

# Bioéthique: l'incertitude scientifique, l'approche judiciaire

---

L'Honorable Pierre TESSIER\*

<b>I. ÉVALUATION SCIENTIFIQUE DE LA SITUATION</b> .....	229
<b>A. Diagnostic</b> .....	230
<b>B. Soins</b> .....	233
<b>C. Le pronostic</b> .....	237
<b>II. LA DÉCISION</b> .....	243
<b>A. Refus</b> .....	243
<b>B. Expression de la volonté</b> .....	248
<b>C. Critères</b> .....	253
1. Rôle du tribunal .....	253
2. Normes .....	254
3. Fardeau de preuve .....	258
<b>CONCLUSION</b> .....	263

---

\* Juge à la Cour supérieure du Québec.

*C'est la pensée qui fait l'être de l'homme,  
et sans quoi on ne peut le concevoir ...  
Toute la dignité de l'homme est en la pensée.*

(Blaise Pascal, Pensées)

Qu'est-ce que la personne humaine? Qu'est-ce que la vie et la mort? Ces questions, du domaine de la bioéthique,<sup>1</sup> préoccupent le médecin, le philosophe, le théologien et le juriste. Les progrès scientifiques récents permettent de maintenir "la vie" pour une durée presque indéfinie, par des moyens artificiels, tels le respirateur, le gavage, l'insertion de cathéter, l'administration d'antibiotique puissant et la transplantation d'organes et tissus. L'évolution de la science médicale soulève de nombreuses questions auxquelles le droit ne fournit pas toujours des réponses claires. "La valeur de la science est faite de la découverte, de plus en plus proche, de la vérité."<sup>2</sup> L'incertitude scientifique engendre parfois l'incertitude juridique. Le droit, exprimé par le législateur et les juges, avance sous la poussée des développements bio-médicaux.

*La plupart des règles de droit ne sont pas l'expression de vérités immuables, mais des déterminations procédant de la prudence du législateur et de l'ensemble de ses connaissances en fonction des conditions sociales. Les changements dans ces conditions et les progrès de la science commandent la révision de règles jugées désirables en fonction d'un état de choses révolues ou de théories scientifiques périmées. Cette nécessité est spécialement impérieuse pour le droit de la preuve, car, en cette matière, la plupart des règles sont liées non pas à la nature même des choses, mais à l'imperfection des procédés d'enquête à la disposition de la justice.<sup>3</sup>*

La bioéthique s'accompagne d'incertitude quant à la validité des actes médicaux posés et quant à la portée de la preuve requise pour la protection des droits du patient proche de la mort. L'examen des dispositions législatives pertinentes et de la jurisprudence fournit certaines balises susceptibles d'orienter la justesse de la décision prise en milieu hospitalier ou judiciaire. Peu de jurisprudence existe au Canada dans le domaine de la bioéthique. D'ailleurs, le mot bioéthique n'est jamais employé dans les décisions rapportées. Une cause de responsabilité médicale s'identifie rapidement, grâce à ces mots utilisés dans le jugement. La bioéthique en milieu judiciaire en est encore au stade de développement et les décisions ne s'accompagnent pas nécessairement d'une étiquette identificatrice. C'est un domaine hybride où convergent la médecine, la morale et le droit, ponctué de décisions rapidement rendues — ce qui n'en affecte aucunement la qualité, bien au contraire. À cause de l'urgence

- 
1. Le mot bioéthique fait partie du vocabulaire depuis quelque 20 ans; il apparaît pour la première fois en 1971 dans le Webster's 9th New Collegiate Dictionary. (K. Bouton, "Painful decisions, the role of the medical ethicist", *The New York Times*, 5 août 1990, 25).
  2. R. Savatier, *Les progrès de la science et le droit de la preuve*, Montréal, Eugène Doucet Limitée, 1956, p. 612.
  3. L.-P. Pigeon, *Les progrès de la science et le droit de la preuve*, Montréal, Eugène Doucet Limitée, 1956, pp. 503-504.

souvent extrême en matière de soins médicaux, le juge ne dispose que de quelques heures ou, tout au plus, quelques jours pour trancher de façon motivée.

Nous traiterons de l'incertitude scientifique, de la preuve pertinente et de l'approche législative et judiciaire en relation avec la continuation, la cessation ou le choix de traitements, situation étroitement reliée à la santé. Nous écartons certains sujets parfois étrangers aux soins médicaux, tels l'expertise sanguine comme élément de preuve dans la recherche de la paternité,<sup>4</sup> la portée d'un examen médical pratiqué aux fins d'un litige,<sup>5</sup> l'utilisation du matériel génétique humain et les méthodes de reproduction,<sup>6</sup> l'utilisation d'organes humains<sup>7</sup> et les procédés scientifiques d'identification d'une personne.<sup>8</sup>

La jurisprudence canadienne dans le domaine de la santé, à l'exclusion de celle portant sur la responsabilité civile médicale, s'intéresse surtout aux cas d'enfants ou d'adolescents gravement malades. La naissance d'un enfant apporte la joie. Hélas, pour certains parents, il peut s'agir de l'un des jours les plus tristes. Des problèmes congénitaux sérieux menacent parfois la vie du nouveau-né. En période de croissance, l'enfant peut aussi développer une maladie fatale. Dans ce contexte émotif, se soulèvent des questions fondamentales de qualité de vie, de droit à la vie et de dignité humaine. Le dilemme se résout le plus souvent de façon rationnelle en milieu hospitalier. Parfois, les tribunaux doivent trancher. En matière de santé, il s'agit d'enfants dont l'avenir est lourdement compromis. Contrairement à certaines décisions américaines, notre jurisprudence ne porte guère sur des problèmes de santé apparaissant à l'âge adulte ou affectant les personnes d'âge avancé. Ceux-ci existent néanmoins en milieu hospitalier. À l'instar de nombreuses causes civiles réglées

- 
4. À cause de l'inviolabilité de la personne, consacrée à l'article 19 C.c., une personne ne peut être contrainte à subir une expertise sanguine: *Morris c. Gantous*, (1941) 47 R. de J. 150; *Mutual Life Insurance Co. of New York c. Lefebvre*, [1942] B.R. 266; *Cayen-Lacombe c. Laverdière*, [1970] R.P. 298; *S. c. S.*, [1973] C.S. 530; *Cloutier c. Chrétien*, [1974] C.S. 433 (1977), 18 C. de D. 945, C.S.; *Droit de la famille-1059*, [1986] R.D.F. 632, C.S., confirmé en appel, J.E. 90-983; *Droit de la famille-206*, [1986] R.J.Q. 2038, C.A.; *Droit de la famille-1111*, [1987] R.D.F. 331, C.S.
  5. Dans un litige soulevant la responsabilité médicale du défendeur, le tribunal ne peut ordonner à la partie demanderesse de se soumettre à la pénétration d'instruments et à l'injection de liquide par seringue — actes équivalant à une intervention médicale — pour vérifier la qualité d'un acte médical antérieur, au motif de l'inviolabilité de la personne: *Suite c. Cooke*, J.E. 89-755, C.S.
  6. Peuvent être consultées à ce sujet: H.J.J. Leenen, "The legal status of the embryo in vivo and in vitro: Research on and the medical treatment of embryos", (1986) 14 *Law, Medicine & Health Care* 129; P. Singer, H. Kuhse, "Debate: Embryo Research, the ethics of embryo research", (1986) 14 *Law, Medicine & Health Care* 133; G. J. Annas, "The Ethics of embryo research: Not as easy as it sounds", (1986) 14 *Law, Medicine & Health Care* 138; M.D. Kirby, "Medical technology and new frontiers of family law", (1986) 14 *Law, Medicine & Health Care* 113; B. M. Knoppers, "Reproductive technology and international mechanisms of protection of the human person", (1987) 32 *R.D. McGill* 337; B. M. Dickens, "Artificial reproduction and child custody", (1987) 66 *R. du B. Can.* 49.
  7. Selon l'article 20 C.c., le majeur ainsi que le mineur doué de discernement (sous réserve dans ce cas de l'autorisation judiciaire et du consentement du titulaire de l'autorité parentale) peuvent consentir par écrit à l'aliénation entre vifs d'une partie de leur corps; peut être consulté: P. Matthews, "Whose body? People as property", (1983) 36 *Current Legal Problems* 193.
  8. Peuvent être consultées: L. Beeler, W. R. Wiebe, "DNA identification tests and the courts", (1988) 63 *Washington L. Rev.* 903; A. Hall "DNA Fingerprints — black box or black hole?", (1990) 140 *New L. J.* 203.

hors Cour, ces situations sont résolues de façon extrajudiciaire, de sorte que la jurisprudence rapportée ne représente qu'une mince portion de la véritable situation.

Deux grands principes s'appliquent. Premièrement, le droit d'une personne d'autoriser ou de refuser des soins; cette personne peut être apte à exprimer sa volonté ou — cas plus fréquent en jurisprudence — elle n'est pas apte à le faire; c'est alors une tierce personne qui décide. Deuxièmement, le droit de jouir de la vie et, en corollaire, le droit de mourir dans la dignité, lorsque cette échéance s'avère inévitable. Trois véhicules procéduraux peuvent être utilisés. En premier lieu, l'article 38b) de la Loi sur la protection de la jeunesse,<sup>9</sup> ou une disposition semblable d'un *Child Welfare Act* d'une autre province, lequel autorise l'intervention des autorités de protection de la jeunesse ainsi que l'intervention judiciaire lorsque la sécurité ou le développement d'un enfant est considéré comme compromis par l'absence de soins appropriés. En second lieu, l'article 42 de la *Loi sur la protection de la santé publique*<sup>10</sup> qui prévoit qu'un juge de la Cour supérieure peut autoriser les soins ou traitements lorsque le refus du titulaire de l'autorité parentale n'est pas justifié par le meilleur intérêt de l'enfant. Finalement, l'article 19.4 C.c. à l'effet que l'autorisation du tribunal est requise en cas d'empêchement ou de refus injustifié de celui qui peut consentir à des soins pour un mineur ou un majeur inapte à donner son consentement et si le majeur inapte refuse catégoriquement de recevoir les soins.

Les tribunaux interviennent lors d'un différend entre le centre hospitalier et un proche parent du patient inapte à consentir, à la fin des traitements thérapeutiques ou à l'initiative d'un organisme public chargé de la protection de la jeunesse ou de la santé, lorsque les parents désirent l'interruption des soins prodigués à leur enfant. La jurisprudence canadienne traite du cas d'enfants atteints d'hydrocéphalie, de trisomie 21 (syndrome de Down ou mongolisme), de cancer et d'atrésie biliaire, où les parents, en opposition avec soit le médecin, soit l'organisme protecteur, désirent mettre fin aux traitements.<sup>11</sup> Sauf en cas de refus suscité par une croyance religieuse,<sup>12</sup> les tribunaux canadiens entérinent généralement la décision des parents de cesser les soins, parce qu'ils la considèrent justifiée et raisonnable.

---

9. L.R.Q. c. P-34.1.

10. L.R.Q. c. P-35.

11. *Re S.D.; Superintendent of Family and Child Service c. R.D.; Russel c. Superintendent of Family and Child Service*, (1983) 34 R.F.L. 34 (B.C.S.C.) (affaire Dawson); *Goyette (in re): Centre de services sociaux du Montréal métropolitain*, [1983] C.S. 429; *Re L.D.K.; C.A.S. c. K.*, (1986) 48 R.F.L. 164 (Ont. Prov. Ct.); *Couture-Jacquet c. Montreal Children's Hospital*, [1986] R.D.F. 175 (C.A.); *Protection de la jeunesse-332*, [1988] R.J.Q. 1666 (C.S.); *Commission de Protection des droits de la jeunesse du Québec c. T... (C...)*, [1990] R.J.Q. 1674 (C.S.); *Saskatchewan (Minister of Social Services) c. P(F)*, (1990) 69 D.L.R. (4th) 134 (Sask. Prov. Ct.).

12. Le tribunal renverse la décision des parents, Témoins de Jéhovah, qui s'opposaient à ce que leur bébé naissant reçoive une transfusion sanguine: *M. (R.E.D.) c. Dir. of Child Welfare*, (1987) 4 R.F.L. (3d) 363 (Alta Q.B.); *C.P.L., Re*, 1988, 70 Nfld. et P.E.I.R. et 215 A.P.R. 2876, Nfld. S.C. Cependant, dans une décision plus récente, soit *Malette c. Shulman*, (1990) 72 O.R. 417, la Cour d'appel d'Ontario donne plein effet au refus de transfusion sanguine exprimé par un membre de la secte des Témoins de Jéhovah.

La jurisprudence canadienne s'intéresse aussi à la reproduction humaine.<sup>13</sup> Dans l'affaire *Eve*, la Cour suprême du Canada prohibe la stérilisation contraceptive d'une adolescente affectée de déficience mentale, susceptible d'être facilement séduite, et dont la mère craignait qu'elle ne mette au monde des enfants tarés. Notre Cour suprême se dissocie de celle des États-Unis qui, en 1927, avait dit de façon lapidaire que "three generations of imbeciles are enough".<sup>14</sup> La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a cependant ordonné qu'une hystérectomie soit pratiquée sur une enfant gravement arriérée pour le motif que l'opération était thérapeutique.<sup>15</sup> La Cour suprême du Canada la qualifie comme "au mieux dangereusement près des limites de ce qui peut être permis."<sup>16</sup> Dans l'affaire *Wren*, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta rejette la demande d'injonction des parents d'une adolescente de 16 ans, Ceux-ci désiraient empêcher l'avortement thérapeutique requis par leur fille et approuvé par le comité médical selon l'article 251 C.cr., au motif que la jeune fille pouvait valablement y consentir, malgré l'opposition de ses parents. En parallèle, l'affaire *Daigle* détermine que le père présumé du fœtus ne peut s'opposer avec succès à l'avortement souhaité et que le fœtus ne jouit pas de protection légale puisqu'il n'est pas un être humain au sens de la *Charte des droits et libertés de la personne*.<sup>17</sup> Dans l'affaire *Baby R*, le tribunal décide qu'en l'absence de législation précise, il n'a pas le pouvoir d'ordonner une mesure de protection visant un fœtus. Par ailleurs, la naissance d'un enfant, malgré l'emploi d'une méthode contraceptive, ne constitue pas pour ce dernier un dommage compensable en argent.<sup>18</sup>

À la lumière de la législation et de la jurisprudence pertinentes, cernons l'état de la question au plan juridique, en regard de la qualité de la preuve sous-jacente, des normes considérées, et de l'éclairage scientifique.<sup>19</sup> Un tel examen peut guider les intervenants en

m i l i e u                    h o s p i t a l i e r .

