

L'AVÈNEMENT DES DIRECTIVES MÉDICALES ANTICIPÉES : LE TESTAMENT BIOLOGIQUE ET LE MANDAT DE PROTECTION SONT-ILS TOUJOURS UTILES ?

Katherine CHAMPAGNE

Volume 118, numéro 3, 2016

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1043447ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1043447ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

CHAMPAGNE, K. (2016). L'AVÈNEMENT DES DIRECTIVES MÉDICALES ANTICIPÉES : LE TESTAMENT BIOLOGIQUE ET LE MANDAT DE PROTECTION SONT-ILS TOUJOURS UTILES ? *Revue du notariat*, 118(3), 391–436.
<https://doi.org/10.7202/1043447ar>

L'AVÈNEMENT DES DIRECTIVES MÉDICALES ANTICIPÉES : LE TESTAMENT BIOLOGIQUE ET LE MANDAT DE PROTECTION SONT-ILS TOUJOURS UTILES ?

Katherine CHAMPAGNE*

Introduction	393
1. La reconnaissance de l'autonomie de la volonté en matière de soins	397
1.1 Le droit à l'autodétermination du majeur apte	397
1.2 Le droit à l'autodétermination du majeur inapte grâce aux directives médicales anticipées	403
2. La prise en considération des volontés en cas de consentement substitué	411
2.1 Les limites des directives médicales anticipées . . .	412
2.2 Le testament biologique et le mandat de protection .	417
Conclusion	433

* LL.M., notaire et coordonnatrice de la Chaire de recherche Antoine-Turmel sur la protection juridique des aînés (Université Laval). Cet article a fait l'objet d'un essai de maîtrise à la Faculté de droit de l'Université Laval. L'auteure tient à remercier sa directrice de maîtrise, la professeure Christine Morin, pour ses excellents conseils et commentaires ainsi que le professeur Dominique Goubau pour ses judicieux commentaires.

INTRODUCTION

En décembre 2015, la *Loi concernant les soins de fin de vie*¹ (ci-après nommée « la Loi ») est entrée en vigueur. Cette importante loi a fait couler beaucoup d'encre et animé plusieurs débats au sein de la société québécoise². La question de l'aide médicale à mourir de même que la reconnaissance et l'encadrement des soins palliatifs offerts aux personnes en fin de vie ont été les sujets qui ont retenu le plus l'attention des médias ainsi que de la population. Un volet de cette Loi n'a toutefois pratiquement pas été discuté par les journalistes, les politiciens, les citoyens et même les juristes. Pourtant, il n'est pas sans importance. En effet, la Loi « reconnaît la primauté des volontés relatives aux soins exprimées clairement et librement par une personne, notamment par la mise en place du régime des directives médicales anticipées »³.

Dans le cadre de la consultation générale de la Commission spéciale sur la question de mourir dans la dignité (ci-après nommée « la Commission spéciale »), il a été mis en évidence que les Québécois sont soucieux du respect de leurs volontés exprimées relativement à leurs soins. Au moment des travaux de la Commission spéciale, et avant l'entrée en vigueur de la Loi, les justiciables québécois pouvaient utiliser un mandat de protection⁴ ou un testament

1. RLRQ, c. S-32.0001 (ci-après « L.s.f.v. »).

2. *Québec (Procureure générale) c. D'Amico*, 2015 QCCA 2138 ; Danielle CHALIFOUX, « La Loi concernant les soins de fin de vie, les directives médicales anticipées et les niveaux de soins : accommodements raisonnables ? », dans S.F.C.B.Q., vol. 402, *Les soins de fin de vie (dans la foulée de la récente décision de la Cour suprême)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 1 ; Pierre DESCHAMPS, « L'aide médicale à mourir ou l'instrumentalisation du droit à des fins politiques – Lorsque la fin justifie les moyens », dans S.F.C.B.Q., vol. 393, *La protection des personnes vulnérables*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 61 ; Michèle MARCHAND, « La Loi concernant les soins de fin de vie : un simple subterfuge pour décriminaliser l'euthanasie au Québec ? », dans S.F.C.B.Q., vol. 402, *Les soins de fin de vie (dans la foulée de la récente décision de la Cour suprême)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 33.

3. L.s.f.v., art. 1.

4. Le mandat de protection est donné par une personne majeure en prévision de son inaptitude à prendre soin d'elle-même ou à administrer ses biens. Il peut porter sur l'un de ces volets, ou les deux. Ainsi, il permet notamment à toute personne majeure, alors qu'elle est encore apte à le faire, de nommer une personne, le (à suivre...)

biologique⁵ afin d'exprimer de façon anticipée, en cas d'inaptitude, leurs volontés en matière de soins (ci-après nommées « directives préalables » et « directives anticipées »). En revanche, le droit québécois n'octroyait pas formellement de valeur juridique contraignante à ces directives préalables. Elles étaient simplement considérées comme une manifestation des volontés de la personne destinées à informer son représentant et le personnel soignant, sans plus. Dès 2001, M^e Danielle Chalifoux dénonçait le fait qu'aucune loi spécifique ne régissait de telles directives⁶. En l'absence de règles claires dans ce domaine, les directives présentes dans les mandats de protection ou dans les testaments biologiques n'avaient qu'une valeur indicative aux yeux des proches ainsi que des médecins. Par conséquent, ces derniers ne se sentaient pas liés par ces volontés⁷.

La Commission spéciale a écouté la population québécoise pour apporter des changements législatifs dans ce domaine fort important et sensible. La *Loi concernant les soins de fin de vie*⁸ ne porte pas exclusivement sur l'encadrement de l'aide médicale à mourir et des soins palliatifs offerts aux personnes en fin de vie, elle crée aussi un régime de directives médicales anticipées (ci-après nommées « DMA »), lequel est régi par 14 dispositions⁹. La première de ces dispositions, soit l'article 51, mentionne que « toute personne majeure et apte à consentir aux soins peut, au moyen de directives

(...suite)

mandataire, pour la représenter dans certains actes concernant la protection de sa personne et d'exprimer ses volontés relatives aux soins de fin de vie en prévision de son inaptitude. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 2130, 2131 et 2166 et s. Pour une analyse détaillée de ce document, voir *infra*, partie 2.2.

5. Dans le présent article, l'expression « testament biologique » réfère au document utilisé par une personne pour exprimer ses volontés en prévision de son inaptitude à consentir à des soins portant particulièrement sur les soins administrés en fin de vie. On retrouve habituellement le refus d'acharnement thérapeutique et de soins jugés disproportionnés par le rédacteur du testament biologique. Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 5^e éd. par D. GOUBAU, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, n^o 117, p. 130. Nous discutons de cet instrument de façon détaillée plus loin dans ce texte, voir *infra*, partie 2.2.
6. Danielle CHALIFOUX, « Les obstacles à la mise en œuvre des directives de fin de vie en milieu institutionnel », dans S.F.P.B.Q., vol. 146, *Les mandats en cas d'inaptitude : une panacée ?*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 19, 24.
7. COMMISSION SPÉCIALE SUR LA QUESTION DE MOURIR DANS LA DIGNITÉ, *Rapport de la Commission spéciale sur la question de mourir dans la dignité*, 2010, p. 41, en ligne <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commisions/csmmd/mandats/Mandat-12989/index.html>>.
8. Préc., note 1.
9. *Id.*, art. 51 à 64.

médicales anticipées, indiquer si elle consent ou non aux soins médicaux qui pourraient être requis par son état de santé au cas où elle deviendrait inapte à consentir aux soins »¹⁰. Notons que la portée des soins visés est plus large que ce que laisse croire le titre de la Loi et qu'en conséquence, ils ne portent pas uniquement sur la fin de vie¹¹.

Les 14 articles que l'on retrouve dans la nouvelle Loi qui régissent les DMA sont déterminants, puisqu'ils sont les premiers en droit québécois à octroyer une valeur juridique contraignante aux volontés relatives aux soins exprimées par une personne apte en prévision de son inaptitude à y consentir ou à les refuser. Il est ainsi évident que ce nouveau régime de directives anticipées a pour objectif de donner aux Québécois un vrai pouvoir décisionnel relativement à leurs soins advenant leur inaptitude¹². La députée Véronique Hivon, ministre responsable du dossier à l'époque, n'a pas manqué de souligner, pendant l'étude détaillée du projet de la Loi, que « c'est très nouveau »¹³ et qu'il s'agit :

D'une grande avancée, [...], autant pour les personnes qui veulent pouvoir à l'avance consigner leurs volontés de soins que pour les équipes médicales et les gens qui les accompagnent, de pouvoir avoir un document qui va venir dire, donc, noir sur blanc les volontés de la personne sans qu'une tierce partie soit impliquée.¹⁴

Cela étant dit, avec l'arrivée de ce nouvel instrument d'expression de la volonté, les DMA, nombreux sont les juristes et même les citoyens qui se demandent si le mandat de protection ainsi que le testament biologique doivent toujours être utilisés pour exprimer des volontés en matière de soins en prévision d'une inaptitude. En effet, si ces volontés peuvent dorénavant se retrouver dans ces trois documents, on peut légitimement se demander si un seul d'entre eux suffit.

Puisque les DMA provoquent de véritables changements et suscitent de nombreux questionnements, il importe de bien comprendre l'intégration de ce nouveau régime au sein du droit québécois, dans lequel le mandat de protection et le testament biologique

10. *Id.*, art. 51.

11. D. CHALIFOUX, préc., note 2, p. 10.

12. M. MARCHAND, préc., note 2, p. 58.

13. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 40^e lég., 1^{re} sess., vol. 43, n^o 72 (15 janvier 2014), p. 17 (Véronique Hivon).

14. *Id.*, p. 15 et 16.

sont déjà connus et utilisés. Soulignons que certains auteurs ont déjà expliqué le régime des DMA¹⁵, mais qu'aucun n'avait comme but de déterminer s'il est toujours nécessaire d'exprimer les volontés relatives aux soins dans un mandat de protection ou dans un testament biologique à la suite de l'entrée en vigueur des dispositions portant sur les DMA. C'est ce que nous tenterons de faire. Nous établirons si ces documents se complètent et, si oui, de quelle façon ils le font.

Nous croyons qu'il est essentiel pour tout professionnel du droit d'avoir un portrait complet de ce sujet spécifique, surtout les notaires, car ils peuvent recevoir des directives préalables, incluant des DMA¹⁶. L'atteinte des objectifs du législateur, découlant d'un important consensus au sein de la société¹⁷, dépend notamment des conseils donnés par les juristes à leurs clients et concitoyens ainsi que de la façon dont ils répondent à leurs besoins en matière de directives anticipées. Il est donc primordial de bien saisir le cadre législatif dans lequel les DMA s'inscrivent et de faire une analyse approfondie des trois modes d'expression des volontés relatives aux soins, ainsi que de leur interrelation.

Pour ce faire, nous avons divisé notre écrit en deux parties. Nous débiterons par une étude des règles portant sur la reconnaissance de l'autonomie de la volonté en matière de soins dans le droit québécois, dans lequel les valeurs d'intégrité et d'inviolabilité, mais aussi d'autonomie de la personne sont reconnues et protégées¹⁸. Après avoir traité des règles portant sur le droit à l'autodétermination du majeur apte en contexte de soins, nous discuterons de la venue des DMA au sein du droit québécois, et plus précisément de la « valeur ajoutée » de ce régime dans l'expression des volontés rela-

15. Jean LAMBERT, « Les directives médicales anticipées : Une nouvelle responsabilité professionnelle pour le notaire », (2015) 1 *Congrès CNQ* 25, 30 ; Jean-Pierre MÉNARD, « Les directives médicales anticipées : nouvelle responsabilité des avocats », dans S.F.P.B.Q., *Congrès annuel du Barreau du Québec (2015)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 2 ; M. MARCHAND, préc., note 2 ; D. CHALIFOUX, préc., note 2.

16. L.s.f.v., art. 51.

17. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 13, p. 15 et 16 (V. Hivon).

18. C.c.Q., art. 10 ; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, par. 67 ; *F.D. c. Centre universitaire de santé McGill (Hôpital Royal-Victoria)*, 2015 QCCA 1139, par. 27 ; *M.B. c. Centre hospitalier Pierre-le-Gardeur*, [2004] R.J.Q. 792 (C.A.), 2004 CanLII 29017 (QC C.A.), par. 65. Autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée.

tives aux soins. Nous verrons comment les DMA contribuent au droit à l'autodétermination des majeurs inaptes en matière de soins.

Nous analyserons ensuite la façon dont les règles portant sur le consentement substitué demeurent pertinentes, même si les DMA existent. Nous montrerons que malgré les nombreux avantages conférés par la Loi aux DMA, celles-ci ne règlent pas tous les problèmes rencontrés relativement au consentement anticipé à des soins. C'est ce qui nous amènera, finalement, à nous pencher sur le testament biologique et le mandat de protection, deux véhicules d'expression de la volonté qui demeurent utiles malgré l'avènement des DMA comme nous le démontrerons.

1. La reconnaissance de l'autonomie de la volonté en matière de soins

L'autonomie de la personne constitue l'un des principes fondamentaux du droit québécois et canadien. Il occupe une place particulièrement importante en matière de soins de santé. Nous nous attarderons ainsi dans cette première section à la reconnaissance de l'autonomie de la personne en cette matière. Plus précisément, nous discuterons de la façon dont les DMA contribuent au droit à l'autodétermination du majeur inapte. Auparavant, il importe toutefois de se pencher sur les règles régissant le droit à l'autodétermination du majeur apte relativement aux soins.

1.1 Le droit à l'autodétermination du majeur apte

Le *Code civil du Québec* édicte le droit à l'autonomie de la personne, son inviolabilité et son intégrité¹⁹. On retrouve ces grands principes dans les premières dispositions du Code civil qui énoncent que toute personne possède des droits de la personnalité, dont le droit à la vie, à l'invulnérabilité et à l'intégrité de sa personne²⁰. À l'exception de cas prévus par la loi, nul ne peut porter atteinte à l'intégrité d'une personne sans son consentement libre et éclairé²¹. Un consentement est libre et éclairé lorsqu'il est donné de plein gré et en pleine connaissance de cause²². Aucun individu ne peut donc

19. C.c.Q., art. 10 et s.

20. *Id.*, art. 3.

21. *Id.*, art. 3 et 10.

22. Christine MORIN et Katherine CHAMPAGNE, « L'aptitude requise pour rédiger des directives médicales anticipées », *Repères*, juin 2016, *La référence*, EYB2016REP1985.

