

RÉFLEXION SUR LE « LIVING WILL » DE COMMON LAW DANS LE CONTEXTE DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

Pierre DUCHAINE

Volume 102, Number 3, December 2000

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1046103ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1046103ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

DUCHAINE, P. (2000). RÉFLEXION SUR LE « LIVING WILL » DE COMMON LAW DANS LE CONTEXTE DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS. *Revue du notariat*, 102(3), 391–431. <https://doi.org/10.7202/1046103ar>

Article abstract

The law in the United States of America defines the « living will » with a legal status strongly structured. Contrarily, Quebec civil law makes only a small allusion of that concept. The pursued objective of this study consists to establish in the civil law of Quebec the concept of the « living will » as currently stated in the american law.

RÉFLEXION SUR LE « LIVING WILL » DE COMMON LAW DANS LE CONTEXTE DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

Pierre DUCHAINE*

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE I

ÉTUDE EN DROIT COMPARÉ DU « LIVING WILL » DANS UN CONTEXTE DE COMMON LAW ET DE DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

- 1. APPLICABILITÉ DU « LIVING WILL » DE COMMON
LAW DANS LE CONTEXTE DU DROIT CIVIL
QUÉBÉCOIS ?**
- 2. TERMINOLOGIE**
- 3. VALIDITÉ DU « LIVING WILL » DE COMMON LAW EN
DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS**
 - 3.1 *Common law* et droit à l'autodétermination en
matière de soins de santé
 - 3.2 En *common law*, l'inaptitude ne met pas fin au
droit à l'autodétermination en matière de soins
de santé
 - 3.3 En *common law*, le droit à l'autodétermination
n'est pas un droit absolu
 - 3.4 L'objet du « living will » de *common law*.
 - 3.5 Le « living will » de *common law* : contraignant ?
 - 3.6 Le « living will » de *common law* : forme et
formalités

* LL.M., notaire, chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et professeur en techniques juridiques au Collège Ahuntsic. Le présent texte est une version remaniée d'un essai de maîtrise en droit de la santé soumis à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. L'auteur remercie M^e Jean-Pierre Ménard, avocat, de l'étude Ménard, Martin pour son support en tant que directeur de recherche.

PARTIE II

ADAPTATION DU « LIVING WILL » DE COMMON LAW AU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

1. PROPOSITIONS DE FORMES QUANT À L'ACTE OBJET DU « TESTAMENT BIOLOGIQUE » DE LA PERSONNE ÂGÉE DE QUATORZE ANS ET PLUS

1.1 Formes

1.1.1 Acte à caractère autonomiste

1.1.2 Le mandat donné en prévision de l'inaptitude

1.1.3 Le « testament biologique » : clause du contrat médical

1.2 « Testament biologique » et péremption »

2. CONSIDÉRATIONS RELATIVES AUX CONDITIONS DE FOND DU « TESTAMENT BIOLOGIQUE » DE LA PERSONNE ÂGÉE DE QUATORZE ANS ET PLUS

2.1 « Testament biologique » et « mineur âgé de quatorze ans et plus » : deux théories inconciliables ?

2.2 Le consentement libre et éclairé du mineur âgé de quatorze ans et plus

3. LE REFUS DE TRAITEMENT DU MINEUR ÂGÉ DE QUATORZE ANS ET PLUS

4. LE « TESTAMENT BIOLOGIQUE » DU MINEUR ÂGÉ DE QUATORZE ANS ET PLUS : DROIT ALÉATOIRE ET RELATIF

CONCLUSION

RÉSUMÉ

Le droit des États-Unis d'Amérique assujettit le « living will » à un régime juridique fortement structuré. À l'inverse, le droit civil québécois ne fait qu'une timide allusion au « living will ». L'objectif visé du présent essai consiste à implanter, dans le droit civil du Québec, le concept de « living will » tel qu'il est actuellement en vigueur en droit américain.

ABSTRACT

The law in the United States of America defines the « living will » with a legal status strongly structured. Contrarily, Quebec civil law makes only a small allusion of that concept. The pursued objective of this study consists to establish in the civil law of Quebec the concept of the « living will » as currently stated in the american law.

INTRODUCTION

De tout temps, l'être humain a toujours été intrigué et il demeure encore aujourd'hui fasciné par ce qu'il peut advenir de la vie après la mort. La réincarnation et la probabilité d'une vie dans l'au-delà constituent des interrogations qui ont donné lieu à une abondante littérature dont les conclusions se traduisent inlassablement par de pures spéculations scientifiques ou au gré des croyances religieuses de chacun. Toutefois, il existe une dimension de cette réalité en regard de laquelle les hommes exercent une emprise certaine, voire même un contrôle déterminant : celle concernant la vie avant la mort. Si tous ont acquis la certitude qu'ils ne sont pas voués à l'immortalité, aucun ne connaît par contre le moment de l'échéance finale. Chacun possède le privilège de s'y préparer à sa convenance. Tous jouissent du droit de vivre jusqu'au dernier moment dans « la dignité humaine et dans le respect de l'intégrité et de la liberté de leur personne¹ ». Bien campé

1 *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 1 et 4.

dans cette perspective, l'individu prend conscience de ses droits et réalise la possibilité de ses choix. Confronté à ses attentes et à ses appréhensions, il devient plus critique et souhaite plus que jamais pouvoir communiquer ouvertement ses volontés de fin de vie en matière de soins de santé liés à sa personne².

Le droit civil québécois ne manifeste guère d'enthousiasme concernant l'encadrement juridique des volontés de fin de vie. Il n'y a aucune prohibition formelle, mais aucune infrastructure légale en favorise la manifestation. À l'inverse, le « living will », fruit du droit américain, y représente un mode d'expression des volontés de fin de vie largement encouragé par la loi³.

Le présent essai est une réflexion en droit comparé sur le « living will » de *common law* dans le contexte du droit civil québécois. Dans un premier temps, il s'agira de considérer la possibilité d'importer, en droit civil québécois, le concept de « living will » en vigueur en droit américain.

Finalement, après vérification de l'hypothèse de départ, il sera question, dans un second temps, de tenter d'adapter au droit civil québécois le concept de « living will » américain.

2 Yvon BUREAU, *Ma mort, ma dignité, mes volontés*, 2^e éd., Québec, Éditions du Papillon, 1994.

3 En l'an 2000, près de 95% des États américains possèdent leur propre législation concernant les volontés de fin de vie. À titre d'exemples : – **Californie** (*California Natural Death Act*) 1991; Health and Safety Code § 71-88. – **Floride** (*Florida Life-Prolonging Procedure Act*) 1991; Civil Rights § 765.05. – **Nevada** (*Nevada Withholding or Withdrawal of Life-Sustaining Procedures Act*) 1991; Uniform Act on Rights of the Terminally Ill. – **Tennessee** (*Tennessee Right to Natural Death Act*) 1990; Wills § 32-11-105.

Le « **Patient Self-Determination Act** (PSDA) [42 U.S.C. 1395, 1396], législation fédérale américaine en vigueur depuis décembre 1991, oblige tous dispensateurs de soins de santé à informer chacun de leurs patients de l'opportunité de rédiger un « living will ».

Voir également : https://www.legaldocs.com/htmdocs/livin_st.htm

PARTIE I

ÉTUDE EN DROIT COMPARÉ DU « LIVING WILL » DANS UN CONTEXTE DE COMMON LAW ET DE DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

Préambule

L'objectif principal de cette première partie vise à comparer le fonctionnement de deux systèmes de droit étrangers entre eux par rapport à un thème commun. Accessoirement, il est nécessaire de recenser les fondements légaux respectifs des deux ordres juridiques en cause se rapportant au thème étudié. Il est important de le faire dès maintenant, puisque la seconde partie du travail s'inscrit dans une logique de complémentarité des éléments examinés lors de cette première étape.

1. APPLICABILITÉ DU « LIVING WILL » DE COMMON LAW DANS LE CONTEXTE DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS ?

Afin de vérifier l'hypothèse de travail de façon valable, il incombe au lecteur, d'entrée de jeu, de bien en saisir les paramètres fixés. Ainsi, lorsqu'il est question dans le présent texte de « *common law* », il est délibérément fait référence de façon expresse et exclusive au droit des États-Unis d'Amérique qui appartient, entre autres, par sa structure, à la famille de la *common law*⁴. Deux arguments majeurs militent en faveur de cette approche particulière. D'abord, les États-Unis représentent, en Amérique du Nord, le berceau du « *living will* ». Marquée par l'histoire de *Karen Ann Quinlan*⁵ et le cas de *Nancy Cruzan*⁶, la quasi totalité des états américains ont adopté individuellement, à tour de rôle, leur propre statut concernant le « *living will* », parallèlement à un modèle unique

4 René DAVID, Camille JAUFFRET-SPINOZI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10^e éd., Paris, Éditions Dalloz, 1992.

5 *In re Quinlan*, 70 N.J. 10, 355 A. 2d 647 [1976] : patiente en état neurovégétatif persistant, inconsciente et qui, sous respirateur, vécut ainsi durant six années avant de décéder.

6 *Cruzan c. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261, 110 S. Ct. 2841, 111 L. Ed. 2d 224 [1990] : patiente dans un état neurovégétatif persistant et nourrie artificiellement. Le 14 décembre 1990, le tribunal autorisa l'arrêt de l'alimentation et, le 26 décembre 1990, Nancy Cruzan décédait après avoir vécu sept ans dans un état neurovégétatif.

7 *Supra*, note 3.

et universel de « living will⁸ » proposé pour l'ensemble du pays par un comité chargé d'uniformiser les législations entre états concernant cette matière. Malgré cette abondante et florissante littérature législative, la *common law* conserve toujours, en ce domaine, sa préséance sur le droit écrit. Dans *In re Prange*⁹, un « living will », signé sans témoin contrairement à l'exigence formelle qu'en faisait le statut de l'État, a été jugé valide comme étant conforme au critère du droit coutumier. Dans *Corbett*¹⁰, le tribunal, à la réquisition du patient, a autorisé, en fondant son raisonnement sur des principes de « *common law* », le retrait d'une alimentation naso-gastrique chez ce bénéficiaire alors que les statuts de l'état de la Floride ne permettaient pas cette manœuvre pouvant s'avérer fatale.

Finalement, par souci d'une analyse objective en droit civil québécois, la pertinence du présent exercice de dissertation en droit comparé doit intervenir entre deux systèmes de droit étrangers l'un par rapport à l'autre : la *common law* des États-Unis et le droit civil québécois. La coloration imposée par la *Charte canadienne des droits et libertés* au droit civil québécois ainsi qu'à la *common law* canadienne en matières de vie, de liberté et de sécurité¹¹ assujettit ces deux systèmes juridiques à des règles quasi identiques notamment en matière de droit à l'autodétermination concernant l'intégrité physique et mentale d'une personne¹². L'homogénéité des règles de droit, précisément en cette matière, confond la *common law* canadienne et le droit civil québécois : la *Charte*, constituant le droit suprême du Canada, vise à procurer à tous les Canadiens un droit unique. Afin d'éviter toute redondance, ainsi que tout recoupement de règles de droit avec la législation en vigueur au Québec, seule sera considérée de façon autonome la *common law* des États-Unis d'Amérique aux fins de la présente étude en droit comparé.