- 
13. *Re K & Public Trustee*, (1985) 19 D.L.R. 255 (C.A.B.C.); *E. (Mme) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388; *J.S.C. and C.H.C. c. Wren*, (1986) 76 A.R. 118 (Alta Q.B.); *Baby R Re*, (1988) 15 R.F.L. (3d) 225 (B.C.S.C.); *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.
  14. *Buck c. Bell*, 274 U.S. 200, notes du juge Holmes à la page 207.
  15. *Re K & Public Trustee*, *supra* note 13.
  16. *Eve*, *supra* note 13, notes du juge La Forest à la page 434.
  17. L.R.Q. c. C-12.
  18. *Cataford c. Moreau*, [1978] C.S. 933; *Engstrom c. Courteau*, [1986] R.J.Q. 3048 (C.S.), désistement d'appel en 1987; *Faucher-Grenier c. Laurence*, [1987] R.J.Q. 1109 (C.S.).
  19. L'on peut s'inspirer, en l'adaptant, de l'enseignement de la Cour suprême du Canada dans *Tremblay c. Daigle*, *supra* note 13, 530:

"La classification juridique et la classification scientifique du fœtus sont deux démarches différentes. L'attribution de la personnalité au fœtus est en droit une tâche essentiellement normative. Elle a pour conséquence la reconnaissance de droits et d'obligations — une préoccupation totalement étrangère à la classification scientifique. Bref, la tâche de cette cour est juridique. Les décisions fondées sur des choix sociaux, politiques, moraux et économiques au sens large, doivent plutôt être confiées au législateur.

Cet enseignement, en le prolongeant, vaut en bioéthique. Certes, "[l]e juge ne peut refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi' (art. 11 C.c.), mais, dans le respect de la division des pouvoirs de l'État, il ne lui appartient pas d'usurper la fonction législative."

La preuve n'est qu'un outil au service du droit substantif. Dans un cadre extra-judiciaire ou judiciaire, elle permet de constater ou d'établir un droit; dans un litige judiciaire, elle contribue à neutraliser un droit revendiqué par la partie adverse. La règle universelle de la pertinence en régit l'admissibilité: ce qui n'est pas pertinent n'est pas probant et donc irrecevable, parce qu'inutile à la solution du litige.<sup>20</sup> "La pertinence d'un fait que l'on veut mettre en preuve doit évidemment s'apprécier en regard de la nature du litige et des diverses questions qui y sont en jeu."<sup>21</sup> Le fardeau de la preuve découle du droit substantif qui en dicte le poids et la portée. La preuve est fonction du fond de la question considérée. En bioéthique, il s'avère utile de s'inspirer de notions en usage en matière de preuve scientifique et de droit médical.

L'équipe médicale et le patient (ou son représentant s'il est inapte) franchissent trois étapes: le diagnostic, le pronostic et la décision. Il s'agit d'évaluer de façon scientifique la situation présente et future pour ensuite prendre la décision de continuer, d'interrompre ou de choisir le traitement, en tenant compte de paramètres médicaux et juridiques. L'incertitude, on le conçoit, se situe en regard du pronostic, c'est-à-dire le degré de prévisibilité et l'évolution de l'état du patient dans l'avenir. La poursuite ou la cessation des soins médicaux constitue un facteur essentiel de la décision.

## I. ÉVALUATION SCIENTIFIQUE DE LA SITUATION

Le médecin procède, après examen, à l'établissement d'un diagnostic et recommande le plan de soins requis par l'état du malade.

---

20. *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190.

21. *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709, notes du juge Pratte à la page 733.

## A. Diagnostic

Le médecin doit utiliser les moyens que la science met à sa disposition pour poser un diagnostic raisonnable.<sup>22</sup> L'article 2.03.18 du Code de déontologie des médecins énonce:

*Le médecin doit élaborer son diagnostic avec la plus grande attention, en utilisant les méthodes scientifiques les plus appropriées et, si nécessaire, en recourant aux conseils les plus éclairés.*<sup>23</sup>

À cause de la condition grave et évidente du patient, le diagnostic semble toujours clair et indiscutable en jurisprudence canadienne et américaine, lorsqu'il s'agit d'enfants atteints d'hydrocéphalie,<sup>24</sup> de cancer traité par chimiothérapie,<sup>25</sup> de mongolisme (trisomie 21 ou syndrome de Down),<sup>26</sup> ou d'atrésie biliaire.<sup>27</sup> Le patient peut être dans un état végétatif persistant,<sup>28</sup> un état comateux irréversible<sup>29</sup> ou d'inconscience permanente.<sup>30</sup> Dans tous ces cas, un tiers doit agir pour le patient inapte. Le médecin, les proches parents et le tribunal connaissent alors très bien la situation médicale exprimée par un diagnostic précis.

L'incertitude naît au niveau beaucoup plus fondamental du pronostic et de l'expectative de vie et de mort.

Quand le patient cesse-t-il d'être vivant? Le législateur consacre le droit à la vie dans les chartes,<sup>31</sup> dans le *Code criminel*<sup>32</sup> et par son contrôle de la profession médicale.<sup>33</sup> Il ne

- 
22. *St-Onge c. Bernier*, (1932) 70 C.S. 205; *Théorêt c. Laurent*, [1974] C.A. 543; *Nencioni c. Mailloux*, [1985] R.L. 532, 546 (C.S.).
  23. L.R.Q. c. M-9, r. 4.
  24. *Affaire Dawson*, *supra* note 11 (l'enfant est de plus épileptique, sourd, muet et presque aveugle); *Commission de protection des droits de la jeunesse*, *supra* note 11 (l'enfant souffre aussi de spina bifida).
  25. *Couture-Jacquet*, *supra* note 11; *Re L.D.K.*, *supra* note 11.
  26. *Goyette (In re)*, *supra* note 11; *Protection de la jeunesse-332*, *supra* note 11.
  27. *Saskatchewan (Minister of Social Services) c. P. (F.)*, (1990) 69 D.L.R. 134 (Sask. Prov. Ct.) qui soulève pour la première fois un cas de transplantation (soit du foie chez un enfant).
  28. Selon l'expression utilisée dans *In re Jobes*, 108 N.J. 394, 529 A. 2d 434, (1987); *In re Brophy*, 398 Mass. 417, 497 N.E. 2d 626 (1986).
  29. Selon l'expression retenue par l'American Medical Association (AMA) Council on Ethical and Judicial Affairs, AMA Current opinions, (1986) 13.
  30. Selon le terme utilisé dans "U.S. President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, Deciding to Forego Life-sustaining Treatment", (suite note 30) A Report on the Ethical, Medical and Legal Issues in Treatment Decisions, (Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office 1983) 174.
  31. Article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c.11)]: Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale"; *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 1: "Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne. Il possède également

défini ni la vie ni la mort. La notion de vie se rattache étroitement à celle de l'autonomie de la personne humaine. Selon le critère historique traditionnel, l'arrêt des fonctions cardiaques et respiratoires provoque la mort;<sup>34</sup> le respirateur peut cependant maintenir la vie de façon artificielle.<sup>35</sup> Pourtant la personne se définit aussi et surtout par la faculté de penser: "Je pense, donc je suis" (Descartes). La mort du cerveau constitue le critère déterminant de celle-ci,<sup>36</sup> provoquant aréflexie totale, dilatation des pupilles et coma profond. Elle est constatée par un électro-encéphalogramme plat ou autre procédé plus élaboré, qui doivent être pratiqués selon les règles de l'art.<sup>37</sup> La notion de mort cérébrale reçoit l'assentiment du monde médical; elle correspond aux critères proposés par la Commission de Réforme du Droit du Canada:<sup>38</sup>

- (1) *une personne décède au moment où elle subit une cessation irréversible de l'ensemble de ses fonctions cérébrales;*
- (2) *la cessation irréversible des fonctions cérébrales peut être constatée à partir de l'absence prolongée de fonctions circulatoire et respiratoire spontanées;*
- (3) *lorsque l'utilisation de mécanismes de soutien rend impossible la constatation de l'absence prolongée des fonctions circulatoire et respiratoire spontanées, la cessation irréversible des fonctions cérébrales*

---

la personnalité juridique"; art. 2: "Tout être humain dont la vie est en péril a droit au secours." Notons que [p]our que la *Charte* canadienne puisse être invoquée, l'État doit avoir pris une mesure quelconque qu'on attaque (voir *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Limited*, [1986] 2 R.C.S. 573, et *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342). L'argument selon lequel la *Charte* suffit par elle-même pour fonder l'injonction en cause ne constitue pas une attaque dirigée contre un acte de l'État": *Tremblay c. Daigle*, *supra* note 13, 571. La *Charte* canadienne ne s'applique pas dans une action civile entre deux particuliers.

32. *Code des professions*, L.R.Q. c. C-26, la *Loi médicale*, L.R.Q. c. M-9, et le *Code de déontologie des médecins* qui en découle.
33. L.R.C. (1985), c. C-46, mod. par L.R.C. (1985), c. 2 (1er supp.).
34. T.L. Beauchamp et L. Walters, *Contemporary Issues in Bio-Ethics, the Definition and Determination of Death* (Encino, California: Dickinson, 1978) 253.
35. T.L. Beauchamp et L. Walters, *Contemporary Issues in Bio-Ethics supra* H. Jonas, *Against the stream: comments on the definition and redefinition of death*, p. 262.
36. Soit celui défini par le "ad hoc committee of the Harvard Medical School" en 1978: "A definition of irreversible coma", dans Beauchamp et Walters, *supra* note 33, p. 257.
37. A. Lajoie, P.A. Molinari et J.M. Auby, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1981, p. 181.
38. Commission de réforme du droit du Canada, *Les critères de détermination de la mort, Rapport no. 15*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1981, pp. 27 et 28. Les tribunaux, à l'instar de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Eve* (*supra* note 13) peuvent puiser dans un document de travail de la *Commission de réforme du droit* qui, comme la Cour le signale à la page 428 quant à celui intitulé "Stérilisation", "donne un résumé pratique du travail qui a été accompli dans ce domaine".

*peut être constatée par tout moyen reconnu par les normes de la pratique médicale courante.*<sup>39</sup>

Le Comité spécial de la faculté de médecine de Harvard et la Commission de réforme du droit tranchent l'incertitude quant à la définition de la mort. La cessation irréversible des fonctions cérébrales constitue un diagnostic valable de mort. Dès ce moment, les soins s'avèrent inutiles, puisque le patient est décédé. La jurisprudence canadienne ne s'est pas prononcée sur la définition de la mort. Toutefois, l'atteinte grave des fonctions cérébrales représente un élément important dans la décision de cesser les soins. Dans l'affaire de la *Commission de protection des droits de la jeunesse*,<sup>40</sup> le juge déclare qu' "un spina-bifida moyen sans hydrocéphalie aurait justifié l'ordonnance d'intervention [...]. À lui seul, le spina-bifida entraîne une paraplégie avec laquelle l'enfant peut vivre [...]. Là encore, en l'absence de dommage cérébral probable, l'intervention chirurgicale aura été nécessaire et ordonnée."<sup>41</sup> Le juge entérine la décision des parents de refuser le traitement en soulevant la question suivante: "Affligée d'un déficit mental probable, cette enfant pourra-t-elle se développer sur le plan de la communication avec le monde extérieur de façon raisonnable?"<sup>42</sup>

Si le patient est vivant et selon le diagnostic posé, il y a lieu de considérer le traitement. Les soins sont-ils nécessaires et utiles?

---

39. Commission de réforme du droit du Canada, *supra* note 38, 17. Dans la célèbre affaire *Quinlan* (*In the matter Karen Quinlan*, 70 N.J. 10, 355 A. 2d, 647, 1976, New Jersey S.C.), Karen Quinlan continue de respirer de façon spontanée, dans un état végétatif, après le débranchement des appareils maintenant ses fonctions vitales, ce qui laisse présumer de l'absence de mort cérébrale totale et ne contribue pas à simplifier l'application du critère de mort.

40. *Commission de protection des droits de la jeunesse du Québec*, *supra* note 11.

41. *Ibid.* 1679 et 1680.

42. *Ibid.* 1681.

## B. Soins

L'article 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* énonce: "Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités."<sup>43</sup> L'article 4 de la *Charte des droits et libertés de la personne* prévoit: "Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation."

Les soins qui visent à protéger la vie ne doivent pas, par leurs effets, constituer un traitement inhumain et disproportionné.

*L'État doit préserver la vie humaine, mais si, malgré ses soins, la vie devient inhumaine, c'est la dignité de la personne qui doit l'emporter sur l'intérêt de l'État. L'article 12 de la Charte canadienne des droits permet alors à la personne de dire que tout traitement qu'on veut lui administrer est "cruel", et elle peut le refuser. Mais le test de la disparition de la dignité de vie doit être objectif.*<sup>44</sup>

Au départ, il faut considérer la nécessité et l'opportunité de soins appropriés, en conformité avec le respect du droit à la vie consacré par les chartes, la législation criminelle et le Code de déontologie des médecins.

