

LES TÉMOINS DE JÉHOVAH ET LE REFUS DE CERTAINS TRAITEMENTS : PROBLÈMES DE FORME, DE CAPACITÉ ET DE CONSTITUTIONNALITÉ DÉCOULANT DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC*

Robert P. Kouri and Charlotte Lemieux

Volume 26, Number 1, 1995

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1108167ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/12858>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Kouri, R. P. & Lemieux, C. (1995). LES TÉMOINS DE JÉHOVAH ET LE REFUS DE CERTAINS TRAITEMENTS : PROBLÈMES DE FORME, DE CAPACITÉ ET DE CONSTITUTIONNALITÉ DÉCOULANT DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC*. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 26(1), 77–132.
<https://doi.org/10.17118/11143/12858>

Article abstract

The writers examine the validity under Quebec law, of cards carried by Jehovah's Witnesses which instruct health-care providers that no blood transfusions or products be administered to them, should they be otherwise incapable of expressing their refusal of such treatment. The issue of validity is raised not only when the refusal is made by adults but also by mature minors.

The writers also discuss whether certain restrictive provisions of the *Civil Code* concerning the age of consent to medical care respect principles enunciated in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and in Quebec's *Charter of Human Rights and Freedoms*.

**LES TÉMOINS DE JÉHOVAH ET LE REFUS DE
CERTAINS TRAITEMENTS :
PROBLÈMES DE FORME,
DE CAPACITÉ ET DE CONSTITUTIONNALITÉ
DÉCOULANT DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC***

par Robert P. KOURI*
Charlotte LEMIEUX**

Les auteurs examinent, à la lumière du droit québécois, la validité de la carte portée par les Témoins de Jéhovah, carte avisant les instances médicales qu'aucune transfusion de sang ne doit leur être administrée dans les cas où ils seraient autrement incapables d'exprimer leur refus. Cet examen vise tant le majeur que le mineur apte.

Les auteurs se penchent également sur certains articles spécifiques du Code civil du Québec concernant l'âge requis pour consentir aux soins médicaux, afin de savoir s'ils respectent les principes enchâssés dans la Charte canadienne des droits et libertés ainsi que dans la Charte des droits et libertés de la personne.

-
1. Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.
 2. Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.
Les auteurs désirent remercier leurs collègues, les professeurs Pierre Blache et Suzanne Philips-Nootens, qui ont lu ce texte et qui l'ont enrichi de plusieurs suggestions. Toutefois, les opinions exprimées sont celles des seuls auteurs.

*Les Témoins de Jéhovah et le refus de certains traitements:
problèmes de forme, de capacité et de constitutionnalité* (1995) 26 R.D.U.S.
découlant du Code civil du Québec

The writers examine the validity under Quebec law, of cards carried by Jehovah's Witnesses which instruct health-care providers that no blood transfusions or products be administered to them, should they be otherwise incapable of expressing their refusal of such treatment. The issue of validity is raised not only when the refusal is made by adults but also by mature minors.

The writers also discuss whether certain restrictive provisions of the Civil Code concerning the age of consent to medical care respect principles enunciated in the Canadian Charter of Rights and Freedoms and in Quebec's Charter of Human Rights and Freedoms.

SOMMAIRE

Introduction	79
A - Validité de la carte de refus de transfusion à la lumière du <i>Code civil</i>	83
I - Le majeur et la portée de la carte	84
II - Le mineur et la portée de la carte	91
a) Dans les cas où l'enfant est âgé de quatorze ans et plus	92
b) Dans le cas où l'enfant est âgé de moins de quatorze ans	98
B - Validité de certaines dispositions du <i>Code civil</i> sur le consentement aux soins à la lumière des <i>Chartes</i> canadienne et québécoise .	104
I - La <i>Charte</i> canadienne	104
II - La <i>Charte</i> québécoise	122
Conclusion	127

Introduction

Tous admettent désormais que le majeur capable a le droit de refuser des soins médicaux,¹ même au péril de sa vie.² Malgré les hésitations de certains auteurs,³ et en dépit de l'adoption antérieure d'un texte de loi affirmant le contraire, texte qui toutefois n'a jamais été mis en vigueur,⁴ le droit actuel ne souffre plus de doute à cet égard. Une fois le principe admis, son application pose toutefois certaines difficultés. Il arrive que l'autorité des directives émises à l'avance pour valoir en cas d'inaptitude, soit nébuleuse. Le «testament biologique»⁵ qui, la plupart du temps, a pour but d'éviter l'acharnement thérapeutique, en est un exemple. Un autre exemple est celui de la carte que portent les Témoins de Jéhovah (ci-dessous désignée comme étant la «carte»), et par laquelle ces derniers, en vertu d'une interdiction biblique,⁶ expriment leur

-
1. Cf. *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119 à la p. 135 où le juge Cory écrit : «N'oublions pas que tout patient a droit au respect de sa personne, ce qui comprend le droit de décider si, et dans quelle mesure, il acceptera de se soumettre à des actes médicaux. Chacun a le droit de décider de ce qu'on pourra faire subir à son corps et, partant, de refuser un traitement médical auquel il n'a pas consenti». Voir également *Engel c. Salyn*, [1993] 1 R.C.S. 306, à la p. 315. En droit anglais, voir *Sidaway v. Bethlem Royal Hospital Governors*, [1985] 1 All E.R. 643, à la p. 666 (H.L.) (Lord Templeman); *Re T (adult : refusal of treatment)*, [1992] 4 All E.R. 649, [1992] 3 W.L.R. 782 (C.A.); *Re C (adult : refusal of medical treatment)*, [1994] 1 All E.R. 819.
 2. Articles 10 et 11 C.c.Q. Dans *Ciarlariello*, le juge Cory a laissé entendre cependant que le retrait du consentement pourrait être écarté «[...] dans des circonstances où, d'après la preuve médicale, l'interruption du procédé compromettrait la vie du patient ou présenterait des problèmes graves et immédiats pour sa santé», *ibid.*, p. 136. Notons que dans *Ciarlariello*, le traitement fut entrepris avec le consentement de la patiente qui, par la suite, avait retiré son consentement pendant l'angiographie.
 3. Par exemple, A. Mayrand, *L'Inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson et Lafleur ltée, 1975, à la p. 49, n° 40; M. Ouellette dans R. Kouri, M. Ouellette, «Corps humain et liberté individuelle», (1975) 6 R.D.U.S. 85, à la p. 102.
 4. *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, 5e sess., 32e législature du Québec, 1984, présentée le 19 décembre 1985 et adoptée le 15 avril 1987, (1987 L.Q. c. 18, article 12, «Le consentement aux soins médicaux n'est pas requis en cas d'urgence, lorsque la vie de la personne est en danger[...]»).
 5. Que ce testament biologique soit contenu ou non dans un mandat donné en prévision de l'inaptitude (articles 2131, 2166 C.c.Q.). Voir également *Self-Determination in Health Care (Living Wills and Health Care Proxies)*, Winnipeg : Manitoba Law Reform Commission 1991, Rapport # 74 - juin 1991.
 6. Lévitique 17:10-12; Actes 15:28,29.

refus de transfusions sanguines, même si ce refus peut compromettre leurs chances de survie.⁷

Dans les provinces de *Common law*, la force obligatoire de la carte, du moins lorsque son porteur est adulte et apte au moment de la signature, ne semble plus faire de doute depuis la retentissante affaire *Malette v. Shulman*.⁸ Madame Malette, âgée de cinquante-sept ans, était passagère dans la voiture conduite par son époux lorsqu'elle a été grièvement blessée dans une collision avec un camion circulant en sens inverse. Elle a été transportée inconsciente à l'hôpital Kirkland and District, où le médecin omnipraticien de garde à l'urgence, le docteur Shulman, a constaté qu'elle souffrait de graves blessures à la tête et qu'elle avait perdu beaucoup de sang. Pour éviter que la patiente ne tombe en état de choc, on lui a d'abord installé un soluté (glucose et lactate de Ringer). Devant l'insuffisance de ce procédé, on a décidé de lui donner une

-
7. La carte, intitulée **INSTRUCTIONS MÉDICALES PRÉALABLES/DÉCHARGE**, est signée devant deux témoins. La date y est également inscrite. Normalement, cette carte est renouvelée chaque année. Le texte de la carte se lit comme suit :
- «Je soussigné(e), _____, formule ces instructions préalables comme une expression officielle de ma volonté. Elles reflètent une décision catégorique de ma part. Je demande instamment qu'on ne m'administre **pas de transfusion sanguine** (sang total, globules rouges, globules blancs, plaquettes ou plasma sanguin) et ce quelles que soient les circonstances, même si les médecins la jugent nécessaire pour préserver ma vie ou ma santé. Néanmoins, j'accepte des restaurateurs non sanguins du volume plasmique (Dextran, solution saline ou de Ringer, Plasmion, Plasmagel, etc.) et d'autres techniques ne faisant pas appel au sang.
- Par ces instructions légales, j'exerce mon droit d'accepter ou de refuser des traitements médicaux en accord avec des principes et des convictions auxquels je tiens profondément. Je suis Témoin de Jéhovah, et je ne veux pas de sang, afin d'obéir aux ordres de la Bible, comme celui-ci "Abstenez-vous du sang." (Actes 15:28,29). C'est là ma position religieuse inébranlable depuis _____ ans. Je suis âgé(e) de _____ ans.
- Je sais aussi que les transfusions de sang présentent des dangers. J'ai donc décidé de me protéger de ces dangers et par contre, d'accepter tous les risques que semblerait entraîner mon choix d'un traitement qui remplace le sang.
- Je décharge les médecins, les anesthésistes, les hôpitaux et leur personnel de la responsabilité de tout dommage que pourrait provoquer mon refus du sang, malgré leurs soins satisfaisants par ailleurs.**
- J'autorise la (ou les) personne(s) nommée(s) au verso à s'assurer que mes instructions formulées sur ce document soient respectées et à répondre à toute question relative à mon refus catégorique du sang.» (Reproduit avec permission).
8. (1987) 63 O.R. (2d) 243, 47 D.L.R. (4th) 18, 43 C.C.L.T. 62 (High Court of Justice); (1990) 72 O.R. (2d) 417, 67 D.L.R. (4th) 321, 2 C.C.L.T. (2d) 1 (Court of Appeal).

transfusion sanguine, mais avant qu'il en soit fait ainsi, une infirmière a trouvé dans le sac à main de Madame Malette une carte, rédigée en français, et signée par la patiente elle-même. Cette carte mentionnait que Madame Mallette était membre des Témoins de Jéhovah, et qu'en raison de ses croyances religieuses, elle ne voulait en aucune circonstance recevoir du sang ou de ses dérivés. La teneur de cette carte, qui n'était ni datée ni attestée par témoins, a été portée à l'attention du docteur Shulman. Ce dernier, à cause de la détérioration rapide de l'état de Madame Malette, a quand même décidé d'administrer la transfusion lui-même. Trois heures plus tard, la fille de Madame Malette s'est présentée à l'hôpital et a protesté avec véhémence contre la transfusion de sang. Elle a par la même occasion confirmé l'appartenance religieuse de sa mère, ainsi que la position de cette dernière à l'encontre des transfusions sanguines. Le docteur Shulman a toutefois maintenu que ces transfusions avaient été absolument nécessaires, et a émis des doutes quant à la validité de la carte à titre de refus de traitement. En effet, il aurait pu arriver que Madame Malette abandonne ses convictions religieuses peu avant l'accident, ou qu'elle ait signé la carte sous la pression de sa famille ou de son entourage, ou encore qu'elle n'ait pas, au moment de la signature, bien connu les risques inhérents au refus des transfusions.⁹ De plus, dans l'hypothèse où elle aurait été consciente, elle aurait pu, une fois renseignée sur son état, changer d'avis afin d'éviter de mourir.

On est parvenu à stabiliser l'état de la patiente afin d'effectuer son transfert par avion vers un hôpital de Toronto. Quelques mois plus tard, Madame Malette a quitté l'hôpital, parfaitement rétablie. C'est alors qu'elle a décidé d'intenter une poursuite en dommages-intérêts pour négligence, pour voies de fait («*assault and battery*»), et pour discrimination religieuse. La poursuite était dirigée contre le docteur Shulman, contre l'hôpital Kirkland and District ainsi

9. Cet argument est semblable à celui invoqué avec succès dans la décision *Werth v. Taylor*, (1991) 475 N.W. 2d. 426 (Michigan C. App) où le tribunal avait émis le principe suivant (à la p. 430) : «[...] [I]t is the patient's fully informed, contemporaneous decision which alone is sufficient to override evidence of medical necessity. [...] [The patient's] prior refusals had not been made when her life was hanging in the balance or when it appeared that death might be a possibility if a transfusion were not given». Cet arrêt est commenté par Daniel B. Griffith dans (1992) 8 *Issues in Law & Medicine*, 381. De même dans la cause anglaise de *In re T*, *op. cit., supra*, note 1, la Cour d'appel d'Angleterre avait décidé que le médecin pouvait évaluer la qualité du refus de soins, ainsi que l'état d'esprit de la personne au moment où elle avait signé ce refus.

que son directeur-général, et contre quatre infirmières de cet hôpital. En première instance, la patiente a été déboutée de son recours contre tous les défendeurs, sauf de celui contre le docteur Shulman. Ce dernier fut en effet condamné par le juge Donnelly à payer la somme de 20 000\$ pour «*battery*», puisque le but de la carte était d'exprimer les volontés de la personne si son état ne lui permettrait pas de le faire. Selon le juge, les doutes du docteur Shulman sur la validité de la carte n'étaient pas «*rationaly founded*» sur les faits dont il avait eu connaissance. Il ne pouvait donc se permettre d'ignorer les directives énoncées dans la carte. En outre, dit le juge, le refus de traitement fondé sur des motifs religieux n'a pas besoin d'être un refus éclairé pour se qualifier comme refus, et les risques qui en découlent n'ont pas à être compris par le malade. Qui plus est, le refus de traitement pour motifs religieux n'a pas à être raisonnable.

Les deux parties ont fait appel de cette décision, le défendeur Shulman demandant que la cause soit rejetée, et Madame Malette réclamant non seulement que l'hôpital soit aussi condamné, mais encore que les frais de l'action soient adjugés contre les défendeurs.

La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la décision de première instance et rejeté l'appel incident («*cross-appeal*»). Parlant au nom de la Cour, le juge Robins a alors avancé le principe généralement admis voulant que, maître de son propre corps, chaque personne ait le droit de refuser des soins. Ce droit demeure, même en cas d'urgence, lorsque la santé, voire la vie, dépendent des soins proposés. L'intérêt de l'État à préserver la vie et la santé d'une personne apte doit céder le pas à l'intérêt supérieur de l'individu, qui a le droit de maîtriser son destin. Dans le présent cas, de poursuivre la Cour, Madame Malette avait signalé, de la seule façon possible, son refus de recevoir des transfusions. À moins d'avoir des raisons de croire que les directives écrites de la patiente ne représentaient pas réellement sa volonté, le médecin se devait de les respecter, d'autant plus qu'elles étaient claires, précises et non équivoques, et que la carte était signée. Le seul fait de garder en sa possession une telle carte constituerait la confirmation d'une volonté réelle et présente de ne pas recevoir de sang. Mais le respect de l'autonomie de la personne a son prix, de dire le juge Robins :

«The onus is clearly on the patient. When members of the Jehovah's Witness faith choose to carry cards intended to notify doctors and other providers of health care that they reject blood transfusions in an

emergency, they must accept the consequences of their decision. Neither they nor their dependants can later be heard to say that the card did not reflect their true wishes. If harmful consequences ensue, the responsibility for those consequences is entirely theirs and not the doctor's.»¹⁰

Norman Siebrasse qualifie bien la problématique : «I prefer to characterize the issue not as about the right to refuse treatment, but about the possibility of communicating this refusal».¹¹ En effet, si le droit du majeur de refuser un traitement ne fait plus aucun doute, la validité de son refus dépend de la validité des moyens de communication qu'il emploie. C'est la question que soulève la carte des Témoins de Jéhovah.

Dans cette perspective, nous nous proposons d'examiner d'abord la situation du majeur qui porte cette carte, pour ensuite étudier le cas particulier du mineur dans la même situation. Enfin, nous nous pencherons sur la validité de certaines restrictions législatives concernant le droit du mineur de refuser des soins que sa santé pourrait requérir.

A - Validité de la carte de refus de transfusion à la lumière du *Code civil*

Au Québec, depuis que la *Loi sur le curateur public*¹² a ajouté les articles 19.1 à 19.4 au *Code civil du Bas Canada*, articles qui ont été repris par le *Code civil du Québec*, d'aucuns pourraient prétendre que l'inaptitude du titulaire de la carte au moment précis où elle deviendrait utile soulève un doute sur la validité de cette même carte. En effet, selon l'article 15 C.c.Q.,¹³ lorsque

-
10. (1990) 72 O.R. (2d), à la p. 434. Voir également le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario dans la cause de *Fleming v. Reid*, (1991) 82 D.L.R. (4th) 298, surtout à la p. 310. Dans la cause de *Wijngaarden v. Tzalis* (1992) 11 O.R. (3d) 779, 60 O.A.C. 236, la Cour d'appel de l'Ontario, invoquant l'insuffisance de la preuve présentée dans le dossier d'appel, a refusé de suspendre l'ordre du juge de première instance autorisant les médecins à administrer du sang à une personne grièvement blessée, nonobstant la découverte d'une carte de refus qu'elle avait en sa possession.
 11. N. Siebrasse, «*Malette v Shulman* : The Requirements of Consent in Medical Emergencies», (1989) 34 *Revue de Droit de McGill* 1080, à la p. 1095.
 12. *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1989, c. 54.
 13. Art. 19.2 C.c.B.C.

l'inaptitude d'un majeur à consentir aux soins est constatée, le consentement sera donné par un représentant ou par un «proche».¹⁴ Une personne inconsciente étant une personne inapte, le consentement (ou le refus) viendra donc d'une deuxième personne agissant dans l'intérêt de la première.

