

LE CONSENTEMENT AUX SOINS MEDICAUX A LA LUMIERE DU PROJET DE LOI 20

Robert P. Kouri

Volume 18, numéro 1, 1987

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1108709ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/19875>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Kouri, R. P. (1987). LE CONSENTEMENT AUX SOINS MEDICAUX A LA LUMIERE DU PROJET DE LOI 20. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 18(1), 27–43. <https://doi.org/10.17118/11143/19875>

Résumé de l'article

Cet article examine certains changements fondamentaux apportés par le Projet de loi 20 (*Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*) au droit relatif au consentement aux soins. La première partie traite des soins thérapeutiques tandis que la deuxième porte sur les actes non thérapeutiques. L'auteur met en relief certains aspects de la nouvelle loi comme le droit d'imposer des soins au majeur capable, nonobstant son refus, et la possibilité de pratiquer des expériences purement scientifiques ou d'effectuer des prélèvements de tissus sur des personnes incapables à consentir.

LE CONSENTEMENT AUX SOINS MEDICAUX A LA LUMIERE DU PROJET DE LOI 20

par Robert P. KOURI*

Cet article examine certains changements fondamentaux apportés par le Projet de loi 20 (Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens) au droit relatif au consentement aux soins. La première partie traite des soins thérapeutiques tandis que la deuxième porte sur les actes non thérapeutiques. L'auteur met en relief certains aspects de la nouvelle loi comme le droit d'imposer des soins au majeur capable, nonobstant son refus, et la possibilité de pratiquer des expériences purement scientifiques ou d'effectuer des prélèvements de tissus sur des personnes incapables à consentir.

This article analyses certain fundamental changes brought about by Bill 20 (An Act to Add the Reformed Law of Persons, Successions and Property to the Civil Code of Quebec) concerning consent to medical treatment. The first part deals with therapeutic treatment whereas the second examines non-therapeutic interventions. Particular emphasis is placed on a new rule permitting the imposition of treatment upon competent adult who withhold consent, as well as on provisions allowing non-therapeutic experimentation or the taking of tissue for transplantation purposes from persons incapable of discernment.

*. Avocat et professeur, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

INTRODUCTION.	29
I- Soins thérapeutiques.	30
(1) Le cas du refus de traitement.	30
(2) Le régime de représentation par les «proches»	35
(3) La modification apportée au régime du mineurdoué de discernement âgé de quatorze ans et plus	36
II- Soins non thérapeutiques.	37
(1) Le consentement	38
(2) La prépondérance des avantages par rapport aux inconvénients.	40
CONCLUSION.	42

INTRODUCTION

Normalement, lorsque le législateur adopte une nouvelle législation réformant le droit civil, il est possible de retracer le fil conducteur, l'esprit qui anime la réforme. Le législateur scrute le droit actuel, fait état de ses lacunes tant philosophiques que techniques et adopte une loi pour corriger ces défauts. Il s'agit en effet d'un processus évolutif, ordonné. Avec la *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*¹ (désignée ci-après comme le *Projet de loi 20*), ce fil d'Ariane est difficile à trouver, du moins en ce qui a trait au consentement aux soins.

D'abord l'on aurait pu croire que le gouvernement s'inspirerait du *Projet de Code civil*² de l'Office de révision du Code civil lors de la rédaction de son projet de loi concernant le consentement aux soins. Mais il n'en fût rien. Plutôt que de remanier le *Projet de Code civil*, on a jugé préférable de repartir à neuf. Ainsi, en 1982 le ministre de la Justice de l'époque, M. Bédard, a déposé le *Projet de loi no 106, Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes*³ dont les principes de base et la technique de rédaction se démarquent nettement du droit alors en vigueur. Plutôt qu'une évolution, c'était une révolution; surtout lorsqu'on considère que le *Projet de Code civil* de l'O.R.C.C. était en très grande partie, une reformulation des principes déjà admis par le Code civil du Bas-Canada et par certaines législations comme la *Loi sur la protection de la santé publique*⁴.

