

Les directives médicales anticipées : une œuvre perfectible

Robert P. Kouri*

Introduction	173
I. L'évolution des principes généraux concernant l'autonomie de la personne en droit québécois	175
II. Le nouveau format des directives médicales anticipées : un progrès véritable ?	179
Conclusion	190

* Docteur en droit, professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke. L'auteur désire remercier sa collègue, la professeure Suzanne Philips-Nootens, qui a eu la gentillesse de lire et de commenter ce texte.



Introduction

À la suite de l'adoption de la *Loi concernant les soins de fin de vie*¹ [ci-après «L.s.f.v.»] le 10 juin 2014 et son entrée en vigueur le 10 décembre 2015, la grande majorité des discussions éthiques et légales porte sur le noyau dur de cette loi, c'est-à-dire l'aide médicale à mourir ou si l'on préfère, la pratique de l'euthanasie, surtout à la suite de la décision de la Cour suprême dans *Carter c. Canada (Procureur général)*². Si l'on ajoute les débats portant sur la législation proposée et adoptée par le Parlement canadien en réaction à l'arrêt *Carter*³, ces développements ont pour effet d'occulter en quelque sorte l'application du titre III de la L.s.f.v. portant sur les directives médicales anticipées [ci-après «DMA»]. Il est certes important de consacrer la possibilité de rédiger des directives destinées à prendre effet lorsque la personne ne sera plus en mesure d'exprimer sa volonté quant aux soins. L'intention du législateur est louable, mais a-t-il vraiment mis en place à cette fin un mécanisme utile, facile d'application et souple? Par ce commentaire, nous procéderons à une analyse critique des règles régissant les DMA en vue de répondre à ces interrogations.

Grâce au libellé en apparence de portée générale de l'article 51 de la L.s.f.v.⁴, on aurait pu croire que ces dispositions constitueraient désormais le moyen privilégié de consigner la volonté d'une personne quant aux soins médicaux qu'elle autoriserait ou qu'elle refuserait, advenant que son état mental ou ses fonctions cognitives soient à ce point compromis qu'elle serait considérée comme légalement inapte.

¹ RLRQ, c. S-32.0001.

² 2015 CSC 5, renversant la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2013) 365 D.L.R. (4th) 351 qui a infirmé la décision de première instance 2012 BCSC 886. La Cour suprême avait accordé une prolongation du délai accordé pour la mise en application du jugement (2016) 394 D.L.R. (4th) 1 (ci-après «Carter»).

³ *Loi modifiant le Code criminel et apportant des modifications connexes à d'autres lois (aide médicale à mourir)*, projet de loi n° C-14, 1^{re} sess., 42^e légis. (Can.), devenu la *Loi modifiant le Code criminel et apportant des modifications connexes à d'autres lois (aide médicale à mourir)*, L.C. 2016, c. 3 [sanctionnée le 17 juin 2016].

⁴ «Toute personne majeure et apte à consentir aux soins peut, au moyen de directives 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. [...]»

L'objectif espéré, à savoir un formulaire susceptible de traiter généralement de l'ensemble des directives médicales possibles n'est cependant pas atteint. À la suite des recommandations d'un groupe de travail multidisciplinaire⁵ ayant comme mission de développer une formule obligatoire et à portée restreinte quant à l'autorisation ou à l'interdiction de certains soins, le résultat proposé est tout autre.

Dans le cadre des formalités imposées par la L.s.f.v., c'est-à-dire la signature d'un écrit attesté par deux témoins ou la rédaction d'un acte notarié portant minute⁶, le groupe de travail a recommandé certaines conditions de forme. Et quant au fond, de toute évidence il semble que l'intention inexprimée du législateur est de limiter la portée des directives à des situations spécifiquement prévues. Ainsi, nous constatons qu'à la lumière des directives permises (« je consens » ou « je refuse ») et des hypothèses visées (atteinte neurovégétative, atteinte des fonctions cognitives résultant en un état comateux ou végétatif, atteint des fonctions cognitives résultant en un état de démence à un stade avancé), on a instauré un régime imprégné d'une certaine rigidité, limité exclusivement aux personnes en fin de vie, excluant les personnes devenues inaptes sans être rendues face à la mort.

En entreprenant l'étude de cette question, il importe de souligner d'abord le principe de base en ce qui concerne le pouvoir décisionnel de chaque individu concernant ses soins ainsi que les façons toujours jugées valables d'exprimer sa volonté en prévision de son inaptitude (partie I). La discussion portera ensuite sur l'analyse des articles pertinents de la L.s.f.v. à propos des DMA (partie II). Nous profiterons de l'occasion pour faire allusion à certains éléments de la récente loi française du 2 février 2016 sur la fin de vie⁷, plus particulièrement à ses dispositions concernant les directives anticipées⁸. Nous concluons avec quelques remarques sur l'efficacité et même sur l'utilité des nouvelles règles normatives concernant les DMA.

⁵ Collège des médecins du Québec, *Rapport du groupe de travail conjoint sur l'aide médicale à mourir*, 28 mars 2013, en ligne : <http://www.cmq.org/publications-pdf/8-1-2013-03-01-rapport-aide-medical-a-mourir.pdf> (consulté le 20 février 2016).

⁶ L.s.f.v., art. 52.

⁷ *Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, J.O. 3 févr. 2016, texte n° 1.

⁸ *7 Id.*, plus particulièrement aux articles 8-10 de ladite loi, ajoutant les articles L. 1111-11, L. 1111-6 et L. 1111-12 au *Code de la santé publique*.

I. L'évolution des principes généraux concernant l'autonomie de la personne en droit québécois

En ce qui concerne le droit privé québécois, l'autonomie de la personne n'était pas un enjeu majeur avant 1971. C'est à l'occasion de l'adoption de la *Loi modifiant de nouveau le Code civil et modifiant la Loi abolissant la mort civile*⁹ où l'on avait ajouté l'article 19 au Code civil du Bas-Canada que le législateur a formellement reconnu le principe que la personne humaine est inviolable¹⁰. Mais cette règle d'invulnérabilité en était une de protection seulement ou, en d'autres mots, la reconnaissance textuelle d'un droit jadis naturel inspirée par l'interdiction biblique *noli me tangere*¹¹.

Sur la foi d'une modification subséquente au droit civil apportée en 1990 par la *Loi sur le Curateur public et modifiant le Code civil*¹², la juge Hélène LeBel a pu affirmer dans *Institut Philippe Pinel de Montréal c. Blais*¹³ concernant un refus de soins d'une personne inapte, que le respect pour la personne humaine exige la reconnaissance de son autonomie décisionnelle concernant sa santé et sa vie¹⁴. De plus, grâce aux changements apportés au Code civil par cette loi, et particulièrement l'ajout de l'article 19.3 stipulant qu'en prenant une décision au nom d'autrui, il fallait, « [...] dans la mesure du possible, tenir compte des volontés que cette dernière a pu exprimer [...] », la juge LeBel a pu déclarer :

⁹ L.Q. 1971, c. 84.