8 Uniform Rights of the Terminally Ill Act [1989] [acronyme : URTIA], 9B U.L.A. 96 (Supp. 1992).

9 *In re Prange*, 166 Ill. App. 3d 1091, 520 N.E. 2d 946 [1st Dist. Ct. App. 1988] (Publication retirée).

10 *Corbett c. D'Alessandro*, 487 So. 2d 368 [Fla. 1986].

11 *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)], art.7.

12 *Rodriguez c. C.B.*, [1993] 3 R.C.S. 519, 588, le Juge Sopinka : « ...il n'y a donc aucun doute que la notion de sécurité de la personne comprend l'autonomie personnelle, du moins en ce qui concerne le droit de faire des choix concernant sa propre personne, le contrôle sur sa propre intégrité physique et mentale, et la dignité humaine fondamentale... ».

L'objectif visé consiste à rechercher si le concept de « living will » tel qu'il est reconnu actuellement aux États-Unis peut, *mutatis mutandis*, produire ses mêmes effets dans le contexte du droit civil québécois. Le législateur québécois demeure muet et ne reconnaît pas expressément dans sa législation un concept semblable à celui du « living will ». Il devient alors futile de vouloir procéder à des comparaisons parallèles. Conséquemment, un cheminement *a contrario* s'avérera judicieux en fonction du but poursuivi : qu'il suffise *a priori* d'établir la validité du « living will » de *common law* dans le contexte du droit civil québécois et subséquemment, si cette démonstration s'avère positive, d'adapter le « living will » au droit civil du Québec.

2. TERMINOLOGIE

Fréquemment, dans la littérature de *common law* américaine, on fait référence à la notion de « advance directive ». Cette locution englobe tous documents écrits dans lesquels une personne manifeste sciemment ses intentions réfléchies quant aux soins et traitements médicaux futurs à prodiguer ou à proscrire en cas d'incapacité de cette dernière à exprimer sa volonté au moment opportun. Le droit civil québécois ne catégorise pas ce genre d'actes, ignorant même cette notion de « directives anticipées » [traduction libre]. La notion de « advance directive », en droit américain, intègre deux types précis de documents légaux : le « durable power of attorney for health-care decision » et le « living will ».

Le « durable power of attorney for health-care decision », assimilable en droit civil québécois au mandat donné en prévision de l'inaptitude¹³, se définit comme un écrit selon lequel un individu en mandate un autre afin qu'il prenne pour le mandant certaines décisions de nature médicale dans l'éventualité où ce dernier ne puisse prendre soin de lui-même et qu'il soit, à cause de son inaptitude, incapable d'exprimer ses volontés le moment venu.

Dans la décision *In re Peter*¹⁴, le tribunal, à la demande du mandataire nommé aux termes d'un « durable power of attorney for health-care decision », acquiesça au retrait du tube naso-gastrique chez un patient présentant un état neurovégétatif.

13 C.c.Q., art. 2166.

14 *In re Peter*, 108 N.J. 365, 529 A. 2d 419 [1987].

Le « living will » constitue cette manifestation écrite de la volonté d'une personne informant l'équipe soignante de ses décisions quant aux traitements à ne pas entreprendre ou à interrompre dans l'hypothèse où elle serait, à un moment ou l'autre, incapable de le faire elle-même à cause, entre autres, d'une maladie incurable en phase terminale.

La Cour Suprême de la Floride, renversant le tribunal d'appel dans *In re Guardianship of Browning*¹⁵, autorisa l'arrêt d'une alimentation par gavage telle que requise en vertu du « living will » rédigé par la patiente.

La législation québécoise se montre réticente à accorder au « living will » son titre de noblesse. La loi au Québec ne reconnaît pas formellement et ne sanctionne pas un tel document. Selon une certaine doctrine québécoise, le « living will » n'aurait [en droit québécois] aucune valeur stricte¹⁶. Le chapitre subséquent tentera de démontrer non seulement la validité du « living will » de *common law* en droit civil, mais également son existence réelle implicite au Québec.

3. VALIDITÉ DU « LIVING WILL » DE COMMON LAW EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

Tel que mentionné plus tôt, le droit statutaire aux États-Unis foisonne de textes législatifs témoignant de l'existence et de la validité du « living will ». Certains ouvrages doctrinaux et jurisprudentiels américains¹⁷ ont, quant à eux, étayé les principes de base de *common law* gouvernant la légitimité du « living will ». À partir de critères de *fond* justifiant du caractère licite du « living will » en *common law*, la corrélation

15 *In re Guardianship of Browning*, 543 So. 2d 258 [Fla. 2d Dist. Ct. App. 1989].

16 Jean-Louis BAUDOIN et Danielle BLONDEAU, *Éthique de la mort et droit à la mort*, coll. « Les voies du droit. Signes », Paris, P.U.F., 1993, p. 95.

17 Alan D. LIEBERSON, *The living will handbook, - The Right to Decide Your Own Fate*, New York, Hastings House Book Publishers, (1991); - B.D. COLEN, *The essential guide to a living will : how to protect your right to refuse medical treatment*, New York, Prentice Hall Press, (1991). *Compassion in Dying c. State of Washington*, 79 Federal Reporter, 3d series, 790, 793 à 839 (Ninth circuit 1996); *Quill c. Vacco*, 80 Federal Reporter, 3d series, 716, 718 à 731 (2nd circuit 1996).

ci-après établie avec le droit civil québécois tend à confirmer une forte similitude des deux systèmes juridiques quant à l'unicité du concept de « living will ».

3.1 *Common law* et droit à l'autodétermination en matière de soins de santé

Le « living will » constitue cette manifestation écrite et anticipée de volonté d'un individu au cas d'incapacité de refuser ou d'interrompre éventuellement certains soins de santé. Fruit de l'autonomie décisionnelle de la personne, la prestation de soins de santé se trouve intimement liée au consentement du bénéficiaire. Si le droit statutaire de plusieurs états américains cautionne expressément ce droit à l'autodétermination en matière de soins de santé par la promulgation de textes légaux relatifs au « living will », la *common law* des États-Unis a toujours, pour sa part, reconnu d'emblée ce droit d'un individu de prendre pour lui-même toutes décisions concernant les atteintes à sa propre personne¹⁸. Le droit américain a tantôt identifié cette prérogative stricte d'un individu de décider des atteintes personnelles à son intégrité corporelle comme découlant du « right of privacy¹⁹ » ou encore du « right to liberty²⁰ » protégés par la Constitution. D'autres arrêts, tout en reconnaissant ce même droit à l'autodétermination, ont pour leur part invoqué le « right of informed consent²¹ » de la *common law* comme fondement à la notion d'autodétermination en matière de soins de santé.

18 *Union Pacific Railway Co. c. Botsford*, 141 U.S. 250, 11 S. Ct. 1000, 35 L. Ed. 734 [1891]; *Schloendorff c. Society of New York Hospital*, 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 [1914] : « ... Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault, for which he is liable in damages ».

19 *In re Quinlan*, 70 N.J. 10, 355 A. 2d 647 [1976]; *Brophy c. New England Mount Sinai Hospital*, 398 Mass. 417 [1986]; *In re Farrell*, 108 N.J. 335, 529 A. 2d 404 [1987].

20 *Bartling c. Glendale Adventist Med. Center*, 184 Cal. App. 3d 961, 229 Cal. Rptr 360 [1986]; *Cruzan c. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261, 110 S. Ct. 2841, 111 L. Ed. 2d 224 [1990].

21 *Delio c. Westchester County Medical Center*, 129 App. Civ. 2d 1, 516 N.Y.S. 2d 677 [1987]; *In re Gardner*, 534 A. 2d 947 [Maine 1987]; *Conservatorship of Drabick*, 200 Cal. App. 3d 185, 245 Cal. Rptr 840 [6th Dist. Ct. App. 1988].

Parallèlement, le droit civil québécois est aussi titulaire des mêmes attributs du droit à l'autodétermination sans toutefois en avoir élaboré une législation formelle. En l'absence de textes de loi relatifs au « living will », le *Code civil du Québec* recoupe à l'intérieur de ses dispositions la plupart des critères énoncés en *common law* et en droit statuaire. Ainsi, bien que le « right of privacy » ne possède pas de pendant en droit civil au Québec, ce semblable droit « à la vie privée »²² en matière de soins de santé se trouve confirmé par l'article 10 C.c.Q. qui consacre une certaine intangibilité de la personne humaine.

Quant au « right to liberty » et au « right of informed consent » de *common law*, le *Code civil du Québec* en légitimant l'atteinte corporelle en matière de soins de santé par le consentement libre et éclairé (art. 11 C.c.Q.) consacre l'autonomie et la liberté de l'individu de décider de son propre sort à la condition toutefois que cette atteinte soit le résultat patent d'une volonté préalablement éclairée et subséquemment libre. Le *Code civil du Québec* applique, à l'intérieur de ses dispositions, des principes de droit équivalents à ceux retenus en *common law* concernant le droit à l'autodétermination en regard des soins de santé.

Au surplus, la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*²³ ainsi que la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁴ reconduisent ces mêmes principes fondamentaux en matière de droit à l'inviolabilité de la personne et d'autodétermination.

Le droit à l'autodétermination en matière de soins de santé représente la manifestation de la volonté autonome d'un individu de renoncer ou non de son plein gré à des soins, même si l'issue s'annonce fatale. Dans un arrêt du

22 Voir art. 4 et 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

23 *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 1 : « Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne ».

24 *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)], art 7 : « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ».

Massachusetts²⁵, bien que le refus de la patiente de subir l'amputation de sa jambe se traduit plus tard par son décès à cause de certaines complications, le respect de ses volontés fut honoré au même titre que fut considéré celui de *Nancy B.*²⁶ où la demande expresse de l'arrêt de soins de la patiente conduisit subséquemment à une mort prévue.

Le droit à l'autodétermination est un droit personnel à l'individu, dénué de toute ingérence extérieure quant à sa validité : « The family should not be able to overrule the competently expressed wishes of an elderly, incurably ill patient²⁷. »

3.2 En common law, l'inaptitude ne met pas fin au droit à l'autodétermination en matière de soins de santé

Autre principe important de *common law*, le droit à l'autodétermination en matière de soins de santé ne constitue pas un droit éphémère, limité par l'incapacité physique ou mentale de l'individu. Bien que l'incapacité intellectuelle ou physique puisse constituer un sérieux obstacle à la manifestation expresse d'une volonté libre et éclairée, il s'avère indéniable que le droit de disposer de sa propre personne demeure une des caractéristiques fondamentales de la dignité humaine. Dans *Morgan v. Olds*²⁸ le tribunal s'exprime ainsi :

« Incompetency does not vitiate the patient's rights to choose the particular treatment or the doctor's duty to obtain the necessary consent. To preserve this right, a substituted judgement is made on the incompetent's behalf by a surrogate decision-maker. »

Le consentement substitué se présente comme une des manifestations du prolongement du droit à l'autodétermination de la personne incapable d'exprimer librement sa volonté.

25 *Lane c. Candura*, 78 App. Ct. 588, 376 N.E. 2d 1232 [Mass. 1978].

26 *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec et Dr Marceau*, [1992] R.J.Q. 361 (C.S.).

27 *Collins c. Davis*, 44 Misc. 2d 622, 254 N.Y.S. 2d 666 [1964].

28 *Morgan v. Olds*, 417 N.W. 2d 232 [Iowa Ct. App. 1987].