L'article 45 du *Code criminel* énonce:

*Toute personne est à l'abri de responsabilité pénale lorsqu'elle pratique sur une autre, pour le bien de cette dernière, une opération chirurgicale si, à la fois:*

- a) l'opération est pratiquée avec des soins et une habileté raisonnables;*
- b) il est raisonnable de pratiquer l'opération, étant donné l'état de santé de la personne au moment de l'opération et toutes les autres circonstances de l'espèce.*

Selon l'article 219 C.cr.:

*(1) Est coupable de négligence criminelle quiconque:*

- a) soit en faisant quelque chose*
- b) soit en omettant de faire quelque chose qu'il est de son devoir d'accomplir,*

---

43. L'énoncé de ce principe ne signifie pas pour autant que cette disposition s'applique comme telle en matière de bioéthique, relevant du domaine privé, puisque la Charte canadienne ne peut être invoquée lorsque l'État n'est pas l'auteur de la mesure attaquée. Dans *M (R.E.D.) c. Dir. of Child Welfare*, (1986) 4 R.F.L. 363, 379, le tribunal considère que l'article 12 ne s'applique pas à un traitement médical ni à une procédure entreprise sous le *Child Welfare Act* visant à assurer des soins essentiels à un enfant.

44. *Goyette (In re)*, *supra* note 11, 43.

*montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui.*

- (2) *Pour l'application du présent article, "devoir" désigne une obligation imposée par la loi.*

Les dispositions suivantes du *Code de déontologie des médecins*<sup>45</sup> s'avèrent pertinentes:

- 2.03.01 *Le médecin doit exercer sa profession dans le respect de la vie, de la dignité et de la liberté de la personne humaine.*
- 2.03.15 *Le médecin doit exercer sa profession selon les normes médicales actuelles les plus élevées possible; à cette fin, il doit tenir à jour et perfectionner ses connaissances.*
- 2.03.17 *Le médecin doit s'abstenir de faire des omissions, des manoeuvres ou des actes intempestifs ou contraires aux données de la science médicale actuelle.*
- 2.03.23 *Le médecin doit refuser sa collaboration ou sa participation à tout acte médical qui irait à l'encontre de l'intérêt du patient.*
- 2.03.27 *Le médecin doit agir de telle sorte que le décès d'un patient qui lui paraît inévitable survienne dans la dignité. Il doit assurer à ce patient le soulagement approprié.*

En matière de soins, la frontière entre les droits et les obligations soulève des dilemmes qui entraînent parfois l'équipe médicale vers l'acharnement thérapeutique favorisant des soins extraordinaires ou disproportionnés<sup>46</sup> plutôt que palliatifs. Le recours à l'arbitrage judiciaire marque la prudence qui soustrait à toute responsabilité criminelle ou civile.

*Si un traitement peut être raisonnablement appliqué pour préserver la vie ou la santé d'une personne, on doit présumer que la volonté de cette personne, si elle avait pu la manifester, eût été de recevoir le traitement et non de le refuser."*<sup>47</sup>

La commission présidentielle américaine<sup>48</sup> divise en trois catégories les thérapies disponibles, soit,

---

45. L.R.Q. c. M-9, r.4, 6-915.

46. Les expressions soins extraordinaires et soins disproportionnés sont synonymes, quoique l'on emploie davantage maintenant soins disproportionnés.

47. Commission de réforme du droit du Canada, *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement. Document de travail 28*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1983.

48. *Supra* note 30, p. 217-23.

- a) la thérapie clairement avantageuse ("clearly beneficial"), susceptible de procurer une nette amélioration de l'état du patient. Cette thérapie ne devrait pas être écartée, puisqu'elle tend à sauver la vie;
- b) la thérapie clairement futile, qui retarde brièvement le décès, tout en provoquant de grandes souffrances. La Commission ne s'oppose pas à la cessation des soins inutiles préjudiciables;
- c) la thérapie "ambigue" où il s'avère difficile de prédire l'efficacité du traitement par rapport aux inconvénients sérieux qu'il causera. L'incertitude est alors si grande que l'on serait justifié de suspendre le traitement à la demande des intéressés. Ce dernier type de thérapie, parfois difficile à situer entre la thérapie clairement avantageuse et clairement futile, soulève de graves interrogations. Les réponses ne sont pas évidentes, et la jurisprudence changeante, puisque chaque cas en est un d'espèce tributaire des circonstances l'entourant.

La Commission de Réforme du Droit du Canada, dans son document de travail intitulé *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* fournit l'exemple suivant:

*[Q]ue doit-on décider dans le cas de l'enfant qui, à la naissance, présente les caractéristiques d'une trisomie 21 (Syndrome de Down ou mongolisme) et souffre aussi d'atrésie du tube digestif? De l'avis de la Commission, cet enfant doit être traité pour l'atrésie. Abandonner l'enfant et le laisser mourir de faim est inacceptable et contraire aux normes du droit criminel.*

[...]

*Si le nouveau-né trisomique et souffrant d'atrésie a en plus d'autres malformations importantes pour lesquelles un traitement est inutile ou inapproprié dans les circonstances particulières de l'espèce, la décision de ne pas traiter doit alors être considérée comme légitime. [...] La Commission pense donc que l'on doit accepter comme fondamental d'une part et le principe de la non-discrimination entre la personne capable et la personne incapable d'une part, et d'autre part, la règle qu'en cas d'impossibilité d'expression de volonté, tout traitement médicalement utile et nécessaire pour sauver la vie doit être administré.<sup>49</sup>*

Selon l'article 2.03.19 du *Code de déontologie des médecins*, "[l]e médecin doit s'abstenir d'employer, en dehors d'un milieu scientifique reconnu, des moyens de diagnostic ou de traitement insuffisamment éprouvés." Le traitement expérimental administré en dernier ressort pourrait s'avérer inusité, quoique non cruel en soi; "[s]erait inusité un traitement expérimental ou désuet".<sup>50</sup> L'on devrait préconiser une approche prudente et raisonnable, fondée sur des acquis, plutôt que sur des hypothèses: "normal procedures for dealing with scientific uncertainty would be resolved in favour of reliance upon the data that *has* been

49. *Supra* note 47, pp. 68-69.

50. M. Ouellette, "La Charte canadienne et certains problèmes de bio-éthique", (1984) 18 R.J.T. 272, 284.

made available — or at least, that the choice between that approach and a more conservative one is open. [...] The uncertainties (scientific and clinical) relating to action need to be weighed against the uncertainties relating to inaction."<sup>51</sup> Selon l'article 20 C.c., le majeur peut consentir par écrit à se soumettre à une expérimentation, pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut en espérer; le mineur doué de discernement le peut également avec l'autorisation d'un juge de la Cour supérieure et le consentement du titulaire de l'autorité parentale, à condition qu'il n'en résulte pas un risque sérieux pour sa santé. L'expérimentation à fin thérapeutique doit présenter un risque proportionnel au bienfait escompté. "En matière de thérapie expérimentale, plus la situation du patient est critique ou désespérée, plus le médecin peut se permettre de courir un risque élevé."<sup>52</sup> Le médecin doit "peser l'effet probable de l'absence de traitement contre les risques que comporte le traitement lui-même." "The researcher does not have to balance the probable effect of lack of treatment against the risk involved in the treatment itself."<sup>53</sup> Le médecin traitant doit apprécier le poids des inconvénients.

Dans l'affaire *L.D.K.*,<sup>54</sup> les parents d'une enfant de 12 ans atteinte de leucémie, Témoins de Jéhovah, s'opposent aux transfusions sanguines qui accompagnent les traitements proposés de chimiothérapie. Selon la preuve, les chances de guérison varient de 10 à 30% après des traitements d'une durée de deux ans et demi, lesquels s'accompagnent d'effets secondaires sérieux non encore précisés. Le tribunal opte pour un traitement à base de méga-vitamines, dont le taux de succès n'est cependant pas déterminé par statistiques; il exclut toute transfusion. La Cour signale que "the treatment proposed by the hospital addresses the disease only in a physical sense. It fails to address her emotional needs and her religious beliefs." Le tribunal conclut que l'adolescente "should be given the opportunity to fight this disease with dignity and peace of mind".<sup>55</sup> Le juge autorise un traitement que certains qualifieraient d'expérimental.

En matière de recherche portant sur des êtres humains, le médecin "doit suivre une méthode scientifique et justifiée par la nature et le but de sa recherche" (art. 2.03.22 du *Code de déontologie des médecins*). Une intervention ne doit pas revêtir un caractère intempestif, inutile et dommageable, contraire aux données de la science.<sup>56</sup>

### C. Le pronostic

- 
51. B. Freedman, "Why single out electro convulsive therapy? Ethical arguments and analysis", (1987) 8 *Health Law in Canada* 35, 37-38.
  52. J.-L. Baudoin, "L'expérimentation sur les humains: un conflit de valeurs", (1980-81) 26 *R.D. McGill* 809, 830.
  53. *Halushka c. University of Saskatchewan*, (1965) 53 *D.L.R.* 436 (C.A. Sask.), notes du juge Hall pour la Cour, citées dans *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 *R.C.S.* 192, notes du juge en chef Laskin pour la Cour à la page 206.
  54. *Re L.D.K.*, *supra* note 11.
  55. *Ibid.* 169 et 171.
  56. *Nencioni c. Mailloux*, *supra* note 22, 547.

Le pronostic, en lui-même, crée l'incertitude. Est-il préférable d'intensifier ou modifier le traitement au point de le rendre disproportionné, douloureux, ou inefficace? Vaut-il mieux l'interrompre parce que démesuré par rapport au résultat prévisible et, partant, inutile?

À l'instar des conclusions d'un expert, le pronostic s'apprécie à la lumière des circonstances de chaque cas. La justesse de la décision extra-judiciaire ou judiciaire dépend de la valeur probante des faits au dossier.

Rappelons brièvement quelques notions générales en matière de preuve civile et de preuve scientifique.

*En matière criminelle, la Couronne doit toujours prouver la culpabilité de l'accusé au-delà d'un doute raisonnable. En matière civile, la balance des probabilités est le facteur décisif.*<sup>57</sup>

Les litiges en bioéthique relèvent du domaine civil. La prépondérance des probabilités, en deçà du doute raisonnable devrait, en principe, suffire. Cependant, comme nous le verrons, cette prépondérance doit être forte et convaincante, proche du fardeau de preuve criminelle.

La valeur probante de la preuve scientifique dépend de la compétence de l'expert, de la fiabilité des méthodes d'évaluation, de la validité des tests utilisés, de leur degré d'acceptation par la communauté scientifique et de leur application selon les règles de la science.<sup>58</sup> Le poids des conclusions reflète souvent la valeur des prémisses factuelles dont elles découlent, après considération des normes scientifiques pertinentes. Ces faits sont établis selon la meilleure preuve, afin de ne pas contrevenir à la prohibition du oui-dire.<sup>59</sup> La conclusion, pour être crédible, doit résulter de faits et de normes scientifiques avérés.

Ces facteurs importants, notamment en matière de responsabilité civile, ne devraient pas soulever de difficultés dans un litige biomédical. Le médecin traitant agit à la fois comme témoin des faits et témoin expert. Il relate les faits qu'il a constatés et vécus; il donne son opinion, sous forme de diagnostic et de pronostic. Des témoins experts qui n'auraient jamais examiné le patient, pourraient même être entendus.<sup>60</sup> L'opinion de l'expert ne lie pas le tribunal qui en apprécie le témoignage comme celui de tout autre témoin.<sup>61</sup> Ainsi, dans l'affaire *M (R.E.D.)*,<sup>62</sup> le tribunal écarte l'opinion des deux médecins experts amenés par les parents d'un enfant né prématurément, membres de la secte des Témoins de Jéhovah, qui

---

57. *Rousseau c. Bennett et Nutbrown*, [1956] R.C.S. 89 notes du juge Taschereau à la page 93.

58. *Protection de la jeunesse-323*, [1988] R.J.Q. 473 (T.J.); *Protection de la jeunesse-329*, [1988] R.J.Q. 1739 (T.J.).

59. *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24: "Pour que l'opinion de l'expert puisse avoir une valeur probante, il faut d'abord conclure à l'existence des faits sur lesquels se fonde l'opinion" notes du juge Dickson à la page 46.

60. *Paillé c. Lorcon Inc.*, [1985] C.A. 528; *M. (R.E.D.)*, *supra* note 12.

61. *Shawinigan Engineering Co. c. Naud*, [1929] R.C.S. 341.

62. *M (R.E.D.)*, *supra* note 12.

s'opposaient à des transfusions sanguines jugées nécessaires à sa viabilité. La Cour d'appel confirme le juge de première instance qui avait autorisé le traitement recommandé par l'équipe médicale comprenant de telles transfusions. Par contre, dans *Re L.D.K.*,<sup>63</sup> le tribunal suit l'opinion émise par le médecin des parents, plutôt que celle des médecins du centre hospitalier. Celui-là préconisait un traitement à base de méga-vitamines, sans transfusion sanguine, dans le cas d'une adolescente de douze ans atteinte de leucémie et membre de la secte des Témoins de Jéhovah. Le tribunal peut s'appuyer sur la preuve profane émanant des témoins de faits, surtout lorsque la preuve scientifique est controversée.<sup>64</sup> Les témoins ordinaires et témoins experts autres que médicaux (tel travailleur(euse) social(e)) relatent tous les faits pertinents à la vie du patient, dans une reconstitution de l'historique du cas. La preuve se compose du dossier médical,<sup>65</sup> du témoignage des membres de l'équipe médicale, des proches parents ou autres personnes impliquées. Il s'agit d'une preuve à portée médicale et psycho-sociale, rappelant celle soumise devant le tribunal appelé à ouvrir le régime de protection d'une personne inapte (art. 332.9 C.c.).

Selon l'article 414 C.p.c., le tribunal peut, de sa propre initiative, s'il est d'avis que les fins de la justice peuvent être ainsi mieux servies, ordonner une expertise pour l'examen, la constatation et l'appréciation de faits relatifs au litige.