¹⁰ « La personne humaine est inviolable. Nul ne peut porter atteinte à la personne d'autrui sans son consentement ou sans y être autorisé par la loi. »

¹¹ Jean c. 20, verset 17. Selon Albert MAYRAND, *L'invulnérabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1975, n° 3, p. 12, « L'exclamation du Christ devant Marie-Madeleine [...] convient à un Dieu qui s'est fait homme, non pas à l'homme qui ne prétend pas être un dieu. » Cela explique en quelque sorte la relativité du principe de l'invulnérabilité, car l'art. 19 de l'époque admettait la possibilité de permettre des atteintes à la personne dans son intérêt.

¹² L.Q. 1989, c. 54 [entrée en vigueur le 15 avril 1990]. Le Code civil fut modifié par l'ajout entre autres de l'article 19.1 énonçant la règle que « Nul ne peut être soumis sans son consentement à des soins, quelle qu'en soit la nature, qu'il s'agisse d'exams, de prélèvements, de traitements ou de toute autre intervention. »

¹³ [1991] R.J.Q. 1969.

¹⁴ *Id.*, p. 1972.

« En permettant [...] à une personne de désigner un mandataire ou en prévoyant qu'un de ses proches peut être reconnu comme mandataire présumé, le *Code civil du Bas-Canada* lui permet [désormais] d'assurer que ses volontés seront respectées même dans l'éventualité où elle-même deviendrait inapte. »¹⁵.

En d'autres mots, le droit de refus ne serait qu'une manifestation de l'exercice de l'autonomie. La reconnaissance formelle de ce principe devenait ainsi l'une des priorités du nouveau Code civil. Le Comité aviseur sur la politique législative de 1989, appelé à faire des recommandations sur certains enjeux du *Projet de Code civil*, avait proposé :

« Tout majeur capable doit avoir le droit absolu de s'opposer à tout traitement médical, même en cas d'urgence et même si un refus de traitement médical met sa vie ou sa santé en danger. Le Code doit formellement reconnaître le principe de l'autonomie de la personne et la conséquence qui en découle logiquement, soit le droit à l'autodétermination, principe et conséquence acceptés en droit contemporain. »¹⁶

Ce n'est qu'à la suite des décisions de la Cour supérieure dans *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*¹⁷ et *Manoir de la Pointe-Bleue (1978) inc. c. Corbeil*¹⁸ que les tribunaux civils québécois ont enfin consacré le droit du majeur apte de refuser les soins, même au risque de sa vie. En droit public, le droit à l'autonomie a été reconnu à maintes reprises par la Cour suprême. Dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*¹⁹, le juge Sopinka a déclaré qu'imposer un traitement médical à une personne qui le refuse serait un acte de violence²⁰.

¹⁵ *Id.*, p. 1973.

¹⁶ Le rapport du comité est reproduit dans l'article de Jean-Louis BAUDOIN, « Le comité aviseur sur la politique législative du nouveau Code civil », dans Jean-Guy BELLAY *et al.* (dir.), *Du Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 321, à la page 343.

¹⁷ [1992] R.J.Q. 361 (C.S.).

¹⁸ [1992] R.J.Q. 712 (C.S.).

¹⁹ [1993] 3 R.C.S. 519.

²⁰ *Id.*, p. 606. Bien que dissidente dans ce jugement, la juge McLachlin partage ce point de vue lorsqu'elle écrit à la p. 618, « La sécurité de la personne comporte un élément d'autonomie personnelle protégeant la dignité et la vie privée des individus à l'égard des décisions concernant leur propre corps. Le pouvoir de décider de façon

À la suite de l'adoption du *Code civil du Québec* en 1991²¹ et de son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994, les dispositions pertinentes en lien avec l'autonomie de la personne ont été renforcées en édictant à l'article 10 du nouveau Code que « [toute] personne est inviolable et a droit à son intégrité ». Aussi, on a réitéré la nécessité, lorsque l'on devait décider de l'opportunité de consentir aux soins pour autrui, de tenir compte dans la mesure du possible des volontés que la personne a pu manifester²².

Ainsi, la volonté de la personne en prévision de son inaptitude éventuelle pouvait s'exprimer sous forme de testament de vie, carte de refus de transfusions sanguines, mandat en prévision de l'inaptitude (aujourd'hui mandat de protection) ou par tout autre modalité d'expression valable, dont la légalité ne faisait alors pas de doute. Inévitablement, le respect de ces désirs exprimés par anticipation dépendrait en bonne partie de la volonté et du sens de l'initiative d'un intermédiaire comme les proches ou encore le personnel médical. Mais s'il y avait des débats entre les membres de l'entourage et la possibilité de s'exposer à des recours en justice, le médecin serait porté à soigner la personne au lieu d'accéder à une demande de retirer les soins²³.

Mais, comme le souligne Dominique Goubau, il y a toujours le danger que l'expression de la volonté dans un testament de vie ne soit plus représentative des désirs de la personne concernée au moment de la mettre en œuvre²⁴. Cet auteur prend appui sur la décision de la Cour suprême dans *Cuthbertson c. Rasouli*²⁵ où la majorité du banc a décidé que, nonobstant

autonome ce qui convient le mieux à son propre corps est un attribut de la personne et de la dignité de l'être humain ». Voir également, *Carter*, préc., note 2, par. 64.

²¹ L.Q. 1991, c. 64.

²² C.c.Q., art. 12 al. 1. Cette disposition fut modifiée en 2014 afin de remplacer les mots « en tenant compte » par « en respectant ».

²³ Jean LAMBERT, *Les directives médicales anticipées : Une nouvelle responsabilité professionnelle pour le notaire*, conférence prononcée au Congrès de la CNQ le 24 septembre 2015, p. 28, en ligne : [HTTPS://BIBLIOTEQUENOTARIALE.CNQ.ORG/GEIDEFile/jean_lambert_v2.pdf?Archive=150606897888&File=Texte_integral](https://bibliotequenotariale.cmq.org/geidefile/jean_lambert_v2.pdf?Archive=150606897888&File=Texte_integral) (consultée le 15 février 2016).

²⁴ Édith. DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 5^e éd. par Dominique GOUBAU, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, n^o 117, p. 131.