Voir quant à la *validité* du jugement substitué : *In re Fiori*, 438, Pa. Super. 610, 652 A. 2d 1350 [1995]; *In the Matter of Edna M.F.*, Wisconsin Supreme Court; [June 1997], case no. 95-2719.

Loin d'être dépouillé de son droit au libre choix, le patient jouit de cette fiction juridique lui permettant l'affirmation ainsi que le respect de ses droits.

En *common law*, la théorie prédominante du « substituted judgment », gardienne du droit à l'autodétermination de la personne incapable, cohabite avec la théorie secondaire du « best interest ». Un patient dépourvu de « living will » et inapte à faire connaître ses volontés en matière de soins de santé pourra, par l'entremise d'un tiers, exercer son droit à l'autodétermination. Le tiers habilité à se prononcer pour autrui devra, dépendamment des lois de l'État en cause, s'en remettre soit à la théorie du « substituted judgment » et prendre une décision selon ce que le patient aurait lui-même décidé s'il en avait été capable²⁹, ou au contraire, fonder ses conclusions relativement à l'évaluation de l'inapte, sa condition, les risques et bénéfices du traitement, sa qualité de vie, le tout en conformité avec la théorie du « best interest³⁰ ». Cette dernière théorie module en fait le consentement substitué de sorte qu'il devra s'exercer dans le meilleur des intérêts de l'inapte, et obligatoirement en harmonie avec les volontés connues du patient³¹. Le durable power of attorney for health-care decision s'inscrit dans cette logique de conservation et de protection du droit à l'autodétermination au cas d'inaptitude.

Le *Code civil du Québec*³² reconnaît et adopte pareillement la théorie du consentement substitué comme un des mécanismes de prolongement du droit à l'autodétermination en phase d'inaptitude. L'article 12 C.c.Q. combine de façon

29 Le tiers doit apporter une « *clear and convincing evidence* » de la volonté du patient et pour ce faire, « *ideal situation is one in which the patient's wishes were expressed in some form of writing, perhaps a living will* » : *In re Westchester County Medical Center on Behalf of O'Connor*, 72 N.Y. 2d 517, 534 N.Y.S. 2d 886, 531 N.E. 2d 607 [1988]; *Grace Plaza c. Elbaum*, 588 N.Y.S. 2d 853, 183 A.D. 2d 10 [1992]; *In re Martin*, 517 N.W. 2d 749 [1994].

30 *In re Guardianship of Grant*, 109 Wash. 2d 545, 747 P. 2d 445 [1987].

31 *Foster c. Tourtellotte*, U.S. District Court No. CV81-5046 [CD Cal. 1981].

32 C.c.Q., art. 11 al. 2 : « ... Si l'intéressé est inapte à donner ou à refuser son consentement à des soins, une personne autorisée par la loi ou par un mandat donné en prévision de son inaptitude peut le remplacer ».

identique chacune des théories de *common law* ci-dessus évoquées en les contraignant à interagir : une lecture attentive de ce dernier article démontre la façon dont le droit civil québécois dispose de la théorie du « substituted judgment » obligatoirement complétée par celle du « best interest » dans son ordre juridique interne :

Art. 12 C.c.Q. « Celui qui consent à des soins pour autrui ou qui les refuse est tenu d'**agir dans le seul intérêt de cette personne en tenant compte**, dans la mesure du possible, **des volontés que cette dernière a pu manifester**.

S'il exprime un consentement, il doit s'assurer que les soins seront bénéfiques, malgré la gravité et la permanence de certains de leurs effets, qu'ils sont opportuns dans les circonstances et que les risques présentés ne sont pas hors de proportion avec le bienfait qu'on en espère. »

Le mandat au cas d'inaptitude reflète cette transmission du droit à l'autodétermination et l'obligation d'agir dans le meilleur intérêt³³.

L'article 12 C.c.Q. réfère également aux volontés connues que la personne inapte a pu manifester antérieurement à son handicap. Ces volontés ainsi exprimées consacrent non seulement une méthode additionnelle de survie du droit à l'autodétermination en cas d'incapacité, mais aussi une reconnaissance formelle des intentions anticipées de l'individu en matière de soins de santé. Cette façon de faire s'inscrit dans une philosophie identique à celle du « living will » de *common law*.

3.3 En common law, le droit à l'autodétermination n'est pas un droit absolu

Malgré la forte prééminence du droit à l'autodétermination en matière de soins santé, ce droit connaît certaines limites imposées par l'ordre public. Certaines balises justifiées par l'intérêt public ont nié l'absolutisme de ce droit. Dans l'arrêt *Quinlan*³⁴, le Juge Hughes s'exprime ainsi :

33 C.c.Q., Art. 2168 et 260.

34 *In re Quinlan*, 70 N.J. 10, 355 A. 2d p.664 [1976].

« We think that the State's interest weakens and the individual's right to privacy grows as the degree of bodily invasion increases and the prognosis dims. Ultimately, there comes a point at which the individual's rights overcome the State interest. »

Implicitement, cet extrait traduit l'esprit du droit américain dans son souci de protection de certaines idéologies fondamentales pouvant être mises en péril par l'exercice du droit à l'autodétermination. Ainsi, dans l'arrêt *Muhlenberg Hospital c. Paterson*³⁵, le tribunal a dénié aux parents leurs droits de refuser pour leur jeune enfant une transfusion sanguine qu'ils considéraient contraire à leurs convictions religieuses. La protection de la vie humaine constitue ici le premier des thèmes à l'égard desquels le droit à l'autodétermination se heurte à un obstacle. Dans la cause *In re President & Directors of Georgetown College*³⁶, une femme enceinte n'a pu refuser, contrairement à sa volonté, de recevoir une transfusion de sang étant donné le danger potentiel encouru pour l'enfant à naître. Second thème, l'État assure la protection du tiers dans l'impossibilité de faire valoir ses droits. Troisième thème, le droit à l'autodétermination ne doit pas servir de faux-semblant au suicide ou à l'euthanasie : dans la cause *In re Caulk*³⁷, le tribunal ordonna qu'un prévenu condamné à la prison à perpétuité et entamant une grève de la faim dans le dessein de mettre un terme à ses jours soit, à l'encontre de sa volonté, nourri par gavage. Dans l'arrêt *Rasmussen*³⁸, la Cour s'exprime ainsi quant au droit à l'euthanasie :

« For human reasons, with informed consent, a physician may do what is medically necessary to alleviate severe pain, or cease to omit treatment to permit a terminally ill patient whose death is imminent to die. However, he should not intentionally cause death. »

Finalement, comme quatrième thème, le droit à l'autodétermination ne doit pas interférer dans le maintien de

35 *Muhlenberg Hospital c. Patterson*, 128 N. J. Super. 498, 320 A. 2d 518 [1974].

36 *In re President & Directors of Georgetown College*, 531 F. 2d 172 [D.C. Cir. 1964].

37 *In re Caulk*, 125 N.H. 226, 480 A. 2d 93 [1984].

38 *Rasmussen c. Fleming*, 154 Ariz. 207, 741 P. 2d 674 [1987].

l'intégrité de la profession médicale. Ainsi, dans la cause *Crouse-Irving Memorial Hospital c. Paddock*³⁹, le patient qui requiert expressément des soins pour son état de santé ne peut conséquemment refuser les traitements appropriés et nécessaires au risque de discréditer la profession médicale : le médecin ne devant pas être considéré complice à un suicide assisté.

En droit civil québécois, l'article 3 C.c.Q. confère à toute personne certains droits dont, tacitement, celui à l'autodétermination en matière de soins de santé qui connaît également des limites justifiées par l'ordre public comme précisées à l'article 9 C.c.Q.

Les limites apportées à la notion d'ordre public en *common law* trouvent-elles application d'office en droit québécois ? Chose certaine, le droit à l'autodétermination en matière de soins de santé ne peut s'exercer en contravention des règles qui gouvernent l'ordre public : l'article 9 C.c.Q. est formel. Les restrictions citées plus haut relativement à la notion d'ordre public en *common law* américaine se concilient aisément avec celles du droit québécois. Ainsi, le tribunal qui passe outre à la décision des parents et autorise quand même une intervention chirurgicale chez leur jeune enfant trisomique de six jours⁴⁰, allie son jugement avec les notions de protection du droit à la vie et protection accordée à un tiers inapte de *common law*. L'arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*⁴¹ constitue un exemple éloquent de refus d'aide au suicide également désavoué par le droit américain comme barrière au droit à l'autodétermination. La cause *R. c. Morgentaler*⁴² qui n'oblige pas une femme enceinte à mener sa grossesse à terme contraste par contre avec l'intérêt du tiers inapte à exercer ses droits, mais demeure fidèle à une jurisprudence

39 *Crouse-Irving Memorial Hospital c. Paddock*, 127 Misc. 2d 101; 485 N.Y.S. 2d 443 [1985].

40 *Centre Hospitalier Ste-Marie c. Fournier*, [1996] R.J.Q. 2325 (C.S.). Dans le même sens : *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315 : rejet d'une opposition des parents témoins de Jéhovah à une transfusion sanguine pour leur enfant.

41 *Rodriguez c. Procureur général du Canada*, [1993] 3 R.C.S. 519.

42 *R. c. Morgentaler*, (1988) 1 R.C.S. 30.

américaine⁴³ favorable au « freedom of choice ». Le concept d'ordre public étant une notion en constante évolution, il devient périlleux de tenter d'en fixer des paramètres qui puissent convenir à des ordres juridiques différents au service de sociétés distinctes l'une de l'autre. Le droit à l'autodétermination en matière de soins de santé s'exerce dans un cadre délimité par la notion d'ordre public et selon des situations élaborées par cette dernière au fil d'événements tels que, mais de façon non limitative, l'urgence de la situation et le traitement obligatoire de maladie. Avant la réforme du *Code civil du Québec* de 1994, dans la cause *Institut Philippe Pinel de Montréal c. Dion*⁴⁴, le tribunal autorisa les traitements refusés par l'intimé étant donné que la cour ne pouvait croire qu'un homme sain d'esprit pouvait décider ainsi. Il convient de conclure, après référence notamment aux articles 13 et 16 C.c.Q⁴⁵, au caractère nettement relatif du droit à l'autodétermination en matière de soins de santé.

3.4 L'objet du « living will » de common law

La finalité première du « living will » vise la sauvegarde et l'expression du droit à l'autodétermination d'une personne en matière de soins de santé lorsqu'elle se retrouve dans l'impossibilité d'exprimer elle-même ses volontés. Bien qu'il s'avère machinal d'associer « living will » et maladie en phase terminale, la *common law* américaine n'y voit pour sa part qu'une modalité d'application du « living will » parmi tant d'autres. Les exemples usuels et classiques de « living will » gravitent pour la plupart autour du bénéficiaire inconscient et condamné à mourir à brève échéance. Le droit américain ne restreint pas le droit à l'autodétermination dans un « living will » exclusivement aux situations qu'il juge terminales : *Brophy c. New*

43 *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113, 93 S. Ct. 705, 35 L. Ed. 2d 147 [1973]; *In re Fetus Brown*, Illinois Appellate Court; December 1997, no. : 96-JA-03312. Dans le même sens, en droit canadien : *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)* [1997] 3 R.C.S. 925.