Il y a lieu de distinguer l'admissibilité de la valeur probante d'une preuve. De façon générale, la faiblesse d'une preuve n'entraîne pas nécessairement son irrecevabilité.<sup>66</sup> L'admissibilité de la preuve écrite et testimoniale ne devrait soulever aucune difficulté particulière dans une affaire judiciaire relevant du domaine de la bioéthique. L'appréciation de la force probante de la preuve introduite au dossier importe davantage.

La détermination des faits établis par la preuve directe n'entraîne pas de débat jurisprudentiel quant à sa fiabilité ou sa crédibilité. Le jugement s'exerce au niveau des présomptions de faits — mode de preuve indirecte — découlant de faits par ailleurs clairement établis. Le tribunal tire une conclusion de faits à partir d'éléments de preuve clairs:

*Les faits allégués ne sont pas contestés. La question essentielle en litige est la suivante: est-il dans l'intérêt de Maude Goyette qu'elle subisse l'intervention proposée, étant admis par tous qu'il s'agit là du seul moyen de lui sauver la vie?*<sup>67</sup>

Un débat peut cependant s'engager, soit en milieu hospitalier, soit en milieu judiciaire, lorsque les conclusions suggérées s'appuient sur une incertitude scientifique, sujette à controverse. Dans un litige, la tentative d'introduction d'une preuve scientifique pourrait

---

63. *Re L.D.K.*, *supra* note 11.

64. *Miller c. Brues*, [1973] C.A. 902; *Michaud c. Bergeron*, [1980] C.A. 246; *La Métropolitaine c. Rivard*, [1984] C.A. 191.

65. Qui fait preuve *prima facie* des faits qu'il relate: *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608.

66. *Gauthier c. Compagnie d'Imprimerie et de Publication de la Rive-Sud Limitée*, [1985] R.D.J. 476 (C.A.).

67. *Goyette (In re)*, *supra* note 11, 430.

soulever une objection quant à son admissibilité — d'où l'utilité de distinguer l'admissibilité et la force probante d'une preuve.

*Just when a scientific principle or discovery crosses the line between the experimental and demonstrable stages is difficult to define. Somewhere in this twilight zone the evidential force of the principle must be recognized, and while the Court will go a long way in admitting expert testimony deduced from a well recognized scientific principle or discovery, the thing from which the deduction is made must be sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs.*<sup>68</sup>

L'arrêt *Frye*, largement suivi aux États-Unis, surtout en matière criminelle — à cause de l'effet préjudiciable pour l'accusé comparaissant devant un jury mal informé — décrète l'inadmissibilité d'une preuve technique dénuée d'acceptation en milieu professionnel. L'admissibilité de la preuve scientifique repose-t-elle alors sur un comptage de votes? Doit-on conclure que serait irrecevable le pronostic appuyé sur des données nouvelles dont l'exactitude n'est pas reconnue par la communauté scientifique? Ainsi, les tribunaux acceptent l'expertise sanguine<sup>69</sup> pour analyser le groupe sanguin, les phénotypes érythrocytaires et HLA en matière de filiation, parce que le facteur de probabilité est de 90%.<sup>70</sup> Ce type de preuve revêt un degré acceptable de fiabilité et jouit d'une reconnaissance scientifique.

La jurisprudence canadienne ne semble pas avoir commenté le principe émis dans l'arrêt *Frye*.<sup>71</sup> Dans *R. c. Béland*, le juge McIntyre, tout en affirmant que "même une conclusion à l'existence d'un pourcentage important d'erreurs dans les résultats ne constituerait pas en soi un motif suffisant pour en interdire l'usage devant les tribunaux",<sup>72</sup> déclare néanmoins que "[c]'est cette crainte de confusion devant les tribunaux qui me conduit au rejet du détecteur de mensonges."<sup>73</sup> Cependant, dans *City of Saint John c. Irving Oil Co.*,<sup>74</sup> le juge Ritchie énonce que "[a]ny frailties which may be alleged concerning the information upon which the opinion was founded are in my view only relevant in assessing the weight to be attached to that opinion [...]". Dans *Paillé c. Lorcon Inc.*, la Cour d'appel déclare admissible, parce que pertinent, le témoignage d'un médecin expert qui avait procédé à une expérience clinique portant sur 76 enfants exposés à la mousse isolante d'urée formaldéhyde. Le juge Rothman écrit:

---

68. *Frye c. U.S.*, 293 F. 1013, 1014 (C.A. Dist. Columbia, 1923).

69. *S. c. S.*, [1973] C.S. 530; *Droit de la famille-102*, [1984] C.S. 83, confirmé en appel à J.E. 84-1034.

70. P. I. Terasaki, "Resolution by HLA Testing of 1000 Paternity Cases not Excluded by ABO Testing", (1977-78) 16 J. of Fam. Law 543.

71. La Commission de Réforme du Droit du Canada écrit à ce sujet: "Nous pensons que les méthodes qui ne répondent pas aux critères énoncés dans l'affaire *Frye* devraient être mises en doute." (*Les méthodes d'investigation scientifiques, Document de travail 34*, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1984, p. 27).

72. [1987] 2 R.C.S. 398, 417.

73. *Ibid.*, 418.

74. [1966] R.C.S. 581, 592.

*"In the end, of course, any evidence based upon presumptions must meet the test required by the jurisprudence. If inferences are to be drawn from this evidence, the facts on which it is based must be "graves, précis et concordants". But that, again, goes to weight and not to admissibility."<sup>75</sup>*

L'absence de consensus sur la fiabilité d'une preuve ne la rendrait pas pour autant irrecevable, sous réserve d'en apprécier le poids.<sup>76</sup> Le faible degré d'acceptation, surtout dans le cas d'une preuve controversée, devrait inviter à la prudence et pourrait conférer à cette preuve une faible valeur probante.

Le litige biomédical comporte une preuve par présomption de faits, où le calcul des probabilités s'accompagne généralement de statistiques sur les chances de succès d'un traitement considéré. La présomption, on le sait, est une conséquence que le tribunal tire d'un fait connu à un fait inconnu.

Ainsi, dans l'affaire *Couture-Jacquet*, la Cour d'appel entérine la décision des parents d'interrompre les traitements de chimiothérapie chez l'enfant de 3 ans 8 mois atteint d'un cancer sur la foi, notamment, d'une possibilité de guérison évaluée entre 10 et 20% :

*Q. Do I understand that when you appraised her chances of surviving to ten (10) to twenty (20) percent, you rely on some scientific statistics?*

*A. Yes, we rely on the information from the adult experience with testicular cancer of the same histological type.*

*Generally, when we are doing that, the figures in children translate to a higher number surprisingly. I guess, basically, because children are in better condition than adults, generally.*

*Q. But you don't have any statistic figures for specifically the children?*

*A. For this particular regimen, we are proposing absolutely not, no. There wouldn't be enough children treated so far to know that."<sup>77</sup>*

Dans l'affaire *Saskatchewan (Minister of Social Services)*,<sup>78</sup> le tribunal entérine le refus des parents de procéder à une transplantation du foie chez leur enfant atteint d'atrésie biliaire, soit une maladie fatale. La preuve révèle qu'il s'agit d'un traitement reconnu depuis 1983, et dont les chances de survie, durant la première année, s'établissent à 70-75% et à 60-65% durant les cinq années suivantes. Il est admis que cette intervention est, par ailleurs, délicate et risquée. "The surgery option offers a probability of prolonging life for an uncertain period with a reduced quality. The emotional, social, and psychological cost to the child and

75. [1985] C.A. 528, 533.

76. Ainsi, l'absence de crédibilité chez un témoin n'entraîne pas en soi l'irrecevabilité de la preuve testimoniale; elle n'affecte que la valeur probante du témoignage versé au dossier.

77. *Supra* note 11, 180.

78. *Saskatchewan (Minister of Social Services)*, *supra* note 11.

the family may be high. The decision to be made cannot be reduced to mere mathematical probabilities."<sup>79</sup> Dans *Re L.D.K.*, le juge exprime une semblable préoccupation: "With this patient, the treatment proposed by the hospital addresses the disease only in a physical sense. It fails to address her emotional needs and her religious beliefs. It fails to treat the whole person. [...] I accept that there are no statistics as to the rate of success with the mega-vitamin treatment."<sup>80</sup> Le facteur statistiques n'est qu'un des éléments à considérer auquel s'ajoutent d'autres dimensions.

Dans *Protection de la jeunesse-332*, où le tribunal accepte la décision des parents de cesser les soins, le juge évalue comme suit la force probante de la preuve statistique:

*En fait, dans chaque cas semblable, on est en face presque d'un quitte ou double au plan de la vie ou de la mort. Ce n'est qu'après coup et sur une longue échelle que l'on peut dire que, sur 100 cas, il y a un risque de 5%, 20% ou 50% de décès immédiat ou à brève échéance. Il faut donc se garder, je pense, dans ces situations d'ajouter ou d'accorder trop de poids à l'élément statistique.*<sup>81</sup>

Les tribunaux, non saisis d'une objection quant à l'admissibilité de la preuve statistique de valeur relative, en considèrent la force probante, au même titre que la preuve émanant d'un témoin expert. Ainsi le tribunal décide que l'expert peut référer à des travaux et études réalisés par des tiers, en vue de valider sa méthodologie et démontrer la vraisemblance de ses résultats mis en preuve, pourvu qu'il prouve que ces travaux sont scientifiques ou utilisés par d'autres chercheurs et qu'ils sont publiés ou accessibles.<sup>82</sup> Ne se soulève pas encore, en jurisprudence canadienne, la question de la vérification de la validité des statistiques. Aux États-Unis "[p]resently, attorneys may subpoena researchers to produce records that led to publications which may have influenced the opinions of other scientists who have agreed to testify as expert witnesses,"<sup>83</sup> quoique les tribunaux américains soient réticents à contraindre des chercheurs à venir déposer sur le fruit de leurs travaux. Nous n'élaborerons pas davantage sur cette question qui pourrait éventuellement se soulever devant les tribunaux.<sup>84</sup> Signalons cependant que le médecin qui appuie ses conclusions sur ses propres expériences cliniques risque d'être contre-interrogé sur chacun des dossiers faisant l'objet d'une compilation.<sup>85</sup>

---

79. *Ibid.*, 143.

80. *Re LDK*, *supra* note 11, 169.

81. *Supra* note 11, 1670.

82. *MIUF-2*, [1988] R.D.J. 423 (C.S.).

83. A. R. Holder, "The biomedical researcher and subpoenas: judicial protection of confidential medical data", (1986) 12 *Am. J. of L. and Medicine* 405, 406.

84. L'on peut consulter à ce sujet: "Symposium on science and the rules of evidence", 1983, 99 *F.R.D.* 187; B. Black, "Evolving legal standards for admissibility of scientific evidence", (1988) 239 *Science* 1508.

85. *Paillé c. Lorcon Inc.*, *supra* note 75; *Dow Chemical of Canada Ltd c. Institut National Canadien pour les aveugles Inc.*, [1979] C.A. 215; *Trempe c. Dow Chemical of Canada Ltd.*, [1980] C.A. 571; *MIUF-28*, [1988] R.D.J. 503 (C.S.).

Un dossier en bioéthique diffère d'une poursuite en responsabilité civile médicale; l'enjeu n'est pas le même. Une attitude libérale admettrait en preuve civile que tout fait le moins pertinent devrait être considéré, sous réserve d'en apprécier la valeur probante.

Le degré de certitude du pronostic varie d'un cas à l'autre. Ainsi, dans l'affaire *Goyette*, le médecin traitant est formel: "seule l'intervention chirurgicale peut lui sauver la vie." Si cette intervention, comportant de risques sérieux mais non extraordinaires, réussit "cette enfant pourra faire d'énormes progrès tant sur le plan physique que sur le plan psychomoteur."<sup>86</sup> De même, le médecin rapporte dans l'affaire de la *Commission de protection des droits de la jeunesse*<sup>87</sup>: "I am firmly of the opinion that this child's prognosis for a meaningful life is very small." La valeur probante du pronostic, fondée le plus souvent sur un calcul de probabilités, déterminera, de toute évidence, la décision à prendre au sujet du patient. "Diagnoses, prognoses, the determination of available medical options and their likely outcomes, all remain central to making these decisions."<sup>88</sup>

---

86. *Goyette (in re)*, *supra* note 11, 435.

87. *Commission de protection des droits de la jeunesse*, *supra* note 11, 1679.

88. E. W. Keyserlingk, "Non-treatment in the best interest of the child: a case commentary of *Couture-Jacquet v. Montreal Children's Hospital*", (1986-87) 32 R.D. McGill 413, 414.

Terminons en signalant l'article 2.03.30 du *Code de déontologie des médecins*:

*À moins dans tous les cas qu'il n'y ait juste cause, le médecin ne doit pas dissimuler un pronostic grave ou fatal à un patient qui en requiert la révélation.*

Cette règle devrait s'appliquer de façon large, puisque, dans notre hypothèse de discussion, le médecin s'adresse à un tiers proche du patient, et non à ce dernier.

## II. LA DÉCISION

*The preservation of life, whether viewed as that of the particular patient or of the sanctity of all life, is the most important consideration. As the degree of bodily invasion increases and the patient's prognosis weakens, however, the state's 'interest' in preserving life weakens.*<sup>89</sup>

L'article 43 de la *Loi sur la protection de la santé publique*<sup>90</sup> énonce qu'un "établissement ou un médecin doit voir à ce que soient fournis des soins ou traitements à toute personne dont la vie est en danger".

L'article 4 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*<sup>91</sup> prévoit, au premier alinéa: "Toute personne a droit de recevoir des services de santé et des services sociaux adéquats sur les plans à la fois scientifique, humain et social, avec continuité et de façon personnalisée, compte tenu de l'organisation et des ressources des établissements qui dispensent ces services."

Le patient a le droit de recevoir un traitement médical approprié; il a aussi le droit de refuser des soins.