Suite aux audiences publiques de la Commission permanente de la justice sur le *Projet de loi 106*, quelques petites modifications furent apportées au projet mais sans bouleverser les orientations proposées. Eventuellement, le *Projet de loi 106* fut retiré et réintroduit comme une partie intégrale du *Projet de loi 20*. En com-

-
1. 5^o sess., 32^o Lég. Qué. 1984. Adopté le 15 avril 1987. Québec, Assemblée Nationale, *Journal des débats*, vol. 29, p. 6890.
 2. Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec: Projet de Code civil*, vol. 1, Québec, Editeur officiel, 1978, arts 15-17.
 3. P.L. 106, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes*, 3^o sess., 32^o Lég. Qué. 1982.
 4. *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q., c. P-35.

parant les deux projets, on note que la section sur le consentement aux soins dans le *Projet de loi 20* lors de sa présentation, était le fidèle reflet du *Projet de loi 106*. Enfin, lors de son adoption, plusieurs modifications au *Projet de loi 20* ont pu éliminer plusieurs graves lacunes de rédaction du projet initial, tout en respectant son approche philosophique.

Au cours des quelques lignes qui vont suivre, nous allons signaler et commenter les principales divergences entre le droit actuel et le *Projet de loi 20*. Dans un premier temps, nous scrutons les changements importants en ce qui a trait aux soins thérapeutiques; et par la suite la discussion portera sur les actes non thérapeutiques. Il est opportun de noter immédiatement que le *Projet de loi 20*, comme le Code actuel, affirme le principe fondamental de l'inviolabilité de la personne - nul ne peut porter atteinte à la personne sans son consentement ou sans y être autorisé par la loi⁵.

I- SOINS THERAPEUTIQUES

Dans le domaine des soins thérapeutiques, trois changements majeurs par rapport au droit actuel méritent d'être signalés. Il s'agit (1) du droit du médecin de soigner un patient nonobstant son refus, (2) du droit qu'ont les "proches" du malade de consentir aux soins, et (3) la disparition de l'obligation d'aviser les parents d'un enfant âgé de quatorze ans et plus du fait que leur enfant reçoit des traitements prolongés⁶.

(1) Le cas du refus de traitement

Cet aspect est de loin le plus troublant, non seulement à cause du principe qu'il consacre, mais aussi à cause de sa rédaction surprenante. L'article 12 alinéa 1 du *Projet de loi 20* se lit comme suit:

-
5. Art. 10. A cet égard, il nous semble que l'article 11 du *Projet de loi 20* est superfétatoire.
 6. Un quatrième changement majeur, *i.e.* le régime de la tutelle aux adultes, fait l'objet de l'étude de Mme la professeure E. Deleury, «Le droit des incapacités: fondements et principes directeurs», reproduite ci-après.

«Le consentement aux soins médicaux n'est pas requis en cas d'urgence lorsque la vie de la personne est en danger, à moins que ceux prévus ne soient inusités ou inutiles et que leurs conséquences puissent être intolérables pour la personne.»

Tel que rédigé, deux conditions sont nécessaires afin de pouvoir imposer des soins sans le consentement du patient majeur et capable. Il doit s'agir d'une urgence⁷, mais uniquement lorsque la vie de la personne est en danger. La deuxième condition comporte deux alternatifs: il faut que les soins à prodiguer ne soient ni inusités ni intolérables pour la personne, ou qu'ils ne soient ni inutiles ni intolérables pour cette personne. Pourquoi a-t-on pris la peine d'exclure la possibilité d'administrer des soins inusités, car logiquement le but recherché par l'article 12 du *Projet de loi 20* est de sauver une vie, peu importe les moyens thérapeutiques utilisés. Pour notre part, nous sommes portés à croire qu'il s'agit d'une façon plus ou moins maladroite de répondre à l'intervention du Dr Augustin Roy, président de la Corporation professionnelle des médecins du Québec qui, lors des audiences publiques de la Commission permanente de la justice sur le *Projet de loi 106*, contestait le principe même de l'intervention forcée:

«Tel que cet article est rédigé, un médecin pourrait procéder à une greffe cardiaque sur la personne d'un majeur capable de consentir sans requérir de lui son consentement, si sa vie est en danger à la suite d'une pathologie cardiaque qui peut être traitée par greffe»⁸.

-
7. Voir notre ouvrage, *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, Les Editions R.D.U.S., 1980, p. 138, no 207 et autorités citées.
 8. Québec, Assemblée nationale, Commission permanente de la justice. Auditions de personnes et d'organismes en regard des projets de loi nos 106 «Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes» et 107 «Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des successions» dans le *Journal des débats: Commissions parlementaires*, 4^e sess., 32^e Lég., p. B-1661. A cette époque, la greffe d'un coeur artificiel à Barney Clark faisait les manchettes.