être soumis à des soins sans un tel consentement, et ce, quelle qu'en soit la nature²³, couvrant ainsi « toutes espèces d'examens, de prélèvements, de traitements ou d'interventions, de nature médicale, psychologique ou sociale, requis ou non par l'état de santé, physique ou mentale »²⁴. Notons que le consentement à un soin requis par l'état de santé n'est soumis à aucune forme particulière, sauf disposition contraire de la loi²⁵. Si aucune règle ne régit le consentement, il peut être verbal, tout comme son refus et sa révocation²⁶.

Les articles du Code civil ne sont toutefois pas les seuls à reconnaître et protéger le droit de toute personne à son inviolabilité, son intégrité et son autonomie. En effet, les chartes québécoise et canadienne les consacrent comme droits fondamentaux²⁷. La *Charte des droits et libertés de la personne*²⁸ formule le droit à la vie, à la sûreté, à l'intégrité ainsi qu'à la liberté de sa personne²⁹ alors que la *Charte canadienne des droits et libertés* énonce le droit à la vie, mais aussi à la liberté³⁰ et à la sécurité de la personne³¹. De toute évidence, le

23. Voir également *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, RLRQ, c. S-4.2, art. 9.

24. M.B. c. *Centre hospitalier Pierre-le-Gardeur*, préc., note 18, par. 26. L'article 11, al. 1 C.c.Q. englobe également l'hébergement en établissement de santé lorsqu'elle est requise.

25. C.c.Q., art. 11, al. 1 *in fine*.

26. À titre indicatif, mentionnons qu'en vertu de la *Loi concernant les soins de fin de vie*, le consentement écrit est obligatoire dans le cas de la sédation palliative continue et de l'aide médicale à mourir. L.s.f.v., art. 24 et 26. Voir également *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 241.2.

27. M.B. c. *Centre hospitalier Pierre-le-Gardeur*, préc., note 18, par. 65 ; Suzanne PHILIPS-NOOTENS, « La personne en fin de vie : le regard du droit civil du Québec », (2009-10) 40 R.D.U.S. 327, 331.

28. RLRQ, c. C-12 (ci-après « Charte québécoise »).

29. *Id.*, art. 1.

30. La Cour suprême du Canada le définit comme « le droit d'être protégé des ingérences de l'État relativement aux décisions médicales fondamentalement importantes et personnelles », *Carter c. Canada (Procureur général)*, préc., note 18, par. 30.

31. *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, c. 11 (R.U.)], art. 7. Quant au droit à la sécurité de la personne, la Cour suprême du Canada mentionne qu'il s'agit d'« une notion d'autonomie personnelle qui comprend [...] la maîtrise de l'intégrité de sa personne sans aucune intervention de l'État » et elle est mise en jeu par l'atteinte de l'État à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne, y compris toute mesure prise par l'État qui cause des souffrances physiques ou de graves souffrances psychologiques ». *Carter c. Canada (Procureur général)*, préc., note 18, par. 64, citant *Rodriguez*, p. 587-588, le juge Sopinka, citant R. c. *Morgentaler*, [1998] 1 R.C.S. 30 et *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, 1999 CanLII 653 (CSC), par. 58.

droit à l'autodétermination en matière de soins, qui « 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 »³², fait partie intégrante du droit québécois³³.

En vertu du droit à l'autodétermination de la personne, un patient peut consentir à des soins, mais il peut aussi les refuser ou interrompre un traitement, et ce, même si ce refus ou cette interruption risque d'entraîner son décès³⁴. Les célèbres affaires *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*³⁵ ainsi que *Manoir de la Pointe bleue (1978) inc. c. Corbeil*³⁶ illustrent ce droit.

Dans la première affaire, Nancy B. demandait à la Cour supérieure du Québec d'ordonner aux professionnels de la santé qui la soignaient de cesser les traitements en cours et de ne pas lui administrer de soins supplémentaires sans son consentement³⁷. Cette femme âgée de vingt-cinq ans était atteinte de la paralysie ascendante motrice causée par le syndrome de Guillain-Barré. Son état était irréversible et sa maladie incurable. Elle était sur respirateur depuis deux ans et demi au moment où la Cour a rendu sa décision, mais elle était en mesure d'exprimer sa volonté. Dans son jugement, la Cour cite le juge Jean-Louis Baudouin qui a énoncé que le droit de toute personne majeure et apte à consentir aux soins « est l'expression juridique du principe de l'autonomie de la volonté et du droit à l'autodétermination »³⁸. La Cour conclut que la décision de la jeune femme d'interrompre son traitement était libre et éclairée et qu'elle pouvait exiger la cessation du traitement de soutien respiratoire indispensable au maintien de sa vie³⁹.

Dans *Manoir de la Pointe bleue (1978) inc. c. Corbeil*⁴⁰, la Cour supérieure reconnaît à monsieur Corbeil, qui n'acceptait pas son nouvel état – il est devenu quadriplégique à la suite d'un accident de véhicule tout-terrain de type quatre roues motrices –, le droit de

32. Pierre DUCHAINE, « Réflexion sur le "living will" de common law dans le contexte du droit civil québécois », (2000) 102 *R. du N.* 391, 400.

33. *Ibid.*

34. [1992] R.J.Q. 361, 364 (C.S.).

35. *Ibid.*

36. [1992] R.J.Q. 712 (C.S.).

37. *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, préc., note 34, p. 362.

38. *Id.*, p. 365.

39. *Id.*, p. 362.

40. Préc., note 36.

refuser tout soin, même si ce refus risquait d'engendrer son décès⁴¹. Précisons que la Cour mentionne également que la volonté de monsieur Corbeil de ne plus s'alimenter devra être respectée même lorsqu'il sera inapte, puisqu'elle a été exprimée de façon libre et éclairée dans un mandat de protection notarié⁴².

Par ailleurs, en février 2015, la Cour suprême du Canada a rendu un jugement décisif poussant à leur apogée les droits fondamentaux à portée constitutionnelle et quasi constitutionnelle que sont le droit à l'inviolabilité, l'intégrité et l'autonomie de toute personne. Le plus haut tribunal au pays a jugé que « les risques ou conséquences graves, y compris la mort, que peut entraîner la décision du patient ne permettent aucunement de porter atteinte au libre choix en matière médicale »⁴³. Ainsi, dans l'historique arrêt *Carter*⁴⁴, la Cour suprême déclare inconstitutionnels l'alinéa 241*b*) ainsi que l'article 14 du *Code criminel*⁴⁵ interdisant l'aide médicale à mourir. À ce propos, elle affirme ce qui suit :

La prohibition de l'aide d'un médecin pour mourir à une personne (« aide médicale à mourir ») est nulle dans la mesure où elle prive de cette aide un adulte capable dans les cas où (1) la personne touchée consent clairement à mettre fin à ses jours ; et (2) la personne est affectée de problèmes de santé graves et irrémédiables (y compris une affection, une maladie ou un handicap) lui causant des souffrances persistantes qui lui sont intolérables au regard de sa condition.⁴⁶

De ce fait, la Cour suprême légalise, à la condition de respecter certaines balises, la prestation de l'aide médicale à mourir au Canada. Soulignons que le Québec a été un précurseur en la matière, puisque la *Loi concernant les soins de fin de vie*, qui permet à un patient québécois de formuler une demande d'aide médicale à mourir depuis le 10 décembre 2015, a été adoptée en juin 2014, soit avant que la Cour suprême rende sa décision dans l'affaire *Carter*. La Loi est en continuité avec l'état actuel du droit en matière de consentement aux soins et de la reconnaissance des droits et libertés fondamentaux. En plus d'énoncer, à son tout premier article, qu'elle « a pour but d'assurer aux personnes en fin de vie des soins

41. *Ibid.*

42. *Id.*, p. 724.

43. *Carter c. Canada (Procureur général)*, préc., note 18, par. 67.

44. *Ibid.*

45. *Code criminel*, préc., note 26.

46. *Carter c. Canada (Procureur général)*, préc., note 18, par. 4.

respectueux de leur dignité et de leur autonomie »⁴⁷, elle codifie notamment, à son article 5, le droit de toute personne majeure et apte à consentir aux soins de refuser de recevoir un soin qui est nécessaire pour la maintenir en vie ou de retirer son consentement à un tel soin⁴⁸.

Le droit québécois est donc clair à cet égard : il est possible pour un patient majeur de consentir, de refuser ou d'interrompre tout soin, s'il est apte à le faire et que son consentement est libre et éclairé, et ce, sans qu'il ait à justifier sa décision⁴⁹. Il peut même, s'il satisfait toutes les conditions prévues par la loi, demander de recevoir l'aide médicale à mourir⁵⁰. Dans toutes ces situations, il faut cependant que le patient soit apte à consentir aux soins afin que son droit à l'autodétermination soit respecté. Comme le mentionne la Cour d'appel du Québec dans la décision de principe en la matière, soit *Institut Philippe-Pinel de Montréal c. A.G.*⁵¹, l'incapacité d'une personne majeure à consentir ou à refuser des soins doit être constatée suivant une évaluation particulière, qui est différente de celle requise pour ouvrir un régime de protection ou pour homologuer un mandat de protection. Ainsi, malgré qu'une personne soit sous un régime de protection ou que son mandat de protection ait été homologué, elle peut tout de même être apte à consentir ou à refuser des soins, si elle remplit les critères établis par la Cour d'appel⁵². Ces cinq paramètres non cumulatifs sont les suivants :

- 1- La personne comprend-elle la nature de la maladie pour laquelle un traitement lui est proposé ?
- 2- La personne comprend-elle la nature et le but du traitement ?
- 3- La personne saisit-elle les risques et les avantages du traitement, si elle le subit ?

47. L.s.f.v., art. 1.

48. *Ibid.* ; Jean-Pierre MÉNARD, « Soins de fin de vie : de nouveaux droits pour les patients », dans S.F.C.B.Q., vol. 402, *Les soins de fin de vie (dans la foulée de la récente décision de la Cour suprême)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 127, 142.

49. Le caractère rationnel ou irrationnel de la décision n'importe pas. *Manoir de la Pointe bleue (1978) inc. c. Corbeil*, préc., note 36.

50. L.s.f.v., art. 26 ; *Code criminel*, préc., note 26, art. 241.2.

51. [1994] R.J.Q. 2523 (C.A.).

52. *Ibid.*

- 4- La personne comprend-elle les risques de ne pas subir le traitement ?
- 5- La capacité de comprendre de la personne est-elle affectée par sa maladie ?⁵³

On constate que l'évaluation de l'aptitude à consentir aux soins est une question de fait et qu'il peut s'agir d'un exercice difficile dans de nombreux cas. Ne devrait toutefois pas être très complexe celui où il faut déterminer si une personne atteinte de la maladie d'Alzheimer dont le stade est très avancé est apte ou non à consentir aux soins. Néanmoins, considérant les conséquences que peut entraîner la conclusion de l'incapacité d'une personne, ce n'est pas une évaluation qui doit être effectuée à la légère. Il appert que le droit à l'autonomie de la personne est circonscrit par le jugement clinique des professionnels de la santé⁵⁴. En outre, il est prévu dans le Code civil que les soignants n'ont pas à avoir le consentement aux soins lorsqu'il ne peut être obtenu en temps opportun en cas d'urgence et lorsque la vie du patient est en danger ou son intégrité menacée⁵⁵. En plus, il est impossible d'exiger de recevoir un soin si celui-ci n'est pas médicalement indiqué ou s'il est futile ou inutile⁵⁶. Malgré l'importance de sa reconnaissance au sein du droit québécois, ce droit à l'autonomie de la personne est sujet à certaines exceptions et il n'est donc pas absolu⁵⁷.

Bref, le droit à l'autodétermination du majeur apte en matière de soins étant clairement acquis, les Québécois ont manifesté à la Commission spéciale leur souhait que leurs volontés relatives aux soins soient également respectées s'ils deviennent inaptes. Le législateur a été attentif aux désirs exprimés par la population québé-

53. *Id.*, p. 2533-2535.

54. Dominique GOUBAU, « Quand une personne refuse de se soumettre à une évaluation de son aptitude, on fait quoi ? », dans S.F.C.B.Q., vol. 393, *La protection des personnes vulnérables*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 105, 107 ; Jean-Pierre MÉNARD, Michelle GIROUX et Jean-Claude HÉBERT, *Mettre en œuvre les recommandations de la Commission spéciale de l'Assemblée nationale sur la question de mourir dans la dignité. Rapport du Comité de juristes experts*, Janvier 2013, p. 219 et 334, en ligne <www.msss.gouv.qc.ca/documentation/salle-de-presse/medias/rapport_comite_juristes_experts.pdf>.

55. C.c.Q., art. 13.

56. J.-P. MÉNARD, M. GIROUX et J.-C. HÉBERT, préc., note 54, p. 219.

57. Ajoutons que selon l'analyse du professeur Kouri, l'exercice de l'autonomie de la personne peut être limité par la notion fondamentale de la dignité humaine, laquelle ne peut faire l'objet d'une renonciation. Robert P. KOURI, *L'autonomie de la personne : d'hier à aujourd'hui*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 20-21.

coise et c'est pourquoi un nouveau régime de directives préalables a été créé, soit le régime des directives médicales anticipées.

1.2 Le droit à l'autodétermination du majeur inapte grâce aux directives médicales anticipées

Selon l'avis mixte de juristes et de citoyens⁵⁸, le droit protégé et accordé aux patients majeurs aptes d'accepter ou de refuser de recevoir des soins doit demeurer même lorsqu'ils sont devenus inaptes à le faire, s'ils ont clairement et valablement formulé leurs volontés en matière de soins préalablement à leur inaptitude⁵⁹.

Poursuivant cet objectif, la *Loi concernant les soins de fin de vie* consacre la primauté de l'autonomie décisionnelle en matière de soins en créant le régime des directives médicales anticipées⁶⁰. Ces dernières permettent à toute personne majeure et apte à consentir aux soins d'indiquer à l'avance si elle accepte ou non de recevoir certains soins médicaux qui pourraient être requis par son état de santé advenant son inaptitude à le faire dans des situations cliniques précises⁶¹. Mentionnons immédiatement qu'il n'est pas permis de formuler une demande d'aide médicale à mourir dans les DMA, de même que dans tout autre instrument d'expression de la volonté⁶². Une personne majeure et apte peut cependant préciser de façon anticipée si elle consent ou refuse de recevoir cinq soins déterminés dans trois situations cliniques spécifiques. À titre d'exemple, il est possible pour un majeur d'exprimer dans les DMA qu'advenant son inaptitude à consentir à des soins alors qu'il est en fin de vie et souffre d'une condition médicale grave et incurable, il accepte ou refuse la réanimation cardio-respiratoire, la ventilation assistée par un respirateur ou par tout autre support technique, de recevoir un traitement de dialyse, l'alimentation ainsi que l'hydratation forcée ou artificielle⁶³.