I - Le majeur et la portée de la carte

Avant d'envisager les diverses hypothèses concernant la personne majeure et l'effet de la carte, il convient de cerner la notion d'inaptitude.

L'inaptitude est en quelque sorte une incapacité de fait¹⁵ et, dans le cas qui nous occupe, il s'agit d'une inaptitude à consentir à des actes médicaux.¹⁶ La juge LeBel, dans l'affaire *Institut Pinel c. Blais*,¹⁷ parle de la capacité dans ces termes :

«La capacité de consentir à un traitement ou de le refuser ne s'apprécie pas en fonction de la situation de l'individu mais en fonction de son autonomie décisionnelle et de sa capacité de comprendre et d'apprécier ce qui est en jeu».

L'article 258 C.c.Q., en matière de régimes de protection, nous donne certaines indications sur ce qu'est l'inaptitude. Cet état peut résulter notamment «[...] d'une maladie, d'une déficience ou d'un affaiblissement dû à l'âge qui altère

14. C'est-à-dire par le conjoint, un proche parent ou par une personne qui démontre envers le majeur un intérêt particulier.

15. É. Deleury, D. Goubau, *Le droit des personnes physiques*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1994, à la p. 98, n° 94. Selon le Juge Marx dans *Cité de la santé de Laval c. Lacombe*, [1992] R.J.Q. 58 (C.S.), à la p. 60, «Il n'y a pas de présomption à l'effet que la personne qui subit des traitements d'ordre psychiatrique est inapte à donner un consentement quant à ses soins médicaux. Chaque cas est un cas d'espèce.» Dans ce cas précis, la personne en cure fermée refusait les soins. La Cour d'appel, dans une décision unanime rendue sous la plume du juge Baudouin, (*M.-W. (J.) c. C.-W. (S.)*, [1996] R.J.Q. 229, à la p. 235), a mentionné également que «[...] le simple fait qu'une personne ait un régime de protection ne crée pas une présomption d'inaptitude à consentir à des soins médicaux.»

16. P. Applebaum, C. Lidz, A. Meisel, *Informed Consent*, New York, Oxford University Press, 1987, p. 84; J.-P. Ménard, «Les nouvelles règles relatives au consentement aux actes médicaux», (1991) Congrès du Barreau 667, à la p. 670.

17. [1991] R.J.Q. 1969, à la p. 1973 (C.S.).

[I]es facultés mentales ou [l']aptitude physique à exprimer sa volonté». ¹⁸ Dans certains cas, la détermination de l'inaptitude d'une personne est relativement facile et n'exige aucune expertise, comme par exemple lorsque l'individu est inconscient ou paralysé. ¹⁹ Dans d'autres circonstances, c'est-à-dire lorsque la personne souffre d'une maladie ou d'une déficience mentale, la détermination de l'inaptitude devient un exercice beaucoup plus délicat, et l'évaluation de l'état de l'individu par un expert est de rigueur.

Postérieurement à l'affaire *Institut Pinel c. Blais*, ci-dessus mentionnée, les tribunaux québécois ont eu tendance à importer les critères d'évaluation proposés par le *Hospitals Act* de la Nouvelle Écosse ²⁰ et alors considérés par la juge LeBel. Selon ces critères, on doit déterminer si la personne faisant l'objet d'une évaluation :

- «a) understands the condition for which the treatment is proposed;
- b) understands the nature and purpose of the treatment;
- c) understands the risks involved in undergoing the treatment;
- d) understands the risks involved in not undergoing the treatment; and
- e) whether or not his ability to consent is affected by his condition.» ²¹

18. Voir Hélène Brossard, «La loi sur le curateur public : une loi centrée sur la personne», (1991) Congrès du Barreau 617, aux p. 621 et ss. Voir aussi *Le Curateur public et R.P.L.*, [1993] R.J.Q. 1455, à la p. 1462.

19. J.-P. Ménard, *loc. cit.*, *supra*, note 16, p. 670.

20. (1989) R.S.N.S. c. 208, art. 52(2). Voir particulièrement à la p. 1974 de la cause *Institut Pinel c. Blais*. Un jugement ultérieur ordonnant l'administration des soins à ce même patient fut rendu le 1er février 1993 par le juge A. Denis : voir *Institut Pinel de Montréal c. Blais et Curateur Public du Québec*, 500-05-018547-925 C.S.M. Voir également *Hôpital Charles-Lemoyne c. Forcier*, [1992] R.D.F. 257, à la p. 260; *Hôpital St. Charles-Borromée c. G.*, [1994] R.D.F. 27, à la p. 30 (C.S.). La Cour d'appel a également retenu la pertinence de ces critères dans la décision de *Institut Philippe Pinel de Montréal c. Gharavy*, [1994] R.J.Q. 2523 (C.A.), permission d'appeler à la Cour suprême refusée le 17 février 1995, [1995] 1 R.C.S. vii.

21. Ces critères ont été repris par l'Association des psychiatres du Canada : voir J. Arboleda-Florez, «Le consentement en psychiatrie : la position de l'Association des psychiatres du Canada», (1988) 36 *Revue canadienne de psychiatrie* 319, à la p. 321.

Mais comme l'avait affirmé la juge LeBel, il ne s'agit pas d'exiger que la personne comprenne effectivement les informations pertinentes, mais bien qu'elle soit capable de les comprendre.²²

Puisque le majeur apte a le droit de refuser des soins,²³ une manifestation non équivoque de sa volonté doit être respectée, même si cet individu devient ultérieurement inapte en raison de circonstances comme une maladie ou un accident. Sinon, et dans la même logique, on serait obligé de conclure à l'inefficacité d'un consentement préalable à la chirurgie, consentement qui ne prend effet que lorsque la personne, ayant consenti au départ, est ensuite sous anesthésie générale. En effet, l'exigence du consentement du représentant ou d'un proche deviendrait nécessaire puisque, selon les termes de l'article 15 C.c.Q., au moment où le consentement de l'individu à l'acte chirurgical prendrait effet, ce dernier serait devenu inconscient, et par là-même inapte. Une telle exigence deviendrait donc systématique en matière de chirurgie, et le législateur n'a pas pu souhaiter un tel résultat.

Comment réconcilier l'exigence claire d'un consentement substitué en cas d'inaptitude (article 15 C.c.Q.) avec le principe que c'est la personne elle-même, si elle est habituellement apte, qui doit autoriser les atteintes à son inviolabilité (article 11 al. 1 C.c.Q.)? La seule façon d'harmoniser le texte des articles 15 et 11 al. 1 du Code, c'est de recourir au consentement des représentants ou des proches uniquement dans les cas où la personne elle-même,

22. *Op. cit., supra*, note 17 à la p. 1974. Tout en retenant le principe de la capacité de comprendre (la compétence cognitive), la juge LeBel ne semble pas vouloir retenir comme critère additionnel la compétence émotionnelle. Selon Somerville (M.A. Somerville, «Refusal of Medical Treatment in "Captive" Circumstances» (1985) 63 R. du B.C. 59, à la p. 65) : «In general, because the test for factual competence is based on *ability to understand* the consequences and risks of any given course of conduct relevant to a decision-making situation, the law looks only to cognitive functioning in assessing competence. Emotional disturbance, at least in theory, would only be relevant to an assessment of competence, if it were of such a nature or degree as to effect the person's cognitive reasoning or understanding.» Voir également M. Stauch, «Rationality and the Refusal of Medical Treatment : A Critique of the Recent Approach of the English Courts», (1995) 21 *Journal of Medical Ethics* 162, où il fait la nuance entre les notions de «*irrationality*» et «*non-rationality*».

23. *Op. cit., supra*, note 1 et *M.-W. (J.) c. C.-W. (S.)*, *op. cit., supra*, note 15, à la p. 235.

au moment où elle était apte, n'aurait émis aucune directive concernant son intégrité.

Parmi les hypothèses où, effectivement, la personne aurait donné des instructions quant à son inviolabilité, il y a d'abord le cas des directives précises adressées au mandataire désigné par le mandant en prévision de son éventuelle inaptitude.²⁴ Cette institution juridique comporte beaucoup de ressemblances avec le «*durable power of attorney*» qu'on retrouve dans plusieurs juridictions américaines. Dans semblables cas, le mandat pourrait être spécifique (par exemple celui de refuser toute transfusion sanguine, ou de vendre tel bien ...), et alors le mandataire n'aurait qu'à faire en sorte que la volonté du mandant soit respectée. Mais le mandant pourrait, plus généralement, désigner une personne ayant le pouvoir de prendre des décisions dans son meilleur intérêt.²⁵

Cependant, il ne faut pas perdre de vue que le mandat donné en cas d'inaptitude peut viser deux choses : d'une part, l'administration du patrimoine de l'inapte et, d'autre part, la prise en charge de sa personne. Nous reconnaissons volontiers la nécessité de formaliser le processus²⁶ et d'exiger soit un mandat, soit l'instauration d'une tutelle ou d'une curatelle en ce qui concerne la gestion du patrimoine de l'inapte; mais, à l'égard de sa personne, le mandat en cas d'inaptitude existe justement afin de permettre que sa volonté quant à son intégrité soit respectée le cas échéant.²⁷ C'est donc une façon de garantir que la volonté de la personne devenue inapte sera suivie. Le mandat en cas d'inaptitude n'est d'ailleurs pas le seul moyen qui permette d'atteindre ce but, contrairement à ce qu'une interprétation rigide du *Code civil* pourrait laisser entendre. Le fait que le législateur ait choisi de désigner des personnes pouvant consentir à la

24. Article 2166 C.c.Q.

25. Article 12 C.c.Q. Voir par exemple un modèle de mandat proposé par le Curateur public du Québec, dont une clause stipule que «Si je ne suis pas en mesure de consentir aux soins requis par mon état de santé ou de les refuser, mon mandataire doit le faire à ma place. À cet égard, il doit agir dans mon seul intérêt et tenir compte, dans la mesure du possible comme le prévoit la loi, des volontés que j'ai pu exprimer[...]», reproduit dans É. Deleury, D. Goubau, *op. cit., supra*, note 15, à la p. 530.

26. C. Fabien, «Le nouveau droit du mandat» dans *La réforme du Code civil*, t. 2, *Obligations, contrats nommés*, Ste-Foy, P.U.L., 1993, 881, à la p. 935, n° 70.

27. Comme le souligne C. Fabien, *ibid.*, à la p. 939, n° 77, «Les volontés du mandant à cet égard seront davantage susceptibles d'être respectées si elles sont expresses.»

place de la personne inapte, ou de permettre à cette dernière de désigner un mandataire qui prendrait les décisions pertinentes dans l'éventualité de son inaptitude, n'exclut pas pour autant les autres façons qu'aurait l'éventuel inapte de faire respecter sa volonté. Comme Monique Ouellette l'a déjà affirmé, «[l]a priorité, en somme, est accordée à la volonté de la personne, peu importe les véhicules utilisés pour la manifester. L'obligation, pour le tiers, est d'en tenir compte.»²⁸

Le mandat en cas d'inaptitude, comme le consentement des proches, ne sont que des moyens qui s'ajoutent au «permis d'opérer»,²⁹ au testament biologique, et au consentement ou au refus de soins. Écarter la volonté d'une personne devenue inapte, mais qui se serait clairement exprimée lorsqu'elle était

-
28. M. Ouellette, «Livre premier : Des personnes» dans *La Réforme du Code civil*, Ste-Foy, P.U.L., 1993, t. 1, *Personnes, successions, biens*, 15, à la p. 25, n° 35. Voir également G. Mullins, L. Genest, M. Arcand, «Le “testament biologique” accompagné ou non d'un mandat», (1991) (avril) *Le Médecin du Québec* 67, à la p. 73, «Rien, dans notre droit, n'empêche l'expression de notre consentement, non plus que celle de notre refus d'être soigné ou traité. On peut donc rédiger ce [testament biologique] comme étant l'expression future de notre volonté et le professionnel peut l'accepter comme tel en prenant le contexte en considération. [...] La valeur probante du contenu d'un “testament biologique” a, ni plus ni moins, la valeur qu'aurait toute autre forme de consentement, dans les circonstances semblables». Si cela est vrai pour le testament biologique, il en serait de même en ce qui concerne les directives émises à l'avance (ou «*advance directives*» en anglais). En effet, selon les *Commentaires du ministre de la justice*, t. 1, *Le Code civil du Québec*, Québec, Les Publications du Québec, 1993, à la p. 14, «Outre [que les volontés des personnes inaptes] peuvent être exprimées dans un mandat, ces volontés peuvent aussi l'avoir été dans un *testament de vie* qui vise fondamentalement le même objectif que le mandat : assurer que les volontés d'une personne soient respectées après qu'elle est devenue inapte à consentir.» Enfin voir *passim*, É. Deleury, D. Goubau, *op. cit.*, *supra*, note 15, à la p. 106, n° 99.
29. A. Mayrand, *op. cit.*, *supra*, note 3, à la p. 45, n° 35, se sert de cette expression pittoresque qui est maintenant désuète.

apte,³⁰ serait faire preuve d'une rigueur contraire à l'esprit d'une codification de droit civil.³¹

Ainsi, quand un membre des Témoins de Jéhovah a signé sa carte en toute lucidité, et est demeuré apte jusqu'à l'événement faisant appel à l'application de la carte, cette directive écrite, qui aurait pu depuis être révoquée en tout temps mais ne l'a pas été, représente sans aucun doute la volonté ferme de l'individu de décliner les transfusions sanguines.

L'argument voulant que le seul fait de porter la carte ne donne pas la certitude d'un refus éclairé de la part de l'individu, puisqu'il n'est pas à ce moment conscient des circonstances dans lesquelles son refus s'appliquera, ou encore l'argument voulant que, par mégarde, il puisse encore porter une carte dont la teneur ne respecte plus sa volonté, ne devraient pas servir de prétexte pour que le personnel médical occulte la présence de cette carte. Autrement, aucune des directives données à l'avance n'aurait de valeur. À moins donc de motifs raisonnables³² permettant de douter du fait que la carte représente

30. D'ailleurs, l'article 276 C.c.Q. permet au tribunal saisi d'une demande d'ouverture d'un régime de protection de tenir compte du mandat de la personne donné en prévision de son inaptitude, même lorsque ce mandat n'a pas été homologué. Il est intéressant de noter qu'en *Common Law*, le juge Robins affirme dans *Fleming c. Reid et Gallagher*, (1991) 82 D.L.R. (4th) 298 (C.A. Ont.), à la p. 316 : «[qu']on ne saurait non plus, à mon avis, pour les motifs que j'ai donnés dans l'arrêt *Malette c. Shulman*, recourir à la compétence "parens patriae" pour autoriser le traitement médical d'une personne incapable qui, pendant qu'elle était capable, avait donné des directives dans lesquelles elle refusait de consentir au traitement envisagé.» En droit anglais, le principe de la validité du refus exprimé lorsque la personne était apte fut reconnu dans *Airedale NHS Trust c. Bland*, [1993] 1 All E.R. 821 (H.L.), par le Lord Keith à la p. 860 ,et par Lord Goff à la p. 866.

31. C. Lemieux, «Éléments d'interprétation en droit civil», (1994) 24 R.D.U.S. 221, à la p. 236.

32. Par exemple la personne qui a renié publiquement sa religion. Sur la valeur des directives données à l'avance, voir l'opinion du juge G. Rouleau dans *Manoir de la Pointe Bleue (1978) inc. c. Corbeil*, [1992] R.J.Q. 712 à la p. 724 : «[...] [N]ous avons contrôlé avec sollicitude les circonstances de l'affaire en cause et nous jugeons que c'est en toute connaissance de cause que l'intimé refuse de s'alimenter et que sa décision doit être respectée au moment où il est apte, comme, semble-t-il, elle le sera au moment où il sera devenu inapte puisque avant cette inaptitude il a déjà fait connaître avec éclat ses préférences et sa volonté bien arrêtée.» De plus, le juge Rouleau semble approuver le point de vue suivant exprimé par la Commission de réforme du droit du Canada dans son document de travail n° 28 intitulé *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement*, Ottawa, 1982, cité à la p. 725 de son jugement : «Dans une telle hypothèse [i.e. le cas de l'adulte qui est

effectivement la véritable position de l'individu, ses directives devraient être respectées sans réserve.

Deux hypothèses viennent toutefois compliquer la situation. Premièrement, la personne pourrait avoir signé la carte au moment où elle était apte, mais être par la suite devenue inapte, bien avant le moment où les directives données sur cette carte auraient normalement dû s'appliquer. Par exemple, il s'agirait du cas d'une personne apte qui signe la carte refusant les transfusions; quelque temps après, elle devient mentalement inapte en raison de la maladie d'Alzheimer ou du développement d'une psychose; par la suite, elle est victime d'un accident nécessitant des transfusions. Deuxièmement, il pourrait arriver qu'un individu n'ayant jamais été considéré comme apte et ne devant jamais le devenir, en raison d'une déficience ou d'une faiblesse de son esprit, signe malgré tout une carte de refus de transfusions. Dans ces deux hypothèses, devrait-on respecter la volonté exprimée par la carte, ou devrait-on faire appel aux personnes autorisées par la loi à prendre une décision pour le patient?

