

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Référence :** Cuthbertson *c.* Rasouli, 2013 CSC 53, [2013] 3 R.C.S. 341 | **Date :** 20131018**Dossier :** 34362 |

**Entre :**

**Brian Cuthbertson et Gordon Rubenfeld**

Appelants

et

**Hassan Rasouli, représenté par sa tutrice à l’instance et**

**mandataire spécial, Parichehr Salasel**

Intimé

- et -

**Commission du consentement et de la capacité,**

**Coalition pour la prévention de l’euthanasie, Société canadienne de soins intensifs,**

**Association canadienne des infirmières et infirmiers en soins intensifs,**

**Advocacy Centre for the Elderly, ARCH Disability Law Centre,**

**Mental Health Legal Committee, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario et**

**Alliance évangélique du Canada**

Intervenants

**Traduction française officielle**

**Coram :** La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell et Karakatsanis

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs de jugement :**(par. 1 à 122)**Motifs dissidents :**(par. 123 à 206) | La juge en chef McLachlin (avec l’accord des juges LeBel, Fish, Rothstein et Cromwell)La juge Karakatsanis (avec l’accord de la juge Abella) |

Cuthbertson *c.* Rasouli, 2013 CSC 53, [2013] 3 R.C.S. 341

Brian Cuthbertson et Gordon Rubenfeld Appelants

c.

Hassan Rasouli, représenté par sa tutrice à l’instance et

mandataire spéciale, Parichehr Salasel Intimé

et

Commission du consentement et de la capacité,

Coalition pour la prévention de l’euthanasie,

Société canadienne de soins intensifs,

Association canadienne des infirmiers/infirmières

en soins intensifs, Advocacy Centre for the Elderly,

ARCH Disability Law Centre,

Mental Health Legal Committee,

HIV & AIDS Legal Clinic Ontario et

Alliance évangélique du Canada Intervenants

**Répertorié : Cuthbertson *c.* Rasouli**

2013 CSC 53

No du greffe : 34362.

2012 : 10 décembre; 2013 : 18 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell et Karakatsanis.

en appel de la cour d’appel de l’ontario

 *Droit de la santé — Consentement au retrait d’un traitement — Praticiens de la santé — Médecins souhaitant retirer le traitement de maintien de la vie et administrer plutôt des soins palliatifs à un patient inconscient au motif que tous les traitements appropriés ont été administrés et que le fait de continuer à administrer le traitement de maintien de la vie ne comporte aucun effet bénéfique — La mandataire spéciale du patient n’est pas d’accord et refuse de donner son consentement — Le retrait d’un traitement constitue‑t‑il un « traitement » au sens de la Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, L.O. 1996, ch. 2, ann. A? — Le régime en matière de consentement prévu par la Loi s’applique‑t‑il au retrait du traitement de maintien de la vie de sorte qu’un consentement est nécessaire? — Le refus de la mandataire spéciale de donner son consentement doit‑il être contesté devant la Commission du consentement et de la capacité sous le régime de la Loi plutôt que devant les tribunaux sous le régime de la common law? — Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, L.O. 1996, ch. 2, ann. A, art. 2(1), 10(1)b), 20, 21, 37.*

 R est inconscient et est maintenu en vie artificiellement depuis octobre 2010. Les médecins chargés de s’occuper de lui ont conclu qu’il se trouvait dans un état végétatif persistant, qu’ils avaient administré tous les traitements qui convenaient à son état et qu’il n’y avait pas de véritable espoir pour son rétablissement. Selon eux, le fait de continuer à administrer le traitement de maintien de la vie ne comporterait aucun effet bénéfique pour R et pourrait plutôt avoir des effets néfastes. Ils souhaitent retirer le traitement de maintien de la vie et administrer plutôt des soins palliatifs jusqu’à ce que survienne le décès prévu de leur patient. S, l’épouse et la mandataire spéciale de R, a refusé de donner son consentement et a demandé à la Cour supérieure de justice de l’Ontario une ordonnance interdisant aux médecins de retirer le traitement de maintien de la vie administré à R sans obtenir son consentement comme l’exige la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, L.O. 1996, ch. 2, ann. A (« *LCSS* » ou « Loi ») et leur enjoignant de contester le refus du consentement devant la Commission du consentement et de la capacité (« Commission »). Dans une demande reconventionnelle, les médecins ont sollicité un jugement déclaratoire portant que le consentement au retrait du traitement de maintien de la vie n’est pas obligatoire dans un tel cas de traitement inutile et que la Commission n’a pas compétence pour trancher ces questions.

