentée n'entrent pas, ici, en ligne de compte. Ce modèle a été utilisé notamment dans les affaires *Barber* et *Conroy* ¹¹¹. Bien entendu, l'utilisation de ce critère a aussi fait l'objet de critiques. Certains considèrent un leurre le caractère objectif de ce modèle, les notions d'avantages et d'inconvénients demeurant très dépendantes de l'école philosophique à laquelle on appartient. Malgré cela, ce modèle semble être celui qui, actuellement, est le plus en vogue car il permet de formuler des questions plus précises face aux situations les plus difficiles. Pour l'illustrer davantage, voici trois situations où le modèle "du meilleur intérêt" permet de formuler des questions précises ¹¹².

La première est celle de la personne inapte en phase terminale. Selon ce troisième modèle, le principal souci du représentant est ici de prendre la décision la plus susceptible d'éviter une phase terminale remplie de souffrances et de douleurs. Ce modèle permet de formuler le problème à résoudre de la façon suivante: compte tenu de la probabilité que la personne ait une quelconque satisfaction si elle survit plus longtemps et compte tenu de la probabilité que les soins

111. *Barber v. Superior Court*, 147 Cal. App .3d 1006, 195 Cal. Rptr. 484 (Ct. App. 1983); *In re Claire C. Conroy*, 98 N.J. 321, 486 A.2d 1209 (1985).

112. Les trois situations sont inspirées du texte du Hasting Center cité à la fin de la note 5.

fournis réduisent les douleurs ou les inconforts de la phase terminale, une personne raisonnable souhaiterait-elle que sa vie soit prolongée le plus longtemps possible?

La deuxième situation est celle de la personne inapte qui, sans être en phase terminale est tout de même porteuse d'une maladie grave et irréversible. Appliquant à cette situation le modèle du meilleur intérêt, le représentant se posera la question suivante: une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances, préférerait-elle cesser ou poursuivre tel traitement, compte tenu de l'absence manifeste d'opportunité de satisfaction ou de la présence de souffrances sans l'obtention de contrepartie?

La troisième situation est celle de la personne en coma irréversible. Dans cette situation, la personne inapte n'est consciente ni des bénéfices, ni des peines. Il n'existerait, pour elle, de réels bénéfices que si le diagnostic de coma irréversible était erroné et qu'elle puisse reprendre conscience un jour. La question se formule donc, pour le représentant, de la façon suivante: compte tenu du degré de probabilité que le retour à un état de conscience puisse survenir, une personne raisonnable considérerait-elle acceptable d'être maintenue en vie de façon prolongée?

Ces trois situations illustrent qu'il est possible de formuler d'une manière objective les questions que soulève la

recherche du choix le plus raisonnable. De telles formulations atténuent fortement le biais subjectif et permettent de trouver, à notre avis, des solutions plus satisfaisantes.

LE DROIT QUEBECOIS ACTUEL

Parmi les modèles possibles, quel est celui que le droit québécois actuel favorise? Nous pouvons d'ores et déjà écarter le premier. Rien, dans notre droit actuel ne reconnaît la validité du testament de vie. A la rigueur, un tel document peut servir d'indication à celui qui formule le consentement subrogé mais il n'a certes pas de valeur juridique.

Il n'est pas aisé d'identifier quel modèle le Code civil du Bas-Canada favorise. Viateur Bergeron décrit ainsi le pouvoir de représentation du curateur de l'interdit:

"La représentation substitue, pour ainsi dire, le représentant, qui exprime sa volonté à la place du représenté, mais une volonté qui doit, en principe, être conforme à celle que normalement l'incapable exprimerait s'il en avait la possibilité ¹¹³."

Selon cet auteur, il ne fait donc pas de doute que le modèle qui doit être utilisé est celui dit "du jugement substitué". Toutefois, Migneault s'exprimait différemment. "Le curateur doit viser surtout la guérison de l'interdit ou, si cette

113. V. BERGERON, *op. cit.* note 25, p. 14.

guérison est impossible, l'adoucissement de son sort ¹¹⁴." Une telle formulation s'apparente bien davantage au modèle du meilleur intérêt. Quant au Code lui-même, il précise que le curateur a, sur la personne de l'interdit, tous les pouvoirs du tuteur sur la personne du mineur ¹¹⁵. Parlant de l'administration du tuteur, il précise que celui-ci administre les biens du mineur en "bon père de famille" ¹¹⁶. Ce concept de "bon père de famille" a un caractère nettement plus proche du concept de "meilleur intérêt" que du concept de "jugement substitué". Le comportement de bon père de famille est un comportement de vigilance et de diligence raisonnables. L'aspect raisonnable du comportement en est la coloration dominante. En conséquence, nous avons l'impression que le Code civil actuel favorise nettement l'usage du troisième modèle, c'est-à-dire prendre la décision que prendrait une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances.

Dans la seule illustration québécoise disponible, l'affaire *Dion*, quel modèle a appliqué le juge Durand? Ici encore, il n'est pas facile de l'identifier. La doctrine du *parens patriae* ne semble pas favoriser en elle-même l'utilisation d'un modèle

114. P.B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, tome 2, Montréal, Théoret, 1896, p.295.

115. C.c., art. 343.

116. C.c., art. 290; l'article 30 précise aussi que "l'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet."

plutôt qu'un autre. D'ailleurs, dans l'affaire *Dion*, le juge semble faire une distinction entre l'application de la doctrine du *parens patriae* chez le mineur et chez le majeur incompetent.

"les tribunaux agissent couramment comme *parens patriae* afin de déterminer quelle solution est dans le *meilleur intérêt* d'un enfant. Dans le cas d'une personne majeure, ils exercent cette juridiction afin de déterminer *quelle décision cet incapable aurait prise s'il avait été compétent à le faire* 117."

A première vue donc, le juge de l'affaire *Dion* semble favoriser l'utilisation du modèle "du jugement substitué". Toutefois, quelques pages plus loin, le juge, constatant que la décision de refus de *Dion* a pour effet de le condamner à la détention à perpétuité, s'exprime ainsi: "... ce que le tribunal ne peut croire qu'un homme sain d'esprit ferait volontairement 118. Il s'agit ici d'un jugement plutôt objectif s'apparentant bien davantage au modèle "du meilleur intérêt". D'ailleurs, rien dans le jugement ne fait vraiment référence aux préférences ou aux valeurs personnelles de *Dion*, ce qui serait approprié si le modèle utilisé était celui du "jugement substitué". Au contraire, les faits sont observés de façon très objective. Nous avons donc plutôt l'impression qu'en réalité le juge Durand utilise pour guider sa décision, le modèle du "meilleur intérêt".

117. Précité, note 14, p. 441.

118. *Id.*, p. 443.

Les paramètres du meilleur intérêt

De ce qui précède, nous concluons que, autant notre Code civil que l'interprétation retenue par la Cour supérieure de la doctrine du *parens patriae*, favorise le modèle du meilleur intérêt. Le représentant d'un majeur inapte à consentir à ses soins doit formuler un consentement subrogé qui soit fonction de ce qu'une personne raisonnable ferait si elle était placée dans les mêmes circonstances. Comment le représentant peut-il trouver ce qui, dans les circonstances, constitue le meilleur intérêt de la personne qu'il représente?

Il n'y a pas de réponse simple à cette question. Puisque le législateur reconnaît la légitimité du consentement subrogé, il faut en conclure qu'il a voulu laisser une large place à l'interprétation privée de ce que constitue, dans un cas particulier, le meilleur intérêt. Il faut toutefois souligner que la recherche du meilleur intérêt ne peut se dérouler en vase clos. Dans sa recherche, le représentant doit collaborer étroitement avec le médecin ¹¹⁹. C'est ensemble qu'ils arriveront à l'identifier. Ce consensus se créera, petit à petit, tout au cours de la relation médecin-représentant qui, le plus souvent, évite le modèle juridique habituel de confrontation des droits réciproques. C'est pourquoi, dans la très grande majorité des cas, le meilleur intérêt de la personne inapte est

119. Cette collaboration peut, par ailleurs, s'étendre à d'autres professionnels, tels infirmiers, travailleurs sociaux ou psychologues.

assez facilement identifiable et que les conflits sont, somme toute, assez rares.

Dans leur recherche du meilleur intérêt, le médecin et le représentant doivent agir à l'intérieur de certaines limites. Ils doivent, tous deux, respecter les droits dont la personne inapte demeure toujours le véritable titulaire ¹²⁰. Ils ne peuvent s'écarter des prescriptions de la loi ou de l'ordre public. Ces prescriptions sont en quelque sorte les frontières à l'intérieur desquelles ils doivent trouver le meilleur intérêt de la personne inapte. S'écarter de ces frontières serait une conduite susceptible d'engendrer, pour l'un ou l'autre ou les deux à la fois, des sanctions civiles et pénales. Il est donc primordial qu'ils se préoccupent des droits dont est dépositaire la personne inapte et qui leur imposent des obligations corollaires.

On peut atteindre une mise en oeuvre du concept de "meilleur intérêt" qui respecte les droits de la personne représentée, en se préoccupant des cinq paramètres suivants: l'information, les soins adéquats, la protection contre l'exploitation, la protection contre la discrimination et la protection contre les actes criminels.

120. Il s'agit, en effet, d'incapacité d'exercice.

L'information

Comme tout consentement, le consentement subrogé, pour être légitime, doit être éclairé. Il s'ensuit donc que la première obligation à respecter dans la recherche du meilleur intérêt est celle de la transmission de l'information. Bien entendu, cette obligation est d'abord celle du médecin qui doit fournir l'information au représentant légitime de la personne inapte. L'information qu'il doit fournir comprend la nature de la maladie, son évolution, la nature des traitements proposés, leurs conséquences ainsi que les alternatives possibles ¹²¹. Tout comme chez la personne compétente, le défaut de fournir ces informations peut entacher la validité du consentement fourni. Si un préjudice survient, l'absence de consentement informé est susceptible d'être considérée comme causale du préjudice s'il est prouvé que, adéquatement informé, le patient n'aurait pas accepté les soins ¹²².

121. Louise POTVIN, *L'obligation de renseignement du médecin*, Cowansville, Edition Yvon Blais, 1984; à propos des risques reliés à une intervention, cette auteure résume ainsi la situation du droit québécois: le médecin doit divulguer les risques probables et il peut taire les risques possibles ou normalement prévisibles. En Common Law canadienne, la situation se résume ainsi: le médecin doit divulguer les risques particuliers ou inhabituels et les risques importants. Il peut taire les risques inhérents à toute intervention, p. 45.