### A. Refus

*Le droit de refuser un traitement médical met en cause un équilibre délicat entre les intérêts de l'individu et ceux de l'État. D'un côté les intérêts de l'individu s'attachent avant tout aux principes de l'inviolabilité de la personne humaine, du droit de libre disposition de soi-même, et de l'autonomie de la personne [...]*

---

89. S. G. Pollock, "Life and death decisions: who makes them and by what standards?", (1989) 41 Rutgers L. Rev. 505, 516. La jurisprudence américaine illustre ce déplacement de pôles d'intérêt, notamment dans *In re: Rasmussen*, 154 Ariz. 207, 741 P.2d, 674 (1987); *In re: Saikewicz*, 373 Mass. 728, 370 N.E. 2d 417 (1977); *In re: Conroy*, 98 N.J. 321, 486 A.2d 1209 (1985); *In re: Colyer*, 99 Wash. 2d 114, 660 P.2d 738 (1983); *In re: Quinlan*, 70 N.J. 10, 355 A.2d 647 (1976).

90. L.R.Q. c. P-35.

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

*D'un autre côté, les intérêts de l'État sont centrés sur son pouvoir d'assurer la santé, le bien-être et la sécurité de la société tout entière [...] La prise en considération et l'évaluation de ces divers intérêts militent en faveur de la reconnaissance du droit de refuser un traitement.*<sup>92</sup>

Dans l'affaire *Malette c. Shulman*,<sup>93</sup> la Cour d'appel de l'Ontario reconnaît qu'un patient a le droit de s'opposer à une transfusion sanguine et que ce droit au refus l'emporte sur l'obligation du médecin de fournir des soins. "The state's interest in preserving the life or health of a competent patient must generally give way to the patient's stronger interest in directing the course of her own life."<sup>94</sup> "Individual free choice and self-determination are themselves fundamental constituents of life."<sup>95</sup> Le médecin doit respecter la décision du patient apte; il ne lui appartient pas d'en apprécier la raisonnable. Le médecin qui contrevient aux directives du patient commet une faute génératrice de dommages. Dans l'affaire *A.G.B.C. c. Astaforoff*,<sup>96</sup> une personne incarcérée dont la sentence est terminée, fait la grève de la faim, de façon consciente et délibérée, ce qui porte une atteinte sérieuse à sa santé. Le Procureur général de la Colombie-Britannique demande une ordonnance de la Cour enjoignant aux autorités carcérales de la nourrir de force. Le tribunal décide que les autorités carcérales ne sont pas tenues d'imposer les choses nécessaires à l'existence, en autant qu'elles soient disponibles, ce qui est conforme à l'article 215 C.cr. La prisonnière tente de se suicider, mais les autorités n'enfreignent pas l'article 241 C.cr. puisqu'elles n'aident pas au suicide. Le tribunal ajoute cette nuance: "If she becomes unconscious or incapable of making a rational decision, that is another matter. Then she will be unable to make a free choice. But while she is lucid, no law compels the provincial officers to apply force to her against her will."<sup>97</sup>

Il y a lieu de distinguer entre la personne apte à décider de son sort et la personne inapte. Dans cette dernière hypothèse, une tierce personne (parent, organisme public, tribunal) pourra intervenir dans l'intérêt du patient.

Le principe de l'inviolabilité de la personne humaine exige le consentement du bénéficiaire de soins. En cas d'inaptitude, son représentant ou un tiers compétent intervient. Il convient de citer ici les dispositions des articles 19 et 19.1 à 19.4 du Code civil:

19 *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.*

---

92. Commission de réforme du droit du Canada, *Le traitement médical et le droit criminel, Document de travail 26*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1980, p. 81.

93. *Malette c. Shulman*, (1990) 72 O.R. (2d) 417.

94. *Ibid.* notes du juge Robins pour la Cour à la page 429.

95. *Ibid.*, 430.

96. *A.G. B.C. c. Astaforoff*, (1983) 35 C.R. (3d) 69 (B.C.S.C.).

97. *Ibid.* 74.

19.1 *Nul ne peut être soumis sans son consentement à des soins, quelle qu'en soit la nature, qu'il s'agisse d'examen, de prélèvements, de traitements et de toute autre intervention.*

*Si l'intéressé est inapte à consentir à des soins ou à les refuser, une personne qui est autorisée par la loi ou par mandat le remplace.*

19.2 *Lorsque l'inaptitude d'un majeur à consentir aux soins exigés par son état de santé est constatée, le consentement est donné par le mandataire qu'il a désigné alors qu'il était apte, par le tuteur ou le curateur. S'il n'est pas ainsi représenté, le consentement est donné par le conjoint, ou à défaut de conjoint ou en cas d'empêchement de celui-ci, par un proche parent ou par une personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier.*

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

*S'il exprime un consentement, il doit s'assurer que les soins sont bénéfiques, malgré leurs effets, qu'ils sont opportuns dans les circonstances et que les risques présentés ne sont pas hors de proportion avec le bienfait espéré.*

19.4 *L'autorisation du tribunal est requise en cas d'empêchement ou de refus injustifié de celui qui peut consentir à des soins pour un mineur ou un majeur inapte à donner son consentement; elle l'est également si le majeur inapte refuse catégoriquement de recevoir les soins, à moins qu'il ne s'agisse d'un cas d'urgence ou de soins d'hygiène.<sup>98</sup>*

---

98. Le Code civil du Bas-Canada est modifié par l'insertion, après l'article 19, des articles 19.1 à 19.4 selon la *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives* (L.Q. 1989, c. 54) sanctionnée le 22 juin 1989 et entrée en vigueur le 15 avril 1990 (D 360-90, 21 mars 1990, G.O. II, 939).

En cas d'inaptitude du majeur<sup>99</sup> à consentir aux soins ou à les refuser, la décision peut émaner du curateur public ou privé (ou de son délégué),<sup>100</sup> d'un mandataire désigné,<sup>101</sup> du conjoint, un proche parent ou un ami du patient. Dans le cas d'un mineur, l'article 42 alinéa 1 de la *Loi sur la protection de la santé publique* énonce: "[u]n établissement ou un médecin peut fournir les soins ou traitements requis par l'état de santé d'un mineur âgé de quatorze ans ou plus, avec le consentement de celui-ci, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement du titulaire de l'autorité parentale". Le second alinéa de cet article prévoit que si un mineur est âgé de moins de 14 ans, le consentement du titulaire de l'autorité parentale doit être obtenu. Cependant, "en cas d'impossibilité d'obtenir ce consentement ou lorsque le refus du titulaire de l'autorité parentale n'est pas justifié par le meilleur intérêt de l'enfant, un juge de la Cour supérieure peut autoriser les soins ou traitements". La *Loi sur la protection de la jeunesse*<sup>102</sup> organise l'intervention sociale et judiciaire lorsque la sécurité ou le développement d'un enfant est considéré comme compromis, notamment par l'absence de soins appropriés (art. 38(b)). La personne à qui la garde de l'enfant est déléguée a aussi intérêt à la demande en justice.

Le tribunal peut intervenir en cas de refus injustifié de soins. Le refus justifié provoque la cessation des soins autres que palliatifs et le recours aux moyens disproportionnés. La décision prise en milieu hospitalier, avec l'accord du médecin, n'implique pas le pouvoir judiciaire. Se soulève alors la question de l'euthanasie.

---

99. Selon le premier alinéa de l'article 327 C.c., entré en vigueur le 15 avril 1990, "[i]l est nommé au majeur un curateur ou un tuteur pour le représenter, ou un conseiller pour l'assister, dans la mesure où il est inapte à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens, par suite notamment d'une maladie, d'une déficience ou d'un affaiblissement dû à l'âge qui altère ses facultés mentales ou son aptitude physique à exprimer sa volonté." Dans ce nouveau régime de protection instauré par le législateur, le tribunal ouvre une curatelle s'il est établi que l'inaptitude du majeur à prendre soin de lui-même et à administrer ses biens est totale et permanente (art. 333 C.c.). Le tribunal agit sur la foi d'un rapport constitué, entre autres, de l'évaluation médicale et psycho-sociale portant sur la nature et le degré d'inaptitude du majeur, l'étendue de ses besoins et les autres circonstances de sa condition transmis, par exemple, par le directeur général d'un établissement de santé et de services sociaux (art. 14 de la loi et art. 332.2 C.c.).

100. Art. 17 de la loi et 329 C.c.; selon l'article 329 C.c., le curateur au majeur protégé a la responsabilité de sa garde et de son entretien, ainsi que celle d'en assurer le bien-être moral et matériel, en tenant compte de la condition, des besoins et facultés ainsi que des autres circonstances dans lesquelles se trouve le majeur ainsi protégé.

101. L'article 1701.1 C.c. énonce:

"Le mandat peut avoir pour objet l'accomplissement de toute espèce d'acte juridique se rapportant aux affaires du mandant, y compris les actes juridiques destinés, même principalement, à assurer, dans l'éventualité de l'inaptitude du mandant à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens, la protection de sa personne, l'administration, en tout ou en partie, de son patrimoine et, en général, son bien-être moral et matériel.

L'exécution du mandat est subordonnée à la survenance de l'inaptitude et à l'homologation par le tribunal (art. 1731.3 C.C. et 884.1 C.P.C.) [...] [l]a demande d'homologation du mandat doit [alors] être accompagnée d'une évaluation médicale et psycho-sociale constatant l'inaptitude du mandant (art. 884.2 C.P.C.)."

102. L.R.Q. c. P-34.1.

L'article 14 C.cr. prescrit que "[n]ul n'a le droit de consentir à ce que la mort lui soit infligée"; l'article 241 C.cr. déclare "qu'[e]st coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans quiconque [...] conseille, [...] aide ou encourage quelqu'un à se donner la mort". L'euthanasie active est prohibée. Par ailleurs, l'emploi de l'expression "euthanasie négative ou passive" peut fausser la réalité. "L'euthanasie dite passive ou négative signifie, pour les auteurs partisans de cette appellation, renoncer à l'utilisation de mesures extraordinaires destinées à maintenir la vie dans des cas désespérés, lorsque ceci n'aboutit qu'à prolonger de façon injustifiable la souffrance ou l'inconscience du patient."<sup>103</sup> La Commission de Réforme du Droit du Canada ne s'oppose pas à la cessation justifiée des traitements:

*Il lui paraîtrait malheureux d'inverser ce qui lui semble être ou devoir être une règle générale, à savoir qu'il ne doit pas exister d'obligation de traiter ou de maintenir un traitement lorsque celui-ci est inutile.*<sup>104</sup>

Selon un sondage Gallup du mois de juillet 1990, 78% des Canadiens approuvent le recours à l'euthanasie passive, c'est-à-dire à la possibilité, pour un médecin, de mettre fin aux jours et aux souffrances d'un malade consentant en phase terminale d'une maladie incurable.

Dans l'affaire *M. (R.E.D.)*, le juge de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta distingue comme suit:

*The assertion that the type of treatment recommended by the neonatal care team in this case was the cause of those babies not surviving was, in my view, unfair to the doctors and a distortion of the facts. The cause of death in such cases was the fact of extreme prematurity. The fact that no one has yet been able to save the life of a 400 gram baby, by any method of treatment, is a far cry from the assertion that the methods used were causing the deaths of such babies.*<sup>105</sup>

Il convient d'analyser le lien de causalité, sans égard à la terminologie employée. Dans ces cas extrêmes, ce n'est pas l'absence de traitement qui cause la mort, mais plutôt la maladie qui, à cause de l'inefficacité médicale, chemine inexorablement jusqu'à sa phase terminale. La dignité de la mort peut justifier la cessation des soins.

*A primary role of medicine is to maintain life but not unthinkingly to prolong the dying process. Thus, under the following circumstances, there are exceptions to the general duty of providing life-sustaining or life-prolonging treatment.*

— *When there is irreversible progression of disease, and death is imminent.*

— *When treatment will clearly be ineffective or harmful.*

---

103. S. Philips-Nootens, "Face à la maladie mortelle: deux décisions possibles et leurs implications juridiques", (1981-82) 12 R.D.U.S. 433, 438.

104. *Supra* note 47, 79.

105. *Supra* note 12, 372.

- *When life will be severally shortened regardless of treatment and when non-treatment will allow a greater degree of caring and comfort.*
- *When the patient's life will be filled with intolerable and intractable pain and suffering.*<sup>106</sup>

Les tribunaux américains de juridiction supérieure<sup>107</sup> ne distinguent pas l'alimentation artificielle des autres méthodes de maintien de la vie; cette opinion est partagée par la Commission Présidentielle Américaine<sup>108</sup> ainsi que par le Judicial Council de l'American Medical Association.<sup>109</sup> La cessation de tout traitement, autre que palliatif, pourrait donc inclure le retrait de l'alimentation solide et liquide.

## B. Expression de la volonté

Selon l'article 2.03.28 du *Code de déontologie des médecins*, "le médecin doit, avant d'entreprendre [...] un traitement, [...] obtenir du patient ou de son représentant ou des personnes dont le consentement peut être requis par la loi, une autorisation libre et éclairée." À cette fin, le médecin doit s'assurer que l'auteur du consentement a "reçu les explications nécessaires portant sur la nature, le but et les conséquences possibles" du traitement (article 2.03.29). Le consentement à la continuation ou la cessation des soins doit être libre et éclairé. La qualité de cette expression de la volonté découle du droit à l'auto-détermination de la personne.

Rappelons certains principes de droit médical appliqués en matière de responsabilité civile lesquels peuvent fournir des points de repère utiles.

L'article 2.03.13 du *Code de déontologie des médecins* affirme que ce dernier doit s'abstenir de garantir la guérison d'une maladie. Le médecin n'a envers le patient qu'une obligation de moyen, non de résultat. Celle-ci s'apprécie selon une norme objective.