 La Cour supérieure de justice a accueilli la demande de S. La Cour d’appel de l’Ontario a confirmé cette ordonnance, concluant que le retrait du traitement de maintien de la vie et l’administration de soins palliatifs étaient intrinsèquement reliés et devaient être considérés comme « un traitement global » exigeant un consentement sous le régime de la *LCSS*.

 *Arrêt* (les juges Abella et Karakatsanis sont dissidentes) : Le pourvoi est rejeté.

 *La* juge en chefMcLachlin et les juges LeBel, Fish, Rothstein et Cromwell : Le régime en matière de consentement prévu par la *LCSS* s’applique en l’espèce. Ce cadre juridique, qui vise à protéger l’autonomie du patient ainsi que ses intérêts sur le plan médical, sert depuis 17 ans en Ontario à trancher des différends concernant les décisions de fin de vie. Il ne faudrait pas bloquer l’accès à ce régime bien établi et renvoyer ces questions aux tribunaux. Bien que les règles de la common law relatives au consentement à un traitement médical s’appliquent bien dans le cas des patients capables de donner un tel consentement, cette approche pose problème lorsque le patient est incapable de comprendre la nature, l’objet et les conséquences du traitement proposé. La *LCSS* énonce des règles claires qui exigent le consentement avant qu’un traitement ne puisse être administré, désignent les personnes autorisées à donner le consentement pour le patient incapable, précisent les critères sur lesquels doivent être fondés le consentement ou son refus, et créent un organisme spécialisé pour régler les litiges, y compris ceux qui opposent les mandataires spéciaux et les médecins au sujet du consentement au traitement de maintien de la vie. Les décisions de la Commission sont susceptibles de contrôle judiciaire, ce qui assure qu’elle agisse dans les limites de son mandat et en conformité avec la Constitution.

 Pour les médecins appelants : (1) le traitement de maintien de la vie qui n’est pas « indiqué sur le plan médical » ne constitue pas un « traitement » au sens du par. 2(1) de la *LCSS*; (2) de toute manière, le retrait d’un traitement ne constitue pas en soi un « traitement » et n’exige donc pas un consentement; et (3) l’exigence d’obtenir le consentement au retrait du traitement de maintien de la vie les placera dans une position éthique intenable. Compte tenu du sens ordinaire des termes de la Loi et de leur contexte ainsi que des objets de la Loi et de son esprit, ces arguments ne peuvent être retenus. Premièrement, les termes « traitement » et « but relié au domaine de la santé » ne visent pas uniquement les procédures qui ont un effet bénéfique sur le plan médical d’après les fournisseurs de soins du patient. Le « traitement » est plutôt défini en termes généraux et s’entend de « tout ce qui est fait » dans l’un des buts énumérés (thérapeutique, préventif, palliatif, diagnostique ou cosmétique) ou dans « un autre but relié au domaine de la santé ». Le traitement ayant, selon le médecin traitant, un « effet bénéfique » pour le patient renvoie à une notion clinique entraînant des conséquences juridiques en ce qui a trait à la norme de diligence applicable au médecin. Par contre, la notion juridique de « but relié au domaine de la santé » est utilisée dans la *LCSS* pour limiter les cas où les praticiens de la santé auront besoin d’un consentement. En outre, pour préserver la vie du patient et empêcher son décès, le traitement de maintien de la vie relève vraisemblablement d’un but « thérapeutique » et « préventif », au sens de la définition du terme « traitement ». L’inclusion du traitement de maintien de la vie dans cette définition trouve également appui, de façon générale, dans les objectifs de la *LCSS*, en garantissant l’uniformité relativement au consentement, en protégeant l’autonomie par l’exigence d’obtenir le consentement et en conférant un rôle important au mandataire spécial — souvent un proche parent — dans le processus de consentement. Donner au terme « traitement » une interprétation qui se limiterait aux mesures que le fournisseur de soins estime présenter un effet bénéfique pour le patient aurait pour effet d’écarter ces objectifs de la Loi.