122. Voir sur ce thème: Robert P. KOURI, L'influence de la Cour suprême sur l'obligation de renseigner en droit médical québécois, (1984) 44 *R. du B.* 862; *Dr James R. Dodds c. Dame Peggy Schierz*, [1986] R.J.Q. 2623. "En l'espèce, les intimés ont prouvé que l'appelant n'a pas exécuté son obligation de renseigner. L'eût-il exécutée, la preuve établit incontestablement que le préjudice subi par l'intimée aurait été évité". (les italiques sont de nous)

En droit actuel, seul le représentant légal d'une personne incapable peut prétendre au droit strict d'être informé. En principe, les proches ne jouissent pas de ce droit, même lorsqu'ils agissent comme représentants de fait, à moins que le soigné ait pu lui-même consentir préalablement à ce que ses proches soient informés. La règle du secret professionnel aurait ici préséance.

Toutefois, le Code de déontologie médicale apporte un certain tempérament à cette règle. Il précise que le médecin doit collaborer avec son patient ou ses proches ou tout autre personne dans l'intérêt légitime de celui-là¹²³. Chez la personne incompétente, une telle collaboration avec les proches s'impose. Elle doit amener une application souple de la règle du secret professionnel pour atteindre un but plus élevé, c'est-à-dire permettre l'expression d'un consentement subrogé informé, gage d'un respect, de fait à défaut d'être de droit, du principe d'inviolabilité.

Les soins et services adéquats

Le premier alinéa de l'article 4 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* se lit comme suit:

"Toute personne a droit de recevoir des services de santé et des services sociaux adéquats sur les plans à la fois scientifique, humain et social, avec continuité et de façon

123. Code de déontologie, R.R.Q. 1981 c. M-9, r 4, art. 2.03.11.

personnalisée, compte tenu de l'organisation et des ressources des établissements qui dispensent ces services 124."

Cet article, comme l'ont démontré les auteurs, a une portée très générale 125. Il crée véritablement un droit public aux services de santé 126. Parmi ces services, les soins thérapeutiques seront exigibles s'ils sont médicalement requis 127.

La détermination des soins médicalement requis relève du médecin. Toutefois, il est lui-même soumis à certaines règles qui imposent des limites à ce qu'il doit considérer comme médicalement requis. Ainsi, le Code de déontologie médicale précise que le médecin doit tenir compte des principes scientifiques reconnus 128. Il doit pouvoir être en mesure d'offrir à son patient l'ensemble des soins utiles au traitement de sa maladie 129. Il doit donc s'abstenir de faire des omissions, des manoeuvres ou des actes intempestifs contraires aux données

124. L.R.Q. c. S-5.

125. A. LAJOIE, P. MOLINARI, J.M. AUBY, *op. cit.*, note 1, p. 81.

126. *Id.*, p. 82; Andrée LAJOIE, Patrick MOLINARI, Jean-Louis BAUDOUIN, Le droit aux services de santé: légal ou contractuel (1983) 43, *R. du B.*, 701; *contra*: Suzanne NOOTENS, La remise en cause du contrat hospitalier, (1984) 44 *R. du B.* 625.

127. A. LAJOIE, P. MOLINARI, J.M. AUBY, *op. cit.*, note 1, p. 113.

128. Règlement concernant le Code de Déontologie des médecins, R.R.Q. 1981 c. M-9, r.4, art. 2.03.14.

129. *Id.*, art. 2.03.15.

de la science ¹³⁰. Il doit, en général, s'abstenir d'offrir des traitements non éprouvés ou médicalement inutiles ¹³¹. Il doit de plus agir de telle sorte que le décès d'un patient qui lui paraît inévitable, survienne dans la dignité ¹³². En somme, le médecin doit, lorsqu'il détermine les soins médicalement requis, rechercher lui aussi le meilleur intérêt du patient ¹³³.

Tous ces éléments déontologiques recourent en fait les principaux qualificatifs que la longue tradition jurisprudentielle a établi en matière de contrat de soin et que nous résumerons en utilisant les termes retenus dans l'affaire *X. v. Mellen*:

"Incombe au praticien le devoir de procurer à son patient des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science ¹³³."

130. *Id.*, art. 2.03.17.

131. *Id.*, art. 2.03.19 et 2.03.21.

132. *Id.*, art. 2.03.27.

133. Les décisions disciplinaires en rapport avec les articles 2.03.14, 2.03.15, 2.03.17, 2.03.19 et 2.03.21 du Code de déontologie des médecins portent soit sur des cas de négligence e.g. [1984] D.D.C.P. 65; [1984] D.D.C.P. 77; [1986] D.D.C.P. 85; [1986] D.D.C.P. 89, soit sur des cas de traitements inappropriés e.g. [1984] D.D.C.P. 261; [1985] D.D.C.P. 130; [1985] D.D.C.P. 131; [1986] D.D.C.P. 93. Aucune décision ne concerne la dignité du décès (art. 2.03.27). De plus, aucun cas ne concerne des soins fournis à une personne inapte.

133. [1957] B.R. 389, p. 416.

Ces critères sont vrais autant à l'étape du diagnostic qu'à l'étape du traitement. Le médecin doit proposer les moyens qu'il juge nécessaires à l'établissement d'un diagnostic précis, proposer l'ensemble des approches thérapeutiques que la science du moment considère aptes à guérir ou, à défaut, à soulager ainsi que signaler quelle approche thérapeutique lui semble préférable dans les circonstances.

Il n'est peut-être pas inutile de rappeler également les dispositions de la *Charte des droits et libertés de la personne* qui précise que toute personne doit porter secours à celui dont la vie est en péril ¹³⁴. Cette disposition, qui est d'application générale, oblige autant le médecin que le représentant. L'omission d'accomplir ce devoir est susceptible de sanctions civiles, voire criminelles. Les dispositions de l'article 43 de la *Loi sur la protection de la santé publique* ¹³⁵, qui s'adresse spécifiquement aux médecins, vont d'ailleurs dans le même sens.

Cela constitue un premier volet du droit à des services adéquats. Il relève surtout du médecin. Le deuxième volet, quant à lui, relève du représentant. Si ce dernier a le devoir de prendre les décisions qui sont dans le meilleur intérêt de son protégé il a, au premier chef, le devoir de faire valoir

134. L.R.Q. c. C-12, art. 2.

135. L.R.Q., c. P-35.

les droits de celui-ci. En tant que gardien du droit de recevoir des soins adéquats, il doit agir avec diligence envers celui qu'il représente, être disponible à s'occuper de lui et prendre les décisions requises à son bien-être après en avoir évalué les avantages et les inconvénients. Il doit être prêt à fournir les consentements requis et ne pas les refuser pour des motifs futiles ou farfelus. Agir autrement ne serait pas compatible avec son devoir de "bon père de famille."

Inversement, le représentant de la personne inapte a le devoir de s'opposer à la fourniture de soins qui, manifestement, ne respectent pas le caractère adéquat qu'ils doivent avoir, soit parce qu'ils sont inutiles, soit parce qu'ils sont inusités ou trop risqués, compte tenu des bienfaits espérés. Agir ainsi relève également du devoir du "bon père de famille".

D'ailleurs, ce double devoir de consentir aux soins adéquats et de refuser les soins inadéquats pourrait découler des dispositions de la *Charte des droits et libertés de la personne* ¹³⁶. Cet article prévoit que: "Toute personne a aussi droit à la protection et à la sécurité que doivent lui apporter sa famille ou les personnes qui en tiennent lieu". Cette disposition est très certainement pertinente dans les circonstances et confère à la personne inapte un droit à la protection et à la sécurité. Ce droit a pour corollaire de créer une obligation de protection et de sécurité pour les proches de

136. L.R.Q., c. C-12, art. 48, 2^e alinéa.

cette personne et, bien entendu, au premier chef, à son représentant. Autant l'omission de consentir aux soins thérapeutiques nécessaires que l'expression d'un consentement à des soins inadéquats sont susceptibles d'être une menace à la sécurité de cette personne. Tout comme le médecin, le représentant peut engager sa responsabilité civile lorsqu'il prend une décision déraisonnable qui peut causer préjudice.

La protection contre l'exploitation

La *Charte des droits et libertés de la personne* dispose: "Toute personne âgée, toute personne handicapée a droit d'être protégée contre toute forme d'exploitation ¹³⁷." Ce droit interdit toute action ou toute omission qui aurait pour effet de priver illégalement ces personnes de l'exercice d'un droit dont elles sont titulaires ¹³⁸. Comme nous l'avons souligné plus haut, toute personne est titulaire du droit de recevoir des soins adéquats. Même lorsque l'exercice de ce droit est confié à un curateur, il n'en demeure pas moins que c'est la personne elle-même qui en demeure le véritable titulaire. En conséquence, le fait de priver cette personne de soins ou de lui en fournir qui soient inutiles, que ces actions soient le fait du médecin ou du représentant ou des deux à la fois, est

137. *Id.*, art. 48, 1er alinéa.

138. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUEBEC, *L'Exploitation des personnes âgées ou handicapées*, Montréal, Les cahiers de la Commission des droits et libertés de la personne, no 6, 1983, p. 35.

susceptible de constituer une contravention aux dispositions de la Charte si certaines conditions sont présentes.

La Commission des droits de la personne a déjà donné au mot "exploitation" un sens très large, incluant l'exploitation économique, sociale, physique ou matérielle, morale ou psychologique ¹³⁹. Elle a de plus établi que trois conditions doivent être réunies pour qu'il y ait exploitation:

"- que cette personne âgée ou handicapée subisse un préjudice moral ou matériel de la part d'une autre personne ou d'un organisme;

- que son âge avancé ou son handicap l'affecte au plan physique, mental ou psychologique au point de la placer dans une situation de dépendance;

- que la personne ou l'organisme mis en cause mette à profit cette situation de dépendance et lui cause tel préjudice ¹⁴⁰."

Certaines décisions de soins sont susceptibles de réunir ces trois conditions. En premier lieu, le préjudice peut venir soit de l'omission du médecin de fournir des soins adéquats, soit du refus du représentant de consentir aux soins adéquats, soit de la fourniture, consentie ou non, de soins inutiles. Dans chacune de ces situations, la personne peut subir un préjudice moral ou matériel. Les deux premières conduisent à une détérioration de l'état de santé, alors que la dernière impose à la personne souffrance, douleur ou inconvénient, sans qu'en résultent de bénéfices en contrepartie. En second lieu, le fait

139. *Id.*

140. *Id.*

que ce préjudice survienne chez une personne représentée démontre bien qu'elle se trouve dans une situation de dépendance. En troisième lieu, il y a un lien évident entre la situation de dépendance et le préjudice subi puisque, si la personne avait été apte, elle aurait pu s'y opposer efficacement.

En conséquence, la protection contre l'exploitation accordée par la Charte est susceptible de fournir une protection contre tout comportement non conforme au meilleur intérêt de la personne. Une telle possibilité est d'autant plus intéressante que les mécanismes de plaintes prévus par la Charte offrent des possibilités d'agir plus souples que les mécanismes judiciaires ordinaires ¹⁴¹.