58. D. CHALIFOUX, préc., note 6 ; J.-P. MÉNARD, M. GIROUX et J.-C. HÉBERT, préc., note 54.

59. J.-P. MÉNARD, M. GIROUX et J.-C. HÉBERT, préc., note 54, p. 97.

60. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 40^e lég., 1^{re} sess., vol. 43, n^o 61 (21 novembre 2013), p. 1 et 2 (Véronique Hivon).

61. L.s.f.v., art. 51 ; QUÉBEC, PORTAIL SANTÉ MIEUX-ÊTRE, *Directives médicales anticipées*, en ligne <<http://sante.gouv.qc.ca/programmes-et-mesures-daide/directives-medicales-anticipees/>>.

62. L.s.f.v., art. 51 *in fine*.

63. QUÉBEC, PORTAIL SANTÉ MIEUX-ÊTRE, *Directives médicales anticipées*, en ligne <<http://sante.gouv.qc.ca/programmes-et-mesures-daide/directives-medicales-anticipees/exigences-requises/>>.

Me Véronique Hivon a énoncé ce qui suit relativement à la mise en place des DMA :

On vient vraiment reconnaître formellement l'importance de l'expression des volontés d'une personne en prévision d'une éventuelle incapacité pour qu'elle puisse dire à l'avance les soins qu'elle ne souhaiterait pas recevoir, qui, pour elle, seraient quelque chose qui serait disproportionné, ou avec lesquels, pour ses valeurs ou pour toutes sortes de raisons, elle ne serait pas confortable. Donc, c'est une manière aussi de consacrer la dignité de la personne, de reconnaître son autonomie, de reconnaître l'importance qu'elle a.⁶⁴

Les DMA constituent le prolongement de la reconnaissance du droit à l'autodétermination en matière de soins, celles-ci étant applicables lorsque le patient est inapte à consentir ou à refuser des soins. Elles consacrent le droit à l'autonomie de la personne, d'autant plus que l'article 58 de la Loi édicte que l'acceptation ou le refus de soins exprimé dans des DMA, en prévision de l'incapacité à consentir à des soins, devra être respecté comme si le patient devenu inapte à consentir était toujours apte. Plus précisément, cette disposition prévoit ce qui suit :

Lorsqu'une personne est inapte à consentir aux soins, les volontés relatives aux soins clairement exprimées dans des directives médicales anticipées qui ont été versées au registre des directives médicales anticipées ou au dossier de la personne ont, à l'égard des professionnels de la santé ayant accès à ce registre ou à ce dossier, la même valeur que des volontés exprimées par une personne apte à consentir aux soins.⁶⁵

Il résulte de la lecture des articles 51 et 58 de la Loi que les volontés exprimées dans des DMA faites conformément à la Loi, par toute personne majeure alors qu'elle était apte à le faire, doivent être intégralement respectées par le personnel médical lorsque son consentement est requis pour l'un ou plusieurs des soins visés par les DMA, que sa condition correspond à l'une des situations cliniques prévues dans celles-ci et que son incapacité à consentir aux soins est constatée⁶⁶. Seule une décision du tribunal peut empêcher

64. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 60.

65. L.s.f.v., art. 58.

66. J. LAMBERT, préc., note 15, p. 36-37 ; comme nous le verrons dans la deuxième partie, les soins pour lesquels il est possible d'exprimer une acceptation ou un refus sont limités. Voir aussi Laurence DUPUIS et Isabelle ROUTHIER, « Chronique – Les directives médicales anticipées : ce que le juriste doit savoir », *Repères*, avril 2016, *La référence*, EYB2016REP1906, p. 8-9 (PDF).

l'application des DMA lorsqu'elles semblent conformes à la Loi⁶⁷. On peut donc affirmer que depuis le 10 décembre 2015⁶⁸, des directives anticipées en matière de soins ont désormais formellement une valeur juridique contraignante⁶⁹ si elles ont été exprimées conformément à ce que la Loi prévoit⁷⁰.

Afin que les DMA soient valides et contraignantes, la Loi édicte que le signataire des DMA doit être majeur et apte à consentir aux soins au moment de les signer⁷¹. Cette dernière exigence prévue dans la Loi constitue véritablement un aspect important des DMA qui contribue à assurer le respect du droit à l'autonomie de la volonté du patient en matière de soins. Comme nous l'avons vu dans la section précédente⁷², l'aptitude à consentir aux soins n'est pas la même que celle habituellement requise pour la signature d'un acte juridique devant notaire ou devant témoins⁷³. Sauf exception⁷⁴, les majeurs protégés ne peuvent généralement pas signer de tels actes juridiques⁷⁵. Toutefois, la *Loi concernant les soins de fin de vie* permet aux majeurs dont le mandat a été homologué ou qui sont sous un régime de protection d'émettre des DMA, tant sous forme notariée que seing privé devant témoins, s'ils sont aptes à consentir aux

67. L.s.f.v., art. 61.

68. Le 10 décembre 2015 correspond à la date d'entrée en vigueur de la Loi.

69. Auparavant, aucune règle parmi celles qui régissaient l'expression préalable des volontés relatives aux soins ne leur octroyait formellement une telle valeur. Sont toutefois de l'opinion contraire : J.-P. MÉNARD, préc., note 15, p. 21 ; Robert P. KOURI et Suzanne PHILIPS-NOOTENS, *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, 3^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012, n° 386, p. 372-373.

70. Des auteures, constatant que cette valeur n'est pas expressément déclarée noir sur blanc dans la Loi, énoncent toutefois que le terme « contraignant » n'est pas adéquat, car un médecin ne peut être tenu de prodiguer des soins qui ne sont pas médicalement requis. Il est vrai que les DMA ne « sont ni plus ni moins qu'un consentement donné à l'avance », mais à notre avis, lorsqu'elles sont applicables, elles sont contraignantes, c'est-à-dire qu'elles doivent être respectées par le personnel soignant, ce qui n'est pas nécessairement le cas pour les volontés exprimées dans un mandat de protection ou dans un testament biologique. C'est donc pour cette raison que pour notre part, nous utilisons le terme « contraignant ». L. DUPUIS et I. ROUTHIER, préc., note 66, p. 8-9 (PDF). M. MARCHAND, préc., note 2, p. 57.

71. L.s.f.v., art. 51.

72. *Supra*, p. 397.

73. *Loi sur le notariat*, RLRQ, c. N-3, art. 43 ; Gérard GUAY, *Le mandat de protection*, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2016, n° 43, p. 15.

74. À titre d'exemple, le Code civil prévoit à l'article 709 que « le testament fait par un majeur après sa mise en tutelle peut être confirmé par le tribunal si la nature de ses dispositions et les circonstances qui entourent sa confection le permettent. »

75. C. MORIN et K. CHAMPAGNE, préc., note 22.

soins au moment de leur signature⁷⁶. Considérant les décisions prises dans cet instrument, c'est-à-dire l'acceptation ou le refus de soins médicaux, il est tout à fait logique que le législateur ait exigé cette aptitude. Ajoutons que la Loi énonce une présomption relative⁷⁷ selon laquelle l'auteur des DMA a reçu les informations nécessaires lui permettant de prendre une décision éclairée au moment de la signature⁷⁸. Il s'agit d'une autre particularité des DMA qui n'est pas autrement édictée en matière de consentement aux soins. Elle s'ajoute à la présomption d'aptitude énoncée à l'article 4 du Code civil applicable à tous les actes juridiques.

Le législateur a aussi prévu des règles de forme obligatoires pour protéger le droit à l'autodétermination de la personne en contexte de soins. La Loi dispose que les DMA doivent être faites par acte notarié en minute ou devant témoins au moyen du formulaire prescrit par le ministre de la Santé et des Services sociaux⁷⁹. Il n'est donc pas possible de faire des DMA de « façon holographe [sic] ou sur un coin de table, sur le derrière d'un napperon »⁸⁰. À défaut de respecter les formalités énoncées dans la Loi, les DMA ne peuvent pas être appliquées. Lorsque les DMA sont signées devant témoins, l'auteur doit lui-même remplir le formulaire prescrit par le ministre de la Santé et des Services sociaux. Soulevons que bien que le contenu de ce formulaire soit déterminé par le ministre, la Loi ne laisse place à aucune ambiguïté quant au caractère de ce formulaire, qui est manifestement obligatoire. Par ailleurs, si les DMA sont plutôt exprimées par acte notarié en minute, c'est le modèle élaboré par la Chambre des notaires du Québec, qui est inspiré de ce formulaire imposé par la Loi, qui doit être utilisé. Pour assurer le respect

76. *Institut Philippe Pinel de Montréal c. A.G.*, préc., note 51 ; Michel T. GIROUX, « Dignité, aide médicale à mourir et volontés contemporaines de la personne en fin de vie », dans S.F.C.B.Q., vol. 378, *La protection des personnes vulnérables* (2014), Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 83, 111.

77. Il ne s'agit que d'une présomption relative, elle n'est donc pas irréfragable, c'est-à-dire qu'elle peut être renversée par une preuve contraire. C.c.Q., art. 2847 ; Jean-Claude ROYER et Sophie LAVALLÉE, *La preuve civile*, 4^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2008, n° 784, p. 631-632.

78. L.s.f.v., art. 59 ; M. MARCHAND, préc., note 2, p. 57.

79. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 40^e lég., 1^{re} sess., vol. 43, n° 70 (5 décembre 2013), p. 20 (Véronique Hivon).

80. Il y a toutefois une exception : les DMA peuvent être révoquées de façon verbale en cas d'urgence. L.s.f.v., art. 54, al. 3 ; QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 60, p. 7 et 8 (S. Vallée).

des DMA notariées par le personnel médical, aucune modification ne peut être apportée à ce modèle⁸¹.

L'obligation d'établir des DMA sous forme notariée ou sous seing privé devant témoins permet d'éviter qu'elles soient signées sous une forme susceptible de semer des doutes dans l'esprit des professionnels de la santé pouvant entraîner leur inapplication⁸². L'aspect novateur du régime de DMA est toutefois le formulaire prescrit par le ministre de la Santé et des Services sociaux. Cette formule fait en sorte que le personnel médical ne se retrouve pas en présence de directives anticipées imprécises⁸³ ou, au contraire, trop précises⁸⁴. De telles directives entraînent généralement des problèmes d'interprétation auprès des soignants et leur non-respect par ceux-ci. Il a d'ailleurs été mentionné qu'« il s'agit d'obstacles sérieux qui [incitent] les professionnels de la santé à leur accorder peu d'attention, voire à ne pas les respecter »⁸⁵. La méthode choisie par le législateur pour la confection des DMA permet donc de contrer ce phénomène qui nuit à l'exercice du droit à l'autonomie de la personne en matière de soins.

Cela étant dit, l'une des conséquences de la nature contraignante des DMA se concrétise par l'interaction maintenant « directe » entre le patient inapte et le médecin. Il s'agit véritablement « du prolongement [...] de l'expression de la volonté de la personne »⁸⁶. En effet, en présence de DMA établies en conformité de la Loi, seuls ces deux protagonistes sont impliqués. Tout consentement substitué est ainsi écarté, c'est-à-dire que lorsque les DMA sont applicables, il n'y a pas de tierce personne qui a à intervenir

81. L.s.f.v., art. 52, al. 1 ; CHAMBRE DES NOTAIRES, *Directives médicales anticipées*, R.D./N.S., Modèle d'acte, « Mandat », Document n° 5, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2015 ; J. LAMBERT, préc., note 15, p. 34.

82. J. LAMBERT, préc., note 15, p. 30.

83. C'est le cas lorsqu'elles contiennent « des références vagues, par exemple [...] refus de traitements "extraordinaires" ou "agressifs" », sans donner plus de détails. Lara KHOURY, « La responsabilité médicale et hospitalière pour le non-respect des volontés de fin de vie en droit civil québécois », (2007) 85 *Médecine & Droit* 119, 121.

84. Lorsque le niveau de précision est élevé, les médecins n'ont alors aucune marge de manœuvre pour les interpréter et les adapter à la situation. Ce serait le cas, par exemple, si une personne souffrant de pneumonie a, alors qu'elle était apte à le faire, mentionné dans ses directives qu'elle refuse d'être réanimée dans toutes les situations possibles, en oubliant la pneumonie comme situation. M.T. GIROUX, préc., note 76, p. 110.

85. J. LAMBERT, préc., note 15, p. 27.

86. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 13, p. 16 (V. Hivon).

pour consentir ou refuser pour autrui un des soins prévus dans le formulaire ou l'acte notarié comportant des DMA⁸⁷. Les DMA permettent donc d'éviter, par exemple, que le représentant du patient inapte ait à interpréter les volontés formulées préalablement à l'incapacité et ait à les transmettre ensuite au personnel soignant. Ce processus n'est pas sans risques, puisqu'il n'est pas impossible, entre autres, que ce représentant interprète incorrectement les volontés ou même qu'il ait une mauvaise attitude dans l'accomplissement de son rôle⁸⁸. Aussi, les décisions que le titulaire du consentement substitué est appelé à prendre ne sont pas toujours évidentes et sont souvent remplies d'émotions. L'être humain étant ce qu'il est, il s'avère concevable que de telles décisions ne soient pas prises en toute objectivité et soient teintées par les valeurs du substitut, et ce, bien qu'il soit tenu d'agir dans le seul intérêt du représenté en respectant, dans la mesure du possible, les volontés que celui-ci a exprimées à l'avance⁸⁹. En de telles circonstances, « malgré tous les efforts, le respect de l'autonomie du patient peut laisser place à l'interprétation, par les tiers, de son meilleur intérêt »⁹⁰. Les DMA contribuent à éviter de telles situations. En présence de DMA, le représentant du patient n'a désormais comme rôle que de s'assurer que les DMA soient appliquées ou de les faire invalider, en tout ou en partie⁹¹. Précisons qu'il ne détient pas non plus le pouvoir de modifier ou de révoquer les DMA, puisque seul l'auteur des DMA peut le faire⁹².

Par ailleurs, pour que les DMA conformes à la Loi soient suivies et appliquées, il est important que leur existence soit connue par les professionnels de la santé⁹³. C'est pour cette raison que le législa-

87. C.c.Q., art. 11, al. 2 ; J. LAMBERT, préc., note 15, p. 28.

88. M. MARCHAND, préc., note 2, p. 35 ; J. LAMBERT, préc., note 15, p. 33.

89. C.c.Q., art. 12. Nous étudions cet article dans la deuxième partie du présent texte. S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 27, p. 353.