*En règle générale, le médecin et l'hôpital n'ont pas envers le patient une obligation de résultat mais de moyens, c'est-à-dire une obligation de prudence et de diligence dont la violation doit être appréciée non pas subjectivement, en se demandant si l'auteur d'un acte ou d'une omission a fait de son mieux, mais d'après un critère objectif, abstrait, qui consiste pour le Tribunal à se demander ce qu'aurait fait en pareil cas un autre médecin, un autre spécialiste, une autre*

---

106. Canadian Paediatric Society, "Treatment decisions for infants and children", (1986) 135 Can. Med. Assn. J. 447.

107. *Rasmussen c. Flemming*, 154 Ariz. 207, 741 P.2d 674 (1987); *In re Gardner*, 534 A.2d 947 (1987); *Brophy c. New England Sinai Hospital*, 398 Mass. 417, 497 N.E. 2d 626 (1986); *In re: Peter*, 108 N.J. 365, 529 A.2d 419 (1987); *In re: Jobs*, 108 N.J. 394, 529 A.2d 434 (1987); *Conroy (Matter of)*, 98 N.J. 321, 486 A.2d 1209 (1985); *In re: Grant*, 747 P.2d 445 (1987).

108. *Supra* note 30, pp. 3, 190 et 288.

109. *Supra* note 29, pp. 12 et 13 (withholding or withdrawing life prolonging medical treatment).

*infirmière, de science, de compétence et d'habileté ordinaires et raisonnables, placé dans des circonstances semblables à celles où se trouvait celui ou celle dont on veut juger la conduite.*<sup>110</sup>

À l'instar de tout autre professionnel diligent et raisonnable, le médecin doit suivre les règles de l'art.<sup>111</sup> Le devoir de renseignement du médecin est à la mesure de son obligation professionnelle: "L'obligation du médecin prudent s'apprécie par rapport à l'ordre du prévisible."<sup>112</sup> Dans *Hopp c. Lepp*,<sup>113</sup> la Cour suprême du Canada souligne que le principe fondamental est le droit d'un patient de décider à quelle intervention, le cas échéant, il devrait se soumettre; à cette fin, il doit être suffisamment renseigné pour pouvoir choisir de subir ou de refuser l'opération ou le traitement. Le médecin doit l'aviser des probabilités de complications, des risques particuliers ou inhabituels, mais non des risques inhérents à toute intervention; il doit répondre aux questions précises, sans réticence ou tromperie. On ne peut imputer au patient une présomption de connaissance médicale qui dégagerait le médecin, même partiellement, de l'obligation de renseignement.<sup>114</sup>

Le patient ou son représentant doit être en mesure d'évaluer les risques selon la probabilité de leur survenance et selon la gravité de leurs effets. Le médecin devrait faire une mise en garde quant aux conséquences vraisemblables du refus de subir le traitement: "les risques probables seraient ceux qui, si le patient en avait été informé, pourraient raisonnablement modifier sa décision de subir ou de refuser l'opération ou le traitement."<sup>115</sup> L'importance du risque conditionne l'étendue du devoir d'information; il faut considérer la gravité des conséquences en cas de réalisation d'un risque, tel celui de décès, même comme simple possibilité.

*En résumé, la jurisprudence indique qu'en obtenant le consentement d'un patient à une opération chirurgicale sur sa personne, un chirurgien doit, généralement, répondre aux questions précises que lui pose le patient sur les risques courus et doit, sans qu'on le questionne, lui divulguer la nature de l'opération envisagée, sa gravité, tous risques importants et tous risques particuliers ou inhabituels que présente cette opération. Cependant, ceci dit, il faut ajouter que l'étendue du devoir de divulguer et la question de savoir s'il y a eu manquement sont des questions qu'il faut décider en tenant compte des circonstances de chaque cas particulier.*<sup>116</sup>

---

110. *Hôpital Général de la région de l'amiante Inc. c. Perron*, [1979] C.A. 567, notes du juge Lajoie pour la Cour à la page 574.

111. *Cardin c. Ville de Montréal*, [1961] R.C.S. 655; *McCormick c. Marcotte*, [1972] R.C.S. 18; *Héritiers du Docteur Jean Sirois c. Brunette*, [1975] C.A. 779.

112. *Chouinard c. Landry*, [1987] R.J.Q. 1954 (C.A.) notes du juge LeBel à la page 1970.

113. *Hopp c. Lepp*, *supra* note 53.

114. *Chouinard c. Landry*, [1987] R.J.Q. 1954 (C.A.).

115. *Supra* note 53, notes du juge en chef Laskin pour la Cour à la page 208.

116. *Ibid.*, 210.

*[L]e critère de fréquence du risque détermine l'étendue de l'obligation de renseignement.*<sup>117</sup>

*Dans l'arrêt Hopp c. Lepp [...] la Cour a également fait remarquer que même si un certain risque ne constitue qu'une simple possibilité qu'il n'est généralement pas nécessaire de divulguer, on doit le considérer comme un risque important qu'il faut divulguer, si sa réalisation entraîne des conséquences graves, par exemple, la paralysie ou la mort.*<sup>118</sup>

Dans *Reibl c. Hughes*, décidée quelques mois après l'affaire *Hopp*, le juge en chef Laskin écrit:

*J'estime que le parti le plus sûr sur la question de la causalité est de se demander objectivement dans quelle mesure la prépondérance des risques de l'opération sur ceux de l'absence d'opération pèse en faveur de l'intervention chirurgicale. Le défaut de bien divulguer le pour et le contre devient donc très pertinent. Il en est de même de toute considération spéciale touchant un patient donné.*<sup>119</sup>

L'intensité de l'obligation de divulgation correspond à la gravité et aux conséquences de la décision à prendre, surtout en bioéthique.

En matière de recherche médicale ou d'expérimentation, le devoir d'information est aussi, sinon davantage, impérieux à l'égard de la personne qui consent à y participer:

*There can be no exceptions to the ordinary requirements of disclosure in the case of research as there may well be in ordinary medical practice. A researcher does not have to balance the probable effect of lack of treatment against the risk involved in the treatment itself. The example of risk being properly hidden from a patient when it is important that he should not worry can have no application in the field of research. The subject of medical experimentation is entitled to a full and frank disclosure of all the facts, probabilities and opinions which a reasonable man might be expected to consider before giving his consent.*<sup>120</sup>

Tous les risques, même potentiels, doivent être révélés au patient qui accepte de participer à un programme de recherche:

---

117. L. Potvin, *L'obligation de renseignements du médecin: étude comparée du droit québécois, français et du common law canadien*, Éditions Yvon Blais, 1984, p. 46.

118. *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880, notes du juge en chef Laskin pour la Cour aux pages 884 et 885.

119. *Ibid.*, 898 et 899.

120. *Halushka c. University of Saskatchewan*, (1965) 53 D.L.R. 436 (Sask. C.A.) notes du juge Hall, citées dans *Hopp c. Lepp*, *supra* note 53, 205 et 206.

*[e]n matière de recherche purement expérimentale, le médecin doit révéler tous les risques connus même rares ou éloignés et, à plus forte raison, si ceux-ci sont d'une conséquence grave.*<sup>121</sup>

L'affaire *Eve* fournit des indications encore plus immédiates. La Cour suprême du Canada, à l'unanimité, considère la portée de l'intervention envisagée, et note que "la stérilisation enlève à une personne le grand privilège de procréer et est à toute fin pratique irréversible."<sup>122</sup> La Cour endosse l'avertissement de Lord Eldon dans *Wellesley c. Beaufort (Duke of)*<sup>123</sup> à l'effet que "cette Cour a toujours eu pour principe de ne pas risquer de causer un préjudice irréparable aux enfants mais plutôt d'empêcher que le préjudice soit causé." Le juge La Forest commente:

*Bien que cette remarque visait les enfants, qui faisaient l'objet de la demande, elle décrit avec justesse l'attitude qui devrait toujours être adoptée lorsqu'on exerce un droit au nom d'une personne qui est incapable de le faire.*<sup>124</sup>

De cet enseignement jurisprudentiel et sous réserve d'une sanction judiciaire plus précise en matière de bioéthique, il ressort qu'un haut standard de qualité est exigé en matière d'information. Celle-ci oriente la décision à prendre, laquelle, en cas de refus de traitement, deviendra définitive et irréversible. L'équipe médicale devrait fournir tous les faits pertinents à une décision éclairée, de la façon la plus large et complète possible.

Ce souci d'une information exhaustive se reflète en jurisprudence.

*C'est après avoir reçu des explications, je pense aussi complètes que possible, de ce qui était médicalement requis dans les circonstances, des résultats escomptés, des risques, des souffrances, du bien possible pour leur fils à court, moyen et long terme, que les parents ont pris la décision que la non-intervention était préférable dans les circonstances.*

[...]

*Je note enfin que les médecins et autres intervenants n'ont rien laissé dans l'ombre, ni la discrimination que peut causer l'état de trisomie de l'enfant, ni le fait que cet état peut militer à de l'anti-discrimination active amenant à la tenue des opérations, justement à cause de ces états. La revue du dossier médical de l'enfant et des notes qui s'y trouvent démontre à mon avis que vraiment tout a été envisagé en fonction du meilleur intérêt de cet enfant.*<sup>125</sup>

---

121. *Weiss c. Solomon*, [1989] R.J.Q. 731, 743 (C.S.).

122. *Eve*, *supra* note 13, notes du juge La Forest pour la Cour à la page 428.

123. *Wellesley c. Beaufort (Duke of)*, (1827) 2 Russ. 1, 38 E.R. 236, 242.

124. *Supra* note 121.

125. *Protection de la jeunesse-332*, *supra* note 11, 1668.

*Cette décision fut éclairée au sens où l'entend la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Reibl c. Hughes, et ce, non seulement par une ou deux personnes, mais par un ensemble de personnes hautement qualifiées pour les éclairer.*<sup>126</sup>

[L]'intérêt d'un enfant exige:

1. *Une connaissance précise de la situation actuelle et future de l'enfant tant personnellement que par rapport à son milieu familial et social;*
2. *Une évaluation des avantages et des inconvénients des différentes décisions possibles.*<sup>127</sup>

Dans l'affaire *Couture-Jacquet*, la mère a été complètement renseignée sur la nature de la maladie de l'enfant, sur ses chances de survie, sur la nature et les aspects incidents des traitements proposés. Après avoir cité l'article 19 C.c., le juge Chevalier écrit:

*Transposé dans une dimension particulière, celle qui a trait au droit de l'individu de refuser un traitement médical qui lui est suggéré ou recommandé, le principe précité se traduit sous la forme d'une obligation faite aux médecins et aux établissements hospitaliers de requérir et d'obtenir le consentement éclairé d'un malade à qui l'on veut appliquer une thérapie déterminée et qui comporte des éléments de risque ou des aléas quant aux chances de succès qu'elle peut offrir.*<sup>128</sup>

La jurisprudence ne rapporte pas de lacunes dans l'éventail des renseignements fournis à la personne agissant pour le compte du patient inapte, incluant l'accès au dossier médical.<sup>129</sup> Il semble d'ailleurs fréquent que les proches de l'enfant ou de l'adulte inapte aient consulté longuement les membres de l'équipe médicale et du comité d'éthique du centre hospitalier, avant de prendre la grave décision de refuser un traitement.

## C. Critères

À la lumière de l'expérience judiciaire, quels sont les critères de décision et le fardeau de preuve requis à l'appui du refus justifié de soins?

Examinons d'abord le rôle du tribunal.

---

126. *Ibid.*, 1669.

127. *Goyette (In re)*, *supra* note 11, 434.

128. *Couture-Jacquet*, *supra* note 11, 181.

129. Nous nous abstenons de traiter de la question de l'accès au dossier, prévu aux articles 7 et 8 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, (L.R.Q. c. S-5), et de celle du secret professionnel du médecin protégé par l'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne* et l'article 42 de la *Loi médicale* (L.R.Q. c. M-9); signalons que la Cour d'appel traite du secret médical dans *Cordeau c. Cordeau*, [1984] R.D.J. 201.

## 1. Rôle du tribunal

Le tribunal use, comme il se doit, de retenue judiciaire. Il intervient en dernier ressort, en cas de refus injustifié ou d'absence de consentement aux soins. Il arbitre une divergence d'opinions entre la famille du patient et le médecin ou l'organisme public chargé de la protection de la santé. Il en est de même si le majeur inapte refuse catégoriquement de recevoir les soins, sauf en cas d'urgence (art. 19.4 C.c.). Ainsi, le tribunal n'autorise les soins que si le refus des parents n'est pas justifié par le meilleur intérêt de l'enfant.

Le tribunal ne se substitue pas à la personne compétente; "La Cour supérieure, tout en conservant son rôle traditionnel de défenseur et de protecteur ultime des droits de l'enfant, ne doit pas s'attribuer le droit de prendre ou d'imposer ce genre de décision, en l'absence de refus injustifié du titulaire de l'autorité parentale."<sup>130</sup> Il exerce un pouvoir de surveillance et de contrôle de la raisonnable ou de la justesse de la décision.<sup>131</sup> Il n'intervient que si la décision s'avère déraisonnable ou injustifiée, parce que contraire aux intérêts du patient inapte: "Il ne s'agit pas alors pour la Cour de se substituer au titulaire de l'autorité parentale et de décider à sa place, mais de corriger une décision manifestement erronée."<sup>132</sup>

*Aussi, le judiciaire doit contrôler avec sollicitude les circonstances dans lesquelles la décision de l'autorité parentale a été prise. La responsabilité du judiciaire, déjà lourde dans des cas comme ceux prévus aux articles 31 C.C. et 653 C.C.Q., est écrasante dans un cas prévu à l'article 42, alinéa 2, de la Loi sur la protection de la santé publique.*<sup>133</sup>

Le tribunal jouit de discrétion dans l'accomplissement de cette lourde tâche: "Il va sans dire que le tribunal a le droit et le devoir de protéger ceux qui sont incapables de prendre soin d'eux-mêmes et a ainsi un grand pouvoir discrétionnaire pour faire ce qu'il estime être dans leur intérêt."<sup>134</sup> "Dans ces affaires, il est évident qu'un tribunal doit procéder avec une très grande prudence".<sup>135</sup>

Le recul offre une meilleure perspective. Le tribunal, avec un détachement empreint de bienveillance, est en position d'analyser la situation de façon plus objective que ne peuvent le faire les parents affligés ou l'équipe médicale professionnellement orientée vers la thérapie.