De plus, pourquoi a-t-on ressenti le besoin d'indiquer dans un texte de loi aussi fondamental que le *Code civil*, qu'il faut interdire aux professionnels de la santé de prodiguer des soins inutiles. Il nous semble que les règles déontologiques de ces professions sont déjà assez explicites à cet égard⁹. De toute façon en administrant des soins inutiles à une personne dont la vie est en danger, nous sortons du cadre des soins urgents imposés et le principe de l'inviolabilité de la personne reprend toute sa vigueur.

Enfin, de quelle manière doit-on évaluer les conséquences d'un acte médical pour déterminer si elles sont intolérables pour la personne? S'agit-il d'une intolérance physique ou mentale seulement, ou pouvons-nous ajouter à celles-ci, l'intolérance morale? La question est loin d'être hypothétique lorsqu'on considère que les personnes les plus susceptibles d'être visées par cette disposition sont celles qui refusent des transfusions de sang pour des motifs religieux¹⁰.

Lorsqu'il y a lieu d'évaluer la nature intolérable des conséquences d'un traitement imposé, doit-on procéder par une évaluation *in concreto* ou *in abstracto*? De toute évidence, c'est l'appréciation *in concreto* qui l'emporte car l'article 12 du *Projet de loi 20*, étant rédigé dans l'intérêt de chaque individu dont la vie est en danger, il semble normal de juger de la nature tolérable ou intolérable des soins par rapport à cet individu même.

Voilà en ce qui a trait à la rédaction de l'article 12 alinéa 1 du *Projet de loi 20*. Examinons maintenant le principe même de l'intervention forcée en cas d'urgence.

Il est intéressant de constater que toutes les juridictions avec lesquelles le Québec a des affinités historiques, géographiques, politiques ou culturelles, telles les provinces de *common law*¹¹, la

9. V.g. *Règlement concernant le Code de déontologie*, R.R.Q. 1981, c. M-9, r. 4, p. 6-915 arts 2.03.14, 2.03.15 et 2.03.17.

10. Notons cependant que même pour les Témoins de Jéhovah, les deux conditions sont nécessaires. Le seul fait que les soins soient intolérables pour ces personnes ne suffit pas.

11. E. PICARD, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada*, 2nd ed., Toronto, Carswell Co. Ltd, 1984, p. 46 et jurisprudence citée. V. aussi, *Attorney-General of British Columbia et al. v. Astaforoff*, [1983] 6 W.W.R. 322, conf. [1984] 4 W.W.R. 385;

France¹², les Etats-Unis¹³, la Belgique¹⁴ et l'Angleterre¹⁵, s'opposent en principe à l'imposition de traitements aux majeurs capables.

Aussi, la Commission de réforme du droit du Canada, dans son document de travail sur *Le traitement médical et le droit criminel*, recommande que le droit d'un adulte capable de refuser un traitement soit expressément reconnu par le *Code criminel*¹⁶.

Ici au Québec, au moment de l'adoption du *Projet de loi 20*, les avis sont partagés. Bien que la plupart des auteurs québécois favorisent la reconnaissance du droit de refuser des soins¹⁷, la thèse

Malette v. Shulman et al., (23 déc. 1987) Kirkland 485A/83 et 485B/83, (Supreme Court of Ontario).

12. G. MEMETEAU, *Droit médical*, Paris, Litec, 1985, p. 550, no 372; J.-M. AUBY, *Le droit de la santé*, Paris, P.U.F., 1981, p. 322; Cass. crim. 3 jan. 1973 .D. 1974. 591 (note Levasseur).
13. V. par exemple *Bartling v. Superior Court and Glendale Adventist Medical Center* (1984) 209 Cal. Rptr. 220; J.S. SHOWALTER, «Decisions to Forego Medical Treatment: The Preferred Medical, Ethical and Legal Approach», (1984) 29 *Catholic Lawyer* 286, p. 293; G. ANNAS, «When Suicide Prevention Becomes Brutality: The Case of Elizabeth Bouvia», [1984] (April) *The Hastings Center Report* 20; et plus généralement, President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, *Making Health Care Decisions*, Washington D.C., U.S. Government Printing Office, 1982.
14. X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps*, Bruxelles, F. Larcier, 1982, pp. 558-560, nos 806, 807; R. DIERKENS, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, Paris, Masson, 1966, p. 50, no 63.
15. G. WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed., London, Stevens, 1983, pp. 612-613; P.D.G. SKEGG, *Law, Ethics and Medicine*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 110 *et seq.*; *R. v. Blaue*, [1975] 1 W.L.R. 1411, p. 1415.
16. Commission de réforme du droit du Canada, *Le traitement médical et le droit criminel*, Document de travail 26, Ottawa, Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1980, pp. 81 *et seq.*
17. Par exemple, J.-L. BAUDOIN, «Le droit de refuser d'être traité», dans R.S. Abella, M.L. Rothman, éd., *Justice Beyond Orwell*, Cowansville, Les Editions Yvon Blais Inc., 1985, 207, p.