44 *Institut Pinel de Montréal c. Dion*, (1983) C.S. 438; voir aussi *Boyer c. Grignon*, [1988] R.J.Q. 829 (C.S.) : où l'atteinte corporelle non consentie a été jugée justifiée compte tenu de l'urgence, de la gravité de la situation et l'espoir de sauver une vie.

45 Situations dans lesquelles il est passé outre au droit à l'autodétermination.

*England Mount Sinai Hospital*⁴⁶. Ainsi, dans l'arrêt *A.B. c. C*⁴⁷, le tribunal a reconnu la validité d'un « living will » rédigé par une dame quadraplégique qui désirait le retrait de son respirateur dans l'éventualité d'une inaptitude future l'empêchant alors d'exprimer librement sa volonté. La Cour, dans la cause *In re E. Hall Hospital*⁴⁸, a ordonné l'arrêt d'une dialyse rénale d'un patient qui en avait manifesté l'intention par écrit dans la perspective d'un coma qui survint durant son hospitalisation.

La jurisprudence américaine assimile⁴⁹ à la maladie en phase terminale, et donc susceptible d'encadrement dans un « living will » le « persistent vegetative state (PVS) », état selon lequel le patient possède une bonne expectative de vie, mais demeure détaché irréversiblement depuis plusieurs mois, et pour l'avenir, de tout contact avec le monde extérieur. Le tribunal s'exprime ainsi dans la cause *Jobes*⁵⁰ :

« ...find it difficult to conceive of a case in which the State could have an interest strong enough to subordinate a patient's right to choose not to be sustained in a persistent vegetative state. »

Jouissant des mêmes prérogatives que le patient en phase terminale, l'individu présentant un état neurovégétatif persistant demeure tributaire du respect de ses volontés écrites en matière de soins de santé. Le décès imminent ne constitue pas une condition de recevabilité des intentions écrites et anticipées du patient ni de validité du droit à l'auto-détermination. La cessation de l'alimentation ou de l'hydratation artificielles comme traitement médical⁵¹ pourra expressément

46 *Brophy c. New England Mount Sinai Hospital*, 398 Mass. 417 [1986].

47 *A.B. c. C.*, 124 Misc. 2d 672, 477 N.Y.S. 2d 281 [1984].

48 *In re Lydta E. Hall Hospital*, 116 Misc. 2d 477, 455 N.Y.S. 2d 706 [1982].

49 *Barber c. Superior Court*, 147 Cal. App. 3d 1006, 195 Cal. Rptr. 484 [1983]; *In re L.H.R.*, 321 S.E. 2d 716 [Ga. 1984]; *Gray c. Romeo*, 697 F. Supp. 580 [D.R.I. 1988].

50 *In re Jobes*, 108 N.J. 394, 529 A. 2d 434 [1987].

51 *In re Requena*, 213 N.J. Super. 475, 517 A. 2d 886 [1986] : « From a technical point of view, it (alimentation/hydratation) is frequently rather simple medical treatment, but it is medical treatment. » Dans le même sens : *Gilmore c. Annaburg Manor Nursing Home*, Virginia Supreme Court [October 1998] & *Bouvia c. County of Riverside*, Riverside County Superior Court (Cal.) Court No 159780 [1983].

faire l'objet d'une clause dans le libellé du « living will » de la personne présentant un « persistent vegetative state » et être légalement admise⁵² par le tribunal. Transposées dans le droit civil québécois, ces considérations de *common law* y trouvent-elles un traitement similaire ? Dans la cause *Manoir de la Pointe Bleue (1978) inc. c. Corbeil*⁵³, une victime d'accident devient quadraplégique. Postérieurement, elle fit constater dans un mandat d'incapacité notarié les volontés suivantes :

« ...Je demande qu'on respecte mon droit et ma décision irrévocable de mettre volontairement fin à mes jours en cessant de m'alimenter... Je demande à mon mandataire [] de continuer d'interdire à quiconque, ainsi que je l'interdis maintenant, d'utiliser une quelconque technique et/ou méthode médicale ou autre ayant pour effet d'alimenter mon corps et de prolonger ma vie... »

Le tribunal prit acte de la requête pour jugement déclaratoire du centre d'accueil et ordonna le respect des volontés de l'intimé. Sur la base du droit à l'autodétermination, la Cour conclut à la légalité des dispositions stipulées à l'intérieur du mandat donné en prévision de l'incapacité confirmant le refus de traitement. L'honorable juge Rouleau, suivant la doctrine québécoise dominante, assimila l'alimentation à des soins de base que l'on peut refuser comme tout traitement. Le centre d'accueil n'avait plus l'obligation de prodiguer à l'intimé une alimentation intraveineuse. Les directives énoncées dans le mandat ont été jugées valides au cas d'incapacité du patient; *a fortiori* en présence d'un état neurovégétatif irréversible, mais sans nécessité toutefois d'un état terminal. Compte tenu d'une jurisprudence peu abondante mais pertinente en la matière, le droit civil québécois partage avec la *common law* les mêmes critères relatifs à l'objet du « living will ».

3.5 Le « living will » de *common law* : contraignant ?

Confrontés aux volontés d'un patient inapte consignées dans un « living will », le médecin, l'équipe soignante ou

52 *In re Rodas*, Mesa County No. 86 PR 139 [Colo. Dist. Ct. 1987] : refus d'alimentation et d'hydratation reconnu.

53 *Manoir de la Pointe Bleue (1978) Inc. c. Corbeil*, [1992] R.J.Q. 712 (C.S.).

l'établissement de santé sont-ils contraints de respecter les exigences du bénéficiaire ainsi énoncées ? Aussi bien en *common law* qu'en droit civil québécois, le « living will » n'est qu'une manifestation unilatérale de volonté du patient. Ce document ne bénéficie d'aucun pouvoir coercitif, ne jouissant d'aucune autorité établie à l'encontre des tiers. Si bien que toute personne n'y retrouvant pas le respect de ses convictions personnelles ou professionnelles possède l'entière liberté d'adhérer ou non aux demandes formulées par le patient et, dans la négative, l'obligation de transférer le bénéficiaire sous la responsabilité d'une autre personne plus réceptive⁵⁴ aux besoins de l'individu. Bien que chacun ne soit pas astreint légalement à l'exécution du contenu du « living will », personne ne peut par contre passer outre aux volontés exprimées et agir à l'encontre des décisions du patient : le droit à l'autodétermination s'imposant comme protecteur de l'intégrité de la personne.

Un dernier élément non négligeable concerne le libellé du « living will ». Comme le souligne un commentateur :

« Le texte à interpréter exprime-t-il des directives clairement définies et spécifiques ou une volonté d'ordre général ? Les directives ou la volonté du patient sont-elles applicables à sa situation clinique ou une telle application serait-elle incongrue ? » À quelle époque, à l'aide de quelles personnes et dans quelles circonstances le « testament biologique » a-t-il été rédigé ? Le patient a-t-il discuté de ces questions avec son médecin avant de rédiger son « testament biologique »⁵⁵ »

Autant d'interrogations qui paralysent l'effet souhaité du « living will » et qui en anéantissent le caractère contraignable souhaité face au tiers.

54 En droit américain : *Conservatorship of Morrison*, 206 Cal. App. 3d 304, 253 Cal. Rptr. 530 [1st Dist. Ct App. 1988]; *In re Estate of Longeway*, 133 Ill. 2d 33 [1989].

En droit civil québécois : Pauline LESAGE-JARJOURA, Jean LESARD et Suzanne PHILIPS-NOOTENS, *Éléments de responsabilité civile médicale. Le droit dans le quotidien de la médecine*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 241 à 255.

55 Michel GIROUX, « Tribune d'éthique », (1998) 13 *Le Clinicien*, n° 7, 47.

3.6 Le « living will » de common law : forme et formalités

Bien que le « living will » de *common law* puisse, dans sa présentation la plus élémentaire, se décrire comme un document daté et signé, de forme libérale, au contenu inspiré des règles de base de *common law* pertinentes au sujet et analysées précédemment (voir comme modèles : https://www.legal-docs.com/htmldocs/livin_st.htm), la consultation d'ouvrages spécialisés en la matière révèle toutefois l'assujettissement du « living will » à certaines contraintes législatives différentes d'un État américain à l'autre. Conséquemment, quoiqu'il puisse présenter de légères variantes, le « living will » de *common law* n'en conserve pas moins son objectif premier : l'expression du droit à l'autodétermination en matière de soins de santé d'une personne incapable de manifester son choix. La pluralité de lois ou de statuts propres à chacun des États laisse faussement croire à une complexification du concept. Presque la totalité des juridictions américaines, à l'exception de celles des états de New York, du Michigan et du Massachusetts, possèdent leurs propres législations régissant le « living will ». L'encadrement donné par chacune de ces lois directrices respecte invariablement le droit fondamental à l'autodétermination de l'individu en matière de soins de santé laissant toutefois subsister, d'un État à l'autre, des différences concernant certaines questions de formalités et d'exécution.

À titre d'illustrations, et sans vouloir élaborer exhaustivement sur les lois en vigueur, relativement au libellé du préambule de certaines législations, les définitions énoncées aux termes des dispositions interprétatives varient : si certaines expressions telles que « Attending Physician », « Adult », « Terminal Condition » ou encore « Qualified Patient » traduisent une unanimité certaine entre législations quant à leur portée, certains États, par exemple, excluent expressément du concept de « Life-Sustaining Procedures » la notion de « Pain Medication » alors que d'autres la prévoient nommément. Des locutions telles que « Life-prolonging Mechanisms », « Death-prolonging Procedures », ou encore « Life-Sustaining Procedures » connotent une même réalité, mais sous une appellation différente. Afin de conserver sa force exécutoire, certains États exigent que le « living will » soit rédigé sous une forme prescrite, en y permettant cependant l'énoncé de directives personnelles telles le don d'organes, l'abstention de toutes

réanimations cardiorespiratoires, de transfusions sanguines, de dialyses, d'amputations, etc. Ces formalités légalement imposées ne le sont pas dans le dessein de bonifier le droit à l'autodétermination déjà consacré par la jurisprudence, mais dans le but ultime d'en assurer l'opposabilité et le respect inconditionnel. Certains États exigent que le « living will » soit rédigé à la suite seulement d'un diagnostic de maladie terminale pour être valide.

Par le biais de leur législation respective, quelques États rendent inopérants les effets d'un « living will » durant la grossesse. D'autres se satisferont de l'opinion médicale d'un seul médecin pour confirmer l'état terminal d'un patient, contrairement à plusieurs législatures qui requerront le verdict d'au moins deux praticiens. Il convient de souligner qu'une minorité de lois édictent des amendes ainsi que des peines d'emprisonnement pour tout médecin qui viole les volontés d'un patient énoncées dans un « living will ». Tous les États exigent que le « living will » soit contresigné par et en présence d'au moins deux témoins. Plusieurs États requièrent que les témoins soient étrangers au déclarant, non créanciers, non successibles, personnes non liées à ce dernier ou ne lui prodiguant pas de soins. Qu'un héritier potentiel soit déchu et déclaré indigne de cette qualité s'il n'obtempère pas ou s'oppose aux volontés de la personne énoncées dans son « living will ». De nombreux statuts soumettent également le « living will » à un délai péremptoire. D'autres exigent formellement que le « living will » soit reçu en présence et devant un « Notary Public ». Enfin, un point important concerne toutes ces lois qui décrètent une immunité totale à l'encontre de toute responsabilité civile professionnelle découlant du respect des volontés de fin de vie d'un patient.