90. Lucie LAFLAMME, Robert P. KOURI et Suzanne PHILIPS-NOOTENS, *Le mandat donné en prévision de l'incapacité. De l'expression de la volonté à sa mise en œuvre*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 155. Le mandataire désigné ou tout autre représentant nommé en vertu de l'article 15 C.c.Q. doit agir dans le meilleur intérêt du patient inapte tout en respectant, dans la mesure du possible, les volontés exprimées notamment dans le mandat de protection ou dans le testament biologique.

91. Hélène GUAY, « Consentement aux soins : revue de la notion d'intérêt de l'article 12 du Code civil du Québec », dans S.F.C.B.Q., vol. 409, *La protection des personnes vulnérables*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 179, 239 ; J. LAMBERT, préc., note 15, p. 33.

92. L.s.f.v., art. 54.

93. *Id.*, art. 58 ; S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 27, p. 348.

teur a prévu deux façons de leur rendre accessibles les DMA. En vertu de la Loi, il est possible de déposer le formulaire ou une copie authentique de l'acte notarié comprenant les DMA dans le registre des directives médicales anticipées – lequel est créé dans la Loi –, ou dans le dossier médical de l'auteur des DMA⁹⁴. Il n'est pas obligatoire de verser le document dans lequel sont exprimées les DMA dans le registre des directives médicales anticipées, mais il est évident qu'il s'agit du meilleur moyen d'assurer leur accessibilité et leur respect⁹⁵. Autrement, il est possible de remettre les DMA à un médecin ou à un autre professionnel de la santé afin qu'elles soient minimalement déposées dans le dossier médical. En cas d'incapacité d'un patient à consentir à des soins, le médecin a l'obligation de consulter en premier lieu le registre et ce n'est que si aucune directive n'y apparaît qu'il consulte le dossier médical⁹⁶. La Régie de l'assurance maladie du Québec est l'organisme responsable du registre⁹⁷ et seuls les professionnels de la santé y ont accès afin de connaître les directives de leurs patients. Soulignons que ces professionnels ont accès à l'intégralité du document⁹⁸.

On observe donc que les DMA signées conformément à la Loi bénéficient d'un avantage certain relativement à leur accessibilité, celles-ci étant rapidement et directement disponibles au personnel soignant, surtout lorsqu'elles sont consignées dans le registre. Il arrive trop souvent que les proches d'un patient devenu inapte ou les professionnels de la santé ignorent si celui-ci a exprimé des volontés relatives aux soins préalablement à son incapacité ou que, bien que l'existence de telles volontés soit connue, ces dernières demeurent introuvables⁹⁹. Cet outil qu'est le registre des directives médicales anticipées ne peut faire autrement que de garantir le respect du droit à l'autodétermination des Québécois et de contribuer à leur tranquillité d'esprit en matière de soins.

94. Précisons que les DMA conformes à la Loi demeurent valides malgré le fait qu'elles n'aient pas été déposées au registre ou dans le dossier médical de l'auteur. L.s.f.v., art. 52, 55 et 57.

95. Les DMA qui se retrouvent dans le registre sont tout de même déposées dans le dossier médical, en vertu de l'article 57 de la Loi, qui prévoit que « le médecin qui constate l'incapacité d'une personne à consentir aux soins consulte le registre des directives médicales anticipées. Si des directives médicales anticipées concernant cette personne s'y trouvent, il les verse au dossier de cette dernière. »

96. L.s.f.v., art. 57.

97. *Id.*, art. 52 et 63.

98. L. DUPUIS et I. ROUTHIER, préc., note 66, p. 11 (PDF).

99. Lucie LAFLAMME, « Variations sur des thèmes connus : le mandat en prévision de l'incapacité et la procuration générale », (2002) 2 *C.P. du N.* 103, 119 ; D. CHALIFOUX, préc., note 6, p. 39-40.

Notons qu'afin que la signature de DMA soit à la portée de plus de gens possible, et ainsi, pour simplifier la mise en application des DMA, le législateur n'a pas édicté de quelconque procédure « d'homologation » pour notamment vérifier si les formalités énoncées dans la Loi ont été respectées¹⁰⁰. Un certain contrôle est néanmoins prévu dans la réglementation¹⁰¹. En effet, les DMA ne peuvent pas être inscrites dans le registre des directives médicales anticipées si elles ne sont pas signées ni datées ou si le signataire est mineur¹⁰². Autrement, aucune intervention judiciaire n'est requise, à moins que les DMA soient contestées¹⁰³. Par conséquent, leur exécution dépend uniquement du jugement clinique du médecin relativement à l'aptitude du patient à consentir aux soins qui doivent lui être prodigués.

Nous tenons à mettre en lumière que l'article 62 de la Loi consacre la préséance des DMA sur les autres instruments d'expression de la volonté. En effet, il précise que « les volontés relatives aux soins exprimées dans un mandat de protection d'une personne ne constituent pas des directives médicales anticipées au sens de la présente loi et demeurent régies par les articles 2166 et suivants du Code civil »¹⁰⁴. En outre, advenant que des volontés en matière de soins exprimées à l'avance dans un mandat de protection ou dans un testament biologique soient contradictoires avec celles exprimées dans des DMA, la Loi dispose que celles écrites dans les DMA prévalent¹⁰⁵. Les DMA dominent toutes directives contraires manifestées dans d'autres véhicules d'expression de la volonté, et ce, que ceux-ci aient été reçus devant notaire ou devant témoins. À titre d'exemple, en vertu de la Loi, les DMA signées devant témoins priment et doivent être suivies par le personnel médical malgré le fait que le patient ait signé quelque temps plus tard – alors qu'il était toujours apte – un mandat de protection devant notaire dans lequel il exprime des volontés qui contredisent celles écrites dans ses DMA¹⁰⁶. Du point de vue éthique, des questions se posent lorsqu'un mandat de protection, surtout notarié et plus récent que les DMA

100. J. LAMBERT, préc., note 15, p. 34.

101. *Règlement sur les modalités d'accès au registre des directives médicales anticipées et son fonctionnement*, (2016) 20 G.O. II, 2642, entré en vigueur le 15 juin 2016 en vertu de l'article 20 du règlement.

102. *Id.*, art. 11.

103. *Ibid.*

104. L.s.f.v., art. 62, al. 1.

105. *Id.*, art. 62, al. 2.

106. L. DUPUIS et I. ROUTHIER, préc., note 66, p. 8 (PDF).

faites devant témoins, contient des directives contradictoires à celles retrouvées dans les DMA. Pour éviter notamment des difficultés dans l'application des DMA, cet exemple démontre l'importance de vérifier, préalablement à la signature d'un mandat de protection, si le mandant a déjà fait des DMA et le cas échéant, si celles-ci forment des directives qui s'opposent à celles mentionnées dans le mandat. De plus, il importe d'indiquer aux signataires de DMA qu'ils peuvent révoquer leurs DMA, mais aussi que s'ils désirent modifier leurs volontés, ils doivent le faire par acte notarié en minute ou devant témoins au moyen du formulaire prescrit et que les nouvelles directives remplaceront celles écrites antérieurement¹⁰⁷.

En somme, les DMA comportent de nombreux avantages, le plus important étant celui de permettre à toute personne majeure et apte à consentir aux soins d'exprimer à l'avance son acceptation ou son refus de recevoir certains soins et que ces volontés aient une valeur juridique contraignante. Le régime des DMA n'est toutefois pas parfait, et il comporte quelques limitations, pouvant notamment engendrer l'application des règles du Code civil en matière de consentement substitué. Il est ainsi intéressant de se pencher sur les limites des DMA, et sur les deux modes d'expression de la volonté subsidiaires pouvant compléter les DMA, soit le testament biologique et le mandat de protection.

2. La prise en considération des volontés en cas de consentement substitué

Le *Code civil du Québec* contient des règles spécifiques pour déterminer la façon dont un consentement à un soin doit être obtenu lorsque le patient dont l'état le requiert est inapte à y consentir. Nous avons vu que lorsqu'une personne devenue inapte a fait des DMA préalablement à son inaptitude et que celles-ci sont conformes à la Loi, elles doivent être respectées par les professionnels de la santé si le soin requis est visé par les DMA. Dans une telle situation, les dispositions portant sur le consentement substitué prévues dans le Code civil ne sont pas applicables, c'est-à-dire

107. L.s.f.v., art. 54. Soulignons toutefois que l'auteur de DMA doit être apte à consentir à des soins pour les modifier ou les révoquer. L'article 12 du *Règlement sur les modalités d'accès au registre des directives médicales anticipées et son fonctionnement* prévoit que lorsque des DMA sont transmises au registre « et que de telles directives ont déjà été versées au registre pour l'auteur de celles-ci, le ministre retire les plus anciennes et les remplace par les plus récentes. »

qu'aucune tierce personne n'a à intervenir pour accepter ou refuser un soin pour une autre personne. En revanche, ces règles retrouvent leur pertinence en l'absence de DMA ou lorsque celles-ci ne peuvent pas être utilisées pour l'un des motifs que nous verrons ci-dessous¹⁰⁸. Même si l'article 11 C.c.Q. formule la préséance du consentement anticipé dans les DMA sur le consentement substitué, nous démontrerons que les articles régissant le consentement substitué demeurent utiles, puisque les DMA ont une portée limitée et qu'elles peuvent être inapplicables pour diverses raisons.

2.1 Les limites des directives médicales anticipées

Nous l'avons mentionné précédemment, les DMA ne sont pas parfaites. En effet, les DMA ne portent pas sur tous les soins et elles ne sont pas indéfectibles. Il est ainsi important de se pencher sur leurs limites afin de cerner convenablement la façon dont il est possible de les pallier.

D'abord, les DMA permettent aux Québécois d'avoir l'assurance que leurs volontés en matière de soins seront respectées advenant leur inaptitude à consentir ou à refuser des soins, puisque le Code civil reconnaît leur primauté¹⁰⁹. Cependant, cette affirmation est vraie uniquement pour certains soins précis. En effet, le formulaire prescrit par le ministre de la Santé et des Services sociaux ainsi que l'acte notarié comportant des DMA ne portent que sur cinq soins et trois situations cliniques spécifiques. Les soins visés sont la réanimation cardio-respiratoire, la ventilation assistée par un respirateur, la dialyse ainsi que l'alimentation et l'hydratation forcées et artificielles. Quant aux trois situations, il s'agit de :

1. La situation en fin de vie, c'est-à-dire « qu'une personne souffre d'une condition médicale grave et incurable et qu'elle est en fin de vie »¹¹⁰.
2. La situation d'atteinte sévère et irréversible des fonctions cognitives, soit « lorsqu'une personne se trouve dans un état comateux jugé irréversible, c'est-à-dire qu'elle est inconsciente, de façon permanente et alitée, sans aucune possibilité de reprendre conscience »¹¹¹ ou « lorsqu'une personne est dans un état végétatif permanent, c'est-à-dire qu'elle est inconsciente, mais conserve quelques réflexes, comme

108. C.c.Q., art. 11, al. 2.

109. *Ibid.*

110. QUÉBEC, PORTAIL SANTÉ MIEUX-ÊTRE, préc., note 63 (15 juillet 2016).

111. *Ibid.*

la capacité d'ouvrir et de fermer les yeux ou la réaction à la douleur »¹¹².

3. L'autre situation d'atteinte sévère et irréversible des fonctions cognitives, c'est-à-dire « lorsqu'une personne souffre d'une atteinte sévère et irréversible des fonctions cognitives, sans possibilité d'amélioration, par exemple la démence de type Alzheimer ou autre type de démence à un stade avancé »¹¹³.

De surcroît, les DMA ne peuvent en aucun cas être utilisées pour exiger qu'un soin qui n'est pas médicalement approprié soit octroyé par un professionnel de la santé¹¹⁴. Ajoutons que le refus anticipé de tout ou de certains soins exprimé dans des DMA n'empêche pas que soient prodigués des soins palliatifs de confort « qui n'entravent d'aucune manière le déroulement "normal" de la maladie »¹¹⁵.

Soulignons qu'un simple crochet démontrant le consentement ou le refus doit être apposé vis-à-vis chaque soin dans le formulaire prescrit¹¹⁶, alors que dans l'acte notarié, seule une mention « je consens » ou « je refuse » est écrite à l'égard de chacun des cinq soins¹¹⁷. Par conséquent, en plus de ne pouvoir manifester sa volonté que sur des soins spécifiques, il n'est pas possible d'ajouter une quelconque précision relativement aux directives émises. Une personne qui souhaite coucher sur papier des directives préalables concernant des soins dont il n'est pas question dans les DMA ou clarifier certaines de ses volontés devra nécessairement le faire dans un autre document. Rappelons qu'il n'est pas possible de formuler une demande d'aide médicale à mourir de façon anticipée dans des DMA, car le patient doit être encore apte au moment où ce soin lui est administré¹¹⁸. Il va de soi que cette prohibition s'applique pour tous les autres écrits dans lesquels il est possible d'exprimer des directives préalables¹¹⁹.

112. *Ibid.*

113. *Ibid.*

114. L. DUPUIS et I. ROUTHIER, préc., note 66, p. 9 (PDF).

115. J. LAMBERT, préc., note 15, p. 32.

116. QUÉBEC, PORTAIL SANTÉ MIEUX-ÊTRE, *Directives médicales anticipées*, [En ligne], <<http://sante.gouv.qc.ca/programmes-et-mesures-daide/directives-medicales-anticipees/extrait-du-formulaire-directives-medicales-anticipees-en-cas-d-inaptitude-a-consentir-a-des-soins/>>.

117. CHAMBRE DES NOTAIRES, préc., note 81.

118. L.s.f.v., art. 26 et 51.

119. *Id.*, art. 51.