Le premier cas est le plus problématique : si on devait invariablement donner préséance à la carte après l'instauration de l'état d'inaptitude, son porteur se trouverait en quelque sorte à perdre la faculté de changer d'idée. De son inaptitude ultérieure découlerait alors l'imputation d'une volonté ferme et figée dans le temps, qui ne serait jamais susceptible de modification.³³ La solution, dans ce cas, réside dans l'analyse des circonstances de chaque espèce. Si la personne, avant de devenir inapte, s'est toujours montrée ferme dans ses convictions religieuses et a maintenu sa volonté de refuser des transfusions durant nombre d'années, il serait normal de respecter ce refus, car sa soudaine inaptitude ne saurait raisonnablement faire présumer de son changement d'avis. De deux choses l'une : soit qu'on décide de ne pas s'en remettre uniquement à la carte et qu'on s'adresse à une personne autorisée par la loi ou par mandat, ou qu'on juge raisonnable de respecter les directives énoncées sur la carte. Mais dans un cas comme dans l'autre, le résultat sera le même : si les proches sont appelés à prendre une décision en vertu de l'article 15 C.c.Q., ils seront tenus de

devenu inconscient ou incapable mais qui antérieurement a exprimé sa volonté sur le sujet], il nous paraît que cette volonté doit être respectée et que le médecin est tenu alors dans la même position que si son patient était conscient et capable.»

33. C'est en effet ce qui se produit en matière testamentaire.

suivre le principe de l'article 12 et de respecter, «dans la mesure du possible», la volonté que la personne inapte a pu manifester. Et si on s'en remet uniquement à la carte, nous sommes simplement en présence d'un refus de soins. Nous préférons cependant cette dernière solution, car la reconnaissance de la valeur de la carte comme directive respecte davantage l'autonomie de la personne.

Notre deuxième hypothèse est celle du refus de traitement, au moyen de la carte, par une personne qui n'était pas apte au moment même de sa confection. Tout en reconnaissant volontiers à la personne inapte le droit d'adhérer à une religion et d'en suivre les préceptes, nous constatons malgré tout que la décision de refuser des soins doit venir d'une personne apte, qu'il s'agisse du patient lui-même ou d'une personne autorisée à décider à sa place. Dans l'hypothèse de l'inaptitude permanente de l'individu, la loi exige que les personnes désignées à l'article 15 C.c.Q. prennent une décision à sa place. Mais encore ici, cette décision devra respecter les éléments de l'article 12, et devra tenir compte des volontés que la personne aura pu manifester. Si la personne autorisée, au lieu de refuser les soins conformément à la volonté de la personne inapte, choisissait d'y consentir, et que la personne inapte persistait à les refuser catégoriquement, alors l'autorisation du tribunal deviendrait nécessaire.³⁴ Dans ce cas, selon l'alinéa 2 de l'article 23 C.c.Q., le tribunal ne serait pas tenu de respecter le refus de la personne inapte, parce que les soins seraient requis par l'état de santé de cette dernière. En effet, le Code est silencieux sur la valeur des croyances religieuses ou philosophiques des personnes inaptes, et semble ne tenir compte que de deux critères objectifs, à savoir la valeur thérapeutique des soins proposés et la validité de l'expression de la volonté.

II - Le mineur et la portée de la carte

La situation juridique devient encore plus complexe dans le cas d'une personne mineure. Non seulement la question de la validité de la carte soulevée ci-dessus demeure-t-elle pertinente, mais la question de l'âge et celle de l'aptitude du mineur s'y superposent. Autant il est juste de faire reposer la validité du consentement aux soins sur l'aptitude de la personne, autant il est

34. Article 16 al. 1 C.c.Q.

purement arbitraire de déterminer, comme l'a fait le législateur à l'alinéa 2 de l'article 14 C.c.Q., que l'enfant âgé de quatorze ans et plus est suffisamment évolué pour consentir seul aux soins, tandis que celui de treize ans ne le serait pas.

Avant d'analyser la capacité du mineur à consentir ou à refuser des soins, rappelons immédiatement que, dans l'exercice des droits de la personnalité, le mineur simplement émancipé³⁵ ou jouissant d'une pleine émancipation³⁶ ne relève plus de l'autorité parentale,³⁷ et est conséquemment aussi apte à exprimer un refus que pourrait l'être son homologue majeur.

35. Articles 167, 170 C.c.Q. En principe, l'émancipation ne vise que les mineurs de plus de seize ans.

36. Articles 175, 176 C.c.Q.

37. Article 598 C.c.Q.

a) Dans les cas où l'enfant est âgé de quatorze ans et plus

Examinons d'abord le cas de l'enfant âgé de quatorze ans et plus, qui a la capacité de fait de prendre une décision selon l'article 14 al. 2 C.c.Q. Il importe de souligner qu'en dépit de l'utilisation parfois abusive de la fameuse phrase du professeur Crépeau disant que «quatorze ans est l'âge de majorité en matière médicale»,³⁸ l'étude des dispositions du nouveau *Code civil* nous démontre que, même en matière thérapeutique, elle mérite d'être nuancée.³⁹ En effet, l'alinéa 2 de l'article 16 C.c.Q. exige l'autorisation du tribunal dans le cas où un mineur de quatorze ans et plus refuse des soins, à moins qu'il n'y ait urgence et que sa vie ne soit en danger ou que son intégrité ne soit menacée, auxquels cas le consentement du titulaire de l'autorité parentale ou celle du tuteur suffit. Dans les cas autres que l'urgence, c'est au paragraphe 2 de l'article 23 C.c.Q. qu'on doit s'en remettre, paragraphe voulant que le tribunal recueille l'avis du mineur et respecte son refus «à moins qu'il ne s'agisse de soins requis par son état de santé».

Bien que la législation antérieure ait été silencieuse sur ce point, la solution du nouveau Code est conforme à une certaine jurisprudence. Dans l'affaire *In re G*,⁴⁰ à la requête de la mère, le juge Arsenault avait autorisé le médecin traitant et le Centre Hospitalier de Valleyfield à prodiguer des soins à un enfant âgé de seize ans qui souffrait de la maladie de Crohn, et qui refusait les soins requis par son état.⁴¹

-
38. P.-A. Crépeau, «Le consentement du mineur en matière de soins et traitements médicaux ou chirurgicaux selon le droit civil canadien» (1974) 52 R. du B.C. 247, à la p. 254. Voir à ce sujet A. Bernardot, R. Kouri, *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 1980, p. 105, note 153(2). Selon P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard, S. Philips-Nootens, *Éléments de responsabilité civile médicale*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1995, à la p. 152 : «Sont également des incapables légaux les mineurs de moins de 14 ans, car ceux de 14 ans et plus bénéficient d'une capacité spéciale en matière médicale.»
39. É. Deleury, D. Goubau, *op. cit.*, *supra*, note 15, à la p. 108, n° 101.
40. 1er juin 1989, Dist. de Beauharnois, C.S. 760-05-000261-899, G. Arsenault.
41. La requête fut présentée en vertu des articles 42 et 43 de la *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q. c. P - 35, l'article 30 du *Code civil du Bas Canada* et l'article 20 du *Code de procédure civile*.

Dans un autre arrêt, *Protection de la jeunesse - 599*,⁴² le juge Claude Tremblay avait ordonné que tous les soins requis par l'état d'une adolescente âgée de 17 ans, qui souffrait d'une dépression psychotique, lui soient administrés. En procédant ainsi, le tribunal s'était prévalu des pouvoirs conférés par les articles 54, 76.1 et 91 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*,⁴³ et avait fait état de commentaires sur les origines de l'article 42 de la *Loi sur la protection de la santé publique*⁴⁴ dans lesquels l'un de nous avait conclu que cette disposition visait à permettre à l'enfant de consentir aux soins requis, et non à lui permettre de les refuser, la capacité accordée au mineur se trouvant alors mitigée.⁴⁵ Après avoir rappelé qu'on doit se soucier de l'article 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*,⁴⁶ et des articles 19 et 19.1 du *Code civil du Bas Canada*,⁴⁷ puisque l'adolescente en cause n'était pas en mesure de faire connaître sa volonté et qu'elle était inapte à consentir de manière libre et éclairée à des soins ou à les refuser, le juge avait conclu que le consentement du père suffisait en l'espèce.⁴⁸

Tant la lecture des dispositions du Code que l'historique législatif de l'article 42 de la *Loi sur la protection de la santé publique* démontrent les timides origines du droit de l'enfant de quatorze ans et plus de consentir seul aux soins. En effet, après avoir retiré le premier projet de loi, qui cherchait à regrouper et à réformer les diverses dispositions régissant la santé publique, y compris l'épineuse question de la capacité et celle du consentement aux soins,⁴⁹

42. [1993] R.J.Q. 611 (C.Q.). Dans ce cas, l'adolescente refusant les soins était inapte et son père avait consenti aux traitements proposés. Le refus catégorique de l'adolescente rendait le recours au tribunal nécessaire.

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

44. L.R.Q. c. P - 35. Cet article est maintenant abrogé.

45. Robert P. Kouri, «Blood Transfusions, Jehovah's Witnesses and the Rule of Inviolability of the Human Body», (1974) 5 R.D.U.S. 156, p. 168; voir aussi A. Lajoie, P. Molinari, J.-M. Auby, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, P.U.M., 1981, à la p. 310, n° 503; A. Mayrand, *L'inviolabilité de la personne humaine, op. cit., supra*, note 3, pp. 66-67, no 53.

46. L.R.Q. c. C - 12.

47. Ces deux articles du *Code civil du Bas Canada* ont été repris en substance par les articles 10 et 11 du *Code civil du Québec*.

48. *Op. cit., supra*, note 42, p. 615.

49. 3e sess., 29ième législature, Projet de loi 30, *Loi de la protection de la santé publique*, déposé le 5 juillet 1972. L'art. 35 du projet se lisait ainsi : Un établissement ou un médecin peut fournir des soins et traitements à une personne mineure qui est enceinte, qui souffre

le ministre des Affaires Sociales de l'époque, M. Claude Castonguay, avait déposé un second projet⁵⁰ dont l'article 34 se lisait comme ceci :

«Un établissement ou un médecin peut fournir à un mineur tous soins et traitements requis par son état de santé sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement des parents de ce mineur, de son tuteur ou curateur ou de la personne qui en a la garde.»

Le but de ces dispositions était de «[...] rassurer les administrateurs qui craignent, dans les faits, que la situation ne soit pas suffisamment claire».⁵¹ Face aux objections d'un certain nombre de députés redoutant l'affaiblissement de l'autorité des parents sur leurs enfants,⁵² on a adopté le texte suivant, faisant partie de l'article 36 de la *Loi de la protection de la santé publique*⁵³ :

«Un établissement ou un médecin peut fournir les soins à 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 paternelle; l'établissement ou le médecin doit toutefois avertir le titulaire de l'autorité paternelle en cas d'hébergement de plus de douze heures ou de traitements prolongés.»

Comme l'avait très candidement avoué le ministre responsable de la présentation du projet de loi, l'adoption de l'âge de quatorze ans comme ligne de démarcation résultait d'un compromis d'ordre politique.⁵⁴

d'une maladie visée à l'article 8 [maladies à traitement obligatoire qui seront désignées telles par règlement] ou dont l'état requiert des soins par suite d'une consommation d'alcool ou d'autre drogue sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement de ses parents, de son tuteur ou curateur ou de la personne qui en a la garde.»

50. 3e sess., 29ième législature, Projet de loi 30 réimprimé, déposé le 8 nov. 1972.

51. *Journal des débats*, vol. 12 no 74, mardi le 21 nov. 1972, p. 2640.

52. Voir par exemple, l'intervention du député A. Audet, *Journal des débats*, *id.*, p. 2659.

53. L.Q. 1972, c. 42, sanctionnée le 21 déc. 1972. Pour une description plus circonstanciée de l'adoption de cette loi, voir P.-A. Crépeau, *loc. cit.*, *supra*, note 38, à la p. 251-254.

54. Quelques extraits des interventions du ministre Castonguay devant la Commission permanente des Affaires sociales, le jeudi 14 décembre 1972, illustrent assez justement l'état d'esprit dans lequel on a accordé la capacité mitigée aux mineurs âgés de quatorze ans et plus : «J'ai exposé les motifs pour lesquels nous avons suggéré ces amendements, suite aux interventions des députés au moment de la deuxième lecture du projet de loi. Je voudrais simplement dire qu'ici, si on jugeait que les limites que nous avons établies, soit qu'à

En 1982, fut déposé le Projet de loi 106, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes*.⁵⁵ L'art. 16 avait reformulé certaines dispositions de la *Loi sur la protection de la santé publique*⁵⁶ sans y apporter de changements importants, du moins en ce qui concernait l'âge du mineur et sa capacité de consentir aux soins. Une modification de taille cependant résidait dans l'ajout d'une disposition, celle de l'article 15⁵⁷ voulant que l'autorisation du tribunal soit requise si le mineur *doué de discernement* s'opposait aux soins. Ultérieurement, le projet de loi 106 fut retiré et réintroduit comme partie du *Projet de loi 20*, dans le cadre de la réforme du *Code civil*.⁵⁸ Ce faisant, on a modifié le texte de l'article 15 du *Projet de loi 106* pour lui faire dire que «[l]autorisation du tribunal est requise pour soumettre un mineur âgé de quatorze ans à des soins exigés par son état de santé s'il les refuse». ⁵⁹ Cette loi n'a jamais été mise en vigueur, mais lorsqu'on compare le texte actuel de l'article 14 du *Code civil du Québec* et celui de l'article 13 du *Projet de loi 20*,⁶⁰ on

compter de l'âge de 15, 16, ou 17 ans, seul le consentement du mineur est nécessaire, mais qu'en dessous de cette limite d'âge, soit 15 ans, il soit dorénavant nécessaire d'obtenir le consentement des parents à moins que ce soit un cas d'urgence... On a mis 14 ans. Ici, cette frontière, à savoir si ce doit être 14 ans ou 15 ans, je suis tout à fait prêt à en discuter. Je pense bien que certains députés au cours de conversations m'ont fait ressortir le fait que, dans les milieux urbains, l'âge de 14 ans est plus approprié. Dans les milieux ruraux on craint que, si on baisse un peu trop l'âge, cela peut diminuer l'autorité parentale. D'un autre côté, quant à moi, il me semble que, dans les milieux ruraux, pour l'enfant qui accepte encore bien l'autorité parentale, ce n'est pas le fait que nous adoptions cette loi qui va faire en sorte que subitement, ces enfants vont se sentir dégagés vis-à-vis de leurs parents. Je veux souligner ce point. *Ce n'est pas pour moi une question de principe, c'est une question d'essayer d'en arriver à l'équilibre le plus approprié possible, de telle sorte que les jeunes qui ont besoin de soins lorsqu'ils sont aux prises avec des problèmes de drogue, par exemple, ou les jeunes filles qui pourraient être enceintes et qui demanderaient quoi faire, au lieu de se diriger un peu n'importe où, le fassent dans des endroits où ils pourront être traités et conseillés de façon adéquate*» (à la p. B-7925). (Les italiques sont de nous).

55. Projet de loi 106, 3^{ième} sess., 32^{ième} législature du Québec, 1982.

56. L.R.Q. c. P-35 art. 42. Cet article est maintenant abrogé.

57. L'article 15 du Projet de loi 106, *op. cit.*, *supra*, note 55.

58. *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes des successions et des biens*, *op. cit.*, *supra*, note 4.

59. Article 15 du *Projet de Loi 20*.

60. L'article 13 du *Projet de loi 20* se lit comme suit : «Le consentement aux soins exigés par l'état de santé du mineur est donné par le titulaire de l'autorité parentale ou le tuteur. Le mineur de quatorze ans peut, néanmoins, consentir seul à ces soins. Si son état requiert qu'il soit gardé dans un établissement de santé ou de services sociaux pendant plus de douze heures, le titulaire de l'autorité parentale ou le tuteur doit en être avisé».

constate que les variations qu'ils contiennent sont surtout cosmétiques. Quant à la comparaison des articles 15 du *Projet de loi 20* et 16 al. 2 du *Code civil du Québec*, elle montre que le principe a été retenu, sauf qu'en cas d'urgence et si la vie est en danger ou l'intégrité menacée, le consentement du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur suffit.

Nous constatons ainsi que l'article 14 C.c.Q. n'est que le produit d'un historique législatif dont le but n'était pas de révolutionner le droit, mais bien de rassurer les gestionnaires du réseau de la santé et des services sociaux qui doutaient de la valeur du consentement du mineur aux soins,⁶¹ et d'apaiser ceux qui craignaient de voir ébranlées les assises de la famille québécoise par la trop grande autonomie des mineurs. Il est probable que l'article 16 al. 2 C.c.Q. participe du même effort : celui de vouloir laisser aux parents certains pouvoirs dans le consentement aux soins. D'ailleurs, loin d'être originale, cette solution rejoint une position qu'avait déjà prise l'Office de révision du Code civil du Québec.⁶² Comment ne pas être sensible à l'intervention d'un membre de l'Assemblée Nationale qui, fort de sa formation en psychiatrie, avait manifesté de nettes réticences à imputer une certaine capacité en matière médicale aux mineurs, disant qu'il fallait tenir compte des facteurs «spécifiques à la condition infantile».⁶³

61. R. Kouri, «Blood Transfusions, Jehovah's Witnesses and the Rule of Inviolability of the Human Body», *loc. cit., supra*, note 45, à la p. 163; A. Mayrand, *op. cit., supra*, note 3, p. 53, n° 43; A. Lajoie, P. Molinari, J.-M. Auby, *op. cit., supra*, note 45, p. 341, n° 555.