Le mutisme du législateur québécois en matière de « living will » traduit-il un certain laxisme de sa part ou s'avère-t-il plutôt incitatif à rédiger un document dépourvu de toutes formalités contraignantes et rebutantes ? Cette absence d'exigences en droit civil québécois révèle-t-elle une ouverture d'esprit du législateur; est-elle synonyme d'une reconnaissance sans borne du « living will » en droit civil ? S'il faut en juger par l'encadrement formel⁵⁶ qu'impose le *Code civil du*

56 C.c.Q., art. 2166 et 2167 : personne majeure, acte notarié ou devant témoins, et homologation.

Québec à la protection de la personne, à son bien-être moral et physique ainsi qu'aux soins exigés par son état de santé dans un mandat donné en prévision de l'incapacité, force est de constater que le « living will », comme acte autonome garant des mêmes droits et libertés, semble à tout le moins avoir été oublié, intentionnellement, des visées protectionnistes du législateur. Les dimensions éthiques et médicales controversées du « living will » freinent-elles le législateur québécois qui répugne à l'idée d'avoir à statuer sur un droit fondamental de la personne humaine comme celui à l'autodétermination en matière de soins ?

Après analyses et comparaisons des principaux critères d'existence et de validité du « living will » de *common law* en regard des dispositions du droit civil québécois, force est de conclure que tous ces éléments, nonobstant les différences entre leur système juridique d'appartenance, dépeignent une seule et même réalité : la protection du droit à l'autodétermination en matière de soins de santé. L'unicité du concept de « living will » à l'intérieur de ces deux ordres juridiques distincts oblige une certaine rationalisation : du système américain organisé en matière de « living will » à l'impassibilité législative en droit québécois, rien ne s'oppose à l'applicabilité de facto du concept de « living will » de *common law* américaine dans le contexte du droit civil québécois.

L'ordre juridique québécois procure au concept de « living will » un encadrement légal moins coercitif que le droit américain, fortement plus convivial et d'expression manifestement plus libérale. Afin d'affiner l'esprit de la présente étude, la seconde partie du travail sera consacrée à l'adaptation du « living will » dans un contexte purement civiliste.

PARTIE II

ADAPTATION DU « LIVING WILL » DE COMMON LAW AU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

Préambule

Cette seconde partie est consacrée à l'adaptation du « living will » de *common law* au droit civil du Québec. Questions de forme et de fond se succèdent afin d'établir un

environnement juridique propice à l'élaboration du concept. Bien que le droit civil n'ait pas encore inséré dans sa législation de dispositions expresses quant au « living will », une reconnaissance du principe s'est, au fil des ans, timidement développée au Québec sous l'appellation discutable de « testament biologique⁵⁷ » ou « testament de vie ». Comme première démarche d'harmonisation, le vocable de **testament biologique** est retenu pour évoquer la manifestation écrite du droit à l'autodétermination en matière de soins de santé au cas d'incapacité. Enfin, comme le droit à l'autodétermination dans le cadre juridique québécois se présente comme un droit susceptible d'exercice dès l'âge de quatorze ans⁵⁸, c'est précisément dans cette perspective que s'ébauche l'effort d'adaptation.

1. PROPOSITIONS DE FORMES QUANT À L'ACTE OBJET DU « TESTAMENT BIOLOGIQUE » DE LA PERSONNE ÂGÉE DE QUATORZE ANS ET PLUS.

Préalablement à l'étude des formes possibles que peut revêtir le « testament biologique » de la personne âgée de quatorze ans et plus, il s'avère opportun d'en redéfinir le concept et de rappeler brièvement le fondement juridique. Selon Jean-Louis Baudouin :

« (...) il s'agit d'un document écrit dans lequel une personne **majeure** et capable exprime le vœu, si un jour elle tombe gravement malade, devient incapable de prendre pour elle-même les décisions médicales qui s'imposent de guérison, de ne pas être maintenue en vie « artificiellement » par le biais de traitements désormais inutiles ou de mesures dites « extraordinaires ». C'est donc essentiellement l'expression écrite par un patient éventuel, lorsqu'en phase terminale, de sa volonté de ne pas être prolongé indûment.⁵⁹ »

57 Étant donné la traduction boiteuse de « living will » par l'expression « testament biologique », cette dernière est citée entre guillemets; voir à ce sujet : Jean MARTINEAU, « L'insoutenable légèreté d'une appellation », (1987-88) 90, R. du n., 556.

58 C.c.Q., art. 14.

59 Jean-Louis BAUDOIN, *Le testament de vie*, (1988) 6, n° 4, *Artère*, 14. Voir également comme définition : Monique OUELLETTE, *La loi sur le curateur public et la protection des incapables*, (1989) 3 C.P. du N. 9, 37.

Au surplus, qu'il suffise de rappeler d'une part qu'aucune législation expresse ne régit un tel acte et, d'autre part, que les articles 12 al. 1 C.c.Q et 2131 C.c.Q. ne font qu'une modeste allusion à l'existence même d'un pareil document. Le testament biologique « ...s'inscrit [donc] dans la logique et la continuité du consentement libre et éclairé⁶⁰ ». Il est un corollaire au principe de l'autonomie⁶¹, de l'inviolabilité de la personne humaine et du droit à l'autodétermination de celle-ci⁶².

Enfin, il ne faudrait surtout pas se méprendre sur l'utilisation de l'expression « personne majeure » dans la définition donnée ci-dessus. L'emploi du qualificatif majeur ne vient pas restreindre la rédaction d'un « testament biologique » aux seules personnes âgées de dix-huit ans et plus, mais doit, *a contrario*, s'interpréter, comme il le sera démontré au fil de l'exposé, comme désignant les seules personnes assurées de la validité de leur « testament biologique »; en d'autres mots, de la légitimité de leurs volontés de fin de vie.

1.1 Formes

Comme mentionné précédemment, aucun texte de loi au Québec ne chapeaute le « testament biologique ». Conscient de ce vide juridique, il convient de circonscrire, de façon non exhaustive, certaines formes types applicables à cet acte. Il s'avère important, dès le premier effort de réflexion, de soupeser l'impact que pourrait avoir le « testament biologique » verbal d'une personne. S'agit-il d'une forme souhaitable ? Pareille manifestation de volonté anticipée est-elle valide ? En l'absence de tout texte légal exprès sur la question, comment le législateur considère-t-il *in abstracto* cette façon de faire ? En matière de don du corps humain à des fins médicales ou scientifiques ou encore de prélèvement d'organes ou de tissus sur celui-ci, le législateur privilégie cette expression verbale de volonté faite devant deux témoins⁶³. Bien que la légalité du

60 Yvon BUREAU, *Les volontés écrites de fin de vie, Actes du Congrès 1994 - Un nouveau Code civil ; un nouveau contrat social*. 1995, Montréal, Chambre des notaires du Québec.

61 C.c.Q., art. 11.

62 C.c.Q., art. 10.

63 Voir C.c.Q., art. 43

procédé soit consacrée, ce dernier s'allie-t-il bien avec la finalité du « testament biologique » ? Énoncée au chapitre quatrième du livre premier du *Code civil du Québec*, la volonté verbale de l'individu donnée en présence de deux témoins semble beaucoup moins problématique pour les tiers compte tenu d'une part de la survenance du décès et, d'autre part, de l'absence quasi totale de tout préjudice pouvant en découler. Appliqué au « testament biologique », le consentement verbal, même en présence de témoins, peut-il être garant du résultat escompté ? Étant donné l'enjeu, le « testament biologique » verbal de l'individu ne peut être conditionnel à la présence ultérieure des témoins, courir le risque d'être le résultat de oui-dire, ou encore d'être l'otage de témoignages vagues, imprécis ou contradictoires. Une manifestation expresse de la volonté émanant préférablement de l'individu lui-même favorise la forme écrite plutôt que testimoniale.

1.1.1 ACTE À CARACTÈRE AUTONOMISTE

Cette forme écrite s'avère la plus simple des façons de faire. Le « testament biologique », comparativement à la donation à cause de mort du même nom⁶⁴, n'a de similaire avec cette dernière que son appellation et son caractère d'acte unilatéral⁶⁵ et révocable. Conséquemment, et à cause du néant juridique en la matière, rien ne s'oppose à ce que le testament de fin de vie ne s'inspire des formes testamentaires énumérées à l'article 712 C.c.Q., ou, à tout le moins, d'applications variées de leurs critères de forme respectifs. À titre d'exemple, bien que rédigé en forme authentique (situation inusitée pour un notaire que de recevoir éventuellement la signature d'un comparant mineur⁶⁶) ou sous seing privé, le « testament biologique » pourrait être signé ou non en présence de témoins, être écrit ou non par un moyen technique, ne constituer qu'un formulaire pré-imprimé dûment signé, semblable à la carte des Témoins de Jéhovah⁶⁷. Par contre, toutes volontés de fin de vie

64 Voir C.c.Q., art. 704.

65 Michel JONQUET, *Nouvelles rencontres notariat – Droit médical*, Congrès mondial de droit médical, France, 1991; À propos de l'acte unilatéral, voir : Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les Obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998.

66 C.c.Q., art. 14 al. 2 et 708.

67 *Malette c. Shulman*, [1990] 2 C.C.L.T. (2d) 1 (C.A.), [1990] 72 O.R. (2nd) 417, 67 D.L.R. (4th) 321 (Ont. C.A.).

ou tous mandats donnés en prévision de l'inaptitude sont à proscrire dans tous testaments faits selon l'article 712 C.c.Q., étant donné que ces testaments n'auront d'effet qu'au décès du testateur⁶⁸ et qu'il pourrait y avoir également incertitude quant au dernier testament rédigé.

Toute manifestation unilatérale de volonté écrite de la personne âgée de quatorze ans et plus ne devrait point se heurter à un quelconque formalisme. Fort du droit à l'inviolabilité et du droit à l'autodétermination, peu importe la façon privilégiée d'exprimer ses choix, jamais le procédé utilisé ne devra être un prétexte à réfuter les décisions de fin de vie; le fond ayant préséance sur l'absence de forme, conséquence du silence de la législation, sauf bien entendu, comme il en sera question plus loin, si le législateur en faisait une prohibition expresse⁶⁹.

Étant donné l'impact considérable du respect des décisions de fin de vie stipulées dans le « testament biologique », il est juste d'appréhender les réticences manifestées par l'équipe soignante relativement aux volontés ainsi exprimées. Respecter les choix de fin de vie d'un patient en phase terminale constitue un exercice à la fois difficile et traumatisant. Problèmes déontologiques, responsabilité civile, criminelle et remords de conscience sont autant d'éléments n'incitant pas le médecin à respecter d'emblée les volontés du patient. À plus forte raison, si le document de fin de vie prend la forme d'un écrit anodin ou d'un papier domestique, c'est l'hésitation et le doute. Plus les volontés de fin de vie revêtiront une forme solennelle, moins il sera moralement et légalement difficile de s'y conformer. Ne faudrait-il pas se demander si l'imposition, par le législateur, d'une forme légale et obligatoire au « testament biologique » n'en accroîtrait pas la crédibilité et la force probante au plus grand bénéfice de toutes les parties impliquées ?