opposée est défendue avec force par le juge Albert Mayrand dans son volume sur *L'inviolabilité de la personne humaine*¹⁸. Selon M. Mayrand,

«L'inviolabilité de la personne a pour but sa protection, or, les droits doivent être exercés dans le sens de leur finalité. Ce serait fausser le droit à l'intégrité corporelle d'un malade que de lui permettre de l'invoquer pour faire échec à ce qui peut conserver sa vie et, par là même, son intégrité essentielle».¹⁹

Ce raisonnement du juge Mayrand est fort séduisant si on accepte sa prémisse de base sur la finalité même de la loi. Y a-t-il cependant un intérêt supérieur à la protection de la vie? Pour notre part nous croyons que oui. Cet intérêt supérieur est la liberté de la personne de présider son destin sans intervention de quiconque, à condition bien entendu, de ne pas brimer les droits d'autrui. D'ailleurs, à cet égard, la représentante de la Commission des droits de la personne du Québec a déclaré lors de sa comparution devant la Commission permanente de la justice:

«La Commission est d'avis que même en cas d'urgence, une personne majeure peut, en connaissance de cause, refuser pour elle un traitement, même si cela peut entraîner la mort. Il s'agit du respect de l'autonomie de la personne et de son inviolabilité. Prendre parti pour la vie, c'est aussi prendre parti pour la liberté de la personne, ce qui ne signifie pas que la personne en état d'urgence doive être privée du droit au secours, car le droit au secours ne signifie pas l'obligation d'être secouru. Nous croyons que ce droit de mourir dans la liberté et la dignité est aussi un droit fondamental, corollaire du droit à la vie.»²⁰

209; P.-A. CREPEAU, «Le consentement du mineur en matière de soins et traitements médicaux ou chirurgicaux selon le droit canadien», (1974) 52 *R. du B. C.* 247, p. 251 note 10; A. LAJOIE, F. MOLINARI, J.-M. AUBY, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, P.U.M. 1981, p. 308, no 500.

18. Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1975.

19. *Ibid.*, p. 48 no 40.

20. *Op. cit. supra*, note 8, à la p. B-1682.

Il serait simpliste à notre avis de réduire ce débat à un choix entre la vie ou la mort. Tant qu'un Etat se réservera le droit d'appeler ses jeunes sous les drapeaux en temps de guerre, nous croyons qu'il serait raisonnable de prétendre que la liberté est la valeur prédominante dans notre société²¹.

(2) Le régime de représentation par les «proches»

L'article 14 du *Projet de loi 20* innove par rapport au droit existant en créant un mécanisme de représentation informelle pour l'adulte incapable et qui consiste à permettre à ses "proches" de fournir un consentement aux soins.

A la lecture même de l'article 14, nous constatons que ce procédé ne peut être utilisé que dans deux situations; d'abord lorsqu'il y a impossibilité pour le majeur d'être représenté par tuteur ou curateur en temps utile, ensuite lorsque la personne nécessitant une protection n'est pas sous tutelle.

Même si, à l'heure actuelle, il ne s'agit que d'une solution de rechange devant s'appliquer de façon exceptionnelle et temporaire, il est évident que l'article 14 du *Projet de loi 20* cherche à implanter un système efficace et plus conforme aux moeurs québécoises. En effet, sous le régime actuel, les proches du malade exercent *de facto* certains pouvoirs assez importants dans les prises de décision quant aux soins. Leurs opinions sont souvent sollicitées et les professionnels de la santé y accordent une grande importance.