²⁵ [2013] 3 R.C.S. 341, par. 105. Voir le commentaire de Marie-Nancy PAQUET, « Commentaire sur l'arrêt *Cuthbertson c. Rasouli* – lorsque "l'arrêt de soin" devient un "soin" », *Repères*, décembre 2013, EYB2013REP1451.

l'expression antérieure de la volonté du patient, on devait tenir compte des circonstances actuelles, c'est-à-dire des changements survenus dans l'état de santé de l'individu et des options de traitement qui en résultaient. Selon ce raisonnement, si un désir exprimé auparavant était imprécis, on pourrait ne pas y donner suite. Pour leur part, les juges dissidents dans cette cause étaient d'avis que lorsque les désirs clairement exprimés étaient connus, il faudrait s'y conformer²⁶. Ce n'est que lorsque les désirs du patient seraient inconnus que l'on pourrait déterminer si le consentement ou le refus du représentant est dans l'intérêt du patient²⁷.

Il nous semble qu'à moins de motifs raisonnables permettant de douter que les directives émises au préalable²⁸ représentent effectivement la volonté de l'individu, ces directives doivent être respectées sans réserve²⁹. Par exemple, il y aurait vraisemblablement des hésitations quant à la volonté réelle de l'individu lorsqu'une personne ayant signé une carte de refus de transfusion sanguine en tant que Témoin de Jéhovah aurait depuis cessé de pratiquer sa religion³⁰. Ou encore, si un patient, qui ne serait pas au stade de la fin de vie, décidait d'entreprendre une grève de la faim afin de mettre fin à ses angoisses en tant que personne physiquement handicapée³¹.

Avant l'entrée en vigueur de la L.s.f.v., on pouvait donner préséance à la volonté de l'individu, peu importe la forme choisie pour exprimer

²⁶ Les juges Abella et Karakatsanis, *id.*, par. 143.

²⁷ *Id.*, par. 142. On ne semble pas retenir le critère exprimé par la majorité [au par. 105] que même en cas de désirs clairs exprimés antérieurement par le patient, ce désir ne « [...] serait contraignant que s'il est applicable aux circonstances actuelles du patient. », notamment lorsque le pronostic ou les options de traitement rendent le désir exprimé inapplicable.

²⁸ Autre que les DMA qui seront analysées dans la 2^e partie de ce texte.

²⁹ Suzanne PHILIPS-NOOTENS, « La personne en fin de vie : le regard du droit civil du Québec », (2009-10) 40 *R.D.U.S.* 327, 349-351.

³⁰ Voir à titre d'illustration, la cause anglaise d'*HE v. A Hospital NHS Trust*, [2003] 2 F.L.R. 408 (Family Division).

³¹ Par exemple, *Manoir de la Pointe Bleue (1978) inc. c. Corbeil*, préc., note 18 où le juge Rouleau affirme (à la p. 724) : « Nous avons contrôlé avec sollicitude les circonstances de l'affaire en cause et nous jugeons que c'est en toute connaissance de cause que l'intimé refuse de s'alimenter et que sa décision doit être respectée au moment où il est apte, comme, semble-t-il, elle le sera au moment où il sera devenu inapte puisqu'avant cette inaptitude il a déjà fait connaître avec éclat ses préférences et sa volonté bien arrêtée. »

celle-ci. Par suite de l'adoption de la L.s.f.v., l'exercice par la personne de son autonomie en matière médicale en prévision de son inaptitude se voit enrobé d'un formalisme plutôt rigoureux, surtout en ce qui concerne le refus de certains soins.

II. Le nouveau format des directives médicales anticipées : un progrès véritable ?

D'entrée de jeu, il ne serait pas déraisonnable d'affirmer que les dispositions sur les DMA incluses dans la L.s.f.v. s'inscrivent dans un cadre légal relativement strict et très procédural³². Ces directives ne peuvent toutefois inclure une demande d'aide médicale à mourir³³. Elles doivent être « [...] faites par acte notarié en minute ou devant témoins au moyen du formulaire prescrit par le ministre » et versé, à la demande de leur auteur au registre ministériel des directives médicales anticipées³⁴. Soulignons qu'en

³² Comparativement à l'expression de la volonté relative à la fin de vie en France selon le *Décret n° 2006-119 du 6 février 2006 relative aux directives anticipées prévues par la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie et modifiant le code de la santé publique*, SANP0620219D, ces directives doivent être écrites, datées et signées par leur auteur dûment identifié par l'indication de ses nom, prénom, date et lieu de naissance.

³³ Cet aspect de la loi fait l'objet de critiques dans les milieux médicaux. En effet, selon l'art. 29 L.s.f.v., le médecin doit s'assurer que les conditions de l'art. 26, notamment que le patient est apte à consentir aux soins (par. 2) sont présentes. Or, en réalité, il peut arriver que le patient atteint d'une maladie grave et incurable et en fin de vie ne soit plus lucide à cause de l'administration d'opiacés. Il ne serait plus admissible à l'aide médicale à mourir. Voir particulièrement l'article d'Isabelle Paré (« Les premiers écueils de l'aide médicale à mourir ») dans *Le Devoir*, le samedi 29 mai 2016, p. A-4, « L'expérience des derniers mois démontre que les termes stricts de la loi privent aussi d'autres patients de cette aide de dernier recours. Certains mourants ont notamment vu l'aide à mourir leur échapper de peu après avoir basculé dans un état de confusion provoqué par les narcotiques antidouleur ou la progression de la maladie. » En ligne : <http://www.ledevoir.com/societe/sante/471994/les-premiers-ecueils-de-i-aide-medicale-a-mourir> (consulté le 31 mai 2016). Pour une discussion sur la validité de cette disposition, voir 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., *Les soins de fin de vie (dans la foulée de la récente décision de la Cour suprême)*, vol. 402, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 23.

³⁴ L.s.f.v., art. 52. Voir également le *Règlement sur les modalités d'accès au registre des directives médicales anticipées et son fonctionnement*, (2016) 148 G.O. II 2642

ce qui concerne les DMA devant notaire, le modèle d'acte à utiliser a été déterminé et rendu obligatoire par le Conseil d'administration de la Chambre des notaires³⁵.

Avant d'analyser ces deux modalités quant à la forme des DMA, il y a lieu de souligner les exigences communes imposées par la L.s.f.v. pour la validité de ce genre d'acte. D'abord, la personne doit être majeure et apte afin d'exercer son droit d'accepter ou de refuser par anticipation les soins médicaux requis par son état de santé lorsqu'elle ne sera plus en mesure d'exprimer sa volonté³⁶. Selon les principes proposés par le Groupe de travail créé par le ministre, les DMA ne peuvent s'appliquer que dans trois situations spécifiquement identifiées : la personne doit être en situation de fin de vie et atteinte d'une maladie neurodégénérative, d'une maladie « sévère et irréversible » affectant les fonctions cognitives à cause d'un état comateux ou végétatif ou encore résultant d'une démence de type Alzheimer ou autre type de démence à un stade avancé. De plus, toujours selon ces mêmes principes, la personne ne peut accepter ou refuser que cinq types de soins : la réanimation cardio-respiratoire, la ventilation assistée, la dialyse, l'alimentation forcée ou artificielle et l'hydratation forcée ou artificielle. Comme le souligne Me Jean Lambert, en ce qui concerne le modèle d'acte proposé par la Chambre des notaires ou le formulaire prescrit par le ministre, « il n'y a pas de place à la créativité »³⁷.