62. Selon A. Mayrand, *ibid.*, p. 67, n° 53, le projet se lisait comme suit : «Les soins médicaux ou chirurgicaux peuvent être donnés au mineur de moins de seize ans, nonobstant son refus, avec le consentement du titulaire de l'autorité parentale».

63. Voir l'intervention de C. Laurin, *Débats de l'Assemblée Nationale*, 21 nov. 1972, surtout à la p. 2654, lorsqu'il dit : «Il en découle que, plus l'enfant grandit, plus il devient difficile de conserver ce principe [...] qui veut que le parent ou le tuteur représente l'enfant ou le remplace. Il reste quand même qu'il faut déterminer un âge pour la majorité légale et qu'il faut également déterminer un principe pour la responsabilité du traitement. Mais j'en ai dit assez pour qu'on puisse se rendre compte que c'est là un problème éminemment difficile à trancher. Lorsque le législateur se trouve dans une situation à ce point délicate et difficile, dans ces zones à ce point grises que parfois elles en deviennent noires, la prudence s'impose et il ne faut pas s'avancer dans ce domaine avec une loi générale, qui est toujours dangereuse. Il est préférable de s'en tenir aux cas d'espèce où on peut procéder à des interprétations multiples que l'on peut comparer. Elles servent ensuite de base à une décision qui tient compte aussi bien des principes que des situations existentielles de chacun.»

Nous voyons avec ce survol de l'historique législatif des dispositions à l'étude que le législateur avait avec précision fixé un âge déterminé pour que l'enfant apte soit jugé capable de consentir seul aux soins, tout en maintenant un certain contrôle sur l'exercice de cette capacité. Autrement dit, le mineur peut consentir aux soins exigés par son état de santé, mais un refus de soins de sa part serait d'une validité contestable.⁶⁴ Les parents, en cas d'urgence, ou le tribunal, dans les autres cas, auraient alors le pouvoir de corriger ce qui pourrait être considéré comme étant une erreur de l'enfant mineur.

Les situations d'urgence restreignent la capacité du mineur de quatorze ans, car le simple consentement du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur suffit pour vaincre son refus en cas d'urgence. L'attribution de ce pouvoir considérable révèle un parti-pris du législateur en faveur d'un acquiescement aux soins. En effet, l'article 16 al. 2 C.c.Q. nous parle du consentement, mais non du refus du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur. Quant à l'article 12, qui impose à la personne consentant pour une autre d'agir dans le meilleur intérêt de cette dernière et de tenir compte, «dans la mesure du possible, des volontés [qu'elle] a pu manifester», il ne contredit pas cette impression : de toute façon, l'article 23 al. 2 C.c.Q. suggère que le tribunal appelé à intervenir devrait normalement autoriser les soins requis par l'état de santé de la personne.

64. *Protection de la jeunesse - 599, op. cit., supra*, note 42, aux pp. 614-615. Par contre, le juge Baudouin a affirmé en *obiter* dans *M.-W. (J.) c. C.-W. (S.)*, *op. cit., supra*, note 15, à la p. 235 : «Toutefois, l'exercice de ce droit de refus présuppose l'aptitude mentale d'en décider, c'est-à-dire, d'une part, la conscience de la nécessité de l'administration des soins et, d'autre part, la réalisation des conséquences du refus. Ainsi, le témoin de Jéhovah conscient que son état nécessite une transfusion sanguine et sachant que son absence entraînera sa mort peut la refuser pour des motifs religieux. Par contre, un mineur de moins de 14 ans ou la personne inapte appartenant à la même religion et qui n'ont donc pas cette conscience peuvent être traités». Ainsi, il semble suggérer que le mineur de quatorze ans et plus est doué d'une pleine capacité en matière de consentement aux soins.

Ainsi, le tribunal pourrait agir à l'encontre du refus de soins provenant d'un mineur de quatorze ans. Et dans un cas d'urgence, le titulaire de l'autorité parentale ou le tuteur peuvent aussi aller à l'encontre du refus d'un mineur.⁶⁵ Par contre, dans le cas où le titulaire de l'autorité parentale ou le tuteur appuient le refus du mineur à l'encontre de soins requis par son état de santé, le tribunal pourra quand-même les autoriser en vertu de l'article 23 al. 2 C.c.Q.

La situation la plus difficile pour le personnel médical est celle du mineur de quatorze ans qui, se trouvant dans un état critique, refuse des soins au moyen de la carte et est appuyé par ses parents dans son refus. L'urgence pouvant empêcher le recours au tribunal, comment devra réagir le médecin? L'économie du *Code civil* exige alors que les soins soient bel et bien administrés en raison de la capacité atténuée du mineur de quatorze ans en matière de consentement aux soins.⁶⁶ La directive adressée par le législateur aux tribunaux par l'article 23 al. 2 C.c.Q. semble en effet péremptoire. Si c'est possible, le tribunal devra recueillir l'avis de la personne concernée, mais quand les soins sont requis par son état de santé, le refus du mineur n'aura pas à être respecté. Et quand l'urgence de la situation écartera le recours au tribunal, c'est à plus forte raison que les soins pourront être donnés sans le consentement des personnes concernées.⁶⁷

-
65. Selon les *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, *Le Code civil du Québec*, op. cit., supra, note 28, à la p. 18, «De façon générale, cet article a pour but de respecter davantage l'expression de volonté de mineurs [...] et de protéger leur intégrité contre un refus injustifié provenant soit de leur représentant soit d'eux mêmes.» Comme le ministre le dit dans ses *Commentaires*, *ibid.*, à la p. 12, «[...] [L']atteinte à l'intégrité peut être le fait de la personne elle-même en raison de ses propres déficiences; les exceptions légales à l'inviolabilité se justifient d'ailleurs par le droit à l'intégrité.»
66. M. Ouellette, *loc. cit.*, supra, note 28, à la p. 30, n° 45, où elle affirme, «Le mineur, même âgé de 14 ans et plus, ne jouit pas pleinement de l'exercice du droit à l'autodétermination.» B. Knoppers et S. Le Bris ne sont pas de cet avis. Selon elles, «Si les parents respectent la décision du mineur et refusent également les soins, le médecin doit respecter ce double refus» («Inviolabilité de la personne et responsabilité hospitalière à la lumière du nouveau Code civil du Québec : Quand le prisme législatif sclérose la pratique médicale?» dans *La responsabilité hospitalière, maximiser la protection, minimiser l'exposition*, Toronto, L'Institut Canadien, 1994, 1, à la p. 33).
67. *Contra* J.-P. Ménard, qui affirme que dans ce cas, il n'y a rien à faire car «[...] la formulation de l'alinéa 2 de l'article 19.4 C.c.B.C. [l'art. 16 al. 2 C.c.Q.] tel que proposé par le Projet de loi 120 [*Loi sur les services de santé et les services sociaux et modifiant d'autres dispositions législatives*, 1e session, 34e législature] ne semble pas permettre que l'on passe

b) Dans le cas où l'enfant est âgé de moins de quatorze ans

Les dispositions du *Code civil* sont assez limpides en ce qui a trait au consentement à des soins requis par l'état de santé d'un mineur de moins de quatorze ans : le consentement doit venir du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur de l'enfant.⁶⁸ Le refus injustifié de la part de ces derniers rendra nécessaire l'autorisation du tribunal (article 16 C.c.Q.). Plusieurs remarques s'imposent toutefois quant à l'application de cette disposition. D'abord, le consentement ou le refus du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur doit se faire en fonction des critères de l'article 12 C.c.Q., c'est-à-dire qu'ils devront agir dans le seul intérêt du mineur, et ils devront de plus tenir compte, dans la mesure du possible, des volontés que l'enfant aura pu manifester. En outre l'article 12 C.c.Q. prévoit que le représentant du mineur, en consentant aux soins le cas échéant,

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

Ces critères se greffent à ceux, plus généraux, de l'article 33 C.c.Q. concernant le respect des droits des enfants⁶⁹ : parmi les facteurs à considérer dans la prise de décision,⁷⁰ on retrouve les besoins moraux, intellectuels,

outre au refus des parents ou du tuteur de consentir»(*loc. cit.*, *supra*, note 16, à la p. 684). Notez que l'auteur suggère la possibilité de recourir à l'article 38c de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q. c. P-34.1. Voir également *Protection de la jeunesse - 738*, [1995] R.D.F. 372 (C.Q.) (Le juge C. Boulanger).

68. Article 14 al. 1 C.c.Q.

69. J.-P. Ménard, *loc. cit.*, *supra*, note 16, à la p. 684.

70. Voir généralement C. Boisclair, *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde : réalité ou apparence?*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 1978, aux pp. 14 et 97. Selon M. Ouellette, *loc. cit.*, *supra*, note 28, à la p. 44, n° 87, l'énumération du Code civil n'est pas exhaustive. Sur la validité constitutionnelle de l'article 30 C.c.B.C. (maintenant l'article 33 C.c.Q.), voir *P.(D.) c. S.(C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, à la p. 179 (la juge L'Heureux-Dubé).

affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation.⁷¹

Les décisions à l'égard des mineurs inaptes pourraient être prises sans vraiment tenir compte des volontés qu'ils auraient pu exprimer. Les décisions à l'égard des mineurs aptes, mais qui n'auraient pas atteint l'âge fatidique de quatorze ans, devraient prendre en considération leur volonté, mais en dernier ressort la protection de la vie l'emporterait, sauf dans l'hypothèse de soins d'une utilité douteuse ou d'un acharnement thérapeutique.

C'est donc dire que, suivant le Code civil, la carte de refus de soins signée par un enfant apte, mais âgé de treize ans ou moins, n'aurait en principe aucun effet : les soins pourraient lui être prodigués avec le consentement des parents ou du tuteur ou, à défaut, avec l'autorisation du tribunal. En cas d'urgence, les circonstances ne permettant évidemment pas aux intéressés de s'adresser au tribunal, les soins seraient administrés à l'enfant en vertu de l'article 13 C.c.Q.⁷² Paradoxalement, le paragraphe 2 de l'article 13 C.c.Q. rend malgré tout le consentement nécessaire lorsque les soins sont «intolérables pour la personne». Se pourrait-il que ce soit le cas pour un jeune Témoin de Jéhovah possédant la maturité, l'intelligence et la compréhension requises pour refuser de façon éclairée une transfusion sanguine?⁷³ Sans doute. En dépit de ce paradoxe, le *Code civil* assimile en quelque sorte l'âge de treize ans et moins à l'inaptitude, avec toutes les conséquences qui s'ensuivent.

71. Voir par exemple les arrêts suivants concernant l'opportunité de soigner l'enfant à la lumière de son intérêt, *In re Goyette : Centre de services sociaux du Montréal Métropolitain*, [1983] C.S. 429 (C.S.); *Couture-Jacquet c. Montreal Children's Hospital*, [1986] R.J.Q.1221 (C.A.); *Protection de la jeunesse - 332*, [1988] R.J.Q. 1666 (C.S.); *La Commission de protection des droits de la jeunesse c. C.T. et G.R.*, [1990] R.J.Q. 1674 (C.S.).

72. Voir également l'article 43 de la *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q. c. P-35 qui dit que «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.»

73. Selon M. Ouellette, *loc. cit., supra*, note 28, à la p. 24, n° 30, la notion de conséquence intolérable fait appel à des éléments subjectifs : «Une personne qui refuse la transfusion salvatrice estime la mort préférable à l'ostracisme de la société religieuse et aux angoisses métaphysiques qui en résulteront.»

Ces interprétations sont à la fois réconfortantes et troublantes. Réconfortantes car elles réaffirment un droit de regard des parents sur leurs enfants mineurs, et troublantes parce qu'elles confirment le préjugé adulte voulant que les mineurs n'aient ni la sagesse ni la maturité voulues pour prendre une décision éclairée face à un dilemme aux conséquences si lourdes,⁷⁴ et qu'une personne plus sage doive décider à leur place. Or ce point de vue est inquiétant : il suggère que les profondes convictions religieuses ou morales sont réservées aux personnes majeures.⁷⁵

À cet égard, la jurisprudence de *common law* canadienne s'avère intéressante. Dans l'affaire *Re : L.D.K.; Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. K and K*,⁷⁶ une enfant âgée de 12 ans et atteinte de leucémie avait refusé à la fois les transfusions sanguines et la chimiothérapie. La Children's Aid Society avait demandé que l'enfant soit placée sous sa protection afin de pouvoir lui administrer des soins médicaux qu'elle jugeait appropriés. L'espérance de rémission était de l'ordre de 10 à 30% sur une période de deux ans et demi. À cause d'un malentendu, l'enfant avait déjà reçu une transfusion contre sa volonté. Le Tribunal⁷⁷ a déclaré que non seulement elle avait été victime de discrimination en raison de sa religion et de son âge, à l'encontre de l'article 15 de la *Charte des droits et libertés*,⁷⁸ mais aussi que le droit à la sécurité de sa personne, prévu à l'article 7 de la même *Charte*, avait été violé lorsqu'on lui

74. Voir *Parham v J.R.*, 99 S. Ct. 2493 (1979), où le Juge en chef Burger avait écrit : «The law's concept of the family rests on a presumption that parents possess what a child lacks in maturity, experience, and capacity for judgment required for making life's difficult decisions. More importantly, historically it has recognized that natural bonds of affection lead parents to act in the best interests of their children» (à la p. 2504).

De plus il a affirmé : «Most children, even in adolescence, simply are not able to make sound judgments concerning many decisions, including their need for medical care or treatment. Parents can and must make these judgments» (à la p. 2505).

75. D'ailleurs, en s'appuyant sur la cause *Droit de la Famille - 260*, [1986] R.J.Q. 315 (C.S.), T. Leroux, B. Knoppers, J.-C. Galloux («Les Enfants, Les Incapables et la Génétique» (1991) 36 *Revue de droit de McGill* 457, à la p. 487) écrivent, «Les enfants ayant l'âge de faire un choix éclairé ont un droit fondamental de faire leur propre choix religieux».

76. (1985) 48 R.F.L. (2d) 164.

77. Main, J. Ont. Prov. Court (Family Division).

78. *Op. cit.*, *supra*, note 76, p. 171.

avait administré une transfusion.⁷⁹ Le juge Main a décrit l'enfant L.D.K. en ces termes :

«She has wisdom and maturity well beyond her years and I think it would be safe to say that she has all the positive attributes that any parent would want in a child. She has a well thought out, firm and clear religious belief. In my view, no amount of counselling from whatever source or pressure from her parents or anyone else, including an order of this court, would shake or alter her religious beliefs.»⁸⁰

C'est donc qu'elle n'était pas une enfant ayant besoin de la protection de la Children's Aid Society. Elle mourut peu de temps après, à son domicile.

Deux autres arrêts plus récents abondent dans le même sens. Dans *Re A.Y.*,⁸¹ le tribunal avait confirmé la décision d'un garçon de quinze ans, atteint de leucémie, de refuser des transfusions sanguines. Soulignant la maturité exceptionnelle de l'enfant, on a tenu compte de son état d'esprit et de ses croyances religieuses afin de ne pas le soigner malgré lui.⁸² L'enfant est décédé le 13 septembre 1993.

L'autre arrêt, *Region 2 Hospital Corp. v. Walker*,⁸³ découle de faits également tristes. Un jeune Témoin de Jéhovah, âgé de quinze ans et neuf mois et atteint de leucémie, avait refusé toute transfusion. La Cour d'appel du Nouveau Brunswick, renversant la décision de première instance du juge Turnbull, avait conclu que l'enfant était un «*mature minor*», et qu'en vertu de la

79. *Id.*

80. *Id.*

81. (1993) 111 Nfld & P.E.I. R. 91 (Newfoundland Unified Family Court, le juge Wells.)

82. *Id.*, p. 96.

83. (1994) 150 N.B.R.(2d) 366; 4 R.F.L. (4th) 321; 116 D.L.R. (4th) 477.

législation de cette province,⁸⁴ il pouvait refuser des soins.⁸⁵ Joshua Walker rendit l'âme le 5 octobre 1994.

Évidemment, ces décisions ont découlé de situations factuelles susceptibles d'en limiter la portée. En effet, les mineurs en cause étaient tous des leucémiques dotés d'une expectative de vie fort réduite.⁸⁶ Si par hypothèse, au lieu d'être atteints de cancer, chacun de ces enfants avait été victime d'une hémorragie causée par une lacération, et que les effets mortels de la blessure avaient pu être évités par une simple transfusion sanguine, on peut se demander si les mêmes tribunaux auraient quand même fait valoir la volonté des mineurs en cause.