La protection contre la discrimination

La Charte des droits et libertés de la personne énonce:

"Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap, ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

141. Ces mécanismes seront examinés au quatrième chapitre.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit ¹⁴²."

Pour sa part, la Commission des droits de la personne a précisé encore davantage cette notion de discrimination.

"Selon la Charte, la discrimination résulte de la distinction, l'exclusion ou la préférence, fondée sur un motif illicite, et qui a pour résultat de détruire ou de compromettre le droit à l'égalité dans l'exercice des droits et libertés de la personne ¹⁴³."

Deux distinctions sont susceptibles de constituer de la discrimination envers les personnes inaptes: l'âge et le handicap. Puisque le droit de recevoir des soins adéquats fait partie des droits de la personne, en être privé au seul motif de l'âge ou du handicap est susceptible d'être discriminatoire, que cette privation soit intentionnelle ou non. Ce droit à la protection contre la discrimination doit être respecté autant par le médecin que par le représentant de la personne inapte.

La protection contre la discrimination fait en sorte que l'âge ou le handicap ne doivent pas faire obstacle au droit de recevoir des soins et services adéquats. La détermination de ce qui est adéquat ou non doit se faire à partir d'une évaluation qui écarte l'âge ou le handicap comme facteur décisionnel. Il faut toutefois réaliser que l'âge ou le handicap peuvent, eux-mêmes, influencer d'autres facteurs décisionnels. Selon

142. L.R.Q., c. C-12, art. 10.

143. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *La discrimination*, Montréal, Les cahiers de la Commission des droits et libertés de la personne, no 1, 1980, p. 18.

que ces autres facteurs seront influencés positivement ou négativement par l'âge ou le handicap, la décision de soins pourra varier mais dans ces cas, ce n'est pas l'âge ou le handicap qui influencent directement la décision mais ces autres facteurs, eux-mêmes influencés par l'âge ou le handicap.

Ainsi par exemple, le grand âge d'une personne peut faire en sorte que son état cardiaque ne lui permette pas de subir une chirurgie qui, par ailleurs, serait tout à fait indiquée. Ce n'est pas l'âge qui est ici le facteur déterminant mais l'état cardiaque lui-même influencé par l'âge. Il peut en être de même lorsque le métabolisme affaibli d'une personne âgée fait en sorte que l'usage d'un médicament particulier soit plus risqué ou moins efficace. Ce n'est pas l'âge en soi qui prive la personne du traitement mais plutôt un état physiologique associé à l'âge. Il pourrait en être de même de la mise en place d'une alimentation par voie artificielle chez une personne dont l'état physique ou mental est irrémédiablement détérioré. L'absence de collaboration de la personne, la nécessité d'utiliser la force, les inconforts qui sont associés à ce genre de mesure ou la présence d'effets secondaires importants sont autant de facteurs qui peuvent faire en sorte qu'une telle mesure ne soit pas adéquate si aucun bénéfice ne vient en contrepartie. Dans tous ces exemples, ce n'est pas l'âge ou le handicap qui sont les facteurs déterminants mais ces deux facteurs en influencent d'autres qui eux, sont déterminants.

Inversement, serait discriminatoire la décision de priver une personne d'une chirurgie utile que son état général lui permettrait de subir, du seul fait de son grand âge. Serait également discriminatoire la décision de ne pas mettre en place une alimentation par voie artificielle chez une personne qui en aurait momentanément besoin, du seul fait qu'elle est très âgée ou très handicapée, sans tenir compte de l'utilité potentielle que pourrait avoir cette mesure en regard de son état de santé global. Il en serait de même de la décision de priver une personne d'une alimentation par voie normale qui soit optimale, au seul motif qu'elle est irrémédiablement confuse ou de la décision de s'abstenir de tout traitement au seul motif que la personne présente des troubles mentaux permanents.

En somme, pour ne pas être taxés de facteurs discriminatoires, l'âge et le handicap doivent être écartés comme facteurs décisionnels primaires. Ils ne peuvent jouer un rôle que par autres facteurs non discriminatoires interposés. Ils deviennent discriminatoires, et en conséquence incompatibles avec le meilleur intérêt des personnes inaptées, lorsqu'ils ont pour effet de priver ces personnes des soins auxquels elles ont droit et qu'elles recevraient si, toute autre considération étant écartée, elles étaient plus jeunes ou non handicapées 144.

144. Voir sur ce thème Daniel CALLAHAN, Terminating Treatment: Age as a Standard, *Hasting Center Report*, Oct.-Nov. 1987.

La protection contre les actes criminels

Certaines dispositions du Code criminel contribuent à fixer des limites à la notion de meilleur intérêt ¹⁴⁵. Il faut évidemment regretter que le Code criminel actuel ne soit pas particulièrement limpide sur certains points qui nous concernent. Malgré cela, les dispositions des articles 45, 197, 198, 199, 202 et 244 de ce code peuvent nous aider à déterminer les limites pénales des décisions de soins. D'autre part, s'il ne fait pas de doute que le Code criminel prohibe la négligence thérapeutique, il est moins évident qu'il prohibe aussi l'acharnement thérapeutique. En cette matière, le législateur a intérêt à clarifier les choses. Malgré tout, le Code actuel, s'il ne prohibe pas formellement l'acharnement, ne l'encourage pas non plus.

Le Code précise que l'omission déréglée ou téméraire d'accomplir quelque chose qu'il est de son devoir d'accomplir est susceptible de rendre la personne coupable de négligence criminelle ¹⁴⁶. Si l'on accepte le principe que toute personne a le droit de recevoir des soins adéquats, le refus du médecin de les fournir ou le refus du représentant d'y consentir sont susceptibles de sanctions pénales si ces omissions mettent en danger la vie et sont le fait d'une insouciance déréglée ou téméraire. Bien qu'en matière de décision de soins cette

145. S.R.C. c. C-34.

146. *Id.*, art. 202.

disposition soit rarement utilisée, elle doit être présente à l'esprit du médecin tout comme à celui du représentant dans leur recherche du meilleur intérêt du malade ¹⁴⁷.

Le Code précise également que toute personne est tenue de fournir les choses nécessaires à l'existence d'une personne à sa charge qui est incapable d'y pourvoir elle-même ¹⁴⁸. Il ne fait pas de doute qu'une personne représentée est une personne à la charge de son curateur. Il ne fait pas de doute non plus que les soins thérapeutiques font partie des choses nécessaires à l'existence. En conséquence, le représentant d'une personne inapte doit les requérir et y consentir s'ils sont nécessaires au bien-être de la personne qu'il représente. L'omission de le faire sans excuse légitime est aussi susceptible de sanction pénale.

Existe-t-il un acharnement thérapeutique criminel? Il y a bien sûr la fourniture de soins sans consentement. Le médecin qui adopte un tel comportement est susceptible de commettre des voies de fait. Malgré les difficultés reliées à l'obtention d'un consentement légal chez la personne incompétente non dotée d'un curateur, il n'en demeure pas moins vrai que le principe du consentement demeure le principal rempart contre l'acharne-

147. L'affaire *St-Germain c. La Reine*, [1976], C.A. 186 est une illustration de l'utilisation possible de cette disposition; voir aussi A. LAJOIE, P. MOLINARI, J. M. AUBY, *op. cit.*, note 1, p.706.

148. C.cr., art. 196.

ment thérapeutique ¹⁴⁹. Mais il y a plus. Même dans l'hypothèse où le rempart du consentement était inexistant, nous ne croyons pas que le Code criminel actuel encourage ou, encore moins, impose l'acharnement thérapeutique.

Le Code peut donner l'impression d'obliger le médecin à maintenir des soins devenus, en cours de route, inutiles si l'arrêt de ces soins est susceptible de mettre en danger la vie humaine ¹⁵⁰. L'article 199 a parfois été interprété comme une invitation à l'acharnement thérapeutique. Il n'en est rien. Comme le souligne la Commission de réforme du droit du Canada, il ne faut pas lire l'article 199 isolément, mais en conjonction avec les autres dispositions du Code, notamment l'article 45 et les articles portant sur la négligence criminelle ¹⁵¹. Une telle lecture nous conduit à la conclusion que:

"La loi ne pénalise pas n'importe quelle (...) interruption de traitement qui met la vie en danger mais seulement celle qui démontre, de la part de son auteur, une insouciance déréglée ou téméraire ¹⁵²."

149. C. cr., art. 244; l'utilité réelle de l'article 244 en matière de traitement est très limitée car l'intention criminelle est très difficile à établir.

150. C. cr., art.199.

151. COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, *Protection de la vie, Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement, Document de travail 28*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1982, p. 19.

152. *Id.*

En conséquence, il est légitime pour un médecin de cesser un traitement devenu inutile et au représentant d'y consentir après avoir analysé toutes les circonstances de la situation. Comme le souligne la Commission "ne seraient pas raisonnables des traitements ayant pour effet d'imposer à un patient en phase terminale un fardeau disproportionné d'inconvénients et de souffrances ¹⁵³." Par exemple, serait considéré comme raisonnable de la part d'un médecin le fait de ne pas tenter de ressusciter une personne en état de coma dépassé.

De plus, il faut souligner que l'article 45 du Code criminel qui met toute personne à couvert de responsabilité criminelle lorsqu'elle pratique une opération chirurgicale et ce, même en l'absence de consentement, ne s'applique que s'il est raisonnable, dans les circonstances, de la pratiquer. La défense de l'article 45 est inapplicable lorsque les soins sont déraisonnables, ce qui est le cas des soins inutiles ou des soins offrant plus d'inconvénients que d'avantages ¹⁵⁴.

153. *Id.*, p.18.

154. Bien qu'aucun auteur ne l'ait proposé, nous croyons que l'article 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pourrait être considérée comme favorisant une telle interprétation. Cet article dispose que chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités. Généralement, on interprète cet article comme servant à protéger contre les peines trop sévères, disproportionnées par rapport à la gravité de l'infraction ou arbitraires. Voir André MOREL, Les garanties en matière de procédure et de peines, dans Gérard BEAUDOIN et Ed. RATUSHNY (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1989, p. 609. Toutefois, le mot "traitement" n'étant suivi d'aucun qualificatif, il pourrait donc être interprété de

En terminant, nous souscrivons, en bonne partie, à la recommandation de la Commission de réforme du droit du Canada d'ajouter au Code criminel actuel un texte qui éviterait toute ambiguïté d'interprétation. Le texte suggéré par la Commission est le suivant:

"1. Rien, dans les articles 14, 45, 198 et 199 du Code criminel, ne doit être interprété comme créant une obligation pour un médecin:

a) de continuer à administrer ou d'entreprendre un traitement médical, lorsque la personne à laquelle ce traitement s'adresse a clairement exprimé sa volonté du contraire;

b) de continuer à administrer ou d'entreprendre un traitement médical, lorsque ce traitement est médicalement inutile et n'est pas dans le meilleur intérêt de la personne à laquelle il s'adresse, à moins que cette personne n'ait clairement exprimé sa volonté du contraire.