Par comparaison, le droit français prévoit de façon générale l'expression de la volonté d'une personne relative à sa fin de vie en ce qui concerne les conditions de poursuite de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitement³⁸.

Quant à la révocation des directives, la législation est formelle : la personne doit se servir du formulaire prescrit par le ministre de la Santé

[arrêté numéro 2016004 du ministre de la Santé et des Services sociaux du 28 avril 2016 et entré en vigueur le 15 juin 2016].

³⁵ CHAMBRE DES NOTAIRES, *Répertoire de droit, nouvelle série, Directives médicales anticipées, Mandat*, Montréal, 2015.

³⁶ L.s.f.v., art. 51.

³⁷ Jean LAMBERT, « Directives médicales anticipées », *ABC – Division du Québec*, 15 décembre 2015, en ligne : <http://abcqc.qc.ca/fr/Publications/Articles/ABC-Quebec/2015-12/Directives-medicales-anticipees> (consultée le 12 février 2016).

³⁸ Préc., note 7, art. 8, ajoutant l'article L. 1111-11 au *Code de la santé publique*. Comme au Québec, la notion de « fin de vie » n'est pas définie dans la loi.

et des Services sociaux³⁹, sauf lorsque l'exception de l'article 54 alinéa 3 L.s.f.v. s'applique en situation d'urgence⁴⁰. Il ne peut être question de la modification des DMA par un acte rectificatif ou par un acte d'amendement de nature « codicillaire », à la différence du droit français édictant qu'à tout moment et par tout moyen, ces dispositions seraient révisables et révocables⁴¹. Ici au Québec, on doit recommencer le processus.

Ajoutons que seul le tribunal peut invalider en tout ou en partie des DMA, mais uniquement dans des circonstances où il y aurait des doutes sur l'aptitude de la personne lors de la signature des DMA ou que ces directives « ne correspondent pas à la volonté de la personne dans la situation donnée »⁴².

Nous devons reconnaître cependant que la portée de ces directives, en apparence très astreignante et très ferme, admet un certain nombre d'atténuations, sans doute par mesure de précaution⁴³ afin d'éviter des dérapages. D'abord l'article 54 alinéa 3 mentionné précédemment, reconnaissant la validité de la révocation d'une DMA lorsque la personne est apte, est éminemment logique, car ladite directive ne peut alors évidemment pas encore s'appliquer. La même remarque trouve en quelque sorte écho dans la situation où l'auteur des DMA, toujours apte à consentir aux soins, les remet au professionnel de la santé. Ce dernier serait alors tenu de s'assurer qu'elles sont toujours conformes à sa volonté⁴⁴. Par ailleurs, lorsque la personne apte à consentir aux soins a déjà versé ses DMA au dossier puis a subi un changement significatif de son état de santé, il revient

³⁹ L.s.f.v., art. 54 al. 1, « Les directives médicales anticipées peuvent être révoquées à tout moment par leur auteur au moyen du formulaire prescrit par le ministre. »

⁴⁰ « [...] en cas d'urgence, lorsqu'une personne apte exprime verbalement des volontés différentes de celles qui se retrouvent dans ses directives médicales anticipées, cela entraîne leur révocation ».

⁴¹ *Id.*, art. 8 ajoutant l'article L. 1111-11 au *Code de la santé publique*, préc., note 7.

⁴² L.s.f.v. article 61 alinéa 2. En droit français (art. 8, modifiant l'article L. 1111-11 al. 3 du *Code de la santé publique*), on affirme que les directives anticipées « s'imposent » au médecin « [...] sauf en cas d'urgence vitale pendant le temps nécessaire à une évaluation complète de la situation et lorsque les directives anticipées apparaissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale. »

⁴³ L'expression *abundans cautela non nocent* trouve sa pertinence dans ce contexte.

⁴⁴ L.s.f.v., art. 55.

à son médecin de vérifier auprès d'elle si ces directives correspondent toujours à sa volonté⁴⁵.

Malgré tout, la L.s.f.v. comporte plusieurs aspects troublants. Le premier concerne la présomption *juris tantum* que la personne a été suffisamment informée afin de prendre une décision éclairée au moment de la signature des DMA⁴⁶. Cela présuppose une consultation auprès d'un professionnel de la santé possédant les connaissances suffisantes concernant certains soins précis susceptibles d'être acceptés ou refusés au moyen d'une DMA. Certes, lorsque le patient est directement confronté à une situation relative à son état de santé, l'opportunité d'être renseigné figure déjà dans ses rapports avec son médecin qui aurait alors le devoir de l'informer adéquatement sur l'évolution éventuelle de sa maladie⁴⁷. Mais en réalité, peut-on affirmer que les jeunes gens ou les personnes en bon état de santé prendraient l'initiative de signer une DMA en anticipation d'une fin de vie éventuelle et pour le moment, hypothétique ? Donc l'affirmation dans une DMA selon laquelle l'auteur a été renseigné adéquatement pourrait, dans bien des situations concrètes, relever de la fiction. En effet, il nous semble téméraire d'attribuer à ces instructions une pérennité, car la signature d'une telle directive pourrait ne plus refléter la volonté de la personne 10 ou 20 ans plus tard⁴⁸. À cet égard, n'est-il opportun de se rappeler que la devise de la Chambre des notaires est *scripta manent*, les écrits demeurent ! Ne serait-il pas préférable d'attribuer une « vie limitée » ou une

⁴⁵ L.s.f.v., art. 56. Sur cette question, voir la discussion intéressante de Louise Bernier, Catherine Régis, « Regard critique sur le régime québécois des directives médicales anticipées comme véritable consécration de l'autonomie », (2017) 62 *Revue générale de droit médicale* 35, p. 44 et suiv.

⁴⁶ L.s.f.v., art. 59.

⁴⁷ *Code de déontologie des médecins*, RLRQ, c. M-9, r. 17, art. 29, « Le médecin doit s'assurer que le patient ou son représentant légal a reçu les explications pertinentes à leur compréhension de la nature, du but et des conséquences possibles de l'examen, de l'investigation, du traitement ou de la recherche qu'il s'apprête à effectuer. »

⁴⁸ D'ailleurs, dans le rapport de la COMMISSION SPÉCIALE, *Mourir dans la dignité*, mars 2012, Assemblée nationale, p. 42, on souligne que, « [...] la plupart des directives sont rédigées lorsque la personne est en bonne santé, le travail d'interprétation et de recherche pour s'assurer que ces directives reflètent bien les volontés relatives à la situation actuelle de la personne inapte s'avère parfois laborieux. »

« date d'expiration » à ces directives comme le fait à bon escient le droit français⁴⁹ ?