En plus de ne pas être applicables lorsque le soin pour lequel un consentement est requis n'est pas visé par les DMA, celles-ci peuvent aussi ne pas s'appliquer lorsqu'elles ne sont pas conformes à la Loi, ou encore lorsque le tribunal les déclare invalides. Les DMA ne sont pas à l'abri de contestation et elles peuvent être invalidées pour diverses raisons, comme tout autre acte juridique. D'ailleurs, l'article 61 de la Loi prévoit spécifiquement qu'à la demande d'un médecin, établissement, mandataire, tuteur, curateur ou toute autre personne qui démontre un intérêt particulier pour l'auteur des DMA, le tribunal peut :

Invalider en tout ou en partie des directives médicales anticipées s'il a des motifs raisonnables de croire que l'auteur de ces directives n'était pas apte à consentir aux soins au moment de leur signature ou que ces directives ne correspondent pas à la volonté de l'auteur dans la situation donnée.¹²⁰

La Loi dispose également que le tribunal peut rendre toute ordonnance qu'il juge appropriée. En conséquence, la Loi édicte précisément un recours pour invoquer l'inaptitude de l'auteur au moment où il a signé les DMA, mais elle énonce aussi qu'il est possible qu'un recours soit intenté devant le tribunal pour invoquer que les DMA ne correspondent pas à la volonté du signataire. Ainsi, on comprend que le fait que ce dernier soit présumé avoir reçu les informations nécessaires lui permettant de prendre une décision éclairée au moment de leur signature ne règle pas tout¹²¹. En effet, cette présomption relative de consentement éclairé peut être renversée par une preuve contraire¹²². Les DMA ne font donc pas exception aux autres véhicules d'expression de la volonté et certaines précautions doivent être prises afin de s'assurer que le signataire des DMA est apte et que son consentement est libre et éclairé. C'est pour cette raison qu'en plus des habituelles mesures à prendre lors de la signature d'un acte juridique¹²³, nous recommandons notamment que l'auteur des directives consulte un professionnel de la santé pour obtenir des renseignements relatifs aux soins qu'il s'apprête à consentir ou à refuser¹²⁴. S'il refuse de discuter avec un tel profes-

120. *Id.*, art. 61.

121. *Id.*, art. 59 et 61, al. 2 *in fine* ; M. MARCHAND, préc., note 2, p. 57.

122. C.c.Q., art. 2847 ; J.C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 77, n° 784, p. 631-632.

123. S'assurer de l'aptitude du signataire, en obtenant lorsque requis une preuve de l'aptitude de la part d'un professionnel de la santé.

124. Pour avoir plein effet, cette démarche doit être écrite dans l'acte. En ce qui concerne les DMA, il est possible de le faire dans le modèle prescrit par la Chambre des notaires du Québec.

sionnel ou qu'il ne peut le faire en temps opportun, la consultation de la brochure intitulée *Directives médicales anticipées – Loi concernant les soins de fin de vie* est de mise, tout comme celle du *Portail santé-mieux être* du ministère de la Santé et des Services sociaux du Québec ou de toute autre documentation pertinente sur le sujet¹²⁵.

Relativement aux possibles contestations dont peuvent faire l'objet les DMA, ajoutons que nous avons remarqué que la Loi n'exige pas, lorsque des DMA sont signées devant témoins, que ceux-ci n'aient pas d'intérêt à l'acte¹²⁶. Une telle règle est prévue pour le mandat de protection devant témoins où est notamment considéré avoir un intérêt à l'acte l'individu pouvant être bénéficiaire de la succession du mandant¹²⁷. Cette exigence a pour but d'empêcher « toute situation où [l'auteur] serait indûment influencé en leur faveur, ou eux-mêmes enclins à certifier l'aptitude [de l'auteur] même si celle-ci est alors douteuse »¹²⁸. Bien qu'il ne soit pas possible de formuler une demande d'aide médicale à mourir dans les DMA, il n'en demeure pas moins que les directives qui y sont inscrites peuvent avoir de graves conséquences, comme celle d'entraîner le décès du signataire. Et notons que les DMA s'appliquent lorsque le patient est inapte, ce qui implique qu'il ne peut modifier la décision prise auparavant. En plus de constituer une brèche, à notre avis, dans la protection des personnes vulnérables, l'absence de cette exigence est un motif supplémentaire pour contester des DMA. Elle peut susciter des questionnements auprès des proches de l'auteur des DMA et des soignants ainsi que des recours judiciaires en raison des conflits d'intérêts potentiels chez les témoins. Considérant l'importance des volontés indiquées dans les DMA et pour éviter leur judiciarisation, nous croyons qu'il aurait été préférable que le législateur mette en place un filet de protection et que le critère de deux témoins indépendants, comme celui requis pour faire une demande d'aide médicale à mourir en vertu du *Code criminel*, soit présent dans la Loi¹²⁹. À ce propos, le *Code criminel* précise ce qui suit :

125. QUÉBEC, PORTAIL SANTÉ MIEUX-ÊTRE *Directives médicales anticipées*, [En ligne], <<http://sante.gouv.qc.ca/programmes-et-mesures-daide/directives-medicales-anticipees/description/>>.

126. L.s.f.v., art. 53 ; G. GUAY, préc., note 73, par. 9.

127. J.-P. MÉNARD, M. GIROUX et J.-C. HÉBERT, préc., note 54, p. 101.

128. L. LAFLAMME, R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 90, p. 19.

129. *Code criminel*, préc., note 26, art. 241.2(3).

Toute personne qui est âgée d'au moins dix-huit ans et qui comprend la nature de la demande d'aide médicale à mourir peut agir en qualité de témoin indépendant, sauf si :

- a) elle sait ou croit qu'elle est bénéficiaire de la succession testamentaire de la personne qui fait la demande ou qu'elle recevra autrement un avantage matériel, notamment pécuniaire, de la mort de celle-ci ;
- b) elle est propriétaire ou exploitant de l'établissement de soins de santé où la personne qui fait la demande reçoit des soins ou de l'établissement où celle-ci réside ;
- c) elle participe directement à la prestation de services de soins de santé à la personne qui fait la demande ;
- d) elle fournit directement des soins personnels à la personne qui fait la demande.¹³⁰

Nous constatons donc que faire des DMA dans l'éventualité de l'incapacité à consentir aux soins ne signifie pas que l'intervention d'une tierce personne pour accepter ou refuser un soin pour autrui est automatiquement mise de côté. Rappelons que cet intervenant a parfois un rôle crucial à jouer¹³¹ et les décisions qu'il a à prendre peuvent avoir de très lourdes répercussions¹³². Il peut, entre autres, demander l'arrêt des traitements qui maintiennent en vie le patient inapte ou consentir au nom de ce dernier à l'administration de la sédation palliative continue¹³³. Évidemment, la décision qui est prise est balisée et doit toujours l'être dans le seul intérêt du patient inapte en respectant, dans la mesure du possible, les volontés que celui-ci a pu manifester¹³⁴. Cependant, la nomination à l'avance d'une personne de confiance demeure essentielle pour de nombreux individus. En outre, il ressort d'un écrit de l'auteure Chalifoux qu'il est préférable de désigner un représentant en prévision de l'incapacité à consentir à des soins même lorsque des directives médicales détaillées ont été émises¹³⁵. La professeure Philips-Nootens, qui est d'avis qu'il ne peut y avoir d'instrument parfait pour l'expression des volontés en matière de soins en cas d'incapacité, avance que

130. *Id.*, art. 241.2(5).

131. Michel BEAUCHAMP avec la collaboration de Cindy GILBERT, *Tutelle, curatelle et mandat de protection*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 347.

132. Il ne peut toutefois pas formuler une demande d'aide médicale à mourir pour la personne qu'il représente.

133. L. DUPUIS et I. ROUTHIER, préc., note 66, p. 8 (PDF).

134. C.c.Q., art. 12.

135. D. CHALIFOUX, préc., note 6, p. 27-28 et 43.

« l'élément essentiel, la véritable sauvegarde, résidera toujours dans la qualité de la communication entre le médecin et les proches, l'empathie, le profond respect du malade et de toutes les personnes impliquées »¹³⁶. Il semble d'ailleurs que le personnel médical apprécie discuter avec une personne en qui le patient inapte a formellement octroyé, à l'avance, toute sa confiance dans un document¹³⁷.

Bien que les avantages de la nomination d'un mandataire soient évidents, il n'est pas possible de désigner un représentant dans des DMA, au cas où celles-ci seraient inapplicables ou encore simplement pour surveiller leur application. Pour le faire, il faut plutôt recourir à un autre véhicule d'expression de la volonté.

Enfin, il appert que les DMA peuvent être déclarées invalides par le tribunal pour de nombreuses raisons et c'est pourquoi il faut émettre des directives en matière de soins dans d'autres instruments d'expression de la volonté, tels que le mandat de protection ou le testament biologique. Procéder ainsi permet de s'assurer que les volontés en matière de soins seront autrement respectées. Effectivement, le détenteur du consentement substitué est tenu d'agir dans le respect de certaines règles édictées dans le Code civil et il doit notamment respecter, dans la mesure du possible, les volontés exprimées à l'avance ailleurs que dans des DMA. Il en va de même lorsqu'aucune DMA n'a été préalablement signée ou lorsqu'elles sont inapplicables. Par conséquent, comme nous le verrons, les directives du mandant ou du rédacteur d'un testament biologique inscrites dans ces deux autres outils sont utiles et complémentaires aux DMA.

2.2 Le testament biologique et le mandat de protection

Comme nous l'avons indiqué en introduction, les DMA ne sont pas l'unique moyen d'exprimer par écrit de façon anticipée un consentement ou un refus à des soins. Il est également possible de le faire dans un testament biologique et dans un mandat de protection¹³⁸. Avant d'aller plus loin, il importe de revenir sur ces deux ins-

136. S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 27, p. 352.

137. M.T. GIROUX, préc., note 76, p. 107.

138. Un projet de loi propose d'ailleurs d'ajouter un article dans le Code civil qui mentionnerait expressément que le mandant peut indiquer ses volontés en matière de soins dans un mandat de protection. *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile et la Loi sur le curateur public en matière de protection* (à suivre...)

truments d'expression de la volonté, pour ensuite examiner leur intérêt malgré l'avènement des DMA en droit québécois.

En ce qui a trait au testament biologique, précisons que cette expression est une mauvaise traduction de « living will » que l'on retrouve notamment aux États-Unis, le « berceau du “living will” »¹³⁹. Cet outil est apparu pour la première fois en 1967 dans ce pays de *common law* grâce à un avocat de Chicago¹⁴⁰. Sa création découle de l'obligation prévue par la *common law* qu'ont les États de protéger la vie des personnes incapables à consentir¹⁴¹. Corollaire du droit à l'autodétermination, c'est à la fin des années 1970 que cet instrument a commencé à être l'objet de discussion au Canada¹⁴², alors qu'une première version de testament biologique est apparue au Québec une dizaine d'années plus tard¹⁴³.

Puisque dans la doctrine et même dans la pratique, l'expression « testament biologique » ou « testament de fin de vie » semble plus couramment utilisée que celle de « directives de fin de vie », nous avons retenu la première aux fins de ce texte, bien que des auteurs québécois affirment qu'il est préférable d'employer l'expression « directives de fin de vie » plutôt que « testament biologique »¹⁴⁴. En effet, ces auteurs constatent notamment que certains confondent à tort le testament biologique, mode d'expression de la volonté en matière de soins, avec le testament régi par les articles 703 et suivants du Code civil, par lequel une personne dispose, par libéralité, de tout ou partie de ses biens, pour n'avoir effet qu'à son décès¹⁴⁵. Juridiquement, le testament biologique est de nature tota-

(... suite)

des personnes, projet de loi n° 96 (présentation – 7 juin 2016), 1^{re} sess., 41^e légis. (Qc), art. 27. Une carte de témoin de Jehovah indiquant le refus de toute transfusion sanguine et le niveau d'intervention médicale (NIM) sont d'autres formes d'expression de la volonté en matière de soins.

139. P. DUCHAINE, préc., note 32, p. 395.

140. Yvon BUREAU, « Les volontés écrites en fin de vie », *Actes du congrès 1994 : un nouveau code civil : un nouveau contrat social*, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1994, p. 2 ; J.-P. MÉNARD, préc., note 15, p. 29.

141. J.-P. MÉNARD, préc., note 15, p. 28.

142. Y. BUREAU, préc., note 140, p. 2

143. Gary MULLINS, « Le refus des soins requis : lorsque la vague de l'intervention se brise sur les rochers du droit », dans S.F.C.B.Q., vol. 165, *Être protégé malgré soi* (2002), Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 107, 118.

144. S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 27, 344, note 70. Christine MORIN, *Les testaments (art. 703 à 775 C.c.Q.)*. Extraits de *La référence*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 36.

145. C.c.Q., art. 704.

lement différente, et ce, même s'il s'agit d'un acte unilatéral et révocable¹⁴⁶. En effet, cet instrument peut être défini comme suit :

Il s'agit d'un document écrit dans lequel une personne [...] 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.¹⁴⁷

Le testament biologique est donc utilisé pour exprimer des volontés en prévision de l'incapacité à consentir à des soins qui portent particulièrement sur les mesures de soutien en fin de vie, de refus d'acharnement thérapeutique et de soins jugés disproportionnés par le signataire¹⁴⁸. Il n'est d'aucune utilité tant que le patient est apte à consentir à des soins : il l'est uniquement lorsque le patient est inapte à le faire. Observons que la personne qui appose sa signature sur un tel instrument n'a pas à être majeure : elle doit minimalement être âgée de 14 ans¹⁴⁹.

Alors qu'on retrouve dans le droit américain des lois pour régir cette forme d'expression de la volonté¹⁵⁰, celle-ci n'est pas spécifiquement encadrée par la loi au Québec¹⁵¹. D'ailleurs, le ministre de la Justice a mentionné, à propos de cet outil :

En raison de la portée plus limitée de cette expression de volontés, le code ne réglemente pas le testament de vie de façon particulière, mais

146. C. MORIN, préc., note 144.

147. Jean-Louis BAUDOUIN, *Le testament de vie*, (1988) 6-4 *Artère* 14, tel que cité dans P. DUCHAINE, préc., note 32, p. 413. Voir aussi C. MORIN, préc., note 144, p. 36, qui mentionne que c'est un « document qui manifeste les volontés d'une personne relativement aux soins qu'elle souhaite ou qu'elle ne souhaite pas recevoir ». Pour une courte analyse de cette notion, voir M.T. GIROUX, préc., note 76, p. 107.

148. Suzanne PHILIPS-NOOTENS, Pauline LESAGE-JARJOURA et Robert P. KOURI, *Éléments de responsabilité civile médicale. Le droit dans le quotidien de la médecine*, 3^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2007, n° 239, p. 197 ; É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 5 ; G. GUAY, préc., note 73, par. 170.

149. Le respect du refus de recevoir des soins exprimés par un mineur est toutefois précaire. P. DUCHAINE, préc., note 32, p. 424 à 430.