2. Rien, dans les articles 14, 45, 198 et 199 du Code Criminel, ne doit être interprété comme empêchant un médecin d'entreprendre ou d'interrompre l'administration de soins palliatifs et de mesures destinées à éliminer ou à atténuer les souffrances d'une personne pour la seule raison que ces soins ou ces mesures sont susceptibles de raccourcir l'expectative de vie de cette personne ¹⁵⁵."

Nous n'exprimerons qu'une réserve à propos du libellé de l'alinéa 1 b qui pourrait être interprété comme créant une obligation de fournir un traitement médicalement inutile lorsque la personne en exprime clairement la volonté. Nous ne croyons pas qu'une telle interprétation serait compatible avec

façon large et inclure les traitements médicaux. Les traitements qui sont entrepris ou maintenus alors que, compte tenu de l'état de la personne, ils n'offrent pas d'avantage significatif et causent inconfort ou douleur, sont des traitements susceptibles d'être cruels et inusités.

155. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 151, p. 81.

le devoir déontologique du médecin de s'abstenir de fournir un traitement médicalement inutile.

Cela termine la revue des cinq principaux paramètres permettant la mise en oeuvre du concept de meilleur intérêt. Ces paramètres doivent être respectés autant par le médecin que par le représentant de la personne inapte à consentir. Mais puisque c'est ce dernier qui formule le consentement subrogé, il est utile d'illustrer par quelques exemples, quel contenu concret le représentant doit donner au consentement subrogé pour qu'il respecte le meilleur intérêt de la personne qu'il représente.

Le premier exemple est celui de la réanimation cardio-vasculaire. La réanimation est généralement considérée comme un acte médical pour lequel toute personne formule un consentement implicite, à tout le moins initialement. Toutefois, cette présomption de consentement doit être remise en question lorsque certaines circonstances sont présentes. La phase terminale d'une maladie, la présence d'une maladie grave et incurable et l'état de coma irréversible sont des circonstances où il faut remettre en question la présomption de consentement à la réanimation.

Chez la personne inapte, le médecin devrait discuter avec le représentant l'opportunité d'une telle mesure. Ce dernier pourra y consentir ou non après avoir pris connaissance des

informations pertinentes. Appliquant le standard du meilleur intérêt, il cherchera à prendre la décision la plus raisonnable. Ainsi, dans la situation d'une personne incompétente dont la maladie est bien diagnostiquée et dont l'évolution est à sa phase finale sans qu'aucun espoir de guérison ne soit possible, la décision la plus raisonnable est celle de ne pas consentir à ce que soit entreprise la réanimation advenant un arrêt cardiaque. Inversement, s'il subsistait dans l'esprit du représentant un doute raisonnable quant au caractère irréversible d'un état de coma prolongé, la décision la plus adéquate dans ces circonstances pourrait être de consentir à ce qu'on entreprenne la réanimation en cas d'arrêt.

Le second exemple est celui de l'alimentation par voie artificielle. La mise en place d'une telle alimentation est, à notre avis, un acte médical. Elle requiert un consentement. Chez la personne inapte, c'est son représentant qui aura à le formuler. L'application du modèle du meilleur intérêt conduira le représentant à y consentir selon qu'une telle alimentation est, dans les circonstances, raisonnable. Ainsi, le consentement à l'alimentation par voie artificielle pourra être raisonnable si elle permet d'alimenter une personne qui n'est temporairement plus capable de le faire par voie normale mais qui pourra y revenir éventuellement. Il l'est aussi lorsqu'elle permet d'alimenter une personne atteinte d'une pathologie qui semble incurable mais chez qui subsiste un doute significatif à propos du diagnostic ou du pronostic ou encore lorsqu'elle

assure un plus grand confort à la personne. Inversement, si l'alimentation par voie artificielle a pour effet de causer un inconfort intolérable et prolongé à la personne incompétente en plus de ne pas atteindre les buts mentionnés, la décision la plus raisonnable est celle de ne pas y consentir.

Le troisième exemple est celui des mesures de sécurité. Lorsque la personne inapte présente des troubles de comportement susceptibles d'être dangereux pour elle-même ou pour autrui, il est parfois nécessaire d'utiliser certaines mesures de sécurité qui ont pour effet de limiter l'expression de ses comportements dangereux. Ainsi en est-il des mesures de contention qui doivent être utilisées même hors d'un contexte d'urgence. Ces mesures devraient être considérées comme des actes médicaux et, en conséquence, requérir un consentement de la part de celui qui peut le formuler. Le représentant d'une personne inapte pourra donc être amené à formuler de tels consentements.

Ici encore, le modèle du meilleur intérêt conduira le représentant à consentir à de telles mesures lorsque les avantages obtenus en terme de sécurité pour la personne et pour autrui surpassent très nettement les inconvénients liés à la limitation de la liberté de la personne et les inconvénients liés au risque que comporte l'usage de ces moyens. Inversement, il sera légitime de ne pas y consentir si les inconvénients et les risques sont trop importants. Cette approche d'équilibre

entre avantages et inconvénients est d'ailleurs celle que le tribunal de première instance avait adopté dans l'affaire *Couloume v. Hôtel-Dieu de Montréal* où le juge a établi comme raisonnable l'usage de côtés de lit tout en considérant que l'usage de méthodes plus radicales aurait été déraisonnable ¹⁵⁶. Même si cette affaire n'évoque pas le consentement subrogé, elle sanctionne l'utilisation d'un critère s'apparentant beaucoup au modèle du meilleur intérêt ¹⁵⁷.

LE DROIT QUÉBÉCOIS PROPOSÉ

Le projet de loi 145 propose des changements majeurs quant au contenu que pourra désormais avoir le consentement subrogé. Ce projet de loi donne, à tout majeur, la possibilité de préciser d'avance, à l'intérieur d'un mandat, ses volontés en cette matière. Tout majeur pourra désormais établir comment il souhaite que soit formulé un consentement subrogé donné à son bénéficiaire advenant le fait qu'il soit inapte à consentir lui-même ¹⁵⁸. Sous réserve qu'il doit porter sur une affaire

156. [1973] C.A. 846.

157. Il faut remarquer que les établissements ont l'obligation d'adopter un règlement portant sur les mécanismes à mettre en place afin d'assurer le contrôle de l'utilisation de la contention et de l'isolement à l'égard des bénéficiaires. Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements, (1984) 116 G.O. II, 2745, modifié par (1986) 118 G.O. II, 1309, art. 6 (18).

158. Projet de loi 145, art. 110 insérant l'article 1701.1 au C.c.

licite, le mandant aura toute discrétion quant au contenu du mandat 159. En matière de consentement subrogé, le mandant pourra donc indiquer ses volontés avec le degré de précision qu'il souhaite. Ses volontés pourront être contenues à l'intérieur d'un mandat plus général ou à l'intérieur d'un mandat spécifique. L'acceptation du mandat par le mandataire créera un lien contractuel formel entre lui et le mandant 160. Le mandataire s'obligera donc de l'exécuter tel quel avec une habilité convenable et tous les soins d'un bon père de famille 161. L'inexécution du mandat sera donc susceptible d'entraîner la responsabilité civile du mandataire 162.

Bien que ces modifications aient pour effet d'apparenter le mandat de soins à ce qu'il est convenu d'appeler le "testament de vie", il faut toutefois souligner qu'il s'agit d'un instrument juridique fort différent. En effet, les lois américaines qui reconnaissent le "living will" permettent à la personne inapte de donner des instructions qui lient les soignants. Les nouvelles dispositions du Code civil permettent à la personne

159. C.c., art. 1701.

160. C.c., art. 1701.

161. C.c., art. 1710.

162. C.c., art. 1709.

inapte de donner des instructions qui lient le mandataire ¹⁶³. La différence est significative et il sera intéressant de constater éventuellement si cette différence dans la nature du lien juridique aura pour effet d'assurer un meilleur respect de la volonté de la personne inapte ou, au contraire, d'en atténuer la mise en oeuvre.

Se pose alors le problème de ceux qui n'auront pas établi de tels mandats de soins. Pour eux, le projet de loi 145 propose clairement que les décisions du représentant suivent le modèle dit "du meilleur intérêt", tout en tenant compte, dans la mesure du possible des volontés que la personne inapte aurait pu exprimer antérieurement. En effet, celui qui consent pour autrui doit s'assurer que les soins auxquels il consent sont bénéfiques, qu'ils sont opportuns dans les circonstances et que les risques présents ne sont pas hors de proportion avec les bienfaits espérés ¹⁶⁴. Le consentement doit donc être donné après avoir analysé objectivement la situation et soupesé les avantages et les inconvénients des soins proposés. Dans cette optique, tout ce qui a été dit dans la première partie de ce chapitre à propos des paramètres du meilleur intérêt, demeure ¹⁶⁵.

163. Sous réserve que le mandat respecte les formalités dont nous avons traitées à la page 24.

164. Projet de loi 145, art. 78 insérant l'article 19.3 au C.c.

165. *Supra*, page 63 et suiv.

Toutefois, un problème est susceptible de faire obstacle à la démarche du représentant de la personne inapte. Sa recherche d'un consentement respectant le meilleur intérêt de son protégé pourra se heurter au problème que risque de poser l'article 12 du projet de loi 20.

Ecartant, en certaines circonstances, la nécessité du consentement, l'article 12 du projet de Loi 20 est susceptible de causer certains problèmes d'interprétation en regard de l'acharnement thérapeutique. Il se lit comme suit:

"Le consentement aux soins médicaux n'est pas requis, en cas d'urgence, lorsque la vie de la personne est en danger, à moins que les soins prévus ne soient inusités ou inutiles et que leurs conséquences puissent être intolérables pour la personne.

Il en est de même, en cas d'urgence, lorsque l'intégrité de la personne est en danger et que son consentement ne peut être obtenu en temps utile."

Selon l'interprétation retenue par Robert Kouri, l'article 12 permet de passer outre le refus d'un patient majeur et capable si deux conditions sont réunies:

"Il doit s'agir d'une urgence, mais uniquement lorsque la vie de la personne est en danger. La deuxième condition contient deux alternatifs: il faut que les soins à prodiguer ne soient ni inusités ni intolérables pour la personne, ou qu'ils ne soient ni inutiles ni intolérables pour la personne ¹⁶⁶."