À propos de la présomption de l'article 59 L.s.f.v., soulignons que, dans le formulaire utilisé par la Régie de l'assurance maladie, il est clairement stipulé que le signataire « [...] a reçu l'information nécessaire à une prise de décision libre et éclairée sur la portée des directives médicales anticipées. » Pour sa part, le modèle d'acte « obligatoire » prescrit par le Conseil d'administration de la Chambre des notaires du Québec doit contenir l'une des énonciations suivantes :

« Je déclare avoir pris lecture du Guide du citoyen publié par le ministère de la Santé et des Services sociaux du Québec et j'ai obtenu, auprès de sources médicales fiables [...], toutes les informations pertinentes afin de me permettre de prendre une décision éclairée [*dans ce paragraphe vous devez énumérer les démarches réelles faites par votre client.*] »

ou

« Je déclare avoir obtenu l'information nécessaire pour me permettre de prendre une décision éclairée. »

Nous réitérons qu'il ne peut s'agir que d'une présomption relative à cause des nombreuses situations prévues par le législateur où, compte tenu des circonstances l'on pourrait douter de la volonté réelle de la personne, notamment aux articles 60 et 61 L.s.f.v., visant le refus catégorique de la personne inapte ayant déjà consenti aux DMA (lorsqu'elle était présumée apte) ou encore lorsqu'il y a des motifs de croire qu'au moment de la signature des directives, la personne n'était pas apte ou que ces directives ne correspondaient pas à sa volonté.

En vertu de son *Code de déontologie*⁵⁰, le notaire doit agir comme conseiller désintéressé. Cependant, ce devoir de conseil comporte quand même une importante limitation, car à l'article 10 de ce code, il est écrit : le notaire « [...] doit s'abstenir d'intervenir dans les affaires personnelles

⁴⁹ Comme mesure additionnelle afin de confirmer que la volonté exprimée dans une déclaration anticipée reflète toujours la volonté réelle de l'individu, ne serait-il pas opportun d'exiger que lorsque la directive est déposée dans le registre de la RAMQ, celle-ci soit tenue d'adresser un rappel périodique à son auteur ? En France, l'article L. 1110-5-2 du *Code de la santé publique* impose ce devoir à l'État lorsque les directives anticipées sont déposées dans le registre national.

⁵⁰ *Code de déontologie des notaires*, RLRQ, c. N-3, r. 2, art. 7.

de son client sur des sujets qui ne relèvent pas de la compétence généralement reconnue à la profession.» L'expression « conseiller » implique normalement un jugement de valeur ou un avis sur l'opportunité d'adopter tel comportement par opposition au strict devoir d'informer, lequel se caractérise par sa neutralité⁵¹. Le notaire a normalement la compétence nécessaire afin d'aviser son client sur les modalités de l'acte, ses effets éventuels et les règles pertinentes quant à sa révocation. Mais lorsque la discussion portera sur la notion de « fin de vie » ou encore sur « une démence de type Alzheimer ou autre type de démence à un stade avancé »⁵², le notaire sera-t-il au courant des aspects médicaux visés par les DMA ?

Un deuxième point est aussi, sinon plus troublant encore en ce qui concerne la protection de la personne devenue inapte. En effet, l'article 60 L.s.f.v. énonce comme condition préalable que si la personne inapte à consentir aux soins refuse catégoriquement de recevoir les soins auxquels elle avait préalablement consentie, il faudra s'adresser au tribunal selon l'article 16 du *Code civil*⁵³. Mais qu'arriverait-il si la personne avait, dans sa DMA, refusé certains soins et maintenant les exigeait ? On pourrait se demander si cette ambiguïté est le résultat d'une rédaction malencontreuse ou la représentation d'une situation réelle, car dans une DMA, il serait possible d'accepter ou de refuser chacun des soins énumérés. Nous sommes portés à affirmer que cette disposition a pour but d'établir comme politique la nécessité de s'adresser au tribunal lorsque la personne inapte exige un soin auquel elle avait auparavant renoncé, ou encore de ne pas recevoir un soin qu'elle aurait voulu recevoir selon telle directive anticipée.

⁵¹ Robert P. KOURI & Suzanne PHILIPS-NOOTENS, *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2017, n° 264, p. 263.

⁵² Expressions qui se retrouvent dans le modèle d'acte prescrit par la CHAMBRE DES NOTAIRES, préc., note 35, « Déclarations préliminaires, clause 3 ». Par contre, dans le formulaire de la Régie de l'assurance maladie, on prend soin de définir l'expression « démence grave » de la façon suivante : « Affaiblissement irréversible des fonctions intellectuelles ce qui comprend la diminution de la mémoire, du jugement et du raisonnement, la personne est incapable de reconnaître sa famille et ses proches, est incapable d'effectuer des activités de la vie quotidienne, tient des propos incohérents, n'a aucune maîtrise de la vessie, des intestins, a besoin d'une aide constante. » Sur le plan scientifique, l'on peut se demander si ces signes et symptômes sont cumulatifs.

⁵³ « L'autorisation du tribunal est nécessaire [...] si le majeur inapte à consentir refuse catégoriquement de recevoir les soins, à moins qu'il s'agisse de soins d'hygiène ou d'un cas d'urgence. »

Un autre aspect de la loi qui sert de mesure de sécurité se retrouve à l'article 61 L.s.f.v., plus particulièrement à l'alinéa 2, permettant au tribunal de passer outre aux dispositions énoncées dans une DMA à la demande d'un intéressé⁵⁴. Le tribunal pourrait rendre toute ordonnance appropriée lorsqu'on jugerait que la personne était inapte lors de la signature des directives « [...] ou [que] les directives ne correspondent pas à la volonté de l'auteur dans la situation donnée. » Donc le principe que les DMA inscrites au registre doivent être traitées comme la volonté d'une personne apte à consentir aux soins⁵⁵ ne serait pas aussi contraignant que l'on pourrait le penser ! Compte tenu des mises en garde et des exceptions prévues par le législateur dans cette loi, il serait relativement facile pour un intéressé, par exemple un membre de la famille ou un proche, d'empêcher, du moins temporairement la mise en application des DMA.

Toujours au sujet de l'efficacité de ces directives, nous devons nous pencher sur la portée de certaines affirmations plutôt péremptoires de la L.s.f.v. quant à ses aspects contraignants. Ainsi, l'on pourrait s'interroger sur le sort de ces directives si, effectivement, la personne apte a par la suite exprimé certaines volontés par la rédaction d'un testament de vie, par la signature d'une carte de refus de certains soins, ou encore par la rédaction d'un mandat de protection énonçant des vœux en contradiction avec ceux consignés dans sa DMA.