La cause de *Tarin H. et Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*⁸⁷ est peut-être intéressante à cet égard. Tarin, une Témoin de Jéhovah âgée de treize ans et demi, est atteinte d'anémie aplasique. Son état exige qu'elle reçoive immédiatement des transfusions de plaquettes afin d'éviter une hémorragie intracrânienne. Elle et ses proches s'objectent à l'administration de ce type de soins. Selon le *Consent to Treatment Act*⁸⁸ et le *Children and Family Services Act*,⁸⁹ pour que son refus soit respecté, la requérante doit prouver qu'elle est une «*mature minor*» à la lumière des critères suivants :

«The hallmarks of capacity to consent to medical treatment are generally recognized as :

-
84. *Medical Consent of Minors Act*, ou en français, la *Loi sur le consentement des mineurs aux traitements médicaux*, L.R.N.-B., c. M-6.1, art. 3(1).
85. Dans l'arrêt *Walker*, *op. cit.*, *supra*, note 83, le Juge en chef Hoyt est d'opinion que le droit du «*mature minor*» de consentir aux soins en vertu de la *Loi sur le consentement des mineurs aux traitements médicaux*, comporte le droit de refus (p. 317), tandis que le juge Ryan est d'avis que la capacité de consentir en vertu de cette loi ne comprendrait pas la capacité du mineur mature de refuser des soins lorsque sa vie serait gravement menacée par son refus (p. 396-397).
86. D'ailleurs, Mme le juge Wilson dans la cause *Tarin H. and Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, Court File n° RE1/95, Prov. Div. File n° C783/95, Ontario Court of Justice (General Division), motifs déposés le 5 janvier 1996, a affirmé, «I note that there is no case in Canada where the wishes of a mature minor have been followed when to do so would significantly increase the chances of the child's death (p. 25)».
87. *Id.*
88. S.O. 1992, c. 31.
89. R.S.O. 1990, c. C-11.

the ability to appreciate the condition or disorder for which treatment is proposed;
the ability to appreciate the proposed treatment; and
the ability to understand and appreciate the likely consequences, both good and bad, to be expected from treating or not treating.»⁹⁰

Les médecins témoignant à l'enquête expriment des doutes sur la validité du refus de la jeune fille, prétendant que l'enfant n'a pas la maturité nécessaire pour prendre une telle décision. Même si cette dernière affirme comprendre les conséquences d'un refus de traitement, elle croit que malgré tout, Dieu lui sauvera la vie. De plus, ils s'interrogent sur la capacité de cette enfant de résister aux pressions exercées sur elle par son entourage. La décision de soigner est donc maintenue.

Quoi qu'il en soit, il n'en demeure pas moins que ces décisions soulèvent des interrogations pour le juriste québécois. Dans d'autres provinces, comme on l'a vu, les tribunaux prennent la peine de s'intéresser à la maturité des enfants qui doivent prendre une décision éclairée regardant des soins médicaux.⁹¹ Se pourrait-il qu'ici, le fait pour le législateur d'avoir fixé un âge arbitraire pour qu'une personne soit investie de la capacité de consentir aux soins ne contredise pas certains droits et libertés conférés par les *Chartes* canadienne et québécoise?

B - Validité de certaines dispositions du *Code civil* sur le consentement aux soins à la lumière des *Chartes* canadienne et québécoise

Les deux *Chartes* contiennent des dispositions consacrant la liberté de conscience et de religion,⁹² ainsi que le droit à la vie, à la liberté et la sécurité de la personne.⁹³ Toutes deux protègent soit de façon expresse,⁹⁴ soit de façon

90. *Op. cit.*, *supra*, note 86, p. 14.

91. «In other words the test is functional, rather than status-based», selon M. Jones; K. Keywood, «Assessing the Patient's Competence to Consent to Medical Treatment», (1996) 2 *Medical Law International* 107, à la p. 111.

92. *Charte canadienne des droits et libertés*, *Loi de 1982 sur le Canada, annexe B*, 1982 (R.-U), c. 11 (Ci-après la *Charte canadienne*), article 2(a); *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 (ci-après la *Charte québécoise*) article 3.

93. *Charte canadienne* article 7; *Charte québécoise* article 1.

94. *Charte québécoise* article 5.

implicite,⁹⁵ le droit à la vie privée. En outre, elles interdisent formellement la discrimination fondée sur l'âge.⁹⁶ Les dispositions du *Code civil du Québec* que nous avons étudiées sauraient-elles résister à un examen fait à la lumière des deux *Chartes*?

Afin d'analyser leur effet sur le droit du mineur apte à refuser des soins, nous nous attacherons d'abord aux dispositions pertinentes de la *Charte* canadienne, et ensuite, à celles de la *Charte* québécoise. Nous prions le lecteur de noter que cette étude ne prétend pas être exhaustive, mais qu'elle cherche plutôt à explorer les principales questions qu'entraîne cette problématique.

I - La *Charte* canadienne

La *Charte* canadienne soulève plusieurs questions. La première, et peut-être la plus controversée, est de savoir si elle s'applique aux relations juridiques régies par le *Code civil du Québec*. Si la réponse est oui, nous devons ensuite déterminer si les articles 14 al. 2, 16 al. 2 et 23 al. 2, entre autres, sont en conflit avec des droits consacrés par la *Charte*. Et si la réponse est encore oui, la question ultime devient la suivante : la violation de la *Charte* serait-elle légitimée par l'article 1 de cette même *Charte*?

L'article 32 de la *Charte* canadienne précise qu'elle s'applique au Parlement, à la législature de chaque province et aux gouvernements fédéral et provinciaux. Ainsi, la Cour suprême a décidé dans l'affaire *Dolphin Delivery*⁹⁷ que la *Charte* s'appliquait à toute action gouvernementale.⁹⁸ Elle pourrait être pertinente à l'objet de notre étude de deux façons. Si on estime que les hôpitaux, par leurs liens étroits avec l'État, poursuivent une activité gouvernementale,⁹⁹ la

95. *R. c. Dymont*, (1988) 66 C.R. (3d) 348, [1988] 2 R.C.S. 417, 45 C.C.C. (3d) 244; *R. c. Beare*, [1987] 1 W.W.R. 97, [1988] 2 R.C.S. 387, 33 C.R.R. 382.

96. *Charte* canadienne article 15(1); *Charte* québécoise article 10. La *Charte* québécoise reconnaît le droit à l'exercice des droits et libertés de la personne sans distinction, exclusion ou préférence fondées sur «l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi».

97. *Syndicat des détaillants, local 580 c. Dolphin Delivery*, [1986] 2 R.C.S. 573.

98. *Ibid.*, aux pp. 598, 599.

99. *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, (1986) 30 D.L.R. (4th) 700 (C. A. C.-B.), à la p. 705. En examinant les relations juridiques entre le Vancouver General Hospital et le gouvernement de la Colombie-Britannique, la Cour suprême, par une faible majorité, a

Charte pourrait s'appliquer au refus de soins émis dans un cadre hospitalier. L'autre moyen par lequel la *Charte* pourrait demeurer pertinente est moins évident, mais peut découler de l'affirmation faite dans *Dolphin Delivery*, à savoir que la *Charte* s'applique à toute législation, mais non aux règles de *common law*, à condition bien sûr que dans ce dernier cas, en faisant valoir un droit ou un recours découlant de la *common law*, il n'y ait aucune intervention gouvernementale portant atteinte à un droit garanti.¹⁰⁰ Le *Code civil du Québec* étant d'origine législative, que ses règles soient soumises à la *Charte* ne semble pas être purement hypothétique.

Certes, plusieurs auteurs voudraient que le *Code civil* puisse échapper à la *Charte*, de la même façon et avec les mêmes réserves que la *common law*,¹⁰¹ mais il nous semble que la portée de l'arrêt *Dolphin Delivery* soit assez considérable pour assujettir le *Code civil* à la *Charte* canadienne¹⁰². Ainsi, tout

renversé la décision de la Cour d'appel et a statué que l'hôpital ne faisait pas partie du gouvernement au sens de l'art. 32 de la *Charte* ([1990] 3 R.C.S. 483). Selon le juge La Forest, qui parlait au nom des juges majoritaires (à la p.513),

«En résumé, il est capital dans l'évaluation du cadre législatif [...] d'avoir présent à l'esprit la différence entre le contrôle absolu ou extraordinaire et le contrôle routinier ou régulier. Bien qu'on ne puisse contester que l'existence du Vancouver General relève en dernier ressort du gouvernement de la Colombie-Britannique, je ne crois pas que l'on puisse affirmer que la *Hospital Act* assujettit les aspects quotidiens ou routiniers du fonctionnement de l'hôpital [...]»

100. *Op. cit.*, *supra*, note 97, à la p. 599.

101. Voir Y.-M. Morissette, «Application des Chartes des droits et libertés en matière civile» dans *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*, Formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1988, 1, à la p. 18 et auteurs cités; voir également B. Slattery, «The Charter's Relevance to Private Litigation: Does *Dolphin Delivery*?, (1987) 32 McGill L.J. 905.

102. Évidemment, ce point de vue n'est pas universellement admis. Dans *Larose c. Malenfant* [1988] R.J.Q. 2643 la majorité des juges de la Cour d'appel n'a pas voulu accorder à l'arrêt *Dolphin Delivery* une portée générale pouvant englober toutes les dispositions du *Code civil*. Selon le juge Beauregard, «Le seul principe général de l'article 1053 C.C. me paraît insuffisant pour qu'on puisse dire qu'il y a en cause un acte du gouvernement du Québec» (p. 2645). Dans *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530 (à la p. 571), la Cour suprême a jugé que les règles de la *Charte* ne s'appliquaient pas car : «Il s'agit d'une action civile entre deux particuliers. Pour que la *Charte* canadienne puisse être invoquée, l'État doit avoir pris une mesure quelconque qu'on attaque [...]. 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. L'intimé n'a cité aucune "loi" dont il peut affirmer qu'elle porte atteinte à ses droits ou à ceux d'autrui.» Le professeur Hogg s'appuie sur cette affirmation pour prétendre

geste accompli en vertu d'un texte du *Code civil* pourrait devoir respecter les droits et protections reconnus par la *Charte* canadienne.¹⁰³

Il importe de souligner d'abord le principe suivant, retenu dans la cause *Sheena B.*¹⁰⁴ :

«Les droits énoncés dans la *Charte* sont des droits individuels dont les enfants peuvent nettement se prévaloir dans leurs rapports avec l'État et avec d'autres personnes - peu importe qu'ils s'agisse d'étrangers, d'amis, de parents, de tuteurs, ou encore du père ou de la mère.»¹⁰⁵

Dans ce cas, l'imposition de soins au mineur apte, disposant de la maturité nécessaire pour exercer un choix, semblerait à première vue compromettre les droits de ce dernier à la liberté de religion et de conscience.¹⁰⁶ Le juge Dickson avait déjà affirmé dans l'affaire *R. c. Big M Drug Mart*¹⁰⁷ :

«Les valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur

que «This removes the intolerable anomaly of the Charter having a far more extensive application in Quebec than it has in the nine common law provinces» (P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3e édition, Toronto, Carswell, 1992, vol. 2, p. 34-18, note 84). Avec égards, il semble attacher une portée trop grande à cette affirmation de la Cour suprême car, en effet, la teneur du jugement dans *Daigle* était à l'effet que l'enfant conçu n'avait aucun statut légal et donc, que le géniteur de l'enfant n'avait pas le droit d'exercer un pouvoir de contrôle sur la décision de la femme enceinte de faire avorter son foetus. Le silence du *Code civil* (selon la Cour suprême) sur les "droits" du foetus ainsi que sur les "droits du père" semblent avoir écarté l'exigence d'un "acte de l'état" pour que la *Charte* puisse s'appliquer.

103. *McKinney c. U. de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 327 (la juge Wilson); *P.(D.) c. S.(C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, à la p. 178 (la juge L'Heureux-Dubé).

104. *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.

105. *Ibid.*, à la p.432, (MM. les juges Iacobucci, Major).

106. Art. 2(a) de la Charte canadienne. Voir également l'opinion de Madame la juge McLachlin dans *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, à la p. 122 où elle écrit, «Pour les enfants plus âgés, un facteur additionnel pourra jouer soit, comme le dit le juge Dickson, le «propre droit» des autres «d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles».

107. [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 346; 18 D.L.R. (4th) 321.

propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles.»

Quelques années plus tard, dans l'affaire *Morgentaler*,¹⁰⁸ la juge Wilson a exprimé l'opinion que, même non fondées sur une quelconque appartenance religieuse, les valeurs morales et les croyances personnelles peuvent aussi bénéficier de la protection de l'article 2 (a)¹⁰⁹ :

«Il me semble donc, que dans une société libre et démocratique, la “liberté de conscience et de religion” devrait être interprétée largement et s'étendre aux croyances dictées par la conscience, qu'elles soient fondées sur la religion ou sur une morale laïque. D'ailleurs, sur le plan de l'interprétation législative, les termes “conscience” et “religion” ne devraient pas être considérés comme tautologiques quand ils peuvent avoir un sens distinct, quoique relié.»¹¹⁰

Expliquant davantage la portée de la liberté de religion, le juge Dickson pour sa part a énoncé le principe suivant :

«La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les moeurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.»¹¹¹

Il est donc évident que le droit d'exercer sa religion sans entrave est reconnu par la *Charte*, à la condition qu'il s'exerce sans nuire à autrui.

108. *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

109. *Ibid.*, à la p. 178. Ce faisant, elle répondait à certaines difficultés potentielles évoquées par F. Carnerie («Euthanasia and Self-Determinism : Is there a Charter Right to Die in Canada?» (1986-87) 32 McGill L.J. 299, à la p.326) qui avait exprimé l'inquiétude qu'il serait plus difficile de réclamer une protection constitutionnelle de certaines croyances personnelles à cause de la règle énoncée dans *R. v. Videoflics*, (1984) 48 O.R. (2d) 395 (Ont. C.A.) (en Cour suprême *sub. nom. R. c. Edwards Books & Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713). En effet, selon la Cour d'appel de l'Ontario, la protection de la Charte ne serait offerte qu'aux comportements basés sur des croyances «[...] by which one feels bound to conduct most, if not all, of one's voluntary actions» (à la p. 422).

110. *Ibid.*, à la p. 179.

111. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, *op. cit.*, *supra*, note 107, à la p. 337.

Concernant maintenant l'article 7, qui consacre le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, nos réflexions s'attacheront à la liberté et à la sécurité de la personne.¹¹² Le droit à la vie, on l'aura compris, n'est pas en cause ici.

Le droit à la liberté est inséparable de la notion de la dignité humaine,¹¹³ et l'idée de dignité humaine comprend le droit de choisir.¹¹⁴ Le droit à la liberté «[...] garantit à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur ses décisions importantes touchant intimement à sa vie privée».¹¹⁵ La décision prise par un médecin de soigner un patient apte nonobstant son refus constituerait donc une atteinte au droit à l'autonomie de ce patient.¹¹⁶

112. Sans diminuer l'importance de la protection apportée par la *Charte* à la vie de la personne, cette notion de «vie» et sa protection semblent soulever une controverse dans des situations où on se demande quand débute la vie. Autrement dit, la *Charte canadienne* apporte-t-elle une protection au fœtus? Les arrêts *Borowski c. Procureur-général du Canada*, (1983) 8 C.C.C. (3d) 392, (1987) 33 C.C.C. (3d) 402 (C.A. Sask.), [1989] 2 R.C.S. 530 y ont répondu négativement. L'autre question qui se pose, surtout lorsque l'individu concerné est grièvement atteint, est de savoir si la notion de vie se définit seulement en fonction de l'existence physique ou encore de manière plus adroite en fonction de la qualité de la vie (F.Carnerie, *loc. cit.*, *supra*, note 109, p. 322). Il nous semble peu approprié que le degré de protection de la vie le soit en fonction de la qualité de la vie. En outre, la protection de la vie par la *Charte* ne doit pas servir de prétexte pour restreindre l'autonomie personnelle de chacun. En d'autres mots, même s'il existe une obligation de porter secours (art. 2 *Charte québécoise*), le bénéficiaire du devoir n'est pas obligé de se laisser secourir car la protection de la vie ne peut devenir une obligation de vivre. Un droit subjectif est une prérogative de la personne et, par définition, suppose un choix de la part de cette dernière.

113. La juge Wilson, dans *R. c. Morgentaler op. cit.*, *supra*, note 108, à la p. 166.

114. *Id.*

115. *Id.*, à la p. 171.

116. *R. c. Big M Drug Mart Ltd, op. cit.*, *supra*, note 107, aux pp. 336 - 337. Voir également J.-L. Baudouin, «Le point de vue du juriste sur la recherche auprès des enfants au Canada», (1993) 4(1) *NCBHR Communiqué CNBRH* 20, à la p. 21 où il affirme : «On pourrait aussi invoquer la Charte pour remettre en cause une loi permettant de se passer du consentement du sujet de recherche [qui est mineur], puisque le droit à la liberté inclut le droit de décider pour soi-même.» Dans la cause de *Sheena B. (op. cit., supra, note 104, à la p. 341)*, le juge Lamer réaffirme sa position dans *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'art. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)* ([1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1173, 1174) à l'effet qu'il y a lieu de distinguer le droit à la liberté dont parle l'article 2(a) de la *Charte canadienne* et la liberté mentionnée à l'article 7, cette dernière visant essentiellement la «dimension physique du terme "liberté", laquelle peut être perdue par l'intervention du système juridique». Il reconnaît cependant la pertinence de l'article 7 dans les situations où l'on pourrait priver quelqu'un de sa liberté au moyen de contraintes, lorsqu'il s'agit de détenir une personne

Par l'enchâssement du droit à la sécurité dans la *Charte*, la protection du corps humain contre les intrusions d'autrui «[...] a été promue au rang de norme constitutionnelle». ¹¹⁷ Cette protection s'étendra non seulement à la protection de l'intégrité corporelle mais aussi à celle de l'intégrité mentale. ¹¹⁸ En relation avec le droit de la personne à l'inviolabilité, la juge Wilson avait exprimé l'avis que «[l]es traitements médicaux ou chirurgicaux imposés par l'État viennent tout de suite à l'esprit comme exemples d'atteintes manifestes à l'intégrité corporelle». ¹¹⁹ De la même façon, le juge Riche dans la cause de *Re C.P.L.*, ¹²⁰ qui concernait la prise en charge («*apprehension*») d'un enfant dont les parents Témoins de Jéhovah avaient refusé une transfusion sanguine jugée médicalement nécessaire, déclarait :

«The child was apprehended. Apprehension is similar to arrest. It is the taking of control of the physical person. When a person is apprehended, he is denied his right to liberty and security. When he is treated to medical or surgical treatment without his consent, his security is violated». ¹²¹

souffrant de troubles mentaux ou d'isoler un malade contagieux (*id.*). Par contre, le juge La Forest (avec l'approbation des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin) dit que «[...] [La] liberté ne signifie pas simplement l'absence de toute contrainte physique. Dans une société libre et démocratique, l'individu doit avoir suffisamment d'autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d'importance fondamentale pour sa personne» (*ibid.*, à la p. 368).