---

130. *Couture-Jacquet*, *supra* note 11, notes du juge Monet à la page 180.

131. À l'instar du pouvoir de surveillance exercé en droit administratif où le tribunal vérifie si la décision du tribunal administratif chargé par le législateur d'un pouvoir décisionnel exclusif, est manifestement déraisonnable ou non (à titre d'exemple: *Caimaw c. Paccar of Canada Limited*, [1989] 2 R.C.S. 983).

132. *Couture-Jacquet*, *supra* note 11, notes du juge Chevalier à la page 181.

133. *Ibid.* notes du juge Monet à la page 181.

134. *Eve*, *supra* note 13, notes du juge La Forest à la page 437.

135. *Ibid.*, 438.

La personne inapte devrait être représentée de façon indépendante à l'audition devant tribunal, qu'il s'agisse du tuteur<sup>136</sup> ou, dans le cas d'un majeur, du curateur. La présence de l'avocat est souhaitée.<sup>137</sup> "En particulier, dans de telles affaires, il est essentiel que la personne atteinte de déficience mentale soit représentée de manière indépendante."<sup>138</sup>

Les parents appelés à décider devraient s'inspirer des critères retenus par les tribunaux. Quelle norme juridique le tribunal suit-il dans le contrôle de la décision des proches du patient?

## 2. Normes

Dans le cas d'un enfant, la décision d'autoriser ou non les soins est prise en fonction de son seul intérêt et non en fonction du souhait ou du bien-être des parents. L'opinion des parents et celle du tribunal peuvent converger vers la même solution. L'article 30 C.c. énonce que "l'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet." L'article 39 de la *Charte des droits et libertés de la personne* mesure cet intérêt en affirmant que "[t]out enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner."<sup>139</sup>

La compétence du tribunal est reliée à la notion de *parens patriae*<sup>140</sup> "[l]a compétence *parens patriae* est, comme je l'ai dit, fondée sur la nécessité, c'est-à-dire le besoin d'agir pour protéger ceux qui ne peuvent prendre soin d'eux-mêmes. Les tribunaux ont souvent déclaré qu'elle devait être exercée dans 'l'intérêt' de la personne protégée ou encore, à son 'avantage' ou pour son 'bien-être'."<sup>141</sup>

Chez le majeur inapte, le test est hybride. L'intérêt de la personne — et non celui de son entourage — constitue le critère dominant, auquel peut s'ajouter celui de l'expression de sa volonté. La Cour d'appel d'Ontario donne plein effet à l'expression antérieure de la volonté. Une dame, Témoin de Jéhovah, admise inconsciente au centre hospitalier, portait sur elle une

---

136. *Goyette (In re)*, *supra* note 11, 431:

"Mais si les faits allégués de part et d'autre requièrent une enquête par le Tribunal — non par le juge — et laissent entrevoir la possibilité de refuser l'autorisation à l'intervention proposée, il y a lieu de désigner à l'enfant mineur, un tuteur ad hoc (816.1 C.P.) et d'obtenir l'avis du conseil de famille."

137. *Protection de la jeunesse-332*, *supra* note 11, 1667. L'article 34 de la *Charte des droits et libertés de la personne* consacre le droit à la représentation par avocat.

138. *Eve*, *supra* note 13, 438.

139. Même dans la célèbre affaire *Baby M* (*In the Matter of Baby M*, 109 N.J. 396, 537 A.2d (N.J. 1988) 1227), la Cour suprême du New Jersey, qui déclare nul le contrat intervenu, tient compte de l'intérêt de l'enfant en affirmant que "the parties' right to procreate by methods of their own choosing cannot be enforced without consideration of the state's interest in protecting the resulting child [...]", 449 ou 1254.

140. L'État agit comme gardien des personnes incapables sur son territoire: *Droit de la famille-323*, [1988] R.J.Q. 1542 (C.A.).

141. *Eve*, *supra* note 13, 426.

carte mentionnant son refus de recevoir une transfusion sanguine. Nonobstant cette interdiction, le médecin a procédé à la transfusion; la patiente s'est rétablie. La Cour d'appel confirme le jugement de première instance qui condamne le médecin à payer des dommages-intérêts de l'ordre de \$ 20 000; "[t]he trial judge found that Mrs. Mallette suffered mentally and emotionally by reason of the battery."<sup>142</sup>

Le patient comateux ou dans un état végétatif peut refuser ou consentir à des soins par personne interposée. Rappelons le premier alinéa de l'article 19.3 C.c.:

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

Cette disposition, nouvelle en droit québécois, se rapproche de la notion de jugement substitué retenue par les tribunaux américains; "[t]he substituted judgment test draws upon expressions of the patient's preferences or manifestations of the patient's values and lifestyle made while the patient was competent."<sup>143</sup> Le tribunal tient compte de ce que le patient aurait décidé s'il avait été en mesure de le faire, basé sur la preuve de l'expression antérieure de ses volontés. En quelque sorte il homologue cette décision en autant qu'elle soit justifiée et compatible avec l'intérêt de la personne inapte. À l'intérêt du patient s'ajoute le critère subjectif de l'expression de sa volonté. L'inaptitude de la personne ne la prive pas de façon irrémédiable de son droit à l'auto-détermination; la personne ainsi handicapée jouit, indirectement des mêmes droits qu'un patient apte.

Cette volonté s'exprime par écrit, dans un testament médical ou testament de vie<sup>144</sup> ou dans le mandat homologué prévu à l'article 1701.1 C.c.<sup>145</sup> La déclaration orale suffisamment précise serait acceptée.<sup>146</sup> La preuve de celle-ci devrait revêtir une haute valeur probante, à cause de sa portée. Les tribunaux américains exigent une déclaration claire et convaincante ("clear and convincing evidence"). Pour éviter toute difficulté d'appréciation de la preuve, il semble évidemment préférable, comme en d'autres matières, qu'un écrit constate

---

142. *Supra* note 93, notes du juge Robins pour la Cour à la page 435.

143. S. G. Pollock, *loc. cit.*, note 89, 518; à titre d'exemple: *In re Jobes*, *supra* note 106; *In re Conroy*, *supra* note 106.

144. Aux États-Unis, le "living-will" — quelque 39 états américains ont des "living-will statutes" — tel celui suggéré par L'Euthanasia Educational Council (C.H. Baker "The Living-will: the final expression", (1980) 4 Med. Q. 13; aussi *Handbook of living-will laws*, Society for the Right to Die, 1987 aux pages 6-7.

145. Selon l'article 332.9 C.c., le tribunal appelé à établir un régime de protection prend aussi en considération les volontés exprimées par le majeur dans un mandat donné dans l'éventualité de son inaptitude.

146. La preuve judiciaire de cette déclaration extra-judiciaire, qui tend non seulement à établir l'existence, mais aussi et surtout la véracité du contenu, déroge implicitement par sa pertinence à la prohibition du *ouï-dire* telle que formulée dans *Subramaniam c. Public Prosecutor*, [1956] 1 W.L.R. 965, 970 (C. privé), et *R. c. O'Brien*, [1978] 1 R.C.S. 591 notes du juge Dickson à la page 593, dont le juge Pigeon explique le fondement dans *Royal Victoria Hospital c. Morrow*, [1974] R.C.S. 501, à la p. 508, sur le cas d'un témoin décédé; voir *Marchand c. Héritiers Begnoche*, [1964] C.S. 369; *Southern Canada Power Co. c. Conserverie de Napierville Limitée*, [1967] B.R. 907; *Valiquette c. Trust Général du Canada*, [1970] C.S. 579; *Cargill Grain Limited c. Davie Shipbuilding Limited*, [1977] 1 R.C.S. 659.

l'expression de la volonté à ce sujet. La formule de mandat en cas d'inaptitude, publiée en juin 1990 par le Gouvernement du Québec, énonce:

*Je soussignée [...] advenant mon inaptitude, confie à [...] le mandat de:*

[...]

*Prendre toutes les décisions quant aux soins exigés par mon état de santé dans la mesure où ils sont opportuns dans les circonstances en tenant compte de mon opposition à l'acharnement thérapeutique et à l'administration de soins disproportionnés ainsi que ma volonté de mourir dignement. Pour ce faire, j'autorise mon mandataire à refuser que je sois maintenu en vie par des moyens artificiels.*

*Mon mandataire devra exiger que me soit administré tout médicament susceptible de diminuer mes souffrances même s'il devait hâter le moment de ma mort;*

*Mon mandataire pourra consulter mon dossier médical;*

*Mon mandataire devra autoriser le prélèvement sur mon corps de tout organe pour transplantation ou autres fins médicales.*

Malgré cette expression de la volonté, le principal facteur de décision demeure l'intérêt de la personne.<sup>147</sup> Cependant, le décideur devrait respecter la volonté exprimée par le bénéficiaire, lorsque le refus de soins n'est pas clairement ou probablement injustifié.

En l'absence de directives précises écrite ou orale, l'expression de la volonté pourrait-elle s'établir par présomption de faits? Peut-elle s'inférer du comportement et de l'expérience de vie du patient maintenant inapte? Cette question rejoint celle de la détermination des meilleurs intérêts de ce dernier. A partir d'indices, le tribunal pourrait imaginer ce qu'aurait fait le patient, s'il était en mesure de se prononcer. Dans l'affaire *Eve*, le juge La Forest expose comme suit la théorie du jugement substitué:

*Le principal objectif du critère de la substitution de jugement est de tenter de déterminer quelle décision prendrait la personne atteinte de déficience mentale si elle étudiait sa situation comme une personne saine d'esprit, mais en tenant compte de ses déficiences comme facteurs de sa décision. Ce critère permet au tribunal de tenir compte d'un certain nombre de facteurs qui portent directement sur l'état de la personne atteinte de déficience mentale. Le tribunal peut donc examiner des questions comme les valeurs de cette personne, ses croyances religieuses et ses opinions à l'égard de la société telles qu'elles sont exprimées par sa famille. Essentiellement, on tente de déterminer les intérêts et les préférences réels du déficient. Ce critère, croit-on, reconnaît au déficient sa dignité morale et son droit à un libre choix. Étant donné que la personne*

---

147. Ainsi, en droit familial, en matière de garde, le tribunal peut tenir compte de la préférence exprimée par l'enfant, mais doit décider uniquement en fonction de l'intérêt de ce dernier.

*atteinte de déficience mentale ne peut exercer ce choix elle-même, le tribunal le fait pour elle. Le fait qu'un déficient est, en raison de son âge ou de sa déficience mentale, incapable d'aider le tribunal dans sa décision, n'empêche pas d'utiliser le critère de la substitution de jugement.*<sup>148</sup>

Cependant, la Cour suprême du Canada ne favorise pas l'adoption du critère de substitution de jugement.

*Il y a une faille de logique évidente dans cet argument. Je ne doute pas qu'une personne ait le droit de décider d'être stérilisée. C'est son libre choix. Mais le choix présuppose qu'une personne a la capacité mentale pour le faire. On peut discuter de la question de savoir si un tribunal devrait avoir le pouvoir de prendre la décision si cette personne n'a pas la capacité mentale de le faire. Toutefois, il est évidemment illusoire de dire qu'une telle décision est celle de la personne atteinte de déficience mentale, même si le tribunal tente de se mettre à sa place. On peut simplement imaginer ce que le déficient ferait s'il pouvait choisir. Le sophisme contenu dans l'argument à l'appui de la substitution de jugement a été entièrement mis à jour dans l'affaire Eberhardy [...]*<sup>149</sup>

Sous réserve d'une sanction jurisprudentielle précise en matière de soins thérapeutiques,<sup>150</sup> il serait prématuré d'affirmer que le tribunal devrait tenter de découvrir ce que le patient ou une personne raisonnable dans la situation du patient aurait décidé; la Cour suprême, dans *Eve*, fournit une indication contraire. À défaut d'une expression claire de la volonté du patient, le tribunal, en fonction des autres éléments de preuve disponibles, agit dans le seul intérêt de la personne inapte.

L'intérêt n'est pas un critère abstrait: "No one who has dealt with this standard has expressed complete satisfaction with it. It is not an objective test, and it is not intended to be. The substantial workability of the test rests upon the informed fact-finding and the wise exercise of discretion by trial courts engendered by long experience with the standard."<sup>151</sup> L'intérêt s'apprécie de façon concrète et réelle à la lumière des circonstances de chaque cas. "[L]'intérêt d'une personne est la mesure de son bien", lequel comprend les aspects "physique, affectif, intellectuel et spirituel (ou moral et religieux) [...]" [l]'intérêt de la personne exige en principe qu'on ne néglige aucun de ces aspects mais, en pratique, dans l'ordre de leur satisfaction minimale, l'aspect physique a priorité sur l'affectif, l'affectif sur l'intellectuel et l'intellectuel sur le spirituel."<sup>152</sup>

---

148. *Eve*, *supra* note 13, 425.

149. *Ibid.*, 435.

150. La stérilisation souhaitée par la mère d'Ève, une déficiente mentale, ne revêtait aucun caractère thérapeutique, comme l'établit le dossier; elle ne craignait que les conséquences d'une séduction.

151. *Matter of Guardianship of Eberhardy*, 307 N.W. 2d 881 (Wis. 1981), notes du juge Hefferman à la page 894, citées dans l'affaire *Eve*, *supra* note 13, 432 et 433.

152. *Goyette (in re)*, *supra* note 11, 434.