Commençons par une situation relativement simple : le refus de transfusions sanguines. Ce genre de soins ne figurant pas sur la liste du formulaire du gouvernement ou celui de la Chambre des notaires, cette expression aurait le même poids qu'avant l'adoption de la L.s.f.v.. Sa validité ne saurait être mise en doute.

Pourrait-on en dire autant si, par exemple, la personne apte avait exprimé dans un testament de vie ou un mandat de protection qu'elle ne voudrait pas être assujettie à l'acharnement thérapeutique ou à des mesures « héroïques » de maintien en vie, même si elle avait mentionné auparavant dans une DMA qu'elle voudrait être maintenue en vie avec la réanimation cardiorespiratoire, la ventilation respiratoire ou la dialyse rénale⁵⁶ ?

⁵⁴ P. ex., mandataire, tuteur, curateur, médecin, établissement et plus largement, « toute personne qui démontre un intérêt particulier pour l'auteur des directives médicales anticipées [...] ».

⁵⁵ L.s.f.v., art. 58, J. LAMBERT, préc., note 23, p. 28.

⁵⁶ En effet, avec les DMA prévues surtout dans une loi portant sur l'euthanasie et sur la sédation palliative continue, la présomption serait que les personnes signant ces directives le feraient en vue de refuser d'avance certains soins.

Évidemment, selon les hypothèses prévues aux articles 54 alinéa 3, 55 et 56 L.s.f.v., la personne toujours apte en fin de vie pourrait rendre inefficaces ou révoquer ses DMA. Mais si elle avait rédigé un testament de vie ou avait signé un mandat de protection en contradiction avec une DMA rédigée auparavant, quel document aurait préséance advenant son inaptitude⁵⁷ ? Certes, l'article 58 L.s.f.v. affirme que les DMA versées au registre des directives médicales anticipées ou au dossier médical de la personne, « [auraient] 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. » Autrement dit, cette disposition de la L.s.f.v. aurait-elle pour effet de créer une simple présomption de validité ou aurait-elle pour conséquence d'affirmer que ces directives auront préséance sur toute autre directive médicale émise subséquentement par la personne apte au moment de leur confection ?

Il va de soi qu'un intéressé pourrait invoquer l'article 61 alinéa 2 L.s.f.v. et prétendre « [...] que ces directives ne correspondent pas à la volonté de l'auteur dans la situation donnée ». En effet, si par tout autre document sauf ceux correspondant aux formes prévues à l'article 52 L.s.f.v., la personne apte avait exprimé une volonté ne se conformant plus à celle exprimée antérieurement dans une DMA, l'on pourrait prétendre que ceci suffira afin de rendre la DMA caduque.

Même si ce raisonnement, basé sur un argument de texte est irréfutable, il nous semble qu'une analyse plus fondamentale s'impose, basée sur les principes essentiels des droits innés de la personne. Que l'on fasse référence à la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵⁸ concernant le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, ou encore à la *Charte des droits et libertés de la personne*⁵⁹ visant la protection de la vie, la sûreté, l'intégrité et la liberté, ces deux lois ayant en règle générale préséance sur toute autre législation⁶⁰, pourrait-on accorder à la L.s.f.v. et surtout aux dispositions portant sur les DMA, le pouvoir de déroger aux droits fondamentaux prévus aux Chartes ?

⁵⁷ En droit français, selon l'article L. 1111-11 al. 2 du *Code de la santé publique*, « À tout moment et par tout moyen [les directives anticipées] sont révisables et révoquables. »

⁵⁸ *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 (ci-après « Charte canadienne »).

⁵⁹ RLRQ, c. C-12, art. 1 [ci-après « Charte québécoise »].

⁶⁰ *Charte canadienne*, préc., note 58, art. 32; *Charte québécoise*, préc., note 59, art. 52.

Nous reconnaissons que la volonté du législateur québécois n'est pas d'imposer des contraintes sur la volonté librement exprimée de personnes ayant souscrit aux DMA. Au contraire, son but est d'assurer que les DMA concernant certains soins soient scrupuleusement respectées. Mais à cause de la nature, en quelque sorte péremptoire ou rigide de la législation, n'est-il pas raisonnable d'affirmer qu'elle dégage l'impression d'un cadre légal rigoureux et surtout très procédural susceptible de brimer certains droits fondamentaux ?

D'autres aspects de la loi soulèvent certaines interrogations. D'abord, les dispositions concernant l'aptitude de la personne à souscrire aux DMA présentent des incohérences. Il nous semble que l'aptitude dont il est question à cet égard serait celle relative au consentement aux soins, car tant le refus de soins que l'autorisation de traitement relèvent de l'autonomie de la personne en matière médicale et les critères dégagés par la Cour d'appel du Québec dans *Montréal c. G.(A.)*⁶¹ trouvent leur pertinence⁶².

Si les DMA sont reçues par acte authentique, il va de soi que le notaire doit observer les règles déontologiques et légales régissant l'exercice de sa profession. Ainsi, en vertu de la *Loi sur le notariat*⁶³, il doit, « par tout moyen raisonnable » vérifier la capacité de la personne comparaisant dans l'acte prescrit pour les DMA. Évidemment, le notaire instrumentant n'a pas, en règle générale, la compétence médicale afin d'émettre une opinion définitive sur l'aptitude de son client. Cependant, lorsque le notaire est appelé à recevoir des actes au cours de sa pratique quotidienne, par exemple les testaments ou les mandats, il sera porté à procéder à une telle évaluation dans les limites de sa compétence⁶⁴. Son devoir en est un de diligence et non de résultat. Si l'on se fie à la jurisprudence traditionnelle

⁶¹ [1994] R.J.Q. 2523 (C.A.).

⁶² *Id.*, p. 2524 et suiv., « (i) La personne comprend-elle la nature de la maladie pour laquelle un traitement lui est proposé ? (ii) La personne comprend-elle la nature et le but du traitement ? (iii) La personne saisit-elle les risques et les avantages du traitement si elle le subit ? (iv) La personne comprend-elle les risques de ne pas subir le traitement ? (v) La capacité de comprendre de la personne est-elle "affectée" par sa maladie ? ». Voir également R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 51, n° 221, p. 224. Évidemment, cette énumération doit être modifiée afin de tenir compte d'une prise de décision dans le cadre d'un refus éventuel de soins.

⁶³ RLRQ, c. N-3, art. 43.