68 C.c.Q., art. 704.

69 Voir C.c.Q., art. 2166 : Le mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant.

1.1.2 LE MANDAT DONNÉ EN PRÉVISION DE L'INAPTITUDE

Expressément prévu au *Code civil du Québec*⁷⁰, cet acte juridique permet à une personne majeure de désigner un représentant dans l'éventualité où elle deviendrait, entre autres, inapte à prendre soin d'elle-même. Aux termes du document constitutif, le procureur ainsi nommé jouit de pouvoirs de représentation plus ou moins étendus et se voit également prodiguer nombre de recommandations relativement à la personne et au bien-être du mandant⁷¹. Conséquemment, il devient possible au mandant de dicter à son représentant ses volontés de fin de vie. Le mandat donné en prévision de l'inaptitude se présente comme instrument-support à l'élaboration du « testament biologique ». Toutefois, à l'égard de la personne mineure âgée de quatorze ans et plus, le libellé de l'article 2166 C.c.Q. ne peut être plus formel : « Le mandat donné par une **personne majeure** en prévision de son inaptitude... » *A priori*, le mandat donné en prévision de l'inaptitude ne pourra être consenti par une personne mineure, seul un majeur et un mineur pleinement émancipé pourront s'en prévaloir⁷².

Serait-il possible, par hypothèse, de considérer comme valable le « testament biologique » d'un mineur de quatorze ans et plus rédigé sous la forme d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude ? Deux solutions sont possibles. Comme première solution, il serait loisible d'invoquer l'obligation imposée par la loi à l'effet que seule la personne majeure puisse rédiger un tel mandat et y juxtaposer la sanction prévue à l'article 161 C.c.Q. relativement à un acte posé par le mineur : savoir qu'il y a manifestation nullité absolue de l'écrit. Les volontés de fin de vie étant des clauses accessoires à l'objet du mandat qui est fondamentalement la désignation d'un représentant, il suffirait de conclure à la nullité desdites volontés de fin de vie stipulées au document étant donné la maxime « *accessorum sequitur principale* ». Aborder ainsi le problème, c'est méconnaître la philosophie même du « testament biologique ».

70 C.c.Q., art. 2166 et ss.

71 C.c.Q., art. 2131.

72 Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 511.

Comme seconde solution, et de loin celle privilégiée, il convient plutôt de considérer le « testament biologique » non pas comme un document subordonné au mandat, mais plutôt comme un document autonome, différent et dissociable du mandat dont il n'en constitue point une clause inhérente. Qu'il y ait nullité du mandat tout en reconnaissant toutefois la validité du « testament biologique⁷³ ». Comme argument additionnel, il y aurait une possibilité d'invoquer que la nullité absolue du mandat pour vice de forme ou de fond ne peut avoir comme conséquence de nier ou d'annihiler les droits garantis et protégés par la *Charte des droits et libertés de la personne*⁷⁴.

1.1.3 LE « TESTAMENT BIOLOGIQUE » : CLAUSE DU CONTRAT MÉDICAL

Une autre avenue est que le « testament biologique » pourrait, à la rigueur, emprunter la forme contractuelle. Les volontés de fin de vie de la personne âgée de quatorze ans et plus se traduiraient en une entente expresse entre cette dernière et son médecin traitant. Cette rencontre de volonté entre les deux parties vient en sorte moduler le contenu du contrat médical⁷⁵, en ce sens qu'elle encadre et délimite l'obligation de soigner et de suivre du médecin. Intervenue entre les cocontractants, cette entente bilatérale constituerait une clause de la convention.

En l'espèce, il ne s'agit pas de soumettre cette clause au régime strict et rigoureux des contrats prévus au *Code civil du Québec* en matière d'obligations, mais de bien réaliser, au contraire, que cette entente intervenue entre les cocontractants laisse toujours entière liberté à chacune des parties de modifier unilatéralement⁷⁶ ses obligations respectives : quant au patient, au nom de son droit à l'autonomie et de l'inviolabilité de sa personne, quant au médecin traitant, du chef de

73 C.c.Q., art. 1438.

74 *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 1 et 10.

75 Alain BERNARDOT et Robert P. KOURI, *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit, Université de Sherbrooke, 1980, p. 103 à 105.

76 *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119.

ses obligations morales, déontologiques et légales. Si le « testament biologique » peut se présenter comme un contrat, il est manifeste que la rencontre des deux volontés, dont il en constitue le résultat, reste soumise à un régime particulier différent des actes juridiques consensuels. Si cette manifestation de volontés de fin de vie du patient était considérée comme un consentement, il faudrait conséquemment lui reconnaître tous les attributs d'un consentement au niveau contractuel, savoir qu'il engendre un contrat irrévocable et non modifiable : les parties étant incapables d'y mettre fin unilatéralement ou d'en changer les termes. Une telle conception serait interprétée comme contraire à l'ordre public⁷⁷, étant donné le caractère pleinement et unilatéralement révocable de la volonté cautionnée par les principes d'autonomie et d'inviolabilité de la personne et du droit que possède le médecin de se retirer si l'exécution du contrat s'avérait contraire à sa conscience professionnelle ou personnelle. Force est de conclure que les volontés de fin de vie d'un individu ne constituent pas ce consentement créateur d'obligations synallagmatiques particulier au contrat, mais plutôt une manifestation unilatérale, révocable et anticipée d'intention. Le « testament biologique » trouve sa place au contrat médical. Il ne constitue cependant point une clause contractuelle, mais plutôt une clause interprétative dudit contrat.

1.2 « Testament biologique » et péremption

Faisant suite à l'étude des formes du « testament biologique », une interrogation subsiste : un tel document est-il soumis, quant à sa validité, à un délai péremptoire ? L'époque de sa rédaction influence-t-elle sa force exécutoire ? De façon plus pragmatique, le « testament biologique » rédigé par le mineur de moins de quatorze ans peut-il être invoqué par ce même mineur âgé maintenant de quatorze ans et plus ? Ou encore, un individu peut-il se prévaloir dès l'âge de sa majorité de son « testament biologique » écrit au temps où il était mineur et âgé de quatorze ans et plus ?

Le premier réflexe de tout juriste orientera ce dernier vers les règles relatives aux incapacités. La tentation sera

77 C.c.Q., art. 9.

grande de vouloir résoudre de tels scénarios en fonction des règles de nullité applicables au mineur. Certains soulèveront tantôt la nullité absolue du document, pour d'autres, la nullité relative de l'acte⁷⁸.

Comme il a été démontré précédemment, le « testament biologique » n'a pas à respecter, en droit civil québécois, une forme particulière. De plus, les volontés énoncées dans l'acte procèdent de droits garantis et protégés par la *Charte des droits et libertés de la personne*. Enfin, et c'est ce qui constitue l'argument majeur, le « testament biologique » ne témoigne pas d'un consentement juridique *stricto sensu*. Le consentement manifesté à l'occasion d'un acte juridique est ponctuel : il est générateur d'obligations dès le moment où il est donné par une personne capable, alors que le « testament biologique » traduit plutôt une manifestation d'intention non exécutoire au moment de son expression et toujours révocable. Ce qu'il faut bien interpréter, c'est l'intention du législateur : ce dernier, comme il sera vu ultérieurement, restreint certes le droit au refus⁷⁹ de traitement pour certaines personnes, mais étant donné l'absence de toute législation sur le sujet, n'en limite pas pour autant la manifestation de volonté dans un « testament biologique ». Cette manifestation unilatérale d'intention, qui se caractérise par sa pleine révocabilité, pourra toujours être sujette à modification de la part du déclarant.

Tant et aussi longtemps que le « testateur » n'exerce pas son droit à l'autodétermination, c'est-à-dire sa faculté unilatérale de modifier à son gré et conformément à ses volontés les dispositions de son « testament biologique », il y a présomption, à tout le moins *juris tantum*, d'une réaffirmation tacite et continue dans le temps des volontés de fin de vie déjà exprimées au « testament biologique ». L'époque à laquelle fut rédigé le « testament biologique » ne constituera pas un critère de validité du document. Bien qu'au moment de sa rédaction la personne mineure ne jouisse pas de la pleine capacité de refuser un traitement requis par son état de santé, cette manifestation d'intention, qui ne constitue pas un consentement, n'engendre pas à ce stade de conséquences immédiates; ce n'est qu'éventuellement, lorsque impuissante à faire connaître

78 C.c.Q., art. 1418, 1419, 1422.

79 C.c.Q., art. 16 al. 2.

ses intentions, que les volontés de fin de vie pourront être prises en considération. L'intention du refus de traitement manifestée aujourd'hui l'est en prévision de demain; dans l'intervalle, compte tenu du caractère révocable du « testament biologique » et du droit de décider pour lui-même, si aucune modification n'est apportée par l'individu à ses volontés de fin de vie, qu'importe l'époque de leurs rédactions, il y a lieu, sans risque de se méprendre, de conclure à la confirmation intégrale et implicite de ses volontés déjà exprimées, exception faite toutefois d'une preuve au contraire⁸⁰.

2. CONSIDÉRATIONS RELATIVES AUX CONDITIONS DE FOND DU « TESTAMENT BIOLOGIQUE » DE LA PERSONNE ÂGÉE DE QUATORZE ANS ET PLUS

Afin d'ajouter aux conditions de fond du « testament biologique » analysées en première partie de cet exposé et dont le lecteur est invité à se référer⁸¹, il convient d'aborder finalement le principal problème de fond relatif à la rédaction du « testament biologique » d'une **personne âgée de quatorze ans et plus**, c'est-à-dire l'aptitude nécessaire requise de cette dernière au **moment de rédiger** ses volontés. Cette aptitude « implique que [la personne] soit à même de comprendre, de raisonner, d'évaluer les conséquences de son choix dans une situation donnée et dans un contexte précis⁸². La capacité se présume et le fardeau de preuve incombe à celui qui allègue ou invoque l'incapacité d'une personne⁸³. La manifestation de volonté du « testateur biologique » constitue habituellement l'expression d'un refus ou d'un arrêt de soins. Le législateur impose au refus la nécessité d'être aussi libre et éclairé⁸⁴ que possible. L'article 1399 C.c.Q.⁸⁵ indique *a contrario* ce que constitue un consentement vicié. Le consentement est libre s'il n'est soumis à aucune contrainte qui en altère l'autonomie; il

80 C.c.Q., art. 2811.

81 Partie I, chapitre III, sections 1 à 5.

82 Pauline LESAGE-JARJOURA, Jean LESSARD et Suzanne PHILIPS-NOOTENS, *Éléments de responsabilité civile médicale. Le droit dans le quotidien de la médecine*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 134.

83 *Institut Philippe Pinel de Montréal c. Blais*, [1991] R.J.Q. 1969 (C.S.).

84 C.c.Q., art. 10.

85 C.c.Q. art. 1399 : « Le consentement doit être libre et éclairé. Il peut être vicié par l'erreur, la crainte ou la lésion ».

est éclairé s'il s'appuie sur une information suffisante permettant une évaluation rationnelle de la situation. S'avère-t-il toujours possible d'en déterminer la conformité ? L'incertitude d'un consentement libre et éclairé ainsi que de l'aptitude du testateur entachent la crédibilité souhaitée du document *ab initio* et, conséquemment, sa finalité. Toutefois, jusqu'à preuve contraire, il existe cette présomption simple⁸⁶ de capacité et d'aptitude de tout individu âgé de quatorze ans et plus, qu'il soit majeur⁸⁷, majeur sous régime de protection⁸⁸ ou mineur émancipé⁸⁹, à manifester un consentement libre et éclairé. L'inaptitude prouvée de l'individu lors de la rédaction du « testament biologique » en neutralisera les effets et invalidera du même coup le consentement donné.