Cette interprétation, qui semble la plus conforme au texte même de l'article 12, est des plus préoccupantes puisque, comme l'a

166. Robert KOURI, Le consentement aux soins médicaux à la lumière du projet de loi 20, (1987) 18 *R.D.U.S.* 31.

souligné cet auteur, elle va à l'encontre du principe suprême de la liberté de choix. Nous souscrivons entièrement aux critiques formulées par cet auteur à l'égard de ce non respect de l'autonomie personnelle ¹⁶⁷.

De plus, en regard de l'acharnement thérapeutique, cette interprétation n'offre pas de protection réelle et ce, malgré la restriction apportée au sujet des soins inutiles ou inusités qui, quant à eux, ne pourraient être fournis sans consentement. D'une part, si l'objectif du législateur est de protéger la vie à tout prix, même contre le refus d'une personne capable, qui pourrait prétendre qu'un soin est inusité ou inutile ou intolérable s'il cherche à atteindre ce but? Si l'interprétation de Robert Kouri est la bonne, l'article 12 est beaucoup plus une invitation à l'acharnement qu'une prohibition. D'autre part, dans l'hypothèse où l'on pourrait concevoir que certains soins puissent être, même en situation d'urgence, réellement inusités ou inutiles et, en conséquence, requérir impérativement le consentement de la personne, nous exprimons de fortes réserves à propos de la légitimité des soins inutiles, même consentis. En effet, si la nécessité du consentement se comprend bien à propos des soins inusités, elle est non pertinente, quant à nous, à propos des soins inutiles. S'ils le sont, il n'est pas conforme à la déontologie médicale de les fournir, consentis ou non.

167. *Id.*, p. 34-35.

Pour sa part, Jean-Louis Baudouin estime qu'il ne faut pas donner à l'article 12 un sens littéral. Il s'exprime ainsi:

"Je pense, en outre, que ce texte ne peut se comprendre que dans le contexte où la personne est incapable de consentir pour elle-même. Lui donner un sens littéral, c'est-à-dire permettre à un médecin, en cas d'urgence et même si la personne s'y oppose, de traiter quand même, serait contraire au droit actuel et serait civilement légitimer des voies de fait criminelles ¹⁶⁸."

Cette seconde interprétation est, à notre avis, infiniment plus souhaitable. Toutefois, il faut remarquer qu'elle s'écarte de façon très marquée du texte même de l'article 12. En effet, le législateur a pris bien soin d'utiliser des expressions fort différentes selon qu'il s'agit d'un danger pour la vie (alinéa 1) ou qu'il s'agit d'un danger à l'intégrité de la personne (alinéa 2). Dans le premier cas, il précise bien que le consentement aux soins n'est pas requis. Dans le second cas, il précise bien qu'il en est de même uniquement lorsque le consentement ne peut être obtenu en temps utile. L'intention du législateur est donc claire: lorsqu'il s'agit de la vie, peu importe le refus exprimé par la personne capable et compétente, le consentement n'est pas requis sauf s'il s'agit de soins inusités ou inutiles. Lorsqu'il s'agit de l'intégrité, ce n'est que lorsque le consentement ne peut être obtenu en temps utile qu'il n'est pas requis.

168. Jean-Louis BAUDOUIN, Quelques aspects de la loi 20 et des droits de la personnalité, (1987) 18 *R.D.U.S.* 50.

En regard de l'acharnement thérapeutique, l'interprétation de Jean-Louis Baudouin est préférable puisque, comme il le souligne lui-même, cette façon d'interpréter l'article 12 a pour effet de rejeter

"l'acharnement thérapeutique, en continuant à exiger le consentement de la personne, même en cas d'urgence, lorsque les soins prévus sont inusités ou inutiles et que leurs conséquences peuvent être intolérables pour la personne
169."

Afin d'établir clairement qu'il n'encourage pas l'acharnement thérapeutique et qu'il respecte l'autonomie des personnes, le législateur devrait maintenir la règle de la nécessité du consentement, même en cas d'urgence, lorsque la vie est en danger, à moins que ce consentement ne puisse être obtenu en temps utile ¹⁷⁰. A notre avis, il serait infiniment préférable de limiter la règle permettant de passer outre le refus, uniquement à propos de la protection d'un tiers. Quant au refus d'une personne capable et compétente qui serait jugé non conforme à l'ordre public ¹⁷¹, il ne revient, selon nous, qu'à l'autorité judiciaire d'y passer outre.

169. *Id.*; l'auteur n'a certes pas voulu dire que les soins inutiles sont légitimes s'ils sont consentis. Il cite simplement le texte de l'article 12 tel qu'il est. Le devoir du médecin est de s'abstenir de fournir un traitement médicalement inutile.

170. Le consentement subrogé aurait alors une plus grande force comme protection contre l'acharnement thérapeutique.

171. Voir par exemple l'affaire *Niemnec*, précitée, note 10.

Il nous reste un dernier point à traiter brièvement. Il s'agit de l'information à fournir aux tiers. Puisqu'en droit actuel il est le seul qui soit habilité à donner un consentement subrogé, le curateur est aussi le seul qui, actuellement, bénéficie du droit strict d'être informé ¹⁷². Selon le droit proposé, toutes les personnes mentionnées à l'article 19.2 seront dorénavant habilitées à le donner ¹⁷³. Elles bénéficieront donc, également, de ce droit à l'information. Qu'il soit donné par le patient lui-même ou qu'il soit subrogé, le consentement doit être libre et éclairé. Lorsqu'un mandataire, un conjoint, un proche parent ou une personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier aura à donner un consentement subrogé, le médecin aura à l'informer de la même manière qu'il informe actuellement le curateur ¹⁷⁴.

Il y aurait aussi lieu, selon nous, de modifier la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* ¹⁷⁵ et la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* ¹⁷⁶ qui, dans l'état actuel, n'autorisent pas le proche à avoir accès au dossier, à

172. *Supra*, p. 65.

173. Projet de loi 145, art. 78 insérant l'article 19.2 au C.c.

174. Code de déontologie, précité, note 1, art. 2.03.28.

175. L.R.Q., c. A-2.1.

176. L.R.Q., c. S-5.

moins qu'il ne soit curateur ou mandataire ¹⁷⁷. Nous croyons que le proche habilité à formuler un consentement subrogé pour la personne incompétente devrait aussi avoir accès au dossier.

CONCLUSION

Nous avons établi que parmi trois modèles théoriques, le consentement subrogé doit, en droit québécois actuel, favoriser le modèle dit "du meilleur intérêt". Ce modèle impose que la recherche de ce meilleur intérêt se fasse à l'intérieur des limites imposées par le respect des droits de la personne inapte. Le droit nouveau introduit la possibilité de préciser ses volontés à l'intérieur d'un mandat de soins qui sera valable après l'inaptitude de la personne qui l'a établi. Cette innovation s'apparente au modèle dit "du testament de vie". Par ailleurs, chez ceux qui ne se seront pas prévalus de cette possibilité, c'est le modèle dit "du meilleur intérêt" qui doit prévaloir.

177. Jean-Guy FRECHETTE, *Droit d'accès aux dossiers de santé*, Rock Forest, Association québécoise des archivistes médicales, 1988, p. 19.

CHAPITRE 4

LE CONTROLE

Ce chapitre pose la question suivante: comment peut-on contrer l'exercice d'un consentement subrogé qui ne respecte pas le meilleur intérêt de la personne inapte? Certes, les décisions d'une personne légalement habilitée à donner un consentement subrogé jouissent d'une présomption de validité. Cela ne veut pas dire pour autant qu'il faille s'abstenir d'intervenir lorsque ses décisions risquent de causer préjudice à la personne inapte. Tout au contraire, il faut tenter d'éviter que de telles décisions soient prises en utilisant les moyens appropriés. Quels sont donc les moyens disponibles?

LE DROIT QUEBECOIS ACTUEL

Selon le droit statutaire actuel, le consentement subrogé peut être légitimement utilisé lorsque la personne soignée a perdu la capacité légale de consentir elle-même à ses soins. Ceux qui ont perdu cette capacité sont les interdits et les personnes sous l'autorité du curateur public. Celui qui exerce le pouvoir de consentir aux soins est alors soit le curateur privé de l'interdit soit le curateur public. Tous deux doivent formuler un consentement conforme au meilleur intérêt de la

personne qu'ils représentent. Il faut toutefois reconnaître que le droit actuel ne fournit pas beaucoup de moyens permettant de contrer un consentement subrogé qui ne respecterait pas le meilleur intérêt de la personne représentée.

Le curateur d'un interdit a, dans sa prise de décision, une large discrétion. En matière de consentement aux soins, il n'est soumis à aucun contrôle extérieur et n'a de compte à rendre à personne. Certes, s'il advenait qu'il exerce mal sa fonction, un curateur privé peut être destitué. Toutefois, les causes de destitution sont très limitatives. La destitution est possible lorsque le curateur est condamné à une peine infamante, lorsqu'il fait preuve d'une conduite notoire ou lorsqu'il devient infidèle ou inhabile ¹⁷⁸. On peut se demander si des décisions déraisonnables en matière de consentement aux soins peuvent être un motif suffisant d'inhabilité pour réclamer la destitution d'un curateur. A défaut de référence sur le sujet, nous sommes enclins à penser que cette hypothèse existe notamment si de telles décisions étaient le fruit d'un comportement négligent.

178. C.c., art. 284 et 285 auxquels nous renvoie l'article 337a; l'inconduite notoire fait référence aux moeurs de la personne, l'infidélité fait référence à sa mauvaise foi, l'inhabilité fait référence à l'absence d'aptitude à administrer les biens ou à prendre soin de l'incapable, V. BERGERON, *op. cit*, note 25, p. 217.

La destitution peut être demandée par un parent ou allié ou par toute autre personne ayant intérêt à la destitution 179. Toutefois, compte tenu qu'un procès en destitution est une procédure longue et qui requiert la collaboration du conseil de famille, il faut reconnaître que cette voie n'offre pas beaucoup d'intérêt pratique.

Le curateur public a, lui aussi, une large discrétion. En matière de consentement aux soins, il n'est soumis à aucun contrôle extérieur et n'a de compte à rendre à personne. Bien sûr, si la famille estimait que ses décisions ne sont pas dans le meilleur intérêt de la personne inapte, elle pourrait entreprendre une procédure d'interdiction en vue de faire nommer un curateur privé. En effet, la *Loi sur la curatelle publique* précise que l'administration du curateur public cesse lorsqu'un jugement nommant un curateur, un tuteur ou un conseil judiciaire à l'un de ses administrés lui est signifié 180. Toutefois, on se heurte, encore une fois, à une procédure longue et qui de toute manière échappe totalement aux soignants

179. On peut se demander si cette personne intéressée pourrait être le médecin traitant. A notre avis, rien ne s'y oppose en autant que celui-ci démontre qu'il est véritablement une personne ayant intérêt à la destitution, son intérêt étant ici la protection du meilleur intérêt de l'interdit.