Il est intéressant de noter que les pouvoirs de représentation sont attribués aux proches en suivant un ordre de priorité relativement formel, tout en demeurant assez flexible dans son application. En premier lieu, s'il y en a un, le conjoint et, à défaut ou en cas d'empêchement de celui-ci, un proche parent ou une personne qui démontre un intérêt particulier pour le majeur pourra consentir pour lui. Le législateur semble donc accorder autant d'importance aux personnes ayant un intérêt particulier qu'aux proches parents. Sans doute c'est le bien-être du malade qui justifie l'immixtion de tierces personnes dans les affaires «familiales».

21. *Charte canadienne des droits et libertés*, Loi de 1982 sur le Canada, Annexe B, 1982 (R.-U.), c. 11, art. 7; *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12, art. 1.

Enfin, tout en soulignant sa pertinence, le *Projet de loi 20* ne décrit pas en quoi consiste l'«intérêt particulier qu'a le tiers pour le majeur». Sans prétendre donner une liste exhaustive de ces personnes, on pourrait y inclure le concubin, un ami, le gardien *de facto* de l'incapable, un supérieur hiérarchique civil, militaire ou ecclésiastique, un parent par alliance, un fondé de pouvoir, etc. De cette énumération, nous excluons le médecin traitant qui se trouve en conflit d'intérêt. De toute façon, en cas d'urgence, le médecin peut agir seul et sans solliciter la permission de quiconque²².

(3) La modification apportée au régime du mineur doué de discernement, âgé de quatorze ans et plus

Le *Projet de loi 20*, à son article 13 alinéa 2, édicte «un âge de majorité en matière médicale», pour emprunter l'expression de P.-A. Crépeau²³, du moins en ce qui concerne les soins thérapeutiques.

A cet égard, deux points méritent d'être soulignés: d'abord, une amélioration est apportée au texte actuellement en vigueur. Le mineur aurait le droit de consentir à tous les soins exigés par son état de santé et non seulement aux soins dispensés par un médecin ou prodigués dans un établissement²⁴. Dorénavant, ce mineur pourra consentir seul aux soins dentaires, optométriques, psychothérapeutiques, chiropratiques, etc. administrés ailleurs que dans un établissement.

L'autre point risque d'amener plus de controverse. En effet, la version finale de l'article 13 alinéa 2 laisse de côté l'obligation (que l'on retrouve dans l'actuelle *Loi sur la protection de la santé publique* et qui apparaissait dans le *Projet de loi 106*) imposée aux autorités d'aviser les titulaires de l'autorité parentale que l'enfant est soumis à des traitements prolongés. Ainsi, de façon plus ou moins apparente, le législateur voudrait permettre aux adolescentes de se procurer des anovulants, dont l'administration exige un certain suivi par un médecin, et sans que ce dernier soit tenu d'en parler aux parents. Evidemment, la loi va au-delà de ce seul aspect et vise toute situation de soins prolongés comme les maladies transmises sexuellement, les traitements psychiatriques et autres.

22. Art. 15 al. 2 P. de l. 20.

23. *Loc. cit. supra*, note 17, p. 254.

24. V. la *Loi sur la protection de la santé publique*, *op. cit. supra*, note 4, art. 42.

Passons maintenant aux changements majeurs apportés aux consentements aux soins non thérapeutiques.

II- SOINS NON THERAPEUTIQUES

Sous le *Code civil du Bas-Canada*, il y a lieu de distinguer les actes non thérapeutiques normalisés des actes régis par le droit commun²⁵. En effet, l'article 20 C.c.B.-C. ne réglemeute que l'expérimentation et le don d'organes ou de tissus. Les autres actes, comme la stérilisation purement contraceptive et la chirurgie esthétique ne relèvent donc pas des dispositions exceptionnelles du Code actuel.

La juxtaposition de l'expérimentation et le don d'organes dans un même texte de loi doit s'expliquer par la nature altruiste (en principe) de ces gestes²⁶. Le don de tissus intéresse surtout le récipiendaire du greffon; la participation à l'expérimentation médicale vise l'amélioration des connaissances et donc l'intérêt de la société en général. Ces buts altruistes, toujours dans les limites énoncées par le législateur, ont pour effet de légitimer les atteintes subies dans l'intérêt d'autrui et d'indiquer qu'*a priori*, ces activités ne sont pas contraires à l'ordre public.