S'il est notoire que le « testament biologique » soit davantage l'apanage de la personne majeure et présumée capable, qu'advient-il du même document rédigé par le mineur présumé apte âgé de quatorze ans et plus à qui le législateur reconnaît, quant à sa capacité d'exercice en matière de soins de santé, un régime de minorité mitigé⁹⁰ ?

2.1 « Testament biologique » et « mineur âgé de quatorze ans et plus » : deux théories inconciliables ?

En matière de soins requis par l'état de santé, le législateur, contrairement à l'impression perçue suite à une première lecture de certains textes légaux⁹¹, ne soumet pas la personne mineure âgée de quatorze ans et plus à une philosophie juridique différente de celle établie en matière d'obligations prévues au *Code civil du Québec*. Sans prétendre vouloir

86 *Juris tantum* : présomption que l'on peut repousser par une preuve contraire.

87 C.c.Q., art. 153

88 Voir C.c.Q., art. 256 et ss.; *Institut Philippe Pinel de Montréal c. Blais*, [1991] R.J.Q. 1969 (C.S.) page 1973 : « La capacité de consentir à un traitement ou à le refuser **ne s'apprécie pas en fonction de la situation de l'individu** mais en fonction de son autonomie décisionnelle et de sa capacité de comprendre et d'apprécier ce qui est en jeu ».

89 C.c.Q., art. 171 et 176.

90 C.c.Q., art. 14 al. 2 : « Le mineur de quatorze ans et plus peut, **néanmoins, consentir seul** à ces soins... ».

91 C.c.Q., art. 14 et *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q. c. S-4.2, art. 17.

reprendre tout l'enseignement qui gravite autour de la personne du mineur et de la protection de son patrimoine, qu'il suffise de rappeler brièvement la protection offerte par le législateur au mineur à l'encontre de tout acte posé qui pourrait, à la rigueur, lui être préjudiciable. En matière contractuelle, et à l'occasion de situations où le mineur s'estime lésé suite à un consentement donné, il lui est permis d'invoquer la nullité ou la rescision de l'acte préjudiciable⁹². En matière de consentement aux soins, il demeure, avec raison, difficile de pouvoir appliquer ces notions de nullité. Si la personne mineure âgée de quatorze ans et plus se considère entièrement libre et apte de contracter les soins requis par son état de santé, son refus par contre n'est pas catégorique. Le tribunal, le titulaire de l'autorité parentale en cas d'urgence ou, à la limite, le directeur de la protection de la jeunesse⁹³ (DPJ) pourront contrecarrer le refus qu'il aura manifesté⁹⁴. Pleine capacité est consentie au mineur de contracter pour des soins à des fins qui ne pourront lui être que profitables, mais il demeure assujéti à un droit de refus aléatoire, s'il risque d'en subir une lésion.

En matière de rédaction de « testament biologique », étant donné la finalité du document, il n'est point compromettant de parler d'une incapacité d'exercice du mineur âgé de quatorze ans et plus quant au droit de refus absolu de soins requis par son état de santé⁹⁵.

Jusqu'à quel point les conséquences liées à cette incapacité d'exercice ne se confondent-elles pas avec les effets d'une incapacité de jouissance ? Dans quelle limite le mineur âgé de quatorze ans et plus se voit-il privé d'un droit de refus ? Subtilement, le législateur lui confère un droit de refus en utilisant, à l'article 16 al. 2 du Code civil, l'expression « ...à des soins qu'il refuse, à moins...⁹⁶ ». En pratique toutefois, si le mineur peut consentir seul aux soins, l'énoncé de son refus doit cependant être agréé, ne serait-ce qu'implicitement ou tacitement par son médecin traitant ou le titulaire de l'autorité parentale.

92 Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 5^e éd., 1998.

93 *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1, art. 38, 48.

94 C.c.Q., art. 16 al. 2.

95 C.c.Q., art. 16 al. 2.

96 C.c.Q., art. 16 al. 2.

Le droit de refus autonome du mineur âgé de quatorze ans et plus, quoique libellé expressément au Code civil et dans le « testament biologique », demeure pleinement tributaire de l'exercice ou non par le médecin traitant ou le titulaire de l'autorité parentale [en cas d'urgence] de leur droit de veto. Le mineur peut-il prétendre être pleinement titulaire d'un droit si la manifestation de celui-ci n'est en réalité que son application par défaut ? Comme il sera vu subséquemment, si le tribunal entérinait le refus du mineur, ce ne serait nullement par respect de sa volonté ou au nom du principe de l'inviolabilité, mais bien parce que le juge n'estimerait pas nécessaire à son avis, après enquête et audition, de soumettre le mineur aux soins demandés dans le meilleur intérêt de ce dernier.

Le respect du refus d'un mineur de quatorze ans et plus, énoncé dans un « testament biologique », ne constitue pas la reconnaissance de la primauté de son droit, mais plutôt une manifestation d'intention conséquente à l'option du médecin, des parents, ou du tribunal de ne pas se prévaloir de leur prérogative d'exiger des soins dépendamment de la situation. La personne mineure âgée de quatorze ans et plus capable de rédiger son « testament biologique » ne possède en fait qu'une apparence de droit quant au refus de traitement. Présumée apte, elle pourra énoncer ses volontés de fin de vie dans un « testament biologique », mais ne pourra être assurée du respect intégral de celles-ci.

2.2 Le consentement libre et éclairé du mineur âgé de quatorze ans et plus

Doctrine⁹⁷ et jurisprudence⁹⁸ ont à maintes occasions rappelé que le consentement aux soins médicaux donné par un patient capable devait être à la fois libre et éclairé. De même, le *Code civil du Québec* énonce expressément la règle à l'article 10 al. 2. Le refus ou la cessation de traitement énoncé dans un « testament biologique » constitue cette manifestation de volontés, fruit d'un consentement obligatoirement libre et éclairé. Le mineur âgé de quatorze ans et plus en a-t-il la capacité, possède-t-il cette faculté de discernement, cette aptitude à pouvoir donner un consentement libre et éclairé lors de la rédaction de son testament de fin de vie ?

97 Voir entre autres : Jean-Louis BAUDOIN, *La responsabilité civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 4^e éd., 1994, p. 644 ss.

98 *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192.

A priori, il s'avère difficile de comprendre de quelle façon un mineur âgé de quatorze ans et plus peut en arriver seul à rédiger équitablement pour lui-même ses volontés de fin de vie étant donné son inexpérience, sa méconnaissance et l'incapacité de diriger sa propre vie⁹⁹. Il ne possède effectivement pas le vécu nécessaire afin de soupeser les conséquences de son choix. Il a certainement été dûment éclairé, renseigné sur son état de santé et informé des développements à brève échéance, mais même nanti de toutes ces informations peut-il en contrebalancer sciemment avantages et désavantages ? Il est fortement douteux, en raison de son jeune âge, qu'il puisse prendre avec discernement pareille décision : « Le droit de refuser un traitement [...] C'est la conception que le patient a de sa propre vie, tenant compte de ses priorités, de ses aspirations, de ses valeurs morales, qui doit primer¹⁰⁰. » Comment un jeune à peine âgé de quatorze ans peut-il rationnellement décider seul d'une situation à la lumière de réalités qui lui sont encore inconnues ? Le législateur a même expressément prévu pour le mineur un régime spécial de protection étant donné « l'impossibilité ou la difficulté de la personne à exprimer adéquatement sa volonté, ... par le **manque d'expérience dû à l'âge**...¹⁰¹ ». Le « testament biologique » de la personne mineure âgée de quatorze ans et plus se heurte à un obstacle majeur : l'immaturité de sa volonté, même si, théoriquement, il jouit de la capacité de rédiger un tel document¹⁰².

3. LE REFUS DE TRAITEMENT DU MINEUR ÂGÉ DE QUATORZE ANS ET PLUS

Une autre limite importante à la rédaction du « testament biologique » du mineur âgé de quatorze ans et plus

99 Guy DURAND, *La bioéthique*, Montréal, Éditions du Cerf, 1989, p. 43 ss.: « ... Le principe du respect de l'autonomie s'opérationnalisera diversement selon qu'on a affaire à un adulte conscient, capable effectivement de décision ou au contraire à un enfant ou un malade confus ».

100 Denise TREMBLAY, « Les décisions de fin de vie et le respect de l'autonomie de la personne », dans : *Les droits de la personne et les enjeux de la médecine moderne*, Ste-Foy, P.U.L., 1996, p. 64.

101 Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 314.

102 *Protection de la jeunesse - 884*, [1998] R.J.Q. 816 (C.S.) : « Sa conviction profonde en l'imminence d'un miracle n'est pas celle d'une personne douée de discernement et de la maturité suffisante pour prendre une décision aussi importante pour son avenir... le tribunal doit passer outre à son refus [déraisonnable] ».

concerne la qualité de son refus. Alors que dans certaines circonstances le législateur s'emploie à qualifier le refus d'une personne, à savoir d'injustifié¹⁰³ ou bien de catégorique¹⁰⁴, le mineur âgé de quatorze ans et plus est confiné quant à lui au concept de refus pur et simple¹⁰⁵ qui englobe toutes les formes de refus. En fait, tout refus indistinct de ce dernier concernant des soins requis pourra faire l'objet de contestation.

S'il demeure facile de faire la distinction entre le refus justifié et celui qui ne l'est pas, que pourrait être un refus non catégorique par rapport au refus catégorique ? En d'autres mots, à quel moment pourrait-on qualifier un refus de non catégorique ? Loin de prétendre vouloir y apporter l'ultime solution, un tel refus pourrait s'inférer, par exemple, d'une incertitude manifestée par le mineur âgé de quatorze ans et plus concernant des soins requis par son état de santé. Non seulement le refus catégorique de ce dernier peut lui être nié selon la loi, mais également l'absence de décision, l'indifférence formelle ou non face à une situation donnée sont susceptibles d'être interprétées comme un refus et jouer en sa défaveur. Il appert que non seulement le mineur de quatorze ans et plus ne puisse jouir d'aucune gradation dans la manifestation de son refus, mais que toute abstention, voire même toute absence d'acceptation de traitement de sa part seraient synonymes de refus et permettraient au médecin traitant, au titulaire de l'autorité parentale en cas d'urgence, et à la limite, au tribunal, de pallier à la situation et d'autoriser le traitement à l'encontre de son droit à l'autodétermination. Ceci démontre bien que le refus de consentir aux soins requis par l'état de santé peut prendre diverses formes, s'interprète largement, et constitue une faculté hors de portée du mineur de quatorze ans et plus.