180. L.R.Q., c. C-80, art. 35a.

puisque seule la famille peut l'entreprendre ¹⁸¹. Son utilité pratique est donc fort limitée.

En somme, aucun de ces moyens d'action ne permet une intervention rapide en cas de besoin. Si une telle action était nécessaire, notamment pour contrer un refus de soins déraisonnable de la part d'un curateur, quel serait le recours approprié?

Le Code civil actuel limite beaucoup le pouvoir d'intervention des juges dans les décisions d'un représentant légal. En fait, de telles interventions ne sont possibles que lorsque la loi exige qu'elles aient lieu ¹⁸². Or, en matière de consentement aux soins, une telle exigence n'existe pas. Le curateur a donc toute latitude pour agir. Une conclusion s'impose donc: selon notre Code civil, il n'existe pas de recours permettant de contrer une décision déraisonnable d'un curateur.

Il est intéressant de signaler que, dans le cas du mineur, la *Loi sur la protection de la santé publique* a créé un recours particulier. A son article 42, deuxième alinéa, elle prévoit:

181. Selon l'article 327 du C.c., les personnes admises à provoquer l'interdiction sont les parents ou alliés du majeur.

182. L.P. SIROIS, *op. cit.*, note 57, p. 125. "Notre code a parfaitement défini les attributions du curateur, du conseil de famille et du juge, et nous concluons ... que, hors les cas où le code exige l'intervention du juge sur avis du conseil de famille, le juge ne peut pas intervenir pour imposer des conditions ou des restrictions à l'action du tuteur."

"Lorsqu'un mineur est âgé de moins de 14 ans, le consentement du titulaire de l'autorité parentale doit être obtenu; toutefois, en cas d'impossibilité d'obtenir ce consentement ou lorsque le refus du titulaire de l'autorité parentale n'est pas justifié par le meilleur intérêt de l'enfant, le juge de la Cour supérieure peut autoriser les soins ou traitements." 183

On aurait pu espérer que cette loi prévoie un recours analogue dans le cas d'un majeur incapable et qu'ainsi, le tribunal puisse substituer sa décision à la décision déraisonnable d'un curateur. L'analogie n'aurait d'ailleurs pas été dénuée de fondement en regard du *Code civil du Bas-Canada* 184 et de la *Loi sur la curatelle publique* 185 qui reconnaissent, tous deux, que les curateurs ont sur la personne de leur protégé tous les pouvoirs du tuteur sur la personne du mineur. Mais le droit statutaire ne prévoit rien de tel.

L'affaire *Centre des services sociaux du Montréal Métropolitain c. Lussier* 186 peut nous laisser croire que la doctrine du *parens patriae* permet au tribunal d'intervenir à l'encontre d'une décision du curateur public. Il n'en est rien. D'une part, comme on l'a signalé, il est douteux que la Cour supé-

183. L.R.Q., c. P-35.

184. C.c., art. 343.

185. L.R.Q., c. C-80, art. 7.

186. Précitée, note 64.

rieure du Québec ait reçu ce pouvoir de *parens patriae* 187. D'autre part, même dans l'hypothèse où elle aurait un tel pouvoir, il est douteux qu'il puisse servir à contrer la décision d'un représentant légal qui, lui, tient son autorité du droit statutaire. En effet, le pouvoir de *parens patriae* permet au tribunal d'intervenir pour protéger le majeur lorsque personne d'autre n'a le pouvoir de le faire 188. Ce n'est évidemment pas le cas d'une personne sous l'autorité du curateur public.

D'ailleurs, ce jugement ne dit pas expressément que le pouvoir de *parens patriae* permet de contrer la décision du curateur. Dans cette affaire, qui portait sur le placement d'une personne âgée, le tribunal a certes fondé sa décision sur cette doctrine et ordonné l'hébergement que le curateur public refusait d'imposer à son administré. Toutefois, il faut se rappeler que le curateur public basait son refus sur le fait qu'il estime ne pas avoir le pouvoir d'agir en matière d'hébergement. Malheureusement, le juge n'a pas trouvé opportun de trancher la question de l'étendue des pouvoirs du curateur public. Il ne nous est donc pas possible de savoir si dans son esprit, il utilisait la doctrine du *parens patriae* parce qu'il estimait la décision du curateur déraisonnable ou parce qu'il considérait qu'effectivement le curateur n'avait pas de

187. *Supra*, p. 40.

188. *Id.*

pouvoir. En conséquence, cette affaire n'établit pas que le pouvoir de *parens patriae*, même dans l'hypothèse où la Cour supérieure le détiendrait, puisse servir à contrer la décision d'un curateur.

En somme, une conclusion troublante s'impose: en droit québécois actuel il n'existe aucun recours légal permettant de contrer rapidement une décision de soins déraisonnables d'un curateur privé ou du curateur public ¹⁸⁹. Une telle lacune est majeure. Il est impératif qu'elle soit corrigée par le droit à venir.

Qu'en est-il chez la personne incompétente? L'incompétent étant une personne inapte à consentir mais non dotée d'un représentant légal, sa situation juridique est, compte tenu du droit actuel, radicalement différente. Le représentant de fait du majeur inapte ne jouissant d'aucune reconnaissance légale, son opposition à la dispensation d'un soin ne jouit d'aucune présomption de validité. Si le médecin la juge susceptible de causer du tort à la personne incompétente, il est légitime pour

189. Dans les faits, le recours au tribunal mériterait quand même d'être tenté. En effet, il est vraisemblable que le tribunal puisse décider d'agir malgré l'absence de fondement à son action. Le juge pourrait décider de s'inspirer de l'article 42 de la *Loi sur la protection de la santé publique* et d'y trouver un fondement par analogie. Aussi, compte tenu des précédents et malgré l'opposition de la doctrine, il est aussi vraisemblable qu'il fonde sa décision sur le pouvoir de *parens patriae*. D'autre part, les recours en dommages intérêts demeurent possibles, à posteriori, s'il s'avérait que les décisions du curateur aient causé préjudice à son protégé.

lui, dans l'état actuel du droit, d'y passer outre. Le représentant de fait, quant à lui, a bien sûr la possibilité de se faire nommer curateur. Toutefois, compte tenu du temps que requiert une telle procédure, cette voie n'est pas très utile pour une intervention rapide. Encore une fois donc, nous nous heurtons à l'absence de recours précis en droit statutaire actuel. Les proches qui font face à un médecin trop entreprenant n'ont pas de moyens d'action légaux à caractère préventif ¹⁹⁰.

Dans une perspective différente, un autre moyen de contrôle de l'exercice du consentement subrogé paraît théoriquement possible. Il s'agit de l'intervention de la Commission des droits de la personne. Nous avons établi déjà qu'un exercice du consentement subrogé qui ne respecte pas le meilleur intérêt de la personne inapte est susceptible d'être assimilable à de la discrimination ou à de l'exploitation si certaines conditions sont présentes ¹⁹¹. Or, la Charte prévoit que les actes discri-

190. Compte tenu que la Cour supérieure semble croire qu'elle possède le pouvoir de *parens patriae*, les proches seraient probablement inspirés de s'adresser quand même au tribunal et de tenter de convaincre le juge de l'exercer à l'encontre de la décision du médecin. Les proches auraient alors pour tâche de convaincre le juge que le meilleur intérêt de l'incompétent réclame que l'on s'abstienne de protiger tel soin manifestement inutile. Le juge pourrait alors ordonner qu'il ne soit pas administré. D'autre part, les recours en dommages intérêts demeurent toujours possibles, à posteriori, dans l'hypothèse où les actes posés aient causé préjudice. En absence de préjudice, aucun recours n'est possible.

191. *Supra*, p. 72 et suiv.

minatoires ou d'exploitation peuvent faire l'objet d'une demande d'enquête à la Commission des droits de la personne ¹⁹². Cette demande d'enquête doit être faite par la personne elle-même ou par un organisme la représentant. Toutefois, la représentation par un organisme voué à la défense des droits requiert que la personne elle-même y consente par écrit ¹⁹³.

Ce consentement est évidemment impossible chez le majeur inapte. Toutefois, la Charte prévoit que la Commission peut aussi faire enquête de sa propre initiative ¹⁹⁴. Nous pouvons supposer qu'une telle intervention de la Commission pourrait se faire suite à des informations qui lui seraient transmises par toute personne ayant connaissance d'actes discriminatoires ou d'exploitation ¹⁹⁵. Ainsi, ayant constaté un consentement subrogé assimilable à un acte de discrimination ou d'exploitation, un membre de la famille ou même un membre du personnel soignant, pourrait le signaler à la Commission. Si, après enquête, cette dernière juge qu'il y a lieu d'agir, elle peut tenter d'intervenir auprès de celui qui est la source des

192. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 69; le présent texte ne tient pas compte des modifications apportées par le projet de loi 140.

193. *Id.*, art. 70.

194. *Id.*, art. 73.

195. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *op.cit.*, note 138, p. 18.

actes discriminatoires ou d'exploitation afin de l'amener à corriger son comportement ¹⁹⁶. Elle peut aussi émettre une recommandation formelle lui enjoignant de cesser l'acte reproché ¹⁹⁷.

Il faut toutefois reconnaître que, dans les cas de discrimination, la Commission ne pourrait pas aller bien au-delà de l'étape de la recommandation. En effet, si elle souhaitait s'adresser au tribunal pour obtenir une injonction ou une indemnisation, il lui faudrait obtenir le consentement écrit de la victime ¹⁹⁸. Bien entendu, ce consentement serait impossible à obtenir puisque précisément, nous sommes en face d'une personne inapte à consentir. Il nous faut donc constater que pour contrer les actes discriminatoires, l'action judiciaire de la Commission est limitée aux seuls cas où la présumée victime est en état de consentir à ce que la Commission agisse. La personne inapte à consentir est donc privée de ce recours pour contrer un consentement subrogé assimilable à un acte de discrimination.

Par contre, face aux actes d'exploitation, la situation est différente. En plus de pouvoir faire enquête sur plainte de la personne elle-même, sur plainte d'un organisme avec le

196. *Id.*, p. 21; L.R.Q., c. C-12, art. 81.

197. L.R.Q., c. C-12, art. 82.

198. *Id.*, art. 83.

consentement de la victime ou de sa propre initiative, la Commission peut faire enquête sur plainte d'un organisme représentatif sans le consentement de la présumée victime 199. Ainsi, la Commission pourrait faire enquête sur plainte d'un organisme voué à la défense des malades si un tel organisme, étant informé d'un consentement subrogé assimilable à de l'exploitation, décidait de le lui signaler. Après enquête, la Commission pourrait émettre des recommandations et agir devant le tribunal, si nécessaire, et cela même sans le consentement de la victime 200. Il nous faut donc constater que, face à un consentement subrogé assimilable à un acte d'exploitation, l'action de la Commission peut être beaucoup plus efficace que dans les cas de consentement subrogé assimilable à de la discrimination. Le fait que, dans le premier cas le consentement de la victime ne soit pas requis pour que la Commission puisse agir, fait toute la différence lorsque son action vise à protéger une personne précisément inapte à consentir.