150. *Ibid.*

151. Le testament biologique est défini, dans S. PHILIPS-NOOTENS, P. LESAGE-JARJOURA et R.P. KOURI, préc., note 148, n° 240, p. 197, comme étant « une indication préalable des volontés du malade quant aux traitements à poursuivre ou non ».

il permet d'en prendre acte, comme il permet de considérer toute autre manifestation de volontés que la personne concernée a pu exprimer.¹⁵²

Contrairement aux DMA, aucune disposition n'impose de forme particulière pour la rédaction d'un testament biologique. Ainsi, celui-ci peut être fait par acte notarié en minute, mais aussi sur une simple feuille de papier, sans témoins, sous forme de lettre, à la main ou par un moyen technique¹⁵³. Évidemment, si le testament biologique est notarié, sa force probante lui confère un avantage et augmente ses chances d'être appliqué par le personnel médical. Par contre, en raison de son caractère informel, il s'agit, en principe, de l'acte dans lequel il est possible d'exprimer ses volontés relatives aux soins reconnu comme étant le moins contraignant des trois étudiés¹⁵⁴. Il n'a aucune valeur juridique contraignante, mais les volontés qu'il comporte sont néanmoins visées par l'article 12 C.c.Q.¹⁵⁵. Il est à noter que tout comme les DMA, il n'est pas possible de désigner un représentant qui aura à accepter ou refuser des soins au nom du signataire advenant son inaptitude à le faire dans un testament biologique. Les volontés émises dans ce document peuvent donc être adressées tant au titulaire du consentement substitué qu'aux professionnels de la santé¹⁵⁶.

Mentionnons que la professeure Philips-Nootens vante néanmoins le testament biologique pour sa souplesse découlant de l'absence de règles de forme le régissant¹⁵⁷. Elle affirme qu'il s'agit d'un avantage du testament biologique sur le mandat de protection¹⁵⁸. Considérant les formalités prévues dans la Loi pour la signature de DMA, nous ajoutons que c'est aussi un avantage du testament biologique sur les DMA. En effet, son caractère informel fait en sorte qu'il est facilement modifiable, ce qui contribue à assurer la

152. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 14.

153. J.-P. MÉNARD, préc., note 15, p. 31.

154. M.T. GIROUX, préc., note 76, p. 107.

155. P. DUCHAINE, préc., note 32, p. 409.

156. G. GUAY, préc., note 73, par. 172.

157. S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 27, p. 346.

158. Des auteurs ont mis en lumière que « s'il n'y a pas de biens à administrer, le mandataire ne verra souvent pas la nécessité de faire homologuer le mandat, vu le coût que cette démarche implique ». S. PHILIPS-NOOTENS, P. LESAGE-JARJOURA et R.P. KOURI, préc., note 148, n° 241, p. 200.

contemporanéité des volontés qui y sont exprimées¹⁵⁹. De plus, aucune intervention n'est nécessaire pour rendre exécutoire le testament biologique, contrairement au mandat de protection¹⁶⁰.

Il est à préciser que les clauses d'un testament biologique peuvent être établies dans un acte distinct ou être intégrées au sein d'un mandat de protection, puisque ce dernier peut contenir des volontés en matière de soins et que le testament biologique constitue une forme d'expression de ces volontés¹⁶¹. Il n'en demeure pas moins que ces deux instruments sont différents, bien qu'ils soient aussi tous les deux applicables lorsque le signataire est inapte à consentir à des soins et que le consentement substitué doit entrer en jeu. Personnellement, nous croyons qu'il est préférable de faire un mandat de protection qui prévoit des directives préalables en matière de soins plutôt qu'un testament biologique dans un document séparé, en raison de la nature et du formalisme du mandat, conférant un poids plus important aux volontés qui y sont exprimées¹⁶².

En ce qui concerne le mandat de protection, il a fait son apparition au sein du droit québécois lors de l'entrée en vigueur de la *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives* le 15 avril 1990¹⁶³. À l'occasion de cette réforme sur les régimes de protection, certains auteurs ont affirmé que le mandat de protection est « un véritable droit à l'autodétermination »¹⁶⁴. De ce fait, il était le véhicule privilégié pour émettre des volontés en matière de soins jusqu'à l'entrée en vigueur de la *Loi concernant les soins de fin de vie*¹⁶⁵.

Le *Code civil du Québec* contient des règles le régissant. Il édicte que le mandat de protection est un acte signé par une personne majeure en prévision de son inaptitude à prendre soin d'elle-même

159. Isabelle COURNOYER, « Autorisation de soins », dans Mélanie BOURASSA FORCIER et Anne-Marie SAVARD (dir.), *Droit et politiques de la santé*, Montréal, LexisNexis, 2014, p. 773, nos 21-83, p. 812 et 813.

160. M.T. GIROUX, préc., note 76, p. 107.

161. G. GUAY, préc., note 73, par. 172.

162. L. LAFLAMME, R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 90, p. 155 ; G. GUAY, préc., note 72, n° 172.

163. L.Q. 1989, c. 54 ; G. GUAY, préc., note 73, par. 2.

164. Kim DÉSILETS, « Le mandat en cas d'inaptitude : la réconciliation des idées », (2008) 38 *R.D.U.S.* 291, 303-304. Voir É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 5, n° 693, p. 642.

165. M. BEAUCHAMP avec la collaboration de C. GILBERT, préc., note 131, p. 333 ; L. KHOURY, préc., note 83.

ou à administrer ses biens¹⁶⁶. Le mandat de protection ne contient pas donc uniquement des directives relatives aux soins, contrairement au document contenant les DMA et le testament biologique : il porte sur l'administration des biens du mandant et sur les soins à sa personne, ou uniquement sur l'un de ces volets¹⁶⁷. Ainsi, le mandat de protection « permet [...] à une personne majeure et possédant toute la capacité juridique nécessaire, d'organiser son incapacité éventuelle »¹⁶⁸. Il permet notamment au mandant, alors qu'il est apte à le faire, de nommer un mandataire et d'exprimer ses directives en matière de soins en prévision de son inaptitude¹⁶⁹.

Quant à la possibilité pour tout individu majeur de désigner à l'avance dans un mandat de protection la personne en qui il a confiance qui aura à consentir en son nom aux soins requis par son état de santé advenant son inaptitude à le faire, il s'agit d'une prérogative du mandat de protection¹⁷⁰. Comme précisé précédemment, il n'est pas possible de nommer une telle personne dans un testament biologique ni dans des DMA. Dans le cadre de la désignation d'un représentant, le mandant peut simplement le désigner à titre de mandataire et lui attribuer toute sa confiance en ne lui dictant rien de précis concernant les soins qu'il souhaite ou non recevoir¹⁷¹. Le mandant peut, au contraire, émettre à son mandataire des direc-

166. C.c.Q., art. 2130, 2131 et 2166.

167. L. KHOURY, préc., note 83.

168. M. BEAUCHAMP avec la collaboration de C. GILBERT, préc., note 131, p. 332.

169. C.c.Q., art. 2166.

170. C.c.Q., art. 2130, 2131 et 2166. Une seule personne physique devrait être nommée mandataire à la personne. É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 5, n° 775, p. 727-728. M^e Michel Beauchamp est toutefois d'avis que le Code civil n'exclut pas la possibilité de désigner plusieurs personnes à titre de mandataires à la personne. Tout en illustrant ses propos, il souligne qu'il est préférable de ne nommer qu'une personne à cette charge. M. BEAUCHAMP avec la collaboration de C. GILBERT, préc., note 131, p. 337-338. Relativement au fait que ce doit être une personne physique, et non une personne morale, voir G. GUAY, préc., note 73, par. 73-77.

171. R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 69, n° 382, p. 366-368. La clause 5 du modèle de mandat de protection préparé par la Chambre des notaires du Québec pour ses membres illustre les clauses pouvant contenir un mandat général relativement au consentement aux soins. Voir CHAMBRE DES NOTAIRES, *Mandat de protection*, R.D./N.S., Modèle d'acte, « Mandat », Document n° 2, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2016. La clause 5.1 de ce modèle émet des directives plus précises. Elles pourraient l'être davantage et elles devraient être discutées à l'occasion de la rédaction de tout mandat de protection et adaptées en fonction des volontés de chacun. Nous discuterons de ce point dans la deuxième partie de cet essai.

tives détaillées, soit par exemple, qu'il refuse toute transfusion sanguine et tout traitement de dialyse¹⁷².

M^e Michel T. Giroux avance même que le mandat de protection est préférable aux DMA, « car il permet un dialogue ayant pour objet les volontés que la personne a exprimées, et la connaissance que ses proches ont de cette personne »¹⁷³. Ainsi, selon lui, « le mandataire devient le truchement, l'interprète des volontés de la personne concernée »¹⁷⁴. Relevons toutefois que le dialogue vanté par différents auteurs¹⁷⁵ est parfois difficile dans certaines situations, voire tout simplement impossible. À titre d'exemple, les querelles familiales ne sont pas rares lorsqu'il s'agit de déterminer les soins devant être prodigués au malade inapte et que la prise de décision finale repose sur un membre de la famille ou un proche¹⁷⁶. Aussi, il y a de plus en plus de personnes seules. Celles-ci ignorent alors qui désigner comme mandataire, n'ayant strictement aucun proche en qui elles ont confiance, ou ceux-ci étant trop éloignés¹⁷⁷. Dans ces circonstances, la nomination d'un représentant est moins utile. Autrement, elle est essentielle et sécurisante pour de très nombreux individus.

À l'inverse du testament biologique, le mandat de protection est un document formaliste, plus précisément un « contrat formaliste »¹⁷⁸. Les différentes formalités prévues par la loi doivent être respectées, car à défaut d'un tel respect, il ne pourra pas prendre effet¹⁷⁹. Le mandat doit être fait sous la forme notariée en minute ou devant témoins¹⁸⁰. S'il est signé devant témoins¹⁸¹, il n'y a aucun formulaire imposé par la loi. Il peut donc être fait à partir du formulaire publié par le Curateur public¹⁸², mais aussi rédigé entièrement

172. R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 69, n° 415, p. 397.

173. M.T. GIROUX, préc., note 76, p. 121.

174. *Ibid.*

175. *Ibid.* ; S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 27 ; D. CHALIFOUX, préc., note 6.

176. M. BEAUCHAMP avec la collaboration de C. GILBERT, préc., note 131, p. 347.

177. S. PHILIPS-NOOTENS, P. LESAGE-JARJOURA et R.P. KOURI, préc., note 148, n° 241, p. 198-200.

178. Voir les articles 2130 et s. C.c.Q. ; G. GUAY, préc., note 73, par. 10 ; R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 69, n° 416, p. 397-398.

179. É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 5, n° 777, p. 729.

180. C.c.Q., art. 2166, al. 1.

181. Les deux témoins requis ne doivent pas avoir d'intérêt à l'acte et ils doivent être en mesure de constater l'aptitude d'agir du mandant au moment de la signature du mandat. C.c.Q., art. 2167, al. 2

182. QUÉBEC, CURATEUR PUBLIC DU QUÉBEC, *Mon mandat en cas d'inaptitude*, Québec, Les Publications du Québec, 2016, en ligne <www.curateur.gouv.qc.ca/cura/publications/mandat.pdf>.

par le mandant, sans modèle précis. Cette démarche n'est évidemment pas sans risques¹⁸³ ! Si le mandat de protection est plutôt reçu devant notaire, il doit être conforme aux règles prévues dans le *Code civil du Québec* et dans la *Loi sur le notariat*¹⁸⁴, mais encore ici, aucun modèle n'est obligatoire¹⁸⁵.

À la différence des deux autres instruments d'expression de la volonté – le testament biologique et les DMA –, le processus de mise en application du mandat de protection est également formaliste. En effet, l'exécution du mandat de protection est subordonnée à la survenance de l'incapacité du mandant et à l'homologation du mandat par le tribunal¹⁸⁶. C'est au moment de l'homologation du mandat qu'il prend effet et que le mandataire doit alors, en principe, agir dans le respect des directives émises dans cet acte¹⁸⁷. Cette procédure d'homologation du mandat permet notamment de vérifier sa validité¹⁸⁸. Sont alors contrôlées la signature du mandant ainsi que la présence des témoins. Ces derniers « doivent être en mesure d'attester que le mandant était apte à agir lors de la signature du document et qu'ils n'ont pas d'intérêt à l'acte »¹⁸⁹. Cette démarche permet de s'assurer que les formalités énoncées dans la loi ont été respectées. Selon nous, il s'agit d'une mesure de protection au bénéfice du mandant. Soulignons qu'en ce qui concerne les DMA, pour des raisons de simplicité et d'accessibilité chères au législateur au moment de l'élaboration du régime des DMA, une telle procédure pour constater leur validité n'a pas été prévue.

Les directives émises dans le mandat de protection s'adressent uniquement au mandataire s'il est homologué. S'il ne l'est pas, la personne nommée à titre de mandataire ne pourra consentir aux soins pour le mandant alors inapte¹⁹⁰, à moins qu'elle soit une autre des personnes pouvant consentir à des soins pour autrui selon

183. Il est possible que ce mandat soit imprécis et insuffisant. Voir L. LAFLAMME, R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 90, p. 21.

184. *Loi sur le notariat*, RLRQ, c. N-3 ; M. BEAUCHAMP avec la collaboration de C. GILBERT, préc., note 131, p. 338.

185. La Chambre des notaires du Québec a élaboré un modèle pour ses membres.

186. C.c.Q., art. 2166, al. 2. Le mandataire remplaçant désigné dans le mandat de protection pourrait également faire une telle demande, advenant que le mandataire principal désigné est dans l'impossibilité ou néglige de la présenter.

187. S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 27, p. 345.

188. *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 315.

189. L. LAFLAMME, R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 90, p. 102.

190. G. GUAY, préc., note 73, par. 158.

l'ordre hiérarchique édicté à l'article 15 du Code civil¹⁹¹. Lorsque l'incapacité d'un majeur à consentir aux soins requis par son état de santé est constatée et qu'il n'y a pas de DMA applicables, il est prévu qu'à défaut de mandataire – qui ne peut agir que si le mandat de protection a été homologué –, de tuteur ou de curateur¹⁹², le consentement est donné par le conjoint marié, en union civile ou en union de fait du patient devenu inapte. Si ce dernier n'a pas de conjoint ou en cas d'empêchement de celui-ci, c'est un proche parent ou une personne qui démontre pour le patient un intérêt particulier qui le représente¹⁹³, soit celui ou celle qui est « la plus proche et la plus socialement significative »¹⁹⁴ pour lui.