Comme le législateur n'a prévu aucune modulation du droit au refus de traitement pour le mineur âgé de quatorze ans et plus, **tout refus** de celui-ci est potentiellement sujet à révision de la part du tribunal ou à négation, en cas d'urgence, de la part du titulaire de l'autorité parentale. Le texte de loi

103 C.c.Q., art. 16 al. 1.

104 C.c.Q., art. 16 al. 1.

105 C.c.Q., art. 16 al. 2.

n'oblige pas à considérer le caractère raisonnable ou non du refus, à tenter d'expliquer objectivement ou subjectivement l'intention du patient, ou à respecter son droit à l'inviolabilité; ce même texte de loi, *a contrario*, autorise tacitement en cas de refus pur et simple à contester, à défier le choix du mineur, à référer le tout au tribunal. Le « testament biologique » qui interfère avec tout traitement requis pour l'état de santé est susceptible d'être mis en doute au départ par l'équipe soignante, et écarté ultérieurement par une décision du tribunal. C'est un argument additionnel conférant au « testament biologique » du mineur âgé de quatorze ans et plus la précarité de ses énoncés.

4. LE « TESTAMENT BIOLOGIQUE » DU MINEUR ÂGÉ DE QUATORZE ANS ET PLUS : DROIT ALÉATOIRE ET RELATIF

Le mineur âgé de quatorze ans et plus peut consentir seul aux soins requis par son état de santé¹⁰⁶. Implicitement, il peut donc accepter seul ces soins ou les refuser. En cas de refus, il faudra s'adresser au tribunal afin de passer outre son choix; en situation d'urgence, l'autorisation du titulaire de l'autorité parentale s'avérera suffisante pour supplanter tel refus¹⁰⁷. Dans cette perspective, le mineur âgé de quatorze ans et plus peut **théoriquement** dans un « testament biologique » exprimer son refus quant à d'éventuels soins. La précarité de son droit de refus, telle que précédemment démontrée, s'impose comme l'élément majeur et contradictoire à la finalité du « testament biologique ». L'essence même des volontés de fin de vie étant de faire connaître et d'assurer le respect d'un refus ou d'un arrêt de traitement concilie plutôt mal ces objectifs avec le droit de refus précaire du mineur de quatorze ans et plus.

Dans la situation où la personne mineure de quatorze ans et plus aura manifesté un refus ou fait part d'un arrêt de traitement dans un « testament biologique », toujours dans l'hypothèse où elle ne peut plus consciemment s'exprimer, cet énoncé de volonté sera toujours susceptible d'être écarté, à tout le moins, modifié par le tribunal. Dans ces circonstances, en s'adressant au tribunal, ou en cas d'urgence en requérant

106 C.c.Q., art. 14 al. 2.

107 C.c.Q., art. 16 al. 2.

le consentement du titulaire de l'autorité parentale, il convient d'appliquer la théorie du consentement dit substitué¹⁰⁸ qui, selon l'article 12 al. 1 C.c.Q., oblige toute personne qui consent à des soins pour autrui ou qui les refuse à tenir compte, dans la mesure du possible, des volontés que cette dernière a pu manifester. Ce faisant, c'est le retour *de facto* à la case départ, c'est-à-dire au « testament biologique » du mineur âgé de quatorze ans et plus, ce même document à l'origine du présent litige. Loin d'affirmer toutefois que ne seront pas considérées les intentions du mineur, il convient plutôt de mettre l'emphase sur la non automaticité du respect des volontés énoncées dans le testament de fin de vie. En pareille situation, le tribunal décidera plutôt selon l'intérêt¹⁰⁹ de l'enfant mineur et en fonction des critères élaborés par la jurisprudence¹¹⁰ quant à la nécessité ou non d'autoriser le traitement.

Le mineur de quatorze ans et plus peut certes rédiger son testament de fin de vie, mais contrairement à l'intention recherchée, cet acte ne peut lui garantir et lui préserver inconditionnellement, comme souhaité, son droit à l'autodétermination et encore moins le droit à l'inviolabilité de sa personne.

En matière de soins de santé, le mineur âgé de quatorze ans et plus jouit de pouvoirs beaucoup plus étendus qu'en matière patrimoniale : il peut consentir seul aux soins requis par son état de santé. Toutefois, en contrepartie, le régime de protection qui régit l'état de minorité s'en trouve élargi d'autant : son refus de traitement doit être **ratifié** soit par le médecin, le tribunal ou encore par le titulaire de l'autorité parentale. Sa capacité élargie se bute à une protection accrue

108 Pauline LESAGE-JARJOURA, Jean LESSARD et Suzanne PHILIPS-NOOTENS, *Éléments de responsabilité civile médicale. Le droit dans le quotidien de la médecine*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 150 ss.

109 C.c.Q., art. 12 al. 1 et art. 33 – Voir : *Protection de la jeunesse* – 884 [1998] R.J.Q. 816 (C.S.).

110 *Institut Philippe Pinel de Montréal c. Blais*, [1991] R.J.Q. 1969 (C.S.); *Couture-Jacquet c. Montreal Children's Hospital*, [1986] R.J.Q. 1221 (C.A.); *Protection de la jeunesse* – 332, [1988] R.J.Q. 1666 (C.S.); *Commission de protection des droits de la jeunesse c. T. (C.)*, [1990] R.J.Q. 1674 (C.S.).

de la loi. Si le mineur âgé de quatorze ans et plus peut légalement rédiger son « testament biologique », ce document demeure assujéti à l'assentiment d'un tiers. En conséquence, en matière de soins de santé, le paternalisme du législateur au stade de la minorité voit son exercice modifié, mais nullement atténué. Le souci constant de protection manifesté à l'égard du mineur, quoique différemment appliqué ici, demeure omniprésent et soutenu. L'absence certaine de toute lésion ainsi que de tout préjudice potentiel présents et futurs convainc le législateur de conférer, au mineur âgé de quatorze ans et plus, une pleine capacité juridique sans nécessité d'obtenir d'autorisation du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur. Ainsi, le don post-mortem du corps humain ou le prélèvement d'organes et de tissus dans les mêmes circonstances illustrent bien ce relâchement de protection du mineur âgé de quatorze ans et plus¹¹¹. Par contre, la seule appréhension d'un quelconque préjudice à la personne ou le moindre risque de lésion économique du mineur ravivera le mécanisme de protection établi. Par exemple, le mode de règlement des funérailles ou la façon de disposer du corps au décès entraînent des coûts économiques certains. L'éventualité d'un préjudice pour le mineur oblige le législateur à intervenir et à exiger de celui-ci qu'il obtienne alors le consentement écrit du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur¹¹². L'interdiction absolue faite au mineur, même âgé de quatorze ans et plus, de se léser lui-même est continue.

En dernier lieu, et de façon tout à fait hypothétique, le mineur âgé de quatorze ans et plus pourrait-il prendre action en responsabilité contre le médecin, son tuteur ou le titulaire de l'autorité parentale qui consent à des soins allant à l'encontre de son refus de traitement ? Jouissant du droit à l'autodétermination et du principe de l'inviolabilité de sa personne, le mineur peut-il se prévaloir d'un recours en dommages-intérêts ? Existe-t-il une immunité de plein droit à l'encontre d'un tel recours en faveur du médecin ou du titulaire de l'autorité parentale ? Le mineur de quatorze ans et plus doué de discernement peut-il exiger compensation pour violation de ses droits fondamentaux ? Un médecin, bien qu'ayant sauvé la patiente d'une mort certaine, a été condamné à l'indemniser

111 C.c.Q., art 43.

112 C.c.Q., art. 42.

suite à une transfusion sanguine faite contre le gré de cette dernière¹¹³. Dans quelle limite la protection accrue du régime de minorité en matière de soins de santé ne viole-t-elle pas les droits fondamentaux garantis par la Charte ?

CONCLUSION

La présente étude de droit comparé a permis de recenser les éléments de base nécessaires à la compréhension du « living will » de *common law* ainsi que ceux de droit civil propices à une réflexion sur ce concept. La confrontation de ces éléments appartenant chacun à leur régime juridique propre s'est révélée confirmative d'une situation soupçonnée étant donné la démonstration de viabilité en droit civil québécois du concept de « living will » de *common law*. Le silence du législateur québécois ouvre grandes les portes au concept américain. En matière de droit à l'autodétermination, il s'opère une cohabitation entre ces deux régimes juridiques se manifestant par une grande similitude des règles de droit. Le « living will » de *common law* se greffe harmonieusement au droit québécois compte tenu de l'éventail beaucoup plus large et moins contraignant des règles civilistes en matière de droit à l'autodétermination et de « testament biologique ».

Enfin, le testament de fin de vie doit-il ou non faire l'objet d'une législation expresse ? Les écoles de pensée sont nombreuses et chacune fait ressortir avantages¹¹⁴ et inconvénients¹¹⁵.

113 *Malette c. Shulman*, [1990] 2 C.C.L.T. (2d) 1 (C.A.), [1990] 72 O.R. (2nd) 417, 67 D.L.R. (4th) 321 (Ont. C.A.)

114 Entre autres, la prise en charge par le patient de sa propre destinée; l'orientation du médecin dans sa démarche thérapeutique. Voir : Danielle BLONDEAU, « *Le testament de vie, ses dimensions éthiques et professionnelles* », (1989) *Le médecin du Québec*, Vol. 24, n° 9, Septembre, 91 à 98; Jean-Louis BAUDOIN et Danielle BLONDEAU, *Éthique de la mort et droit à la mort*, coll. « Les voies du droit. Signes », Paris, P.U.F., 1993, p. 97.

115 Entre autres, les ambiguïtés terminologiques dans le libellé du testament de fin de vie; la judiciarisation du « mourir ». Voir : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, E.W. KEYSER-LINGK, *Le caractère sacré de la vie ou la qualité de vie*, Série « Protection de la vie », Ottawa, Ministère des approvisionnements et services Canada, document d'étude, 1981; ORDRE DES INFIRMIERS ET DES INFIRMIÈRES DU QUÉBEC, *Le « testament biologique », ses enjeux et ses ambiguïtés*, document de réflexion, Québec, 1988.

RÉFLEXION SUR LE « LIVING WILL » DE COMMON LAW 431
DANS LE CONTEXTE DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

Tel qu'indiqué précédemment, il serait souhaitable à tout le moins d'établir un environnement juridique légitimant le « testament biologique » étant donné sa finalité et son impact considérable sur toutes les parties en présence. Légalement encadré sur le fond par le droit civil québécois, le « testament biologique » devrait faire l'objet d'une attention particulière par le législateur quant à sa forme. Une recommandation devrait également être toujours faite par le notaire instrumentant au futur testateur biologique de rencontrer son médecin et de discuter avec ce dernier des avantages, inconvénients, situations et conditions du testament de fin de vie. Déclaration de cette démarche par le comparant devrait apparaître à la face même du document notarié. La signature d'un acte incluant des clauses de fin de vie standards auxquelles la personne adhère trop souvent aveuglément n'honore certainement pas la dignité de l'individu et représente un danger potentiel de responsabilité civile pour le notaire sensé traduire la volonté réelle et éclairée d'une partie. Il ne s'avère pas souhaitable de trancher cette question au-delà de cette suggestion puisqu'il revient maintenant à chacun de décider pour lui-même du bien-fondé de rédiger ou non un document énonçant ses volontés de fin de vie.

Que le « testament biologique » soit rédigé ou non en prévision du moment ultime, il est, devant la mort, une réalité à laquelle l'être humain s'accroche : ***celle de ne jamais considérer comme arrivé le moment venu !***

Qui craint de souffrir, il souffre déjà de ce qu'il craint.

Montaigne, Essais