Un des effets des articles 16 à 22 du *Projet de loi 20* est de faire disparaître la distinction entre les actes normalisés et ceux régis par le droit commun. Dorénavant, le nouveau Code civil réglementera expressément toutes les atteintes médicales qui ne sont pas exigées par l'état de santé du sujet. L'autre innovation apportée par le *Projet de loi 20* concerne le consentement aux actes non-thérapeutiques pour et au nom de personnes «vulnérables» ou nécessitant une protection accrue de la loi à cause de leur âge ou état de discernement. Ainsi, les majeurs et les mineurs privés de discernement pourraient faire l'objet de prélèvements, de l'expérimentation ou de tout autre acte n'ayant aucune finalité thérapeutique pour ces personnes²⁷.

25. V. généralement, F. HELEINE, «Le dogme de l'intangibilité du corps humain et ses atteintes normalisées dans le droit des obligations du Québec contemporain», (1976) *R. du B.* 2.

26. MAYRAND, *op. cit. supra*, note 18, p. 16, no 6.

27. Arts 17 et 18 P. de l. 20.

Nous soupçonnons que trois sortes d'activités de légalité douteuse sous le Code actuel soient à l'origine de cet élargissement. Il s'agit du prélèvement de tissus de mineurs non doués de discernement en vue d'une transplantation²⁸, de l'expérimentation purement scientifique sur des très jeunes enfants²⁹, et enfin tout le problème de la stérilisation des déficients mentaux³⁰. En agissant de la sorte, nous soumettons respectueusement que le législateur a été mû plus par un esprit de pragmatisme que par le respect du principe de la protection des droits des incapables.

Regardons, dans un premier temps, la question du consentement aux actes non thérapeutiques, quitte à étudier en second lieu, la problématique de la proportionnalité entre les risques et les bienfaits.

(1) Le consentement

Dans le cas du majeur inapte à consentir, du mineur âgé de moins de quatorze ans ou non doué de discernement, deux régimes sont prévus. Lorsqu'il s'agit d'un acte non thérapeutique *autre* que l'aliénation des parties du corps ou l'expérimentation, d'une nature mineure ou n'entraînant aucun risque sérieux pour la santé ni effet majeur et permanent, le tuteur, le curateur ou, le cas échéant, le titulaire de l'autorité parentale peut consentir à ces soins sans aucun autre contrôle³¹.

La rédaction curieuse de l'alinéa 2 de l'article 17 nécessite un examen plus attentif. Cet article semble offrir deux critères alternatifs donnant ouverture au mécanisme du consentement substitué sans la nécessité de faire intervenir le tribunal. Les actes doivent

-
28. P. DESCHAMPS, D. SAUVE, «Aspects juridiques de la transplantation de moelle osseuse», (1981) (Sept.) *Le Médecin du Québec* 51; *Cayouette et Mathieu*, (14 sept. 1987), Montréal, 500-05-008307-876 (C.S.).
29. V. à ce sujet J.M. BURCHELL, «Non-Therapeutic Medical Research on Children», (1978) 95 *S.A.L.J.* 193, p. 196.
30. Voir généralement «L'affaire *Eve* et la stérilisation des déficients mentaux», Colloque organisé par l'Association québécoise pour l'étude comparative du droit, tenu à l'Université McGill le 13 février 1987, dont les textes sont reproduits à (1987) 18 R.G.D. 641 *et seq.*
31. Art. 17 P. de l. 20.

être «de nature mineure» ou alternativement, ne peuvent entraîner aucun risque sérieux pour la santé ni effet majeur et permanent. Est-il possible d'imaginer des situations où l'acte peut avoir un effet majeur et permanent tout en demeurant mineur? Ou le législateur a-t-il voulu souligner par un excès de mots que le tuteur, curateur ou titulaire de l'autorité parentale ne pourrait consentir seul qu'aux actes les plus banals? Quoi qu'il en soit, ceux désireux de se prévaloir de l'exception de l'article 17 seraient bien avisés de se servir de cette exception avec circonspection. En cas de doute, il vaudrait mieux obtenir l'autorisation du tribunal.

S'il s'agit de soins de nature majeure, ou qui entraînent des risques sérieux ou des effets majeurs et permanents, ou encore s'il s'agit d'actes ayant pour objet l'aliénation des parties du corps ou l'expérimentation, le représentant de la personne sous protection doit être autorisé par le tribunal. A cette exigence, le législateur ajoute une autre condition de validité en cas d'expérimentation ou de dons d'organes, en ce que le risque couru ne peut être hors de proportion avec le bienfait espéré³².