LE DROIT QUEBECOIS PROPOSE

Le droit proposé établit que le consentement subrogé pourra être utilisé chaque fois qu'une personne sera inapte à consen-

199. *Id.*, art. 70, al. 2.

200. *Id.*, art. 83, al. 3.

tir 201. Les personnes habilités à le donner sont, dans l'ordre, le mandataire, le tuteur ou le curateur, le conjoint, un proche parent ou une personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier. Celui qui fournit le consentement subrogé est tenu d'agir dans le meilleur intérêt de la personne qu'il représente. Il doit s'assurer que les soins auxquels il consent sont bénéfiques, qu'ils sont opportuns dans les circonstances et que les risques ne sont pas hors de proportion avec les bénéfices espérés 202. De plus, le mandataire doit respecter les stipulations du mandat qui lui a été confié 203. Le droit nouveau introduit trois mécanismes de contrôle de l'exercice du consentement subrogé: le pouvoir d'intervention du curateur public, le pouvoir d'intervention du conseil de tutelle et le recours à l'autorisation du tribunal en cas de refus injustifié.

Le projet de loi 145 prévoit que quiconque pourra signaler au curateur public le défaut de la part du mandataire de respecter les stipulations de son mandat ou le défaut, de la part d'un tuteur ou d'un curateur, de respecter le principe du

201. Projet de loi 145, art. 78 insérant l'article 19.2 au C.c.

202. *Id.*, art. 78 insérant l'article 19.3 au C.c.

203. *Id.*, art. 110 insérant l'article 1701.1 au C.c.

meilleur intérêt 204. Le curateur public aura dorénavant pouvoir de faire enquête, non seulement sur la gestion des biens comme c'est le cas actuellement, mais aussi à propos de la protection de la personne elle-même. A cette fin, il aura accès au dossiers médicaux pertinents 205.

Suite à son enquête, le curateur public pourra, si le mandat n'est pas fidèlement exécuté ou pour un autre motif sérieux, demander au tribunal de le révoquer et d'ouvrir un régime de protection à l'égard du mandant 206. Dans les cas où c'est un curateur ou un tuteur qui est fautif, le curateur

204. Projet de loi 145, art. 27: le curateur public pourra également agir de sa propre initiative; selon l'article 27, le pouvoir d'enquête du curateur public n'existe que relativement aux personnes qu'il représente, aux biens qu'il administre ou qui devraient être confiés à son administration et généralement à toute personne sous régime de protection. Il existe également lorsque la personne inapte à confier à un tiers le mandat de prendre soin d'elle-même ou d'administrer ses biens. Il faut donc conclure que le curateur n'a pas de pouvoir d'enquête lorsque le problème en est un de consentement aux soins formulé par le conjoint, un proche parent ou une personne démontrant envers le majeur un intérêt particulier. En cette circonstance, le curateur public ne pourrait agir que si le directeur général d'un établissement procédait à un signalement tel que prévu à l'article 83 du projet de loi 145 introduisant l'article 332.2 au C.c. Quant à l'obligation, faite au directeur général, de signaler l'absence de représentation adéquate, elle a été traitée au deuxième chapitre, page 52.

205. Projet de loi 145, art. 28.

206. Projet de loi 145, art. 113, insérant l'article 1756.1 au C.c.; toute personne intéressée le peut aussi.

public peut demander son remplacement ²⁰⁷. Toutefois, avant de demander un tel remplacement ou la révocation d'un mandat, le curateur public peut, suivant les modalités qu'il indique, accepter du représentant ou du mandataire un engagement volontaire à l'effet de remédier à son défaut ²⁰⁸.

Le projet de loi 20, quant à lui, prévoit un autre mécanisme de contrôle lorsque la personne est sous régime de protection légale. Une fois la réforme du Code civil complétée, les nouvelles règles relatives à la tutelle du mineur s'appliqueront aussi au majeur ²⁰⁹. Or, ces règles prévoient la création d'un conseil de tutelle permanent ²¹⁰. Ce conseil a pour rôle de surveiller la gestion du représentant légal. Ses attributions sont indiquées à la section V du chapitre deuxième portant sur la tutelle au mineur et dont les dispositions s'appliquent aussi au régime de protection du majeur.

Ce conseil de tutelle a surtout un rôle en matière patrimoniale. Il a toutefois un devoir de surveillance général sur le représentant et doit s'assurer que le tuteur ou le curateur protège bien le majeur, qu'il administre convenablement son

207. Projet de loi 145, art. 22.

208. *Id.*, art. 23.

209. Projet de loi 20, art. 292.

210. *Id.*, art. 241 et suiv.

patrimoine et qu'il exerce adéquatement ses droits civils ²¹¹. Il peut demander son remplacement si celui-ci ne respecte pas ses obligations ²¹². On peut donc imaginer qu'un curateur ou tuteur au majeur qui prendrait des décisions déraisonnables en matière de consentement aux soins puisse être considéré comme ne respectant pas ses obligations et ainsi susceptible d'être remplacé. De plus, nous comprenons de l'article 252 que le majeur représenté peut être invité aux séances du conseil de tutelle pour y donner son avis et, le cas échéant, exprimer son insatisfaction.

Le droit nouveau offre un troisième moyen d'intervention. Ce moyen pourra servir à contrer certaines décisions de soins déraisonnables de la part de celui qui peut consentir. Le projet de loi 145 précise que, en cas de refus injustifié de celui qui peut consentir aux soins à la place du majeur inapte, le tribunal peut les autoriser ²¹³. Un refus est susceptible d'être injustifié s'il ne respecte pas le meilleur intérêt de la personne soignée ²¹⁴. Cette disposition du projet de loi 145 dispensera donc à l'avenir les tribunaux de la nécessité de

211. *Id.*

212. *Id.*, art. 275.

213. Projet de loi 145, art. 78 insérant l'article 19.4 au C.c.; projet de loi 20, art. 15.

214. C'est ce qu'il faut conclure du nouvel article 19.3 introduit au C.c. par l'article 78 du projet de loi 145.

recourir à la doctrine du *parens patriae* lorsqu'ils auront à modifier un consentement subrogé. Elle a pour effet de donner un fondement statutaire à leur action 215.

Il faut toutefois signaler que l'article 19.4 ne fournit pas de fondement à toute intervention du tribunal mais uniquement aux interventions ayant pour but de contrer un refus déraisonnable de la part de celui qui consent ou encore un refus catégorique de la part de la personne inapte elle-même. *Quid* du recours à l'encontre d'un consentement donné, mais à l'encontre du meilleur intérêt de la personne soignée sans que celle-ci ne soit en état de s'y opposer? Il nous faut constater qu'en cette matière, seuls sont disponibles les recours visant à demander la révocation du mandat ou le remplacement du tuteur ou du curateur. Ces recours ne nous semblent pas permettre une intervention rapide et ne pourraient s'appliquer au consentement fourni par le conjoint, un proche parent ou une personne démontrant un intérêt pour le majeur inapte. Le droit statutaire proposé ne prévoit pas formellement la possibilité de recourir au tribunal pour contrer une décision de soins particulière, autre qu'un refus. Sous cet angle, le droit

215. Il faut signaler que l'article 19.4, qui reprend l'article 15 du projet de loi 20 ne figurait pas au projet de loi adopté en première lecture. Cette omission aurait perpétué les interventions du Tribunal sans fondement en droit statutaire.

proposé ne corrige donc que partiellement les lacunes du droit actuel.²¹⁶

CONCLUSION

Le droit actuel ne fournit pas de moyen efficace pour contrer l'exercice d'un consentement subrogé qui ne respecte pas le meilleur intérêt de la personne inapte. Il ne prévoit pas formellement de mécanisme d'intervention rapide et les mécanismes de remplacement d'un curateur ne permettent pas d'agir efficacement. Le droit proposé corrige en partie ces lacunes. Il prévoit formellement l'intervention du tribunal en cas de refus injustifié de la part de celui qui peut consentir. En plus de créer le conseil de tutelle, il accorde également un plus large pouvoir au curateur public, lui permettant d'agir lorsque le meilleur intérêt de la personne représentée le réclame.

216. Il est toutefois plausible de croire que l'injonction serait, dans une telle criconstance, un recours approprié; d'autre part, demeurent toujours possibles, les recours réparateurs, de même que l'intervention de la Commission des droits de la personne dans les cas de consentement subrogé assimilables à de l'exploitation telle qu'exposée précédemment.

CONCLUSION

Au terme de cette analyse du droit québécois actuel et du droit québécois proposé, deux conclusions générales s'imposent. Premièrement, le droit québécois actuel a une vision de l'exercice du consentement subrogé qui ne correspond en rien à la réalité contemporaine. Il ne répond pas aux besoins d'une société aux prises avec un grand nombre de personnes inaptes et à la nécessité pour cette société de respecter leurs droits et d'assurer leur protection, tout en évitant un usage abusif du système judiciaire. Deuxièmement, le droit proposé corrige, en partie seulement, les faiblesses du droit actuel. Ce droit nouveau présente à plusieurs égards des lacunes. Ce sont ces lacunes que nous allons résumer dans cette conclusion et pour lesquelles nous ferons quelques propositions.

La première lacune importante porte sur la détermination de l'inaptitude à consentir lorsqu'il s'agit d'une inaptitude non constatée judiciairement et pour laquelle on requiert le consentement du conjoint ou, à défaut, d'un proche parent ou d'une personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier. Le droit proposé n'indique pas clairement qui a la responsabilité en cette circonstance de constater l'inaptitude et n'impose aucune formalité particulière à ce sujet. Rien ne précise à partir de quel moment le conjoint, un proche parent

ou une personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier peut formuler un consentement subrogé.

La seconde lacune importante est l'absence définition du concept d'inaptitude à consentir. Tenant compte du fait qu'il existe plusieurs définitions de ce concept ²¹⁷, le législateur a probablement préféré ne pas le définir afin d'éviter un débat d'école. Toutefois, en agissant ainsi, il ouvre la porte à un arbitraire inacceptable, susceptible d'abus. Cette absence de définition est un moindre mal lorsque c'est le tribunal qui a charge de constater l'inaptitude. C'est le cas de la personne sous régime de protection et, ce sera le cas à l'avenir du mandant dont le mandat aura été homologué. Toutefois, une telle lacune est difficilement acceptable lorsque l'intervention du tribunal est absente. Ce sera le cas des inaptitudes constatées dans les faits et pour lesquelles le consentement subrogé viendra d'un tiers non habilité par un tribunal. Il y a, selon nous, risque d'abus, notamment s'il y avait collusion entre le médecin et les proches.