117. Le juge en chef Dickson dans *Morgentaler*, *op. cit.*, *supra*, note 108, à la p. 53.

118. *R. c. Videoflics Ltd.*, *op. cit.*, *supra*, note 109, à la p. 433 (C.A. Ont.); *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863 (le juge Lamer) aux pp. 919-920. Le juge Lamer faisait référence au traumatisme psychologique.

119. *R. c. Morgentaler*, *op. cit.*, *supra*, note 108, à la p. 173. Sur la distinction entre l'inviolabilité et l'intégrité de la personne, il est intéressant de lire la réflexion de A. Popovici, «Repenser le droit civil : un nouveau défi pour la doctrine québécoise», (1995) 29 R.J.T. 545, à la p. 557.

120. (1988) 70 Nfld & P.E.I.R. 287 (Nfld Unified Family Court); (1993) 112 Nfld & PEIR 148 (Newfoundland Supreme Court, Court of Appeal); permission d'appeler à la Cour suprême refusée, (1995) 186 N.R. 78 (note).

121. *Ibid.*, à la p. 304. N. Bala et J.D. Redfearn affirment que, «There are clearly many situations in which children lack the intellectual or emotional maturity to make decisions about their lives. However, there may be circumstances in which a child may seek to make a decision about his own life, and where to deny this right is to infringe upon his "liberty" or upon other constitutionally guaranteed rights» («Family Law and the "Liberty Interest" : Section 7 of the Canadian Charter of Rights», (1983) 15 Ottawa L.R. 274 à la p. 298).

On peut donc raisonnablement envisager que les dispositions à l'étude du *Code civil du Québec* constituent une atteinte aux droits à la liberté et à la sécurité de la personne. Toutefois, ces atteintes ne violeraient les garanties constitutionnelles que si elles n'étaient pas conformes aux principes de justice fondamentale. Est-ce le cas?

En effet, comme le souligne Julia Hanigsberg,¹²² les atteintes à l'intégrité de la personne, pour être conformes à la *Charte*, doivent respecter les principes de justice fondamentale, tant au niveau procédural que substantif.¹²³ Pour ce qui est de la procédure, les dispositions du *Code civil* se soucient de la protection des droits de la personne en imposant le recours au tribunal en cas de refus de soins dans une situation qui n'est pas urgente. En ce qui concerne la substance, le *Code civil* impose au tribunal des règles à suivre avant de rendre sa décision.¹²⁴

Nos interrogations en matière de justice fondamentale se situent surtout au niveau substantif. Le juge Lamer, dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*¹²⁵ a décrit le «principe de justice fondamentale» en ces termes :

«L'expression "principe de justice fondamentale" constitue non pas un droit, mais un modificatif du droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne; son rôle est d'établir les paramètres de ce droit.

Les articles 8 à 14 visent des atteintes spécifiques au «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, qui contreviennent aux principes de justice fondamentale et qui, en tant que telles, violent l'art. 7. Ils constituent donc des illustrations du sens, en droit pénal ou criminel, de l'expression «principes de justice fondamentale»; ils représentent des principes reconnus, en vertu de la *common law*, des conventions internationales et de l'enchâssement même dans la *Charte*,

122. «Power and Procreation : State Interference in Pregnancy», (1991) 23 Revue de droit d'Ottawa 35, à la p. 65.
123. *Rodriguez c. Procureur général de la Colombie Britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la p. 590 (le juge Sopinka).
124. Article 23 C.c.Q.
125. [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 512.

comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit.

En conséquence, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux non seulement de notre processus judiciaire, mais aussi des autres composantes de notre système juridique.»¹²⁶

Si l'imposition des soins à un mineur apte, âgé de quatorze ans et plus, s'avérait une forme de détention ou de contrainte allant à l'encontre de l'article 9,¹²⁷ ou encore un traitement cruel et inusité interdit par l'article 12,¹²⁸ l'atteinte à la liberté et à la sécurité ne serait pas alors, selon les propos du juge Lamer dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*,¹²⁹ conforme aux principes de justice fondamentale. Adoptant un point de vue plus large sur la question, la juge Wilson avait déjà prétendu que l'imposition d'un traitement bousculant les croyances morales ou religieuses de l'individu constituait à la fois une violation des articles 2(a) et 7 de la *Charte* canadienne : «Je crois qu'une atteinte au droit conféré par l'article 7 qui a pour effet d'enfreindre un droit que garantit par

-
126. Voir également l'opinion de la juge McLachlin dans *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 603 où on affirme : «Il faut déterminer en définitive si le texte législatif, interprété en fonction de l'objet, respecte les préceptes fondamentaux de notre système de justice. Une façon de présenter cette question est de se demander si, par son objet ou son effet, la loi contestée viole le droit garanti par la *Charte*. Selon ce critère, l'objet doit recevoir une définition large en fonction du but ultime de la loi. L'effet vise les véritables conséquences de la loi. Lorsque le droit garanti par la *Charte* est un droit de l'individu, comme dans le cas de l'art. 7, l'examen de l'effet portera nécessairement sur l'effet global de la mesure à l'intérieur du système de justice et englobera en outre l'étude de son incidence sur les individus dont les droits sont protégés par la *Charte* [...]»
Pour une discussion intéressante à propos de cet arrêt, voir L. Tremblay, «Réflexions sur la portée de l'art.7 de la Charte canadienne des droits et libertés suite à la décision de la Cour suprême dans le renvoi sur la Motor Vehicle Act», (1987) 18 R.D.U.S. 139, surtout aux pp. 201 et suivantes.
127. Voir *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 644, (le juge Le Dain).
128. Voir l'opinion du juge Sopinka dans *Rodriguez c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, *op. cit.*, *supra*, note 123, à la p. 611.
129. [1985] 2 R.C.S. 486.

ailleurs la *Charte* ne saurait être conforme aux principes de justice fondamentale».¹³⁰

Dans l'identification des principes de justice fondamentale devant régir un cas particulier, la Cour suprême a déjà établi l'utilité de considérer l'historique législatif de la disposition en cause.¹³¹ Or cet exercice, déjà entrepris,¹³² nous permet de constater à quel point les origines de l'actuel article 14 du *Code civil* sont modestes, en ce sens qu'il ne se retrouve pas dans les préceptes fondamentaux du droit. Comment ne pas y voir de l'arbitraire, quand la personne est jugée apte à décider des soins thérapeutiques du seul fait qu'elle est âgée de quatorze ans? C'est pourquoi nous remettons en cause la validité de ces dispositions du *Code* à la lumière de l'article 7 de la *Charte* canadienne. Certes l'âge de la majorité pourra paraître tout aussi arbitraire, mais c'était à la fois le privilège et le fardeau du législateur de le fixer, et ce travail ne s'est fait ni sans peine ni d'ailleurs sans changements. Chose certaine, la frontière entre majorité et minorité, tout arbitraire puisse-t-elle paraître, est une nécessité criante. Celle établie par l'article 153 du *Code civil du Québec* et fondée sur l'expérience collective de la société québécoise n'est pas arbitraire, c'est du moins notre prétention.

Nous avons vu que d'autres juridictions canadiennes, comme l'Ontario,¹³³ l'Île du Prince-Edouard¹³⁴ et le Nouveau Brunswick,¹³⁵ ont maintenu par la voie de leurs tribunaux le droit pour un «*mature minor*» de refuser des soins parce que l'imposition de soins à des mineurs aptes constitue une violation

-
130. *R. c. Morgentaler, op. cit., supra*, note 108, à la p.175. Voir également I. Grant, «Forced Obstetrical Intervention : A Charter Analysis», (1989) 39 U. of T. L.J. 271, à la p. 231. Madame la juge Wilson avait soutenu ce même point de vue dans le *Renvoi sur les art. 193 et 195.1(1c) du Code criminel, op. cit., supra*, note 116, à la p. 1220, 1221. Dans ce cas l'atteinte concernait à la fois la liberté d'expression (art. 2(b)) ainsi que la liberté sous l'art.7. Cependant ce point de vue n'a jamais reçu l'aval des autres membres de la Cour.
131. Voir l'opinion du juge Sopinka dans *Rodriguez c. Procureur général de la Colombie-Britannique, op. cit., supra*, note 123, à la p. 591 et les autorités y citées.
132. Voir ci-dessus notre discussion sur la capacité du mineur âgé de quatorze ans et plus en matière de refus de soins.
133. *Re : L.D.K.; Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. K and K, op. cit., supra*, note 76.
134. *Re A.Y., op. cit., supra*, note 81.
135. *Region 2 Hospital Corp. v. Walker, op. cit., supra*, note 83.

du droit à la sécurité de leur personne. La question se pose alors de savoir comment, en vertu de la *Charte* canadienne, un mineur d'une autre province aurait ce droit de refus, sans que ce même droit ne soit reconnu à son homologue québécois âgé de quatorze ans et plus, et ce malgré les termes non équivoques du paragraphe 2 de l'article 16 du *Code civil* permettant au titulaire de l'autorité parentale de consentir, en cas d'urgence en lieu et place du mineur qui a refusé des soins bien que sa vie soit en danger? En d'autres mots, ne pourrait-on prétendre que les jeunes québécois sont victimes d'une forme de discrimination résultant de certaines restrictions législatives à leur autonomie?

La Cour suprême, sous la plume de Madame la juge Wilson dans *R. c. Turpin*,¹³⁶ avait soulevé la question de la disparité provinciale dans une affaire pénale, où il fut argué qu'en vertu de la *Charte*, le droit criminel devait s'appliquer partout au pays, sans aucune distinction fondée sur la province de résidence. La juge Wilson avait rejeté cet argument et avait admis que certaines différences pouvaient exister sans pour autant engendrer une discrimination au sens de la *Charte*.¹³⁷ Cette incertitude regardant l'application uniforme de la loi à travers le Canada, même en matière criminelle, a déjà été résolue par la Cour suprême dans la cause *R. c. S.(S.)*,¹³⁸ qui a affirmé que la reconnaissance de la diversité régionale n'était pas incompatible avec une saine application de la *Charte*. Selon le Juge en chef Dickson :

«C'est un lieu commun de dire que la Constitution canadienne trace une ligne de démarcation non seulement entre le particulier et l'État, mais aussi entre les paliers fédéral et provincial de gouvernement. Un problème survient à l'intersection de ces deux lignes de démarcation établies par la Constitution car elles représentent un conflit entre deux valeurs antagonistes - l'uniformité et la diversité. Cela vaut particulièrement dans un cas où la disposition de la *Charte* que l'on

136. [1989] 1 R.C.S. 1296.

137. *Ibid.*, à la p. 1334. Afin de ne pas trahir la pensée de Madame la juge Wilson, elle avait écrit qu'il était «[...] possible que certaines différences dans le droit criminel ou la procédure en matière criminelle d'une province à l'autre puissent engendrer une discrimination au sens de la définition donnée par cette Cour à la majorité dans l'arrêt *Andrews*».

138. [1990] 2 R.C.S. 254.

invoque est le par. 15(1), qui consacre le principe de l'égalité devant la loi et dans la loi». ¹³⁹

Mais, poursuivait-il :

«Non seulement le partage des compétences permet un traitement différent selon la province de résidence, mais il autorise et encourage des distinctions d'ordre géographique. Il ne fait donc aucun doute que le traitement inégal qui résulte uniquement de l'exercice par les législateurs provinciaux de leur compétences légitimes ne saurait, du seul fait qu'il crée des distinctions fondées sur la province de résidence, être attaqué sur le fondement du par. 15(1)». ¹⁴⁰

Même si les provinces peuvent tenir compte d'une certaine diversité dans la culture ou les moeurs de leurs citoyens, sans pour autant enfreindre l'article 15 de la *Charte* prohibant certaines formes de discrimination, l'article 15 soulève l'interrogation suivante : l'imposition des soins à un mineur apte, âgé de quatorze ans et plus, en dépit de son refus éclairé, pourrait-elle constituer une forme de discrimination illégale fondée sur l'âge?

En effet, la *Charte*, dans son article 15, mentionne spécifiquement la discrimination en raison de l'âge. Et nous avons vu que déjà, en 1985, la Cour provinciale de l'Ontario avait décidé dans l'affaire *Re : L.D.K.; Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. K and K* ¹⁴¹ que l'imposition de soins à une enfant apte, âgée de douze ans, sans qu'elle ne soit même consultée, était une forme de discrimination contraire à la *Charte*. Malheureusement, l'analyse du juge sur cet aspect précis était plutôt succincte.

Cette question de la portée de l'article 15 est de nouveau apparue en Cour suprême, à l'occasion de la décision, fondamentale dans ce domaine, de *Andrews c. Law Society of British Columbia*. ¹⁴² Selon le juge McIntyre qui,

139. *Ibid.*, à la p. 287.

140. *Ibid.*, à la p. 288.

141. *Op. cit.*, *supra*, note 76.

142. [1989] 1 R.C.S. 143.

malgré sa dissidence dans cette cause, avait énoncé les principes de rigueur en matière de discrimination :

«[L]a discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement».¹⁴³

De plus, on y affirmait que l'énumération contenue à l'article 15 n'était pas restrictive, mais faisait au contraire état des formes «[...] de discrimination les plus courantes, les plus classiques et vraisemblablement les plus destructrices socialement [...] »¹⁴⁴

Mais la seule présence d'une distinction discriminatoire ne suffirait pas pour entraîner les sanctions de la *Charte*; il faudrait de plus que cette distinction crée un désavantage sur le plan législatif.¹⁴⁵

143. *Ibid.*, aux pp. 174-175.

144. *Ibid.*, à la p. 175.

145. *Ibid.*, à la p. 182. Selon le juge Gonthier dans sa dissidence à la décision de *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, à la p. 435, «L'analyse à entreprendre selon le par. 15(1) de la *Charte* comporte trois étapes. Premièrement, il faut déterminer si la loi établit une distinction entre le demandeur et d'autres personnes. Deuxièmement, il faut se demander si la distinction donne lieu à un désavantage et examiner si le texte législatif attaqué impose à un groupe de personnes auquel appartient le demandeur des fardeaux, obligations ou désavantages non imposés à d'autres ou le prive d'un bénéfice qu'il accorde à d'autres. C'est à cette deuxième étape que l'on examine l'effet direct ou indirect de la loi. Troisièmement, il faut déterminer si la distinction est fondée sur une caractéristique personnelle non pertinente mentionnée au par. 15(1) ou sur une caractéristique analogue.» Voir également *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, à la p. 531 (le juge La Forest).

Dans plusieurs décisions, la Cour suprême a circonscrit la discrimination en raison de l'âge. Ainsi, elle a statué que la mise à la retraite obligatoire à tel âge,¹⁴⁶ ou l'inadmissibilité aux prestations d'assurance-chômage ordinaires à soixante-cinq ans,¹⁴⁷ étaient discriminatoires. Dans la plupart des ces arrêts cependant, la discrimination reprochée n'avait pas conduit à des sanctions, et ce, pour diverses raisons, y compris celle de l'absence d'action gouvernementale, ou encore parce que la violation du droit constituait une limite raisonnable au sens de l'article 1 de la *Charte*. Mais en rendant son opinion dans *McKinney c. Université de Guelph*, le juge La Forest a insisté sur les différences importantes entre la discrimination fondée sur l'âge et les autres motifs de discrimination mentionnés à l'article 15. En effet, s'il n'y a pas de corrélation entre la race, la religion ou la couleur, et les capacités d'une personne, ce n'est pas le cas en matière d'âge. Comme il a écrit, «[i]l y a un rapport général entre le vieillissement et l'affaiblissement des capacités».¹⁴⁸ On pourrait sans doute avancer le corollaire qu'il y a un rapport entre l'immaturité de la jeunesse et la qualité de son jugement. Mais le juge La Forest a eu raison de souligner qu'on doit se méfier des lois affectant des personnes à partir de suppositions inexactes, particulièrement en regard des effets de l'âge sur la capacité.¹⁴⁹ C'est pourquoi nous devons envisager avec prudence et circonspection toute loi qui fait une adéquation entre l'âge et l'incapacité d'une personne.¹⁵⁰ C'est justement la réserve

146. *McKinney c. Université de Guelph*, *op. cit.*, *supra*, note 103; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, *op. cit.*, *supra*, note 99; *Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570.