⁶⁴ Voir la conclusion de la chronique de Christine MORIN et Katherine CHAMPAGNE, « L'aptitude requise pour rédiger des directives médicales anticipées », *Repères*, Juin 2016, EYB2016REP1985.

en matière contractuelle et testamentaire, à moins d'indications contraires, l'on présume que la personne est apte⁶⁵. Système imparfait certes, mais offrant au moins une certaine sécurité.

Dans le cas d'une DMA sous seing privé, malgré la recommandation énoncée au début du formulaire de la Régie de l'assurance maladie du Québec conseillant au déclarant de consulter un professionnel de la santé, un notaire ou un avocat, il n'y a, en réalité, aucun contrôle en ce qui concerne la détermination de l'aptitude lors de la rédaction de la directive. À la fin du document («*Section 3 – Signatures*»), il y est bien indiqué que «[en] apposant votre signature, vous confirmez que vous êtes une personne majeure *et apte* (nos italiques)». Aussi, «[le] témoin qui a des doutes quant à la capacité de cette personne à prendre des décisions concernant ses soins devrait s'abstenir d'apposer sa signature.»

En effet, le rôle des témoins est d'attester que la personne a confirmé devant eux que les DMA dans le document sont conformes à ses volontés et que le déclarant a signé ou a reconnu sa signature⁶⁶. Donc, en principe, l'on pourrait affirmer avec un certain degré de confiance que l'attestation des témoins risque d'être plus ou moins probante en ce qui concerne l'aptitude de la personne signant le document.

Tel que nous l'avons souligné ci-haut, l'article 61 alinéa 2 L.s.f.v. prévoit la possibilité pour les intéressés de demander l'invalidation des DMA lorsqu'ils auraient des motifs raisonnables de croire que l'auteur de ces directives n'était pas apte à consentir aux soins au moment de sa signature. L'inconvénient évident est que ces intéressés doivent prendre l'initiative de contester la validité de la DMA en justice, aboutissant ainsi à la judiciarisation et à la lourdeur du processus dans un domaine où l'on devrait encourager la souplesse et la facilité afin de parvenir au respect de la volonté réelle de l'auteur des directives.

La situation est d'autant plus inquiétante dans le cas où la DMA, qui n'a pas été inscrite au registre des DMA ni déposée dans le dossier, serait

⁶⁵ C.c.Q., art. 4; *Leblond c. Leblond*, [1978] C.A. 506 (C.A.).

⁶⁶ L'art. 53 al. 1 L.s.f.v. ajoute que la personne remplissant la formule n'est pas tenue de divulguer le contenu aux témoins. En ce qui concerne l'indépendance des témoins, Katherine Champagne («L'avènement des directives médicales anticipées : le testament biologique et le mandat de protection sont-ils toujours utiles ?», (2016) 118 R. du N. 391, p. 415), souligne avec raison qu'il est paradoxal qu'à la différence des mandats de protection, la L.s.f.v. n'exige pas que les témoins n'aient pas d'intérêt à l'acte. La possibilité d'un conflit d'intérêt est évidente dans ce genre de situation.

remise à un professionnel de la santé par un intéressé alors que le déclarant serait en état d'inaptitude au moment du dépôt dans son dossier médical⁶⁷. Comment vérifier l'aptitude de la personne au moment de la rédaction de la directive dans ce cas ?

Une autre difficulté découlant de la formulation des DMA a lieu lorsque le déclarant affirme « je consens » à tel traitement comme l'alimentation, l'hydratation, la dialyse ou la réanimation cardio-respiratoire. N'est-il pas sous-entendu que le patient déclare par anticipation, « j'exige » ou « je réclame » tel soin, même si médicalement parlant, ce genre de soin pourrait s'avérer inapproprié compte tenu des circonstances⁶⁸ ?

Encore ici, certaines nuances s'imposent. L'on ne pourrait conclure péremptoirement à l'absence du devoir ou de l'obligation de soigner si les soins n'étaient pas médicalement indiqués⁶⁹. En effet, il faudrait d'abord déterminer s'il existe ou non des rapports professionnels entre le médecin et le patient. Certes, l'article 50 du *Code de déontologie des médecins*⁷⁰ édicte que « [le] médecin ne doit fournir un soin ou émettre une ordonnance que si ceux-ci sont médicalement nécessaires »⁷¹. En outre, l'article 60 du *Code de déontologie des médecins*⁷² ordonne : « [le] médecin doit refuser sa collaboration ou sa participation à tout acte médical qui irait contre l'intérêt du patient eu égard à sa santé. » En l'absence de rapports pré-existants entre le médecin et le patient ou lorsqu'on n'est pas en situation d'urgence⁷³, le médecin peut refuser ses services sauf évidemment lorsque

⁶⁷ L.s.f.v., art. 55.

⁶⁸ J'exclus de la discussion, certains accommodements temporaires afin de se conformer aux exigences religieuses ou culturelles de la personne, voir Robert KOURI, « Le traitement futile et le devoir de soigner en droit québécois : l'impact normatif du désespoir », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis-Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 59, à la page 86.

⁶⁹ Jean-Pierre MÉNARD, *Les directives médicales anticipées : nouvelle responsabilité des avocats*, conférence présentée au Congrès annuel du Barreau du Québec (2015), p. 11, en ligne : <http://edoctrine.caij.qc.ca/congres-du-barreau/2015/1758635612> (consulté le 13 avril 2016) ; Denise BOULET, « Les soins de santé pour le majeur inapte : ce que la loi ne dit pas », dans S.F.C.B.Q., *La protection des personnes vulnérables*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 181.

⁷⁰ Préc., note 47.

⁷¹ On pourrait s'interroger sur la portée de cette disposition en ce qui concerne la chirurgie esthétique.

⁷² Préc., note 47.

⁷³ *Id.*, art. 38.



le refus est basé sur des motifs discriminatoires interdits par la *Charte québécoise*⁷⁴.

Par contre, lorsqu'il existe des rapports médecin-patient au moment où le débat sur les soins futiles fait surface, l'on doit se rappeler des engagements découlant du contrat de service⁷⁵ et particulièrement des règles s'appliquant à la résiliation unilatérale de ce contrat par le prestataire de services⁷⁶. Rappelons que le médecin ne pourrait mettre fin au contrat que pour un motif sérieux et jamais à contretemps. Aussi, certaines dispositions du *Code de déontologie des médecins* concernant l'obligation de suivre trouvent leur pertinence⁷⁷. Il serait donc hasardeux de prétendre qu'en toute situation, le médecin pourrait refuser ses services et se retirer impunément. Par contre, il est admis en droit québécois qu'on ne peut demander l'exécution forcée lorsque l'exécution exige l'intervention personnelle du débiteur dans le cadre d'un contrat *intuitu personæ*⁷⁸. Cependant, en cas de refus de soigner, à moins de trouver un remplaçant, le médecin serait tenu de continuer d'offrir des soins courants en attendant une décision du tribunal saisi du litige⁷⁹.