### 3. Fardeau de preuve

La personne humaine jouit du droit à la vie. Le législateur enchâsse ce droit à l'article 7 de la *Charte canadienne* et aux articles 1 et 2 de la *Charte québécoise des droits et libertés*. La personne a aussi droit à la sauvegarde de sa dignité (art. 4 de la *Charte québécoise*) et à la protection contre les traitements cruels et inusités (art. 12 de la *Charte canadienne*). Le tribunal pèse les bienfaits et les inconvénients de l'administration des soins ou de leur cessation.<sup>153</sup> La preuve incombe à la personne qui en demande l'interruption. C'est un lourd fardeau, puisqu'il s'agit de renverser une présomption légale de droit à la vie.<sup>154</sup> La question posée est souvent la suivante: le patient souffre-t-il ou souffrira-t-il plus de la vie qu'il n'en bénéficie ou bénéficiera? Il faut alors vérifier "si l'on n'est pas ici en présence du `non-prolongement d'un processus de mortalité déjà engagé'".<sup>155</sup> Le test est à la fois objectif et subjectif.

*J'estime que le parti le plus sûr sur la question de la causalité est de se demander objectivement dans quelle mesure la prépondérance des risques de l'opération sur ceux de l'absence d'opération pèse en faveur de l'intervention chirurgicale. [...] Il en est de même de toute considération spéciale touchant un patient donné.*

[...]

*L'adoption d'une norme objective ne signifie pas que la question de la causalité est entièrement dans les mains du chirurgien. Ce n'est pas parce que la preuve médicale établit le caractère raisonnable de l'opération envisagée qu'une personne raisonnable placée dans la situation du patient accepterait nécessairement de la subir, si on lui divulguait de façon adéquate les risques que comporte l'opération comparés aux risques de ne pas la subir.*

[...]

*En disant que le critère est fondé sur la décision qu'aurait prise une personne raisonnable placée dans la situation du patient, je dois préciser que les inquiétudes particulières du patient doivent également avoir un fondement raisonnable; sinon la marge de subjectivité serait supérieure à celle permise dans un critère objectif.*

[...]

---

153. À l'instar de la démarche suivie en matière d'injonction interlocutoire, où le tribunal procède à l'évaluation du poids des inconvénients selon que l'injonction serait émise ou non.

154. "[I]l ressort que le fardeau de démontrer la nécessité de l'acte médical incombe à ceux qui en demandent l'exécution. Et ce fardeau, bien qu'il soit civil, doit correspondre à la gravité de la mesure proposée": *Affaire Eve*, *supra* note 13, 438.

155. *Protection de la jeunesse-332*, *supra* note 11, 1670.

*En bref, bien que l'on doive tenir compte de la situation particulière d'un patient, situation qui variera selon le patient, il faut l'évaluer objectivement en fonction de ce qui est raisonnable.*<sup>156</sup>

Le risque couru par l'administration ou la cessation des soins est-il hors de proportion avec le bienfait qu'on peut en espérer (art. 20 C.c.)? Les soins sont-ils ou seront-ils bénéfiques, malgré leur effet? Sont-ils opportuns dans les circonstances et les risques présentés, sont-ils ou non hors de proportion avec le bienfait espéré (art. 19.3 C.c.)? Quels seront les effets possibles, probables ou certains de la continuation ou de l'intensification des soins, ou d'une intervention chirurgicale? Apporteront-ils un remède efficace? À partir de quel moment les mesures médicales se transforment-elles en acharnement thérapeutique et entravent-elles la dignité humaine? Les soins sont-ils si disproportionnés qu'ils ne s'avèrent plus nécessaires, parce que sans effets thérapeutiques? L'état du patient est-il irréversible? Le décès s'avère-t-il inévitable en l'absence de toute mesure efficace autre que palliative?

Il convient de s'interroger sur la conséquence des soins ou de leur absence.<sup>157</sup> Il faut considérer les effets secondaires des traitements et vérifier si "même en appliquant le traitement proposé, les chances de survie sont extrêmement précaires".<sup>158</sup> Dans ce processus d'analyse, tout traitement médicalement utile et nécessaire pour sauver la vie du patient doit être administré. L'incertitude règne quant à la qualification de ce qui est utile et nécessaire.

Le caractère irréversible de l'interruption des soins invite à la plus grande prudence. La gravité des conséquences impose une décision juste: "Et comment allons-nous soupeser l'intérêt d'une personne dans ce domaine délicat, en gardant à l'esprit qu'une erreur est irréversible? À la différence des autres cas où la compétence *parens patriae* entre en jeu, le tribunal ne peut pas rectifier une erreur par l'exercice ultérieur de son pouvoir discrétionnaire."<sup>159</sup> Les progrès de la science pourraient-ils apporter un remède susceptible d'améliorer plus tard l'état du patient et lui permettre de vivre? "La nature de la recherche

---

156. *Reibl c. Hughes*, *supra* note 117, notes du juge en chef Laskin pour la Cour aux pages 898-900.

157. Affaire *Eve*: "En l'espèce, aucun élément de preuve n'indique que ne pas pratiquer l'opération aurait un effet préjudiciable sur la santé physique ou mentale d'Eve." (*supra* note 13, 429); affaire *Goyette*: "Dans l'hypothèse où les soins médicaux sont refusés, il est certain que l'enfant Maude Goyette décèdera à court terme. [...] Dans l'hypothèse où les soins médicaux sont autorisés, si l'intervention réussit, le Dr Guy Michaud est d'avis que `cette enfant pourra faire d'énormes progrès tant sur le plan physique que sur le plan psycho-moteur.' [...] Dans la première hypothèse, l'éventualité est certaine: c'est la mort à brève échéance. On ne peut considérer, à cause d'une déficience mentale, que la mort serait un bienfait" (*supra* note 11, 435); *Protection de la jeunesse-332*: "Deux décisions sont possibles: la non-intervention, qui entraîne à brève échéance le décès de cet enfant, et l'intervention avec des risques de mortalité, et de morbidité à brève échéance, avec aussi évidemment la vie qui, même chez un trisomique 21, est importante, mais une vie qui sera, chez lui, la vie d'un grand cardiaque" (*supra* note 11, 1670); dans l'affaire *Saikewicz*, *Superintendent of Belchertown States School c. Saikewicz*, (1977) 373, Mass. 728, 370 N.E. 2d 417, la Cour d'appel, confirmant le jugement de ne pas procéder à la chimiothérapie, retient des facteurs objectifs, tels l'âge du patient, l'état général de sa santé, la nature, les effets secondaires et les chances de succès du traitement médical proposé, ainsi que l'incapacité du patient à comprendre le traitement et ses conséquences.

158. *Couture-Jacquet*, *supra* note 11, notes du juge Chevalier à la page 181.

159. Affaire *Eve*, *supra* note 13, 431. Ainsi, l'erreur commise quant à la garde de l'enfant peut être ultérieurement corrigée par une mesure modificative de l'ordonnance.

scientifique ou les progrès dans ce domaine peuvent, du moins dans une certaine mesure, faire disparaître l'incapacité dont *Eve* souffre. Une telle possibilité devrait faire hésiter les tribunaux à étendre leur pouvoir de s'occuper des personnes jusqu'à prendre une mesure irréversible comme on nous demande de le faire en l'espèce."<sup>160</sup>

Le degré de certitude requis varie selon les décisions. Ainsi, dans *Re B*,<sup>161</sup> la Cour d'appel d'Angleterre autorise l'intervention sur un enfant souffrant du syndrome de Down et d'atrésie, jugeant qu'il s'agit d'une opération nécessaire pour lui sauver la vie et qu'il souffrira peu. La Cour considère que la décision d'interrompre les soins doit s'accompagner d'un degré de certitude quasi absolu quant au pronostic: "There may be cases, I know not, of severe proved damage where the future is so certain and where the life of the child is so bound to be full of pain and suffering that the Court might be driven to a different conclusion".<sup>162</sup> Comme le note la Cour suprême du New Jersey dans l'affaire *Conroy*, "to err either way — to keep a person alive under circumstances under which he would rather have been allowed to die, or to allow that person to die when he would have chosen to cling to life — would be deeply unfortunate."<sup>163</sup> La possibilité d'une erreur favorise la préservation de la vie. Ainsi, dans l'affaire *Dawson*,<sup>164</sup> le juge de la Cour suprême de Colombie-Britannique considère qu'il faut prouver hors de tout doute que la vie future de l'enfant n'excluera pas la souffrance.<sup>165</sup> Dans l'affaire *Goyette*, le juge déclare: "dans le doute quant à l'utilisation ou non de ces moyens, la décision à prendre doit l'être en faveur de leur utilisation."<sup>166</sup> La simple possibilité — insuffisante à assurer le succès d'un recours civil — d'une amélioration dans l'état du patient pourrait favoriser le maintien des soins. La Cour d'appel, dans l'affaire *Couture-Jacquet*, se rapproche cependant davantage du fardeau de preuve civile:

*There is medical evidence to the effect that the previous unpleasant series of chemotherapy treatments resulted in serious and permanently incapacitating side effects. These negative effects have to be weighed against the possibility of eventual improvement in the quality of life of the infant, Catherine, when considering whether or not it is in Catherine's best interest that a further series of chemotherapy treatments should be administered.*<sup>167</sup>

---

160. *Ibid.*, 432.

161. *In re B.*, [1981] 1 W.L.R. 1421.

162. *Ibid.*, 1424.

163. *In re Conroy*, *supra* note 106.

164. *Affaire Dawson*, *supra* note 11.

165. L'on songe immédiatement au degré de preuve requis en matière criminelle, où la Couronne doit prouver la culpabilité de l'accusé au-delà de tout doute raisonnable. Nous avons vu que la prépondérance de preuve suffit en matière civile: "Et notre droit civil m'apparaît bien fixé: on ne retient de relations causales que celles qui sont directes; n'est prouvé que ce qui est certain voire ce qui est probable mais jamais ce qui n'est que possible et encore moins ce qui est imaginé." (*Droit de la famille-67*, [1985] C.A. 135, notes du juge Vallerand à la page 152). Le tribunal, en bioéthique, considère non seulement les probabilités, mais aussi les possibilités.

166. *Goyette (in re)*, *supra* note 11, 436.

167. *Couture-Jacquet*, *supra* note 11, notes du juge Owen à la page 180.

*Selon toute probabilité, la reprise des traitements de chimiothérapie accentuera les dommages déjà causés et augmentera d'une façon irréversible l'incapacité permanente déjà acquise.*<sup>168</sup>

Comme on le constate, le juge Owen parle de possibilité, alors que le juge Chevalier parle de probabilité, sans toutefois référer à la notion de doute.

À cause de la portée grave et irréversible de la décision prise pour autrui, les tribunaux imposent une forte prépondérance de preuve, avant d'autoriser la cessation des soins.

Le test retenant la dignité de la vie et l'inhumanité de la situation doit être objectif. La preuve peut se calquer sur celle requise pour ouvrir un régime de protection (art. 332.9 C.s.), soit l'avis des proches du patient, la preuve médicale et psycho-sociale, les volontés exprimées par le patient.<sup>169</sup>

Si la preuve convainc le tribunal que les moyens médicaux s'avèrent inutiles et ne peuvent plus protéger la vie, le droit à la vie s'estompe et le droit de mourir dans la dignité l'emporte.

*Devant tous ces faits, cette titulaire a, dans une prise de position raisonnée et éclairée, et après avoir, de l'aveu de l'intimée, pleinement collaboré aux autres traitements passés, considéré l'intérêt de l'enfant, jugé que si celle-ci était capable de prendre elle-même sa décision, elle considérerait de son intérêt d'interrompre le traitement de passer les jours qui lui restent à vivre dans une sérénité relative et, le cas échéant, de mourir dans la dignité de sa personne.*<sup>170</sup>

*Il est apparu que la décision des parents a été éclairée, consciente et responsable. Il n'appartient pas au juge de substituer sa propre appréciation de ces circonstances pénibles et cruelles pour les parents de Cr..., leur deuxième enfant.*<sup>171</sup>

*The decision reached by the parents cannot be characterized as being overwhelmingly poor, inherently inept, ill-considered, lacking judgment, or simply unreasonable and unacceptable to society. Their decision is not of the quality that the state should be compelled to intervene.*<sup>172</sup>

---

168. *Ibid.*, notes du juge Chevalier à la page 182.

169. 332.9 C.c. "[L]e tribunal appelé à établir le régime de protection prend en considération, outre l'avis des personnes susceptibles d'être appelées à former un conseil de famille, les preuves médicales et psycho-sociales, les volontés exprimées par le majeur dans un mandat donné dans l'éventualité de son inaptitude mais qui n'est pas homologué, ainsi que le degré d'autonomie de la personne pour laquelle on demande l'ouverture d'un régime."

170. *Couture-Jacquet*, *supra* note 11, notes du juge Chevalier à la page 182.

171. *Commission de Protection des droits de la jeunesse du Québec*, *supra* note 11, 1681.

172. *Saskatchewan (Minister of Social Services)*, *supra* note 11, 142.

## CONCLUSION

Le pouvoir judiciaire n'intervient qu'en cas de différend. La décision incombe avant tout à la famille du patient inapte, après examen minutieux des options. Il s'agit d'une décision grave et difficile, qui implique le cœur, la conscience et la raison.

Afin de faciliter la lourde tâche du décideur, l'établissement hospitalier devrait fournir le support d'un comité d'éthique composé de médecins, infirmières-infirmiers, travailleur(euse) social(e), ministre du culte et avocat, dont l'Association des hôpitaux du Canada a recommandé la création en 1986. L'avocat apporte l'éclairage juridique requis, à l'instar de celui fourni par le tribunal, par un exposé des normes pertinentes. Même s'il est conseiller juridique de l'établissement, il doit agir de façon objective et impartiale, quoique conscient des risques auxquels pourraient s'exposer les membres de l'équipe médicale en cas d'actes intempestifs.

Les médecins sont de plus en plus appelés à travailler dans ce domaine de façon multi-disciplinaire. Ce qui pourrait être perçu comme une intrusion dans leur domaine de compétence doit être vu comme un travail d'équipe destiné à mieux les guider dans les moments les plus ardues de l'exercice de leur profession.

La bioéthique évolue au pas des développements scientifiques et juridiques. Elle doit fournir les règles de conduite qui assurent à la fois le respect de la vie et la dignité de la personne.