147. *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22

148. *Op. cit.*, *supra*, note 103, à la p. 297.

149. *Id.*

150. É. Deleury, «Le projet de loi 106 et les droits de la personnalité : perspective et analyse prospective», (1984) 25 C. de D. 698, à la p. 713. *Contra* : N. Girard, *Le consentement du mineur aux soins médicaux*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1993, à la p. 45, qui préfère la détermination d'un âge précis comme critère, assimilant ce choix à celui de la fixation de l'âge de majorité. Selon le juge Reeves dans *Gosselin c. P.G. du Québec*, [1992] R.J.Q. 1647 (C.S.), à la p. 1675 : «La discrimination fondée sur l'âge dépendra de la pertinence de la distinction ou classification faite par rapport à l'objectif recherché.»

que nous inspire le *Code civil* en ce qui concerne le refus de soins des personnes mineures.¹⁵¹

La violation de certains droits et libertés que constitue l'imposition de soins aux mineurs aptes, âgés de quatorze ans et plus, ou encore aux mineurs âgés de treize ans et moins, pourrait malgré tout se justifier en vertu de l'article 1 de la *Charte*.¹⁵² C'est ce qu'il convient d'examiner. Les critères servant à juger la nature raisonnable des limites imposées à l'exercice des droits d'un individu ont été établies par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Oakes*.¹⁵³ D'abord, l'objectif pour lequel la loi a été conçue doit être suffisamment important pour justifier l'atteinte aux droits et libertés protégés par la Constitution. Ensuite, les moyens choisis doivent être proportionnels à l'objectif recherché.¹⁵⁴ Afin d'établir si effectivement cette proportion entre les moyens utilisés et l'objectif poursuivi est respectée, les composantes suivantes sont requises :

«Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question [...] Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les *effets* des

151. Selon N. Bala et D. Cruickshank, «Children and the Charter of Rights» dans B. Landau, éditeur, *Children's Rights in the Practice of Family Law*, Toronto, Carswell, 1986, 28, à la p. 64 : Clearly the resolution of these issues requires a careful balancing of the rights of parent, child and state and will depend on the nature of the proposed treatment and the maturity of the child. It does not seem adequate, however, to deny a child all right to participate in a decision about such matters solely on the basis of age.»

152. L'article 1 de la *Charte canadienne* se lit ainsi : «La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans les limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.»

153. [1986] 1 R.C.S. 103, surtout aux pp. 138-139.

154. *R. c. Morgentaler*, *op. cit.*, *supra*, note 108, à la p. 180 (la juge Wilson).

mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme «suffisamment important».¹⁵⁵

En examinant la première de ces conditions, c'est-à-dire l'objectif que recherche le législateur québécois en restreignant la faculté de refus du mineur apte, il faut se rappeler que la protection du corps humain contre les ingérences des tiers a été promue au rang de norme constitutionnelle,¹⁵⁶ du moins en ce qui concerne les majeurs aptes. Certes, on pourrait prétendre¹⁵⁷ que la protection de la vie humaine est une valeur supérieure à celle du respect de l'autonomie de l'individu.¹⁵⁸ Cependant nous doutons de la validité juridique de ce point de vue à la lumière des développements jurisprudentiels récents que nous avons mentionnés.¹⁵⁹ Il est admis que le respect de l'intégrité de la personne et son autonomie corporelle l'emportent sur la préservation de la vie.¹⁶⁰ À l'égard des mineurs, nous reconnaissons qu'à première vue la protection de leur vie et de leur intégrité corporelle pourrait constituer un but qui justifie une entorse à leur autonomie. Mais la détermination par le législateur d'un âge de capacité en

155. *Op. cit.*, *supra*, note 153, à la p. 139.

156. Voir l'opinion du juge en chef Dickson dans l'affaire *Morgentaler*, *op. cit.*, *supra*, note 108, à la p. 53. Voir également celle du juge Sopinka dans *Rodriguez*, *op. cit.*, *supra*, note 123, à la p. 588.

157. Par exemple A. Mayrand, *op. cit.*, *supra*, note 3, aux pp. 48, 49, n° 40.

158. Voir la décision du juge A. Barbeau dans l'affaire de *Procureur général du Canada c. Hôpital Notre-Dame et Niemiec*, ([1984] C.S. 426) où il fut ordonné que des soins soient administrés à un immigrant polonais qui s'était introduit un fil d'acier dans l'oesophage. Niemiec, qui faisait l'objet d'un ordonnance d'expulsion du Canada, ne voulait pas retourner dans son pays d'origine. En ordonnant le traitement du patient, le juge n'a pas fait allusion aux *Chartes* canadienne et québécoise et décide en fonction du principe voulant que le respect de la vie prime le respect de la volonté (à la p. 427). Bien que nous ne partageons pas les motifs du juge, nous sommes en accord avec le dispositif car en invoquant son droit à l'autonomie, Niemiec abusait de son droit afin de contrecarrer les lois sur l'immigration et d'éviter la déportation.

159. Voir *supra* note 1.

160. Dans *Rodriguez*, *op. cit.*, *supra*, note 123, à la p. 586, le juge Sopinka a écrit, «Je ne conclus pas de cela que, dans de telles circonstances, la vie comme valeur doit l'emporter sur la sécurité de la personne ou la liberté, au sens de ces valeurs en vertu de la *Charte*, mais que c'est une des valeurs à considérer en l'espèce». Et la juge McLachlin, dissidente dans cette cause, a reconnu également le principe de la liberté de l'individu : «La sécurité de la personne comporte un élément d'autonomie personnelle protégeant la dignité et la vie privée des individus à l'égard des décisions concernant leur propre corps. Le pouvoir de décider de façon autonome ce qui convient le mieux à son propre corps est un attribut de la personne et de la dignité de l'être humain» (à la p. 618).

matière médicale n'est pas irréprochable au point de vue constitutionnel. Pour sa part, Michael Wald voit les choses ainsi :

«In determining the rationality of a given restriction, it must be recognized that any given age will be arbitrary to some degree. People mature at different times so that not all 13-year-olds are the same. The difficulty of making decisions on a case-by-case basis may justify selection of some age as a cut-off point for granting specific rights. However, the courts should determine both whether any age restriction is necessary in order to achieve a legitimate state interest and whether the specific classification is reasonable in light of existing data of the capacities of children at different ages».¹⁶¹

-
161. M. Wald, «Children's Rights : A Framework for Analysis», dans B. Landau, éditrice, *Children's Rights in the Practice of Family Law*, Toronto, Carswell, 1986, 3, à la p. 14. Certes dans la cause de *Irwin Toy Ltd c. Procureur général du Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927, la majorité des juges du banc de la Cour suprême (les juges Dickson, Lamer et Wilson) avait décidé qu'une législation interdisant, sauf exception, une publicité à but commercial destinée à des personnes de moins de treize ans constituait une limite raisonnable à la liberté d'expression. Quant à la détermination d'un âge limite, la majorité a affirmé (aux pages 989 et 990) le principe que «[l]orsque le législateur arbitre entre les revendications divergentes de différents groupes de la collectivité, il est obligé de tracer une ligne de démarcation qui est à la fois le point de départ légitime des unes et le point où les autres disparaissent, sans être en mesure de savoir exactement où cette ligne se trouve. Si le législateur a fait une évaluation raisonnable quant à la place appropriée de la ligne de démarcation, *surtout quand cette évaluation exige l'appréciation de preuves scientifiques contradictoires* et la répartition de ressources limitées, il n'appartient pas aux tribunaux de se prononcer après coup. Ce serait seulement substituer une évaluation à une autre. Quand on traite de groupes hétérogènes en soi et définis en fonction de l'âge ou d'une caractéristique analogue à l'âge, la preuve qu'une forte majorité du groupe requiert le genre de protection prévue par le gouvernement peut permettre d'établir que le groupe a été défini de façon raisonnable» (les italiques sont de nous). Par contre, le juge McIntyre (avec le concours du juge Beetz), dissident dans cette cause, était d'opinion que, «il n'a aucunement été prouvé qu'il y a danger pour les enfants. De plus, même si je pouvais parvenir à une autre conclusion, je serais d'avis par ailleurs que la restriction doit échouer sur la question de la proportionnalité. Une interdiction totale de la publicité télévisée destinée aux enfants jusqu'à un certain âge fixé arbitrairement indique qu'il n'a pas été tenté de satisfaire à l'exigence de la proportionnalité» (à la p. 1008). L'historique législatif des dispositions du *Code civil du Québec* concernant le mineur de quatorze ans et plus et le consentement aux soins nous démontre que la détermination d'un certain âge pour consentir aux actes médicaux n'était basée sur aucun critère scientifique. Abstraction faite de cette discussion sur la nature arbitraire de la désignation d'un âge quelconque, n'oublions pas que la législation en litige dans *Irwin Toy Ltd* constituait une atteinte à la liberté d'expression d'une société spécialisée

Par contre, nous ne sommes pas certains que les moyens choisis soient proportionnels à la protection recherchée. D'une part, le législateur reconnaît au mineur âgé de quatorze ans et plus une certaine capacité de requérir, ou d'accepter, les soins exigés par son état de santé. Mais du même coup, il lui enlève la possibilité de refuser ces mêmes soins : en effet, le titulaire de l'autorité parentale, ou le tribunal, peuvent autoriser les soins en lieu et place de ce mineur. On accorde de la sorte aux adolescents de quatorze ans et plus une liberté tronquée, en ce sens qu'ils peuvent accepter des soins, mais qu'ils ne peuvent les refuser seuls. L'étude des origines législatives des dispositions du *Code civil* montre bien que cette capacité artificielle a été conçue comme un moindre mal en vue de faciliter l'accès aux soins, et non comme un bouleversement des règles de la capacité.¹⁶² La désignation d'un âge, par exemple pour exercer un métier,¹⁶³ pour se marier,¹⁶⁴ ou pour accéder à la pleine capacité,¹⁶⁵ est peut-être un exercice arbitraire.¹⁶⁶ Mais personne ne peut douter de l'opportunité de fixer certaines limites d'âge marquant la fin d'une période d'incapacité.¹⁶⁷ Peu importe l'activité poursuivie, les dispositions restreignant la capacité du mineur sont édictées en vue de contrer l'impulsivité du mineur, et de combler son manque de maturité ou de sagesse. En somme, elles cherchent à protéger le mineur contre ses faiblesses naturelles. C'est pourquoi on reconnaît au mineur le droit d'accumuler et d'administrer des biens, fruits de son travail, à partir de l'âge de quatorze ans, bien qu'on ne lui reconnaisse pas le pouvoir de tester avant l'âge de dix-huit ans. Malgré ces choix d'âge variés, il existe une présomption voulant que

dans la fabrication de jouets pour enfants, une atteinte justifiée par l'opportunité de protéger les enfants de la manipulation commerciale. Dans notre cas, nous critiquons la détermination d'un âge arbitraire quant au droit de consentir aux soins (et même de les refuser), car une telle détermination constituerait une atteinte à un droit fondamental de l'enfant de quatorze et plus.

162. Voir *supra* la partie traitant du mineur âgé de quatorze ans et plus et la portée de la carte.
163. Quatorze ans selon l'article 156 C.c.Q.
164. Seize ans (avec le consentement du titulaire de l'autorité parentale), article 373 alinéa 1 C.c.Q.
165. Dix-huit ans, article 153 C.c.Q.
166. É. Deleury, D. Goubau, *op. cit., supra*, note 15, p. 379, n° 441 et p. 342, n° 445.
167. G. Cornu, «L'âge civil», dans *Les mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Librairies Dalloz & Sirey, 1961, t. 2, p. 9 à la p. 15.

«...l'âge légal, âge moyen d'épanouissement dans un pays donné à un moment donné, n'est pas arbitraire. Le législateur, s'éclairant par l'expérience de ce qui arrive au plus grand nombre, a déterminé un âge auquel toute personne est réputée avoir accompli sa croissance et n'avoir plus besoin de protection. Présomption légale tirée du *plerumque fit*, la capacité civile n'est que le reflet d'une capacité naturelle moyenne».¹⁶⁸

Autant une limitation législative à la capacité du mineur pourrait être le fruit de l'expérience d'un peuple,¹⁶⁹ autant une limitation visant certains autres actes de la vie civile pourrait résulter d'une solution de facilité afin de résoudre une impasse politique. À notre avis, l'historique législatif de certaines dispositions de la *Loi sur la protection de la santé publique*¹⁷⁰ illustre nos propos à cet égard. Ainsi, à la différence d'une limitation de la capacité du mineur qui serait justifiée par l'expérience, toute limitation n'ayant pas un tel fondement rationnel serait suspecte.

Si le législateur avait voulu à tout prix protéger l'intégrité du mineur aux dépens de son autonomie, il aurait carrément décrété l'incapacité du mineur en matière de soins. Mais telle n'est pas l'essence du message, puisque ce mineur de quatorze ans est par ailleurs titulaire du droit au secret médical, même à l'encontre de ses parents. En dépit du fait qu'ils ont le droit d'être avisés dans le cas d'un hébergement de plus de douze heures,¹⁷¹ les parents ne seront pas informés des circonstances entourant l'état de leur enfant.¹⁷² Comme l'a écrit la juge McLachlin dans l'affaire *Rodriguez*,¹⁷³ «[u]ne restriction est arbitraire

168. *Ibid.*, à la p. 16.

169. *Gosselin c. P.G. du Québec, op. cit., supra*, note 150, à la p. 1675-1676; *Protection de la jeunesse - 436*, [1990] R.J.Q. 1481 (C.Q.), à la p. 1499.

170. *Op. cit., supra*, note 56.

171. Article 14 al. 2 C.c.Q.

172. Voir les *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, *Le Code civil du Québec, op. cit., supra*, note 28, à la p. 15, 16. Selon l'art. 21 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux et Codifiant diverses dispositions législatives*, L.R.Q., c. S-5.1, le titulaire de l'autorité parentale peut prendre connaissance du dossier du mineur de quatorze ans et plus à condition que le mineur ne s'objecte pas ou s'il s'objecte, que la communication du dossier ne cause ou ne soit pas susceptible de causer préjudice à sa santé. Voir également N. Girard, *op. cit., supra*, note 150, à la p. 80.

173. *Op. cit., supra*, note 123, à la p. 619-620.

lorsqu'elle n'a aucun lien ou est incompatible avec l'objectif visé par la loi». La loi cherche à protéger ceux et celles qui, à cause de leur jeunesse, ne sont pas aptes à prendre une décision éclairée face à leur intégrité. Mais en raison de la capacité fort mitigée du mineur de quatorze ans face à son intégrité, nous devons conclure que les moyens adoptés par le législateur sont non seulement arbitraires et peut-être inéquitables, mais qu'ils constituent également une entrave à la liberté du mineur apte.¹⁷⁴

II - La Charte québécoise

La disposition préliminaire du *Code civil du Québec* établit le rapport, que le législateur veut harmonieux, entre la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁷⁵ et le *Code civil du Québec* :

«Le Code civil régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.»

Cette harmonie dont fait état le législateur constitue une position de principe comparable à celle voulant, par exemple, que les lois n'entrent pas en conflit entre elles. Malheureusement, elle n'a pas pour effet magique d'éliminer toute éventuelle discordance entre le *Code* et la *Charte*. En effet cette dernière, de nature quasiconstitutionnelle,¹⁷⁶ pourrait le cas échéant permettre de faire déclarer inconstitutionnelle toute disposition du *Code* incompatible avec ses principes fondamentaux.¹⁷⁷

174. Selon Hogg, *op. cit., supra*, note 102, à la p. 35-28, «[...] [The] law “should impair ‘as little as possible’ the right or freedom in question”. The idea is that the law should impair the right no more than is necessary to accomplish the desired objective, or, in other words, that the law should pursue the objective by the least drastic means.»

175. *Op. cit., supra*, note 92.

176. Article 52, *Charte des droits et libertés de la personne, op. cit., supra*, note 96. Voir également, L. Langevin, «Les rapports entre la Charte des droits et libertés de la personne et le Code civil du Québec : harmonie, interaction ou subordination?», (1994) (octobre) Le bulletin de la société de droit administratif du Québec (Édition spéciale, «Quand le droit administratif croise le fer avec le nouveau Code civil du Québec) 11, aux pp. 11 et 12

177. A. Mayrand, «Le recours aux précédents comme moyen d'interprétation du nouveau Code civil» dans *Le nouveau Code civil, interprétation et application, Les journées Maximilien Caron 1992*, Montréal, Thémis, 1993, 253, à la p. 256; J.-M. Brisson, «Le Code civil, droit

Alors, comme nous l'avons fait pour la *Charte* canadienne, nous devons déterminer si l'imposition du traitement et le non-respect du refus entrent en conflit avec les articles 1, 3 et 10 de la *Charte* québécoise. De plus, on doit se demander si l'article 9.1 de la *Charte* québécoise nous permet d'épargner les textes pertinents du *Code civil* se heurtant à certaines dispositions de la *Charte*.

Il est en premier lieu intéressant de constater que les tribunaux québécois ont peu tendance à s'en référer à la *Charte* en matière de traitements médicaux, et encore moins à l'appliquer.¹⁷⁸ Contrairement à la *Charte* canadienne cependant, la *Charte* québécoise n'est pas limitée à l'action gouvernementale et est d'application générale, visant toutes les matières qui sont de la compétence législative du Québec.¹⁷⁹

Poutant, l'exercice que nous venons d'effectuer quant à la constitutionnalité des dispositions du *Code civil* donne de semblables résultats

commun?», dans *Le nouveau Code civil, interprétation et application, Les journées Maximilien Caron 1992*, Montréal, Thémis, 1993, 294 à la p. 311.