Cette surveillance du tribunal serait-elle suffisante pour protéger le majeur inapte ou le jeune enfant contre les pressions apportées par son entourage, surtout en cas de transplantation ou de stérilisation? Certes la nouvelle loi accorde aux personnes incapables de consentir et aux mineurs de moins de quatorze ans un certain droit de refus³³. Mais ce droit risque d'être, à toute fin pratique, relativement inutile car premièrement, le juge peut, pour un motif grave, ne pas respecter ce refus. Sauver la vie d'un frère ou d'une sœur par une transplantation de moelle osseuse serait sûrement un motif grave. Deuxièmement d'aucuns pourraient se demander que vaut l'opinion d'une personne non douée de discernement ou d'un très jeune enfant? Si la prohibition de la loi actuelle à l'article 20 C.c. B.C. n'a pas pu faire obstacle aux prélèvements de tissus sur des enfants âgés de cinq ans et moins avec la permission de certains juges, la nouvelle loi n'a que peu de chance de freiner ce genre d'activités.

Il est très difficile de comprendre pourquoi le législateur a voulu discriminer contre les personnes les plus vulnérables de la population. Il est peut-être utile de lui rappeler que l'enfant et le

32. Nous revenons sur ce point ci-après.

33. Art. 19 P. de l. 20.

majeur inapte ont droit à la protection et à la sécurité. Toute décision à leur sujet doit être prise dans leur intérêt et dans le respect de leurs droits³⁴.

(2) La prépondérance des avantages par rapport aux inconvénients

La rédaction du *Projet de loi 20* comporte certaines contradictions par rapport à l'évaluation des avantages et inconvénients d'un acte projeté. Par exemple, dans le cas de l'aliénation d'une partie du corps ou d'une expérimentation, l'article 18 laisse entendre que pour toute personne, adulte ou enfant, le risque couru ne doit pas être hors de proportion avec le bienfait espéré.

Par contre, dans tous les cas où le tribunal doit intervenir pour autoriser l'acte, il doit s'assurer d'abord que l'acte est dans l'intérêt de la personne concernée *et* qu'il soit opportun dans les circonstances. Aussi, le tribunal doit s'assurer que le risque présenté par cet acte ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on en espère *ou* qu'il soit bénéfique pour la personne malgré ses effets majeurs et permanents. Rappelons qu'en principe, selon l'article 17 du *Projet de loi 20*, l'autorisation du tribunal est nécessaire pour tout soin non thérapeutique administré aux mineurs âgés de moins de quatorze ans, ainsi qu'aux personnes incapables de consentir. Alors, par implication, pour ces personnes en ce qui a trait aux soins non thérapeutiques autres que les prélèvements et l'expérimentation, l'article 20 semble rendre facultative la règle de la proportionnalité entre les risques et les bienfaits. Autrement dit, pour ce genre de soins, on peut substituer à l'exigence de la prépondérance des bienfaits par rapport aux risques, celle voulant que les soins soient bénéfiques pour la personne malgré leurs effets majeurs et permanents. Vraisemblablement, ces critères visent la stérilisation purement contraceptive, la chirurgie esthétique, la circoncision, etc.

Poursuivant ce raisonnement jusqu'au bout, la rédaction des articles 18 et 20 du *Projet de loi 20* laisserait entendre qu'un acte non thérapeutique autre que l'expérimentation ou le prélèvement d'organes, pourrait être imposé au mineur de treize ans et moins ou à l'adulte incapable de consentir, à condition que l'acte soit dans son intérêt, soit opportun dans les circonstances et soit bénéfique pour la personne, *même* s'il y a prépondérance des risques par rapport

34. V. art. 30 C.c.B.C., et l'art. 33 P. de l. 20.

aux bienfaits. En somme, un acte dont les risques dépasseraient les bienfaits pourrait être valable à condition qu'il y ait vraiment un bienfait, si minime soit-il!

Analysons maintenant la balance des risques et des bienfaits mentionnés aux articles 18 et 20 du projet. La loi édicte un critère comportant à la fois l'inconvénient et, il faut l'avouer, l'avantage d'une certaine imprécision. Elle laisse une importante marge d'appréciation au tribunal. En établissant d'une façon aussi abstraite les paramètres déterminants de la validité des actes non thérapeutiques, on ne peut reprocher au législateur d'avoir posé des obstacles déraisonnables ou contraignants au progrès de la médecine.