Le législateur espère peut-être que les tribunaux se chargeront de la tâche et établiront avec le temps une définition jurisprudentielle de ce concept. Mais, s'en remettre ainsi aux tribunaux est, à notre avis, peu souhaitable en cette matière fondamentale. Les circonstances de chaque affaire amenant toujours des biais importants, il n'est pas évident que

217. *Supra*, p. 28.

nous obtiendrons, à tout le moins à terme, une définition satisfaisante.

C'est d'ailleurs pourquoi l'Ontario et la Nouvelle-Ecosse ont choisi une définition législative plutôt que jurisprudentielle. Il serait préférable que le Québec adopte aussi cette voie, d'autant plus qu'elle est davantage compatible avec l'esprit du droit civil qui considère la loi comme sa source primaire ²¹⁸. Afin de corriger ces deux lacunes, nous suggérons ce qui suit. La personne habilitée à constater l'inaptitude à consentir devrait être le médecin. Il le ferait à partir d'une définition législative de l'inaptitude à consentir. La définition la plus adéquate de l'aptitude à consentir est probablement la suivante: la personne doit comprendre les faits pertinents et avoir l'aptitude à apprécier les conséquences des décisions qu'elle prend en regard de ces faits ²¹⁹. Cette définition est, selon nous, celle qui à la fois protège le mieux les libertés individuelles et évite qu'une personne se lèse parce qu'elle n'a pas l'aptitude mentale à se protéger elle-même.

218. Il serait pour le moins inusité que les provinces anglaises, régies par le Common Law, aient une définition législative de l'inaptitude à consentir et que le Québec, régi par le droit civil, ait une définition jurisprudentielle.

219. Cette définition se rapproche de la quatrième définition dite "Rational Manipulation of Information"; *supra*, p. 30; L.H. ROTH, *op.cit.*, note 4.

Sur constatation d'une telle inaptitude, il rédigerait un certificat y indiquant en quoi ce qu'il constate fait de la personne une personne inapte à consentir. C'est l'émission d'un tel certificat qui autoriserait l'utilisation du consentement subrogé. L'obligation d'émettre un certificat aurait, en soi, un effet de retenue propice à éviter un usage abusif. Copie de ce certificat serait envoyée au curateur public. Celui-ci exercerait, à l'égard de l'émission de ces certificats un pouvoir général de surveillance et pourrait intervenir sur plainte ou de son propre chef, s'il constatait des comportements suspects en cette matière et même procéder à des enquêtes au hasard. Copie du certificat serait aussi transmise par le médecin à la personne elle-même et à ses proches. La personne elle-même, ses proches, directement ou par l'intermédiaire du curateur public, pourraient, s'ils sont en désaccord, en contester les conclusions devant le tribunal. Un tel certificat pourrait être révisé périodiquement.

La troisième lacune du droit proposé est qu'il ne fournit pas de moyen simple pour prévenir les conflits susceptibles de survenir au sujet de la personne réellement habilitée à consentir. Si, en théorie, les cas du mandataire, du tuteur ou du curateur ne causent pas de problème, il n'en est pas de même du conjoint, d'un proche parent ou d'une personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier. Il serait donc souhaitable que le certificat d'inaptitude à consentir identifie spécifiquement la personne qui, conformément aux prescriptions

de la loi, est, dans ce cas particulier, habilitée à consentir et à quel titre. Nous suggérons même que deux proches y confirment, par leurs signatures, le titre de la personne habilitée à consentir. De telles obligations susciteraient un esprit de vigilance et un souci de légalité dans le choix de celui qui donne le consentement subrogé. De telles obligations donneraient également au curateur public des moyens de surveillance accrus.

La quatrième lacune concerne le recours possible en cas de consentement subrogé qui ne respecte pas le meilleur intérêt de la personne inapte. Le projet de loi 145 prévoit que le recours au tribunal est possible lorsque la personne qui peut consentir refuse de le faire de façon injustifiée ²²⁰. Toutefois, dans les cas où le consentement est donné, mais sans être dans le meilleur intérêt de la personne inapte, les seuls recours préventifs prévus au Code civil sont la révocation du mandat ou la destitution du tuteur ou du curateur. Il serait infiniment préférable que le Code civil prévoie formellement la possibilité de recourir au tribunal pour simplement faire modifier un consentement inapproprié dans une circonstance particulière, sans nécessairement réclamer la révocation de tout le mandat ou la destitution du tuteur ou du curateur. Une action plus ponctuelle du tribunal pourrait être utile en certaines circonstances et pourrait également s'appliquer au

220. *Supra*, p. 90.

consentement formulé par le conjoint, un proche parent ou une personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier.

Les situations où un tel recours serait utile sont celles où l'acharnement thérapeutique est consenti par celui qui formule le consentement subrogé et cela à l'encontre du meilleur intérêt de la personne inapte. Une intervention rapide à caractère préventif, initiée à la demande d'un tiers intéressé, serait appropriée dans les circonstances, la demande d'enquête au curateur public ou encore la demande d'enquête à la Commission des droits de la personne n'apparaissant pas, à première vue, comme des moyens d'action rapide 221.

En somme, ces quatre propositions suggèrent que l'exercice du consentement subrogé se fasse à l'intérieur d'un régime cohérent, complet en lui-même et distinct des régimes permettant la gestion du patrimoine. Le consentement subrogé aux soins thérapeutiques du majeur est un problème suffisamment important pour bénéficier d'une telle attention. Nos propositions favorisent des balises législatives plus claires et un minimum de garanties procédurales protégeant contre l'arbitraire sans pour autant conduire à une utilisation abusive du système judiciaire et engendrer des coûts exorbitants.

221. Toutefois, en tant qu'ordonnance enjoignant à une personne de ne pas faire ou de cesser de faire un acte préjudiciable, l'injonction nous paraît un recours possible, s'il est démontré au tribunal que le consentement donné ne respecte pas le meilleur intérêt de la personne inapte.

Au terme de cette analyse du consentement subrogé aux soins thérapeutiques du majeur, il faut reconnaître que la réforme du Code civil, malgré ses imperfections, améliore la situation. Le seul fait de permettre une utilisation plus large du consentement subrogé est un gain considérable. Cela devrait en permettre un exercice plus ouvert qu'actuellement et, par là même, un exercice plus respectueux de la personne inapte. Une société se juge à la manière dont elle traite les plus démunis d'entre les siens. Le droit québécois à venir permet de juger la nôtre avec un regard plus épanoui.

BIBLIOGRAPHIE

Monographie et recueils

- BAUDOIN, J.-L., *Les obligations*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1983.
- BAUDOIN, G., et E. RATUSHNY, (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1989.
- BERGERON, V., *L'attribution d'une protection légale aux malades mentaux*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1981.
- BERNARDOT, A. et R. KOURI, *La responsabilité civile médicale*, Editions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 1983.
- COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, *Protection de la vie, euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement*, Document de travail 28, Ottawa, Ministère des approvisionnements et services Canada, 1982.
- COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUEBEC, *L'exploitation des personnes âgées ou handicapées*, Montréal, Les Cahiers de la Commission des droits et libertés de la personne, no 6, 1983.
- COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUEBEC, *La discrimination*, Montréal, Les Cahiers de la Commission des droits et libertés de la personne, no 1, 1980.
- FRECHETTE, J.G., *Droit d'accès aux dossiers de santé*, Rock Forest, Association québécoise des archivistes médicales, 1988.
- HASTING CENTER, *Guidelines on the Termination of Life Sustaining Treatment and the Care of the Dying*, Blomington et Indianapolis, Indiana University Press, 1987.
- LAJOIE, A., P. MOLINARI, et J.-M. AUBY, *Traité des droits de la santé et des services sociaux*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1983.
- MAYRAND, A., *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1975.
- MIGNAULT, P.B., *Le droit civil canadien*, tome II, Montréal Théoret, 1896.
- POTVIN, L., *L'obligation de renseignement du médecin*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1984.

PRESIDENT COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEM IN
MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, *Deciding
to forego life sustaining treatment*, Washington D.C.,
U.S. Government Printing Office, 1983.

SIROIS, L.-P., *Tutelle et curatelle*, Québec, Imprimerie de
l'Action sociale Limitée, 1911.

Articles de revue

- BAUDOUIN, J.L., Quelques aspects de la loi 20 et des droits de la personnalité, (1987) 18 *R.D.U.S.* 50
- CAHN, C.H., Consent in Psychiatry: The Position of the Canadian Psychiatric Association, (1980) 25 *Can. J. of Psych.* 81
- CALLAHAN, D., Terminating Treatment: Age as a Standard, (1987) 17:5, *Hasting Center Report*, 21
- CRANSTON, G., M. A. HEROMINE WALKER et ass, Living Wills: do nurses and physicians have them?, (1986) 86:3, *American Journal of Nursing*, 271
- DYKE, A.J., Ethical Aspect of Care of the Dying Competent, (1984) 32 *J. Am. Ger. Soc.* 66
- EMANUEL, E.J., Communal Vision of Care of Incompetent Patient, (1989) 17:5, *Hasting Center Report*, 15
- GUTHEIL, T.G. and P.F. APPELBAUM, Substituted Judgment: Best Interest in Disguise, (1983) 13:8, *Hasting Center Report*, 8
- HOFFMAN, B.F., Competency to Consent to Psychiatric Treatment, (1988) 8:4, *Health Law in Canada* 100
- KLINE, S., The Clinical Issues of Determining Competency, (1987) 8:1, *Health Law in Canada* 4
- KOURI, R., L'arrêt Eve et le droit québécois, (1987) 18 *R.D.G.* 651
Le consentement aux soins médicaux à la lumière du projet de loi 20, (1987) 18 *R.D.U.S.* 31
L'influence de la cour suprême sur l'obligation de renseigner en droit médical québécois, (1984) 44 *R. du B.* 862
- KRASIK, E.B., The Role of the Family in Medical Decision Making for Incompetent Adult Patient: A Historical Perspective in Case Analysis, (1987) 48 *University of Pittsburg Law Review*, 588
- LAJOIE, A., P. MOLINARI, J.L. BAUDOUIN, Le droit aux services de santé: légal ou contractuel, (1983) 43 *R. du B.* 701
- MORRISON, D., Criteria Used by Physicians to Assist Competency of Consent to Treatment, (1987) 8:1, *Health Law in Canada* 9

NOOTENS, S., La remise en cause du contrat hospitalier, (1984)
44 *R. du B.* 625

ROTH, L.H. et ass, Test of Competency to Consent to Treatment,
(1977), 134:3. *Am. J. of Psych.* 279