178. Voir par exemple en matière de refus de soins par un adulte apte, *Manoir de la Pointe Bleue(1978) inc c. Corbeil*, [1992] R.J.Q. 712 (C.S.). Par contre, dans la cause de *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361 (C.S.) et *Procureur général du Canada c. Hôpital Notre-Dame et Niemiec*, *op. cit.*, *supra*, note 158, la *Charte québécoise* n'est aucunement mentionnée. En ce qui concerne le refus de soins par ou pour la personne inapte, *Institut Philippe Pinel de Montréal c. Dion*, [1983] C.S. 438, *In re Enfant Maude Goyette : Le Centre de Services Sociaux du Montréal Métropolitain*, *op. cit.*, *supra*, note 71 et *La Commission de Protection des droits de la Jeunesse c. C.T. et G.R.* *op. cit.*, *supra*, note 71, à la p. 1681 (C.S.) font mention de la *Charte*, mais ce n'est pas le cas dans les arrêts *Couture-Jacquet c. Montreal Children's Hospital*, *op. cit.*, *supra*, note 71 et *Protection de la jeunesse - 332*, [1988] R.J.Q. 1666 (C.S.). Enfin, dans *Cloutier c. C.H.U.L.*, [1986] R.J.Q. 615, confirmé en appel, [1990] R.J.Q. 717 (C.A.), la Cour supérieure avait décidé que l'hôpital avait rempli ses obligations découlant entre autres de la *Charte québécoise*, envers la patiente souffrant d'un état dépressif névrotique et qui s'était suicidée. On a également fait valoir la *Charte* québécoise afin de justifier le refus de permettre des prélèvements sanguins, *R. c. Beaulieu*, [1992] R.J.Q. 2959 (C.Q.), ou un examen médical, *Juteau c. C.A.S.*, [1987] R.J.Q. 1610 (C.S.).

179. *Op. cit.*, *supra*, note 92, art. 55. Bien qu'elle ne soit pas de nature constitutionnelle, la *Charte québécoise* a un statut quasi-constitutionnel ou un caractère fondamental selon A. Morel, «L'originalité de la Charte québécoise en péril» dans *Service de la formation permanente*, Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif (1993)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1993, 65, à la p. 71. Voir également É. Deleury, D. Goubau, *op. cit.*, *supra*, note 15, à la p. 66, n° 67.

lorsqu'on en scrute certaines dispositions à la lumière de la *Charte* québécoise. L'imposition du traitement remet en question les droits fondamentaux que sont la sécurité, l'intégrité et la liberté de la personne,¹⁸⁰ ainsi que sa liberté de religion et de conscience.¹⁸¹ De plus, l'imposition des soins aux mineurs aptes de quatorze ans et plus qui les refusent soulève un problème de discrimination en raison de l'âge.¹⁸² Nous excluons de façon intentionnelle le droit au respect de la vie privée,¹⁸³ car le droit québécois n'a pas donné la même envergure à la notion de droit à l'intimité que l'ont fait les États-Unis.¹⁸⁴ Nous écartons également toute discussion de l'article 2 de la *Charte* québécoise énonçant l'obligation de porter secours à la personne dont la vie est en danger, car ce devoir légal d'agir n'impose à la personne en danger aucune obligation corrélative d'accepter le sauvetage.

La primauté de la liberté individuelle laisse peu de doute : la liberté du sujet de refuser un traitement l'emporte sur la préservation de sa vie. Cependant, la jurisprudence avait déjà affirmé le principe général que l'État doit s'occuper de préserver la vie des personnes ayant besoin d'être protégées. C'était à l'occasion de l'affaire *Goyette*,¹⁸⁵ litige visant l'opportunité de soigner l'anomalie cardiaque d'une enfant atteinte du syndrome de Down (mongolisme). Sans le traitement, auquel les parents de l'enfant s'opposaient, l'expectative de vie de l'enfant était fort réduite. En ordonnant les soins nécessaires, le juge Reeves a déclaré que «[...] si, malgré [les] soins, la vie devenait inhumaine, c'est la dignité de la personne qui doit l'emporter sur l'intérêt de l'État».¹⁸⁶ La conséquence la plus évidente de cet arrêt est que, dans des causes se rapportant à des personnes

180. *Ibid.*, article 1.

181. *Ibid.*, article 3.

182. *Ibid.*, article 10.

183. *Ibid.*, article 5.

184. Par exemple, *Griswold v. Connecticut*, (1965) 381 U.S. 479 où il a été décidé que le «*right of privacy*» protégeait, contre toute intrusion gouvernementale, le droit du couple marié de se servir de moyens contraceptifs; et *Roe v. Wade*, (1973) 410 U.S. 113, où fut reconnu le droit de la femme enceinte de se faire avorter. Le *Code civil du Québec* traite du respect de la réputation et de la vie privée aux articles 35 à 41, mais de façon beaucoup plus succincte que ne le fait le droit américain.

185. *Op. cit.*, *supra*, note 71, le juge P. Reeves.

186. *Ibid.*, à la p. 436.

inaptes, et en l'absence d'une nette prépondérance des risques ou des inconvénients sur les bienfaits, le droit à la vie serait préservé et affirmé.¹⁸⁷

Le professeur André Morel souligne avec beaucoup de justesse qu'il n'y a qu'un petit nombre de dispositions substantives dans la *Charte* canadienne et la *Charte* québécoise qui puissent être considérées comme identiques, même en faisant abstraction des simples différences dans la rédaction.¹⁸⁸ Malgré tout, les tribunaux tendent à recourir à la jurisprudence de plus en plus abondante sur la *Charte* canadienne afin d'interpréter la *Charte* québécoise,¹⁸⁹ ainsi qu'à adopter une interprétation uniforme de leurs dispositions lorsqu'elles sont analogues.¹⁹⁰ Par exemple, dans *Protection de la jeunesse - 193*,¹⁹¹ le juge Dugas a laissé entendre que l'article 24 de la *Charte* québécoise¹⁹² correspond aux articles 7 et 9 de la *Charte* canadienne.¹⁹³ Dans la cause *Jaeger c. Procureur général du Québec*,¹⁹⁴ le juge Denis Lévesque a affirmé que les articles 1, 23, et 24 de la *Charte* québécoise sont au même effet que l'article 7 de la *Charte* canadienne.¹⁹⁵ La Cour suprême dans *Forget c. Procureur général du Québec*¹⁹⁶ a laissé entendre que l'article 10 de la *Charte* québécoise portant sur le droit à l'égalité n'était pas substantiellement différent de l'article 15 de la *Charte* canadienne, sinon que l'énumération de l'article 10 est exhaustive tandis que celle de l'article 15 n'est qu'indicative.¹⁹⁷ Dans *Devine c. Procureur général du Québec*,¹⁹⁸ on a jugé que l'article 3 de la *Charte* québécoise équivalait à l'article 2(b) de la

187. Dans la cause *Couture-Jacquet c. Montreal Children's Hospital*, *op. cit.*, *supra*, note 71, où la balance des inconvénients démontrait la futilité de poursuivre des traitements de chimiothérapie douloureux et offrant très peu de chances de succès, la Cour d'appel avait confirmé le refus de soins opposé par la mère et la grand-mère de l'enfant.

188. A. Morel, «La coexistence des Chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction», (1986) 17 R.D.U.S. 49, à la p. 76.

189. *Ibid.*, à la p. 80.

190. A. Morel, *loc. cit.*, *supra*, note 179, à la p.72.

191. [1986] R.J.Q. 736.

192. «Nul ne peut être privé de sa liberté ou de ses droits, sauf pour les motifs prévus par la loi et suivant la procédure prescrite.»

193. *Op. cit.*, *supra*, note 191, à la p. 739.

194. [1990] R.J.Q. 1687.

195. *Ibid.*, à la p. 1693.

196. [1988] 2 R.C.S. 90.

197. A. Morel, *loc. cit.*, *supra*, note 179, à la p. 76.

198. [1988] 2 R.C.S. 790, à la p. 814.

Charte canadienne. De façon encore plus frappante, et faisant fi des différences entre les deux textes, la Cour suprême a décidé que l'article 9.1 de la *Charte* québécoise correspondait à l'article 1 de la *Charte* canadienne.¹⁹⁹

Dans cette foulée, nos conclusions sur la pertinence des articles 2(b) et 7 de la *Charte* canadienne sont les mêmes à propos des articles 1, 3, et 24 de la *Charte* québécoise, sous réserve de son article 9.1. Quant à l'article 10 de la *Charte* québécoise,²⁰⁰ il se distingue de l'article 15 de la *Charte* canadienne en raison de sa rédaction particulière : le législateur y prévoit une distinction, exclusion ou préférence fondée sur l'âge *sauf* dans la mesure prévue par la loi. Or, dans le cas qui nous occupe, le *Code civil* a expressément formulé une distinction fondée sur l'âge, ce que la *Charte* autorise bel et bien.

Les critères de l'article 9.1 de la *Charte* québécoise s'appliquent de la même façon que ceux de l'article 1 de la *Charte* canadienne,²⁰¹ d'après la jurisprudence. La Cour suprême a affirmé que le premier alinéa de l'article 9.1 se rapporte à la façon dont la personne doit exercer ses droits et libertés. En d'autres mots, cet article suggère une manière d'interpréter l'étendue des droits fondamentaux. Le deuxième alinéa reconnaît cependant à l'Assemblée Nationale le pouvoir de limiter, ou d'aménager, l'exercice de certains droits ou libertés, mais toujours dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. Le contrôle des tribunaux sur la validité de la législation, implicitement reconnu à l'article 9.1, va au-delà d'une appréciation judiciaire de la finalité de cette législation. L'article 9.1 exige davantage : il faut que toute restriction d'un droit fondamental ou d'une liberté «[...] ait un lien rationnel avec l'objet législatif et que les moyens employés par le législateur soient proportionnés au but visé».²⁰²

199. *Ford c. Procureur général du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712, à la p. 770.

200. Voir généralement P. Blache, «Les méandres du concept d'égalité et la *Charte* québécoise des droits et libertés de la personne», (1986) 17 R.D.U.S. 85.

201. *Ford c. Procureur général du Québec*, *op. cit.*, *supra*, note 199; *Devine c. Procureur général du Québec*, *op. cit.*, *supra*, note 198; *Irwin Toy Ltd c. Procureur général du Québec*, *op. cit.*, *supra*, note 161, à la p. 980; voir également *Dufour c. C.H. St-Joseph-de-la-Malbaie*, [1992] R.J.Q. 825, à la p. 841 (T.D.P.Q.).

202. *Ford c. Procureur général du Québec*, *ibid.*, à la p. 771.

En utilisant les critères énoncés par la Cour suprême dans son analyse des articles 1 de la *Charte* canadienne et 9.1 de la *Charte* québécoise,²⁰³ il ne serait pas déraisonnable de conclure que l'imposition de soins à une personne apte, pour des raisons autres que des raisons de santé publique,²⁰⁴ et dans les cas où le refus de soins ne compromet pas les droits d'autres membres de la société, constitue une violation du droit à la liberté, à la sécurité et à l'intégrité de la personne ainsi qu'une atteinte à la liberté de conscience et, le cas échéant, de religion. De plus, ces atteintes ne sauraient être justifiées par l'article 9.1 de la *Charte*. On pourrait aussi faire état du droit contre la discrimination fondée sur l'âge. Somme toute, les dispositions pertinentes du *Code civil* seraient vulnérables à une contestation au nom de certains droits et libertés reconnus par les *Chartes*.²⁰⁵

Conclusion

Que le majeur puisse, à l'avance, émettre des directives concernant son inviolabilité et son intégrité ne fait plus de doute. Que le nouveau *Code civil* ait mis à la disposition de ce majeur des mécanismes assurant le respect de sa volonté en cas d'inaptitude ne fait aucun doute non plus. Et toute décision prise par la personne devant consentir aux soins pour la personne devenue inapte devra l'être dans le seul intérêt de cette dernière,²⁰⁶ à la lumière d'une norme objective : le représentant ou le «proche» de l'inapte devra prendre la décision que prendrait une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances. Le processus du consentement pour autrui, tout en se fondant sur le critère du meilleur intérêt de la personne inapte, permet que la décision tienne compte des volontés que cette dernière, pour qui on consent ou pour qui on refuse, a pu manifester déjà. Cette manifestation de volonté pourrait venir d'une opinion exprimée à travers une conversation, ou encore par un vécu indiquant une certaine philosophie personnelle, ou enfin par toute indication susceptible d'éclairer une décision respectueuse de la personne pour qui on agit. Dans le cas

203. Voir F. Chevrette, «La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne : le dit et le non-dit», (1987) 21 R.J.T. 461, à la p. 485.

204. Par exemple le traitement obligatoire de certaines maladies contagieuses : voir la *Loi sur la protection de la santé publique*, *op. cit.*, *supra*, note 44, arts 10-13.

205. N. Girard, *op. cit.*, *supra*, note 150, à la p. 67.

206. Article 12 C.c.Q.

où cette personne a déjà manifesté une volonté ferme quant à un aspect de son traitement, le représentant ou le «proche» n'a pas même à se demander quelle décision prendre dans l'intérêt du patient, car l'intérêt de ce dernier a déjà été clairement indiqué par nul autre que lui-même.

Ainsi, nous croyons que l'article 15 C.c.Q. n'est pas une disposition ayant pour effet d'exclure toute autre façon de manifester une volonté, mais plutôt un moyen de garantir le plus possible que la volonté du patient, dans la mesure où elle est connue, sera respectée.

C'est pourquoi nous préconisons la validité de la carte de refus de transfusion, laquelle est précisément destinée à faire part aux personnel médical de la volonté d'un individu Témoin de Jéhovah en prévision du cas où il ne serait pas en mesure de réitérer cette volonté en raison de son état.

Le *Code civil*, nonobstant l'apparence d'une tendance à accroître la capacité du mineur âgé de quatorze ans et plus, du moins quant au consentement aux soins requis par son état de santé, semble ne vouloir respecter sa volonté que si elle vise le maintien de sa santé physique. Le refus jugé médicalement inopportun pourrait donc être anéanti soit par les parents, soit par le tribunal.²⁰⁷ Pour les enfants âgés de treize ans et moins, le *Code civil* est encore plus catégorique : seuls les titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur peuvent consentir aux soins, et advenant le refus injustifié de ces derniers, le tribunal autorisera les soins. Comme le juge Rutledge de la Cour suprême américaine l'a écrit :

«Parents may be free to become martyrs themselves. But it does not follow they are free, in identical circumstances, to make martyrs of their children before they have reached the age of full and legal discretion when they can make that choice for themselves.»²⁰⁸

Mais lorsqu'on examine certaines dispositions du *Code civil* concernant les mineurs et le consentement aux soins à la lumière des *Chartes* canadienne et québécoise, nous nous interrogeons sur leur validité. À certains égards, les

207. Article 16 al. 2 C.c.Q.

208. *Prince v. Commonwealth of Massachusetts*, (1944) 64 S. Ct. 438, à la p. 444.

exigences du *Code civil* peuvent porter atteinte à la liberté de conscience et de religion, ainsi qu'à la liberté et à la sécurité de la personne. Il y a également une discrimination fondée sur l'âge dans la distinction arbitraire entre les plus de quatorze ans et les moins de quatorze ans, et peut-être même dans la restriction de la liberté décisionnelle lorsque la personne n'est pas âgée de dix-huit ans.²⁰⁹ Cependant, la question de la justification de ces atteintes aux droits et libertés protégés par les *Chartes* reste à déterminer ou à préciser par la jurisprudence. Certes, certains tribunaux de *common law* canadiens ont déjà prôné le droit du mineur disposant d'une certaine maturité de refuser des soins, mais il s'agissait d'enfants très malades pour qui le pronostic était plutôt sombre. On peut se demander si la décision *Malette v. Shulman*²¹⁰ aurait été la même si elle avait mis en cause un Témoin de Jéhovah de quinze ans, ayant au préalable signé la carte de refus de transfusions. En toute logique la réponse serait oui, mais nous demeurons sceptiques : nous croyons que ces mêmes tribunaux auraient dans ce cas tendance à faire du «*distinguishing*». Donc, la force persuasive de ces arrêts de *common law* canadien est en quelque sorte tempérée par les tristes circonstances de chacun d'eux, circonstances mettant en jeu des enfants dont la survie était de toute façon peu probable.

Nous avons conclu que les dispositions du *Code civil* faisant l'objet de notre étude pourraient ne pas résister à un examen à la lumière des articles 1 de la *Charte* canadienne et 9.1 de la *Charte* québécoise, car nos *Chartes* ont d'abord et avant tout pour but de sauvegarder la dignité de la personne.²¹¹ Si la personne apte, quel que soit son âge, par une volonté exprimée clairement et librement, en parfaite connaissance des conséquences potentiellement néfastes d'un refus de soins, demeure ferme dans ses convictions philosophiques ou religieuses et persiste dans son refus, le respect de sa dignité exige que sa volonté soit respectée.

209. Article 153 C.c.Q.

210. *Op. cit.*, *supra*, note 8.

211. Voir *In re Goyette*, *op. cit.*, *supra*, note 71, à la p. 434.