Il nous semble que l'appréciation des notions de risque et de bienfait peut aller au-delà d'une simple évaluation de l'état somatique de la personne concernée. Comme le laisse entendre J.-L. Baudouin, les conséquences psychologiques, affectives et même sociales doivent être prises en considération³⁵.

Néanmoins, ces dispositions du projet sont profondément troublantes. Nous n'avons qu'à prendre l'exemple suivant pour comprendre le sens de mes inquiétudes: que doit-on penser du prélèvement de tissus ou d'organes d'un enfant âgé de trois ans afin de sauver la vie de son frère ou de sa soeur. Aux yeux des parents de ces enfants et même aux yeux de certains juges appelés à trancher la question, si on se fie à l'expérience passée, un tel prélèvement serait perçu comme opportun dans les circonstances. Mais peut-on affirmer que nous sommes en présence d'un acte posé dans l'intérêt du «donneur»? A moins de retenir comme critère fondamental, l'intérêt qu'a toute personne dans la vie et la santé des membres de sa famille, les bénéfices pour le jeune donneur seraient des plus hypothétiques. Aussi, comment les risques d'un tel prélèvement pourraient-ils être couverts par le bienfait qu'on apporterait à autrui? Un si jeune enfant, pourrait-il dériver une telle satisfaction morale de ce geste que les risques seraient nettement compensés par ce bienfait moral? De toute façon même en excluant le critère du rapport entre les risques et les bienfaits, pourrions-nous affirmer vraiment que le prélèvement de tissus ou d'organes est bénéfique pour la personne?

35. J.-L. BAUDOUIN, «L'expérimentation sur les humains: un conflit de valeurs», (1981) 26 *R. de d. McGill* 809, p. 831.

Nous voyons ainsi qu'un certain nombre d'actes non thérapeutiques ne peuvent être valablement autorisés par le tribunal à moins qu'il accepte de dénaturer complètement le critère de bienfait pour la personne sous protection, ce qui est rarement possible dans le cas de l'expérimentation ou de prélèvements pour fins de transplantation. Ceci nous oblige de conclure que la rédaction de l'article 20 du *Projet de loi* n'est pas adéquate, du moins en ce qui a trait à la plupart des actes non thérapeutiques.

CONCLUSION

Il est indéniable que le *Projet de loi 20* apporte plusieurs éclaircissements à certaines questions litigieuses qui ne sont pas résolues par le droit actuel. De plus, en ce qui concerne le consentement aux soins thérapeutiques pour les personnes nécessitant une protection, l'adoption de nombreux assouplissements à la rigidité de la loi présentement en vigueur constitue un progrès assez important.

Par contre, plusieurs facettes du projet sont troublantes. Premièrement, la faculté laissée au médecin d'imposer des soins au patient capable, nonobstant le refus éclairé de ce dernier me semble indéniablement être une violation des droits fondamentaux de la personne. A cet égard, il est intéressant de noter que lors des audiences publiques devant la Commission permanente de la justice de l'Assemblée nationale, ce point de vue a été avancé par plusieurs intervenants dont la Commission des droits de la personne, la Chambre des notaires, la Corporation professionnelle des psychologues du Québec, le Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, l'Association des hôpitaux du Québec et la Corporation professionnelle des médecins du Québec³⁶.

Deuxièmement, le principe permettant les prélèvements et l'expérimentation non thérapeutique chez les enfants et les personnes inaptes devrait être réexaminé. Nonobstant l'inclusion de plusieurs

36. *Op. cit. supra*, note 8, p. B-1682 (Commission des droits de la personne); p. B-386 (Chambre des notaires); p. B-1650 (Corporation professionnelle des psychologues); p. B-1721 (Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec); p. B-579 (L'Association des hôpitaux du Québec); p. B-1661 (Corporation professionnelle des médecins du Québec).

mesures de protection dans le *Projet de loi 20*, le fait demeure que ces personnes sont laissées à l'arbitraire de leurs entourages. On risque fort de leur imposer une noblesse d'esprit dans l'intérêt d'autrui. Il y aura sans doute une tendance à présumer de leur générosité à l'égard de leurs proches parents, d'autant plus que ceux qui prendront la décision ne seront pas ceux qui, en définitive, prendront les risques. Ceci est très paradoxal quant on considère que le *Projet de loi 20* accorde, à cet égard, un droit de refus absolu aux majeurs capables et aux mineurs âgés de quatorze ans et plus³⁷.

37. Art. 18 P. de l. 20.