Aussi, si le mandat de protection n'est pas homologué au moment où il est pertinent de connaître les volontés anticipées, le sort des directives qui y sont émises sera le même que pour celles exprimées dans le testament biologique : les directives relatives aux soins qui s'y trouvent seront considérées en vertu de l'article 12 C.c.Q.¹⁹⁵.

Le dernier point à aborder à propos du mandat de protection porte sur son accessibilité auprès des proches du mandant et des professionnels de la santé, lorsque le mandant est inapte et qu'un consentement à des soins doit être obtenu. À la différence des DMA, sa disponibilité auprès de ces personnes n'est pas assurée. Il y a toutefois des dispositions normatives qui prévoient sa publicité. En effet, le notaire doit inscrire au registre des mandats de la Chambre des notaires du Québec le mandat de protection dont il reçoit la signature¹⁹⁶. L'avocat faisant signer des mandats doit également les enregistrer, mais dans le registre des mandats du Barreau du Québec¹⁹⁷. Ces registres indiquent différentes informations relati-

191. C.c.Q., art. 15 ; H. GUAY, préc., note 91, p. 185.

192. H. GUAY, préc., note 91, p. 185.

193. C.c.Q., art. 15.

194. J.-P. MÉNARD, préc., note 15, p. 4.

195. L'affaire *Manoir de la Pointe Bleu (1978) inc. c. Corbeil*, préc., note 40, s'avère une excellente démonstration de ce fait. S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 27, p. 345.

196. *Loi sur le notariat*, préc., note 184, art. 93 et 94 ; *Règlement sur les registres de la Chambre des notaires du Québec*, RLRQ, c. N-3, r. 13, art. 1. Il est également possible de déposer un mandat de protection fait sous seing privé dans le greffe d'un notaire afin de l'inscrire au registre des mandats de la Chambre.

197. *Règlement sur les registres des dispositions testamentaires et des mandats donnés en prévision de l'incapacité*, RLRQ, c. B-1, r. 18, art. 5 et 6. M^e Michel Beauchamp (préc., note 131, p. 341) précise que « quant à l'avocat, il n'a aucune obligation d'inscrire au registre les mandats qu'il prépare ». Il ajoute que (à suivre...)

ves au dernier mandat enregistré¹⁹⁸, mais ne diffusent pas l'intégralité de l'acte. La réception des renseignements demandés n'est pas instantanée, c'est-à-dire que les volontés du patient relativement aux soins de santé indiquées dans le mandat ne sont connues qu'après avoir mis la main sur le certificat de recherche de la Chambre des notaires du Québec et de celui du Barreau du Québec. Ces documents indiquent le nom du juriste qui détient une copie originale du dernier mandat enregistré, la date de sa signature et son numéro de minute, s'il est notarié, permettant par la suite de le retracer et d'en obtenir une copie de la part du notaire ou de l'avocat¹⁹⁹. Ainsi, il est possible de ne pas connaître en temps opportun les directives qui y sont émises. Puisque nous croyons que le mandat demeure pertinent malgré l'entrée en vigueur de la *Loi concernant les soins de fin de vie*, nous sommes d'avis que pour assurer son accessibilité, le mandataire devrait signer le mandat de protection en présence du mandant lorsque c'est possible²⁰⁰. Si cette solution n'est pas celle à privilégier dans certaines circonstances, le mandant devrait à tout le moins aviser le mandataire de sa nomination²⁰¹ et informer ce dernier, ou des proches, du lieu où se trouve une copie de l'acte, s'il ne leur en remet pas une.

(suite...)

« l'avocat ne doit inscrire que le mandat dont il conserve l'original » (préc., note 131, p. 341, note 50).

198. Les informations qu'on y trouve sont : les nom, qualité, adresse, date de naissance, le numéro d'assurance sociale du mandant, en plus de la date du mandat ou de l'acte de dépôt, le nom du juriste qui l'a reçu ainsi que le numéro de minute, le cas échéant, et la date de la fin du mandat, s'il y a lieu. *Règlement sur les registres de la Chambre des notaires du Québec*, préc., note 196 ; *Règlement sur les registres des dispositions testamentaires et des mandats donnés en prévision de l'incapacité*, préc., note 197, art. 6.
199. Seuls le mandant, le mandataire désigné, un notaire en exercice, un avocat en exercice et le curateur public peuvent y avoir accès. En outre, les deux règlements portant sur ces registres prévoient que « sur production d'une évaluation médicale et psychosociale récente constatant l'incapacité du mandant ou d'un rapport récent du directeur général d'un établissement de santé ou de services sociaux constatant l'incapacité du mandant à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens, le registraire peut transmettre les renseignements contenus à ce registre à toute personne qui accompagne sa demande d'une déclaration assermentée établissant son intérêt pour le mandant. » *Règlement sur les registres de la Chambre des notaires du Québec*, préc., note 196, art. 5 ; *Règlement sur les registres des dispositions testamentaires et des mandats donnés en prévision de l'incapacité*, préc., note 197, art. 8.
200. Claude FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'incapacité du mandant : une institution à parfaire », (2007) 1 *C.P. du N.* 405, 420.
201. Laurent FRÉCHETTE, « Actes du Colloque sur le mandat donné en prévision de l'incapacité – Règles de consentement et présomption d'aptitude et l'expression (à suivre...) »

Toujours en ce qui a trait à la publicité du mandat de protection, le Curateur public du Québec détient un registre qui concerne, entre autres, les mandats de protection homologués au Québec. Ce registre permet à toute personne de vérifier sans frais si le mandat de protection d'une personne a été homologué²⁰², ce qui peut aider des proches ou le personnel soignant à savoir si le mandat de protection du patient inapte a été homologué.

Ceci étant dit, le testament biologique et le mandat de protection partagent le même objectif que les DMA, soit l'expression de volontés relatives aux soins en prévision de l'incapacité. Cependant, contrairement aux DMA, il est permis d'exprimer à l'intérieur du testament biologique et du mandat de protection une panoplie de volontés en matière de soins, sous réserve évidemment de l'ordre public²⁰³. Cette possibilité découle, entre autres, de l'inexistence de règles régissant spécifiquement le testament biologique et de modèle obligatoire de mandat de protection.

Tant le mandant que le signataire d'un testament biologique ont une entière discrétion sur le contenu du document prévoyant leurs volontés en matière de soins²⁰⁴. Ils peuvent notamment émettre des directives très précises à l'attention du tiers qui aura à agir selon les règles du consentement substitué ou aux professionnels de la santé appelés à agir²⁰⁵. Pour illustrer nos propos, tant dans un mandat de protection que dans un testament biologique, mentionnons qu'une personne peut demander qu'on lui administre la sédation palliative continue si sa condition médicale le permet²⁰⁶ et spécifier, entre autres, si elle accepte ou refuse de recevoir des traitements, tels que « antibiothérapie, amputation, chimiothérapie, dialyse, réanimation cardio-respiratoire, alimentation et hydratation artificielle, intubation, transfusion, etc. »²⁰⁷.

(suite...)

des volontés de fin de vie : le mythe du modèle idéal », (2008) 2 *C.P. du N.* 221, 226.

202. *Loi sur le curateur public*, RLRQ, c. C-81, art. 54 ; *Règlement d'application de la Loi sur le curateur public*, RLRQ, c. C-81, r. 1, art. 7 ; L. LAFLAMME, R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 90, p. 21, note 105.

203. Rappelons qu'il est impossible de formuler de façon anticipée une demande d'aide médicale à mourir dans tout document.

204. G. GUAY, préc., note 73, par. 17.

205. R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 69, n° 415, p. 397.

206. J.-P. MÉNARD, préc., note 15, p. 33.

207. *Id.*, p. 34.

De surcroît, certains pourraient décider d'intégrer leurs DMA dans leur mandat de protection ou dans leur testament biologique, afin de s'assurer que leur représentant en ait connaissance, et voie à leur respect. Toutefois, à moins que l'auteur ait la certitude qu'il ne modifiera pas ou ne révoquera pas ses DMA, nous croyons que cette pratique pourrait rendre plus pénible le processus de modification ou de révocation des DMA. En effet, pour assurer une cohérence entre les différents documents, il faudrait modifier au même moment le mandat de protection ou le testament biologique²⁰⁸. Certains répondront que de toute façon, les DMA ont préséance sur les deux autres instruments. C'est vrai, mais nous répondons tout de suite qu'en présence de deux documents contradictoires, bien qu'il ressorte de la Loi qu'en cas de conflit entre des volontés exprimées dans un mandat de protection ou dans un testament biologique et celles dans des DMA, ce sont ces dernières qui prévalent, une telle situation peut donner lieu à des contestations entre des proches du signataire et les professionnels de la santé, et nuire à l'application des directives anticipées.

En plus d'indiquer à l'avance son acceptation ou son refus de recevoir certains soins, une personne peut également inscrire dans un testament biologique ou dans un mandat de protection la façon dont elle désire que sa fin de vie se déroule si elle devient inapte. À ce propos, l'auteur devrait coucher sur papier ses valeurs, les motifs de ses choix ainsi que toutes autres informations permettant d'éclairer toute personne devant consentir à des soins pour lui advenant son inaptitude²⁰⁹. Il est uniquement possible de le faire dans un mandat de protection ou dans un testament biologique, car en ce qui concerne les DMA, la formule choisie par le législateur par laquelle le signataire spécifie uniquement s'il accepte ou refuse de recevoir certains soins ne permet pas de connaître ses réelles intentions et leur justification²¹⁰. M^e Chalifoux propose d'ailleurs de faire un « profil des valeurs »²¹¹ à l'occasion de la rédaction de directives relatives aux soins, dans lequel l'auteur peut expliquer ce que signifie pour lui « avoir une qualité de vie », des « souffrances intolérables » ainsi que toute autre notion en matière de soins dont chaque humain a sa propre perception²¹². Ces précisions permettent aux proches du

208. *Ibid.*

209. D. CHALIFOUX, préc., note 6, p. 28-29.

210. M.T. GIROUX, préc., note 75, p. 117.

211. D. CHALIFOUX, préc., note 6, p. 28-29.

212. Ce qu'a écrit l'auteure Chalifoux à propos de ce que peut contenir un profil de valeurs : « [...] en plus de son meilleur intérêt, la conservation de sa dignité est (à suivre...) »

patient devenu inapte et aux soignants de comprendre les choix qu'il a exprimés dans ses directives préalables et de prendre des décisions plus éclairées et respectueuses de ses volontés. Enfin, il peut même être bénéfique pour l'auteur des directives, personnellement, de prendre le temps de préciser ses valeurs et préférences, car ses mentions et clarifications le forcent à réfléchir, contribuant certainement à éclairer son consentement. En outre, le gouvernement du Québec propose aussi des « pistes de réflexion sur vos valeurs » dans son portail portant sur les directives médicales anticipées²¹³. Il informe que la personne qui désire exprimer ses volontés relatives aux soins en prévision de son inaptitude doit se questionner sur certains aspects avant de le faire. Il soumet quelques pistes de réflexion, comme « quels sont vos sentiments par rapport à la mort et en ce qui entoure le processus de la mort ? »²¹⁴. Ou encore « seriez-vous prêt à renoncer à des traitements qui pourraient prolonger votre vie pour rester aussi indépendant que possible jusqu'à la fin de votre vie ? »²¹⁵.

Le testament biologique ainsi que le mandat de protection sont sans aucun doute des outils intéressants et utiles afin de compléter les DMA. Leur mise en œuvre est toutefois différente de celle des DMA. Effectivement, les volontés émises dans le mandat de protection ainsi que dans le testament biologique s'appliquent lorsque les règles en matière de consentement substitué entrent en jeu. À ce sujet, l'article 12 du Code civil, qui prévoit les différentes balises devant être suivies par le détenteur du consentement substitué, édicte désormais que ce dernier « est tenu d'agir dans le seul intérêt de cette personne en respectant, dans la mesure du possible, les volontés que cette dernière a pu manifester »²¹⁶. Cette disposition a été modifiée lors de l'entrée en vigueur de la Loi. Elle mentionnait auparavant que celui ou celle qui consentait à des soins pour une autre personne devenue inapte à le faire devait agir « en tenant

(suite...)

primordiale pour lui. Il précise que ses directives doivent être interprétées en fonction de ces deux critères. Il définit ce que sont pour lui la douleur intolérable, l'indignité, la détérioration mentale, la détérioration physique et dans quelles conditions d'une maladie chronique et dégénérative il veut que tout traitement soit arrêté, pour ne laisser place qu'aux soins de confort ». D. CHALIFOUX, préc., note 6, p. 28-29.

213. QUÉBEC, PORTAIL SANTÉ MIEUX-ÊTRE, préc., note 125.

214. *Ibid.*

215. *Ibid.*

216. C.c.Q., art. 12, al. 1.

compte, dans la mesure du possible »²¹⁷ (nous soulignons) des volontés exprimées à l'avance. Le législateur a ainsi « [renforcé] l'importance de tenir compte, même si on n'est pas dans le formalisme des directives médicales anticipées, des volontés qui ont pu être exprimées »²¹⁸.

À la suite de cette modification, les volontés écrites de façon anticipée dans un mandat de protection ou dans un testament biologique sont plus contraignantes²¹⁹. Cependant, ces volontés ne constituent pas le seul élément devant fonder la décision du détenteur du consentement substitué. En effet, elle ne doit pas seulement être basée sur les directives en matière de soins émises préalablement à son inaptitude par la personne représentée, mais également sur son « seul intérêt ». L'intérêt du représenté s'avère donc tout aussi important que les directives préalables²²⁰. Le deuxième alinéa de l'article 12 C.c.Q., qui, comme l'ont si bien écrit les professeurs Goubau et Deleury, « apparaît comme le petit guide destiné aux représentants en matière médicale »²²¹, prévoit trois balises supplémentaires – pour un total de cinq²²² – en disposant que celui ou celle qui exprime un consentement pour autrui doit aussi « 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

217. Ancienne formulation du premier alinéa de l'article 12 C.c.Q. qui a été modifié à la suite de l'entrée en vigueur de la *Loi concernant les soins de fin de vie*.

218. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 13, p. 57 (V. Hivon).

219. Michelle GIROUX, « Droits et soins de fin de vie », dans Mélanie BOURASSA FORCIER et Anne-Marie SAVARD (dir.), *Droit et politiques de la santé*, Montréal, LexisNexis, 2014, p. 407, n° 11-19, p. 412 ; J.-P. MÉNARD, préc., note 15, p. 7.