Conclusion

Le but de la législation sur les DMA est fort louable : on cherche à assurer que la volonté de la personne soit respectée lorsqu'elle ne sera

⁷⁴ Préc., note 59, art. 10.

⁷⁵ C.c.Q., art. 2089.

⁷⁶ C.c.Q., art. 2126.

⁷⁷ Préc., note 47, art. 32, 33 et 35.

⁷⁸ Le médecin ne s'expose qu'à un recours en dommages-intérêts ou à tout le moins à une sanction d'ordre déontologique. Il ne peut être question d'émettre une injonction mandatoire contre lui, cf. R. KOURI, préc., note 68, p. 81. Voir généralement, Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n^o 739, p. 866 ; Didier LUELLES et Benoit MOORE, *Le droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, n^o 2889, p. 1792.

⁷⁹ Voir *Simard c. Médecins (Ordre professionnel des)*, 2012 QCTP 20 (Tribunal des professions) où on a déclaré que « [...] les libellés de ces deux dispositions déontologiques [arts. 32 et 33 du *Code de déontologie des médecins*] sont à la limite du chevauchement puisqu'elles imposent l'une et l'autre une obligation de "continuum" de soins pour le médecin au bénéfice du patient de telle sorte que ce dernier ne soit jamais en situation d'abandon. »



plus en mesure de communiquer ses intentions concernant ses soins. À la différence de certaines formes d'expression de la volonté comme, par exemple, les mandats de protection ou les testaments biologiques dont l'efficacité dépend souvent de l'intervention de tiers ayant la volonté d'exiger leur mise en application, les DMA sont contraignantes⁸⁰. Grâce à l'article 58 L.s.f.v., on élimine toute équivoque quant à la valeur obligée des directives versées au registre des directives médicales anticipées ou au dossier de la personne, car sur le plan juridique, elles ont « [...] la même valeur que des volontés exprimées par une personne apte à consentir aux soins. » C'est donc au nom du respect de l'autonomie de la personne qu'on a adopté cette législation.

Même si le déclarant a la liberté de consentir ou de ne pas consentir à de tels soins, nous osons prédire que la plupart des DMA seront rédigées afin d'exprimer un refus de soins et non le contraire, ce qui n'est pas nécessairement un défaut de cette législation, car le but est de rendre obligatoire le respect de la volonté de l'individu. Afin de s'assurer que ces volontés seront suivies tout en évitant des « pentes glissantes » ou dérapages, le législateur introduit un certain nombre de mesures de sécurité non seulement en faveur des personnes aptes (articles 54 alinéa 1, 55, 56 L.s.f.v.), mais aussi afin de protéger les personnes devenues inaptes. Les articles 58, 60 et 61 alinéa 1 L.s.f.v. en sont la preuve.

Le législateur a-t-il atteint ce but ? Malheureusement nous en doutons pour plusieurs raisons. Commençons par les aspects procéduraux entourant la rédaction des DMA. La formulation de ces directives restreint leur application à certaines situations concernant l'acharnement thérapeutique et n'a pas de portée générale. Les directives émises sous l'empire de cette loi ne sont que parcellaires, sinon incomplètes. La personne désirant prévoir l'ensemble des décisions à prendre advenant son inaptitude aurait à compléter, outre une DMA pour les soins de fin de vie, un mandat de protection, ce qui nous semble être peu efficace.

De plus, la « modification » des DMA, selon le libellé de l'article 54 alinéa 2 L.s.f.v., doit se faire par la rédaction de nouvelles directives. En effet, au lieu de parler de « modifications » il serait plus juste de parler de leur révocation. Ces DMA n'admettent, en effet, aucune modification ni aucun amendement. Faisant abstraction du coût si ces directives sont reçues

⁸⁰ J. LAMBERT, préc., note 23, p. 33.

devant notaire, il semble inconvenant d'être obligé de reprendre le processus chaque fois que le déclarant changerait d'avis quant aux modalités desdites directives.

La présomption d'avoir été suffisamment informé avant la signature d'une DMA est particulièrement troublante à cause des conséquences importantes de telles prises de décision. Certes, la loi prévoit un certain nombre de mesures de sécurité, mais à moins qu'il y ait l'intervention d'un tiers intéressé qui prendrait l'initiative de soulever des doutes quant au consentement éclairé, on risquerait de donner suite à une directive en apparence valable, mais en réalité caduque ou inappropriée.

La détermination de l'aptitude du déclarant lors de la rédaction de ces directives est aussi un aspect litigieux. Même si la DMA est reçue par notaire et surtout lorsque le déclarant reconnaît devant témoins qu'il s'agit bel et bien l'expression de sa dernière volonté à l'égard de certains soins, pourrait-on prétendre réellement que ces directives émanent d'une personne légalement apte ?

Afin d'établir un cadre juridique certain, flexible et convivial quant à son application comme système complémentaire à celui de la L.s.f.v., une approche semblable à celle préconisée par la législation française présente un certain attrait et pourrait servir de source de réflexion. L'article L. 1111-6 alinéa 1 du *Code de la santé publique* affirme :

« Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Elle rend compte de la volonté de la personne. Son témoignage prévaut sur tout autre témoignage. Cette désignation est faite par écrit et cosignée par la personne désignée. Elle est révisable et révocable à tout moment.⁸¹ »

Il importe de se rappeler que le consentement aux soins « [...] est un processus, non pas un instant déterminé »⁸². En d'autres mots, c'est un processus évolutif et non statique, d'où par exemple, la pertinence de l'exception prévue à l'article 61 alinéa 2 de la L.s.f.v. concernant la possibilité que les directives de fin de vie déjà exprimées ne soient plus conformes à la volonté de la personne compte tenu de la situation dans laquelle

⁸¹ Préc., note 7.

⁸² *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119, p. 137 (le juge Cory).

elle se trouve. Afin de bien respecter les droits fondamentaux de chacun, il est important de faciliter l'expression de la volonté dans un cadre flexible. Dans ce domaine, le fond doit l'emporter sur la forme. Le régime restrictif des DMA dans la Ls.f.v. ne privilégie pas cette exigence. Rappelons l'affirmation de la juge Wilson dans *Morgentaler* : « [la] liberté, bien interprétée, confère à l'individu une marge d'autonomie dans la prise de décisions d'importance fondamentale pour sa personne »⁸³. Afin d'encourager cette liberté d'action, ne serait-il pas possible d'envisager plutôt l'adoption d'un cadre juridique souple règlementant l'ensemble des directives anticipées concernant les soins et même l'hébergement ?

⁸³ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 166. Voir également *A.C. c. Manitoba (Services à l'enfant et à la famille)*, [2009] 2 R.C.S. 181, par. 100 et jurisprudence citée.