220. Les décisions doivent ainsi être prises uniquement en fonction de l'intérêt de la personne représentée, et jamais en fonction de l'intérêt d'autres personnes. Michel T. GIROUX, « Autonomie résiduelle et refus catégorique », dans S.F.C.B.Q., vol. 409, *La protection des personnes vulnérables*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 81, 102.

221. É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 5, n° 116, p. 128 ; M. GIROUX, préc., note 219, n° 11-22, p. 413 ; J.-P. MÉNARD, préc., note 15, p. 4 ; I. COURNOYER, préc., note 159, n° 21-80, p. 810.

222. La Cour supérieure a d'ailleurs explicitement indiqué qu'il n'y a pas qu'un seul critère à considérer, mais bien cinq. *CHU de Québec c. M.G.*, 2014 QCCS 1404, par. 22 et 59. Voir aussi *Centre hospitalier de l'Université de Montréal c. M.B.*, 2014 QCCS 2866 ; *Centre de santé et de services sociaux Pierre-Boucher c. P.D.*, 2014 QCCS 1385, par. 46 et 47. Les cinq paramètres ont par ailleurs été rappelés dans un arrêt de la Cour d'appel du Québec rendu en juillet 2015. *F.D. c. Centre universitaire de santé McGill, (Hôpital Royal-Victoria)*, préc., note 18, par. 28.

bienfait qu'on en espère »²²³. Contrairement à ce qu'avancent certains auteurs²²⁴, dont Me Ménard²²⁵, ce n'est que si les circonstances le permettent que le représentant est uniquement lié par les volontés formulées dans un mandat de protection ou dans un testament biologique²²⁶. Malgré leur utilité, les directives émises dans un mandat de protection ou dans un testament biologique n'ont donc pas le caractère impératif qu'ont les DMA. Lorsque le titulaire du consentement substitué doit accepter ou refuser un soin requis par l'état de santé de son protégé, il doit suivre le « guide » édicté à l'article 12 C.c.Q. et il doit ainsi respecter dans la mesure du possible les volontés manifestées par le patient préalablement à son inaptitude. Observons que le législateur n'a pas supprimé l'expression « dans la mesure du possible » de l'article 12 C.c.Q., « parce qu'il peut y avoir des circonstances, comme l'urgence, où on ne peut pas respecter même ce qui aurait été invoqué ou il y a des situations qui peuvent être plus difficiles »²²⁷. Nous jugeons que cette dernière situation peut être celle où les directives sont trop imprécises ou incompréhensibles, empêchant alors leur application²²⁸.

Le phénomène de l'imprécision et de l'incompréhension des volontés émises dans le mandat de protection et le testament biologique nous amène à faire une mise en garde. En effet, il faut assurer l'efficacité de ces deux instruments d'expression de la volonté qui doivent être encore utilisés pour les raisons que nous venons de voir. Puisqu'il est possible d'écrire d'innombrables volontés dans le mandat de protection et le testament biologique, certaines sont parfois rédigées en termes trop vagues, trop larges ou, au contraire, trop précis, nuisant à leur exécution par les proches et les professionnels de la santé²²⁹. Pour que les directives préalables soient applicables, il faut, entre autres, éviter que le refus ou l'acceptation de soins soit exprimé au moyen de termes imprécis, tels que « traitements

223. C.c.Q., art. 12, al. 2.

224. R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 69, n° 386, p. 386-387.

225. Me Ménard considère plutôt qu'une directive préalable dans un mandat de protection, un testament biologique ou dans les DMA lie le représentant « qui n'a alors d'autre choix que de voir à son respect, à moins qu'il ne décide d'en contester la validité ». J.-P. MÉNARD, préc., note 15, p. 21.

226. L. LAFLAMME, R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 90, p. 27. Bien que ces propos aient été formulés pour le mandat de protection, ils sont, à notre avis, tout aussi applicables pour le testament biologique. Voir aussi L. KHOURY, préc., note 83, p. 121.

227. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 13, p. 57 (V. Hivon).

228. S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 27, p. 351.

229. J. LAMBERT, préc., note 15, p. 30.

“extraordinaires” ou “agressifs” »²³⁰, car ils engendrent de la mécompréhension et il n’est pas certain que les directives émises seront interprétées correctement²³¹.

Ajoutons que tant dans le modèle de mandat de protection publié par le Curateur public du Québec que dans celui proposé par la Chambre des notaires du Québec à ses membres, on retrouve la possibilité pour le mandant de manifester son opposition à tout acharnement diagnostique et thérapeutique disproportionné ainsi que son souhait de mourir dignement. Les auteurs Laflamme, P. Kouri et Philips-Nootens remarquent :

Certaines de ces clauses sont nécessairement vagues et susceptibles d’interprétation diverses (la mort dans la dignité, les moyens disproportionnés, les risques de séquelles graves...) tandis que d’autres sont beaucoup plus spécifiques (le refus de chimiothérapie, le refus d’alimentation et d’hydratation artificielles...). On en saisit rapidement les difficultés d’interprétation lorsqu’elles sont énoncées sans avis médical approprié et en dehors du contexte de la maladie. Soulignons ici l’absence notoire, dans ces documents, d’évocation d’une volonté contraire, à savoir la poursuite du traitement, éventuellement aussi loin que possible.²³²

Des difficultés sont ainsi parfois rencontrées même si les directives préalables en matière de soins sont formulées dans un mandat de protection reçu devant notaire. Il faut donc rappeler l’importance pour le client de consulter un professionnel de la santé avant la signature de ses directives. Il s’avère également primordial d’être prudent et rigoureux dans leur rédaction. À ce sujet, le rédacteur de directives doit les rédiger de façon détaillée, mais sans tomber dans l’excessivité du détail, afin d’assurer leur longévité²³³ ainsi que leur respect par les professionnels de la santé et le représentant du patient inapte à consentir aux soins²³⁴. Il s’agit d’une question d’équilibre dans la rédaction et le fait de mettre noir sur blanc les objectifs, valeurs et explications du client en matière de soins ne peut que contribuer à leur mise en œuvre.

230. L. KHOURY, préc., note 83, p. 121.

231. D. CHALIFOUX, préc., note 6, p. 24-27.

232. L. LAFLAMME, R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 90, p. 26.

233. Notamment en raison de la médecine qui évolue sans cesse. D. CHALIFOUX, préc., note 6.

234. *Id.*, p. 24-27.

En somme, malgré la création des DMA dans la *Loi concernant les soins de fin de vie*, il demeure possible que les dispositions portant sur le consentement substitué s'appliquent dans certaines circonstances. Pour les raisons que nous avons expliquées, il importe de continuer à signer un testament biologique ou – préférablement selon nous – un mandat de protection qui prévoit des directives préalables en matière de soins. Bien que leur application comporte des règles spécifiques et que quelques précautions doivent être prises lors de leur rédaction pour assurer leur efficacité, le testament biologique et le mandat de protection demeurent utiles. Ces deux outils permettent à tout majeur de s'exprimer à l'avance sur de nombreux soins qui ne sont pas visés par les DMA, en plus de constituer une « sauvegarde » de l'expression des volontés en matière de soins au cas où les DMA seraient déclarées inapplicables. En plus, tout individu apte et majeur peut grâce au mandat de protection désigner à l'avance une personne de confiance qui acceptera les soins ou les refusera pour lui advenant son inaptitude à le faire.

CONCLUSION

Le droit à l'autodétermination des Québécois en matière de soins est une assise fondamentale au sein de la société québécoise, et même canadienne. Différents textes de loi, certains constitutionnels et quasi-constitutionnels, le protègent. En respectant certaines conditions, il est même désormais possible pour toute personne majeure apte de formuler une demande d'aide médicale à mourir. C'est d'ailleurs par la *Loi concernant les soins de fin de vie* qu'une telle demande fut en premier lieu rendue possible au Québec²³⁵.

La Loi, qui protège le respect de la dignité et de l'autonomie de la personne en contexte de soins²³⁶, a créé un nouveau régime de directives médicales anticipées, consacrant « la primauté des volontés relatives aux soins exprimées clairement et librement par une personne »²³⁷. Les nouvelles règles édictées dans la Loi viennent pallier certains problèmes rencontrés lors de l'application de directives préalables et constituent manifestement une très grande avancée dans la reconnaissance de l'autonomie de la personne alors qu'elle est devenue inapte. Par la mise en place des DMA, des directives préalables en matière de soins possèdent maintenant formellement

235. L.s.f.v., art. 26.

236. *Id.*, art. 1.

237. *Id.*, art. 1, al. 2.

une valeur juridique contraignante et sont directement accessibles aux professionnels de la santé grâce au registre créé dans la Loi. Lorsque les soins et situations visés par le formulaire obligatoire ou l'acte notarié contenant les DMA sont applicables, le personnel médical doit respecter les DMA et les règles en matière de consentement substitué du *Code civil du Québec* sont mises de côté.

Il n'est pas impossible que les dispositions du Code civil portant sur le consentement substitué entrent en jeu dans certaines circonstances. En effet, les DMA, qui ont préséance sur tout autre outil d'expression de la volonté, ont une portée limitée et peuvent être inapplicables pour différentes raisons. Les DMA ne règlent donc pas tout. C'est pourquoi le mandat de protection et le testament biologique demeurent utiles et n'ont pas perdu de leur pertinence. Nous avons d'ailleurs vu que, sous réserve de l'ordre public, ces deux outils permettent à une personne d'écrire noir sur blanc toute volonté, valeur, explication concernant les soins qu'elle désire recevoir ou non. De surcroît, le mandat de protection, contrairement au testament biologique et aux DMA, permet de désigner une personne de confiance qui aura à accepter ou refuser des soins au nom du mandant advenant son inaptitude à le faire²³⁸.

Lors des travaux de la Commission spéciale, il est ressorti que les Québécois souhaitaient qu'un changement important ait lieu pour que le respect de leurs volontés en matière de soins exprimées à l'avance ne soit plus aléatoire et qu'elles soient intégralement suivies par leurs proches et les professionnels de la santé²³⁹. Nous croyons que les DMA sont une bonne façon de protéger le droit à l'autonomie de la personne, mais qu'il faut aussi continuer à utiliser le mandat de protection ou le testament biologique pour émettre les directives en matière de soins à titre complémentaire.

Pour que les volontés en matière de soins soient désormais réellement observées et qu'on ne se retrouve plus dans des situations telles que celles relevées lors des travaux de la Commission spéciale, il n'en tient maintenant qu'à la population, mais surtout à la communauté juridique et médicale de contribuer à ce vent de

238. R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 69, n° 415, p. 397.

239. Christelle LANDHEER-CIESLAK, « La Loi concernant les soins de fin de vie : les trois sens de la dignité reconnue au mourant », dans Christelle LANDHEER-CIESLAK et Louise LANGEVIN (dir.), *La personne humaine, entre autonomie et vulnérabilité. Mélanges en l'honneur d'Édith Deleury*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 261, 271.

changement. En ce qui concerne le milieu médical, il semble « qu'un sérieux changement de culture [doit s'opérer] au sein de la profession médicale afin que les médecins respectent l'intégralité des volontés, exprimées antérieurement à leur inaptitude, de leurs patients devenus inaptes »²⁴⁰.

Quant à la communauté juridique, tant les avocats que les notaires peuvent contribuer au rayonnement des DMA, mais aussi au respect de toutes volontés manifestées à l'avance en matière de soins. Les notaires ont un rôle particulièrement important à jouer, ceux-ci étant appelés à recevoir la signature des trois actes étudiés exprimant des volontés. Il est évident que leur apport peut conférer une valeur ajoutée à ces différents instruments d'expression de la volonté, tant en raison de leurs judicieux conseils et de leur vérification de l'aptitude du signataire que du caractère authentique octroyé à l'acte notarié. D'ailleurs, cela n'entre-t-il pas dans la mission du « notaire de famille » ?

Nous tenons à souligner que doit être prohibée toute signature d'un mandat de protection ou d'un testament biologique comportant des « clauses-types » en matière de soins qui sont peu ou pas discutées avec le signataire, faisant en sorte que ce dernier les signe aveuglément. Une telle pratique va manifestement à l'encontre des valeurs fondamentales telles que la dignité humaine et l'autodétermination de la personne²⁴¹.

Pour conclure, mentionnons qu'il sera intéressant de suivre l'évolution du droit à l'autonomie de la personne dans les prochaines années, notamment en ce qui a trait à la possibilité de formuler une demande d'aide médicale à mourir de façon anticipée, qui n'est actuellement pas permise dans la *Loi concernant les soins de fin de vie*²⁴² ni dans le *Code criminel*²⁴³. Il s'agit pour le moment d'une épineuse question, dont les défenseurs – juristes²⁴⁴, médecins, citoyens, parlementaires²⁴⁵ – qui sont d'avis que ce type de demande

240. J. LAMBERT, préc., note 15, p. 27.

241. Il s'agit par ailleurs d'un motif pour lequel un notaire peut être poursuivi en responsabilité civile, car les actes qui sont signés devant lui doivent représenter les volontés de ses clients. P. DUCHAINE, préc., note 32, p. 431.

242. Art. 51

243. *Code criminel*, préc., note 26, art. 227 et 241.2.

244. D. CHALIFOUX, préc., note 2.

245. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 13, p. 2- et 21 (V. Hivon) ; Madeleine BLAIS-MORIN, « Aide médicale à mourir : dont-on permettre (à suivre...) »

doit être permis sont tout aussi nombreux que ceux qui sont de l'opinion contraire. La réflexion demeure ouverte tant au parlement fédéral²⁴⁶ qu'au parlement québécois²⁴⁷ et c'est sans aucun doute un sujet à surveiller, que ce soit pour savoir si un tel droit sera octroyé, que pour connaître les modalités par lesquelles il pourra être exercé, le cas échéant.

(suite...)

d'y consentir à l'avance ? », *ICI Radio-Canada*, 24 mai 2016, en ligne <<http://ici.radio-canada.ca/nouvelles/politique/2016/05/24/002-aide-medicale-mourir-consentement-prealable.shtml>>.

246. *Loi modifiant le Code criminel et apportant des modifications connexes à d'autres lois (aide médicale à mourir)*, L.C. 2016, ch. 3, art. 9.1.
247. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 13, p. 20 et 21 (V. Hivon). La possibilité de demander l'aide médicale à mourir de façon anticipée a été abondamment étudiée en Commission spéciale sur la question de mourir dans la dignité. Par contre, selon M^e Véronique Hivon, ministre responsable du dossier à l'époque, afin d'assurer l'adoption de la Loi, on a jugé qu'il était plus prudent de ne pas prévoir, pour l'instant, la possibilité de formuler une demande d'aide médicale à mourir dans les DMA.