 Pour ce qui est du deuxième argument des médecins, le terme « traitement » utilisé dans la *LCSS* est défini en termes généraux et doit donc être interprété de telle sorte qu’il englobe le retrait du traitement de maintien de la vie dans la situation dont il est question en l’espèce et tel que ce processus est décrit dans les présentes procédures. Le retrait du traitement de maintien de la vie vise le but relié au domaine de la santé qui consiste à prévenir les souffrances et à préserver la dignité à la fin de la vie, entraîne souvent une intervention physique sur le corps du patient et a un lien étroit avec l’administration de soins palliatifs. En supprimant des services médicaux qui servent à garder le patient en vie, le retrait du traitement de maintien de la vie a une incidence des plus considérables sur l’autonomie du patient et touche à l’essence même des objectifs de la *LCSS*. Considérer que le retrait du traitement de maintien de la vie ne saurait constituer un « traitement » au sens de la Loi nuirait à l’atteinte de ces objectifs. Par ailleurs, la Commission a régulièrement exercé sa compétence dans des cas où les médecins proposaient de retirer le traitement de maintien de la vie et confirmé le point de vue selon lequel ce retrait constitue un « traitement » au sens de la *LCSS*.

 Troisièmement, bien que le médecin puisse estimer que son obligation juridique de ne pas retirer le traitement de maintien de la vie entre en conflit avec son éthique professionnelle ou personnelle, de telles tensions sont inhérentes à la pratique de la médecine. Sur le plan juridique, on ne saurait reprocher au médecin d’avoir suivi les directives de la Commission, pas plus que de s’être conformé aux directives d’un juge, en common law, de ne pas retirer le traitement de maintien de la vie. Dans leur demande pour que le litige qui nous occupe soit tranché par un juge, les médecins acceptent implicitement que, si le juge leur ordonne de ne pas retirer le traitement de maintien de la vie, ils doivent se conformer à cette ordonnance. Sous le régime de la *LCSS*, leur position juridique est du même ordre. Le régime de règlement des différends établi par la *LCSS* prévoit plusieurs recours permettant d’éviter le conflit avec les scrupules éthiques d’un médecin; les observations du médecin sur l’état du patient, sur la nature de la proposition de retirer le traitement de maintien de la vie et sur l’effet bénéfique pour le patient sur le plan médical auront une grande pertinence pour l’analyse de la Commission. Le contexte lié à la fin de la vie suscite des dilemmes éthiques difficiles pour les médecins, mais cela ne change en rien la conclusion voulant que le retrait du traitement de maintien de la vie constitue un traitement qui exige un consentement sous le régime de la *LCSS*.

 Si on applique la *LCSS* en l’espèce, après avoir déterminé que le traitement de maintien de la vie administré à R devait être retiré, les médecins appelants étaient tenus de demander le consentement de S à cet égard : al. 10(1)b) et art. 20. Puisque R n’avait exprimé aucun désir applicable au sens du par. 21(1), S était tenue de déterminer si le retrait du traitement de maintien de la vie était dans l’intérêt véritable de R, en tenant compte obligatoirement d’une série de facteurs relatifs à son état de santé, à son bien‑être, à ses valeurs et à ses désirs : par. 21(2). Si les médecins appelants ne sont pas d’accord pour dire que l’administration à R du traitement de maintien de la vie est dans son intérêt véritable, leur recours consiste à demander à la Commission si le refus de S de consentir au retrait du traitement est conforme à l’art. 21 : par. 37(1). Il appartiendra ensuite à la Commission de déterminer si le refus de S de consentir au retrait du traitement de maintien de la vie était dans l’intérêt véritable de R, au sens du par. 21(2). Si elle en venait à la conclusion que ce n’est pas le cas, la Commission pourrait substituer sa décision à celle de S et permettre le retrait du traitement de maintien de la vie administré à R.

 *Les* juges Abella et Karakatsanis (dissidentes) : C’est la common law, et non la *LCSS*, qui s’applique lorsque les médecins et les mandataires spéciaux ne s’entendent pas sur le retrait proposé d’un traitement de maintien de la vie administré à un patient incapable. C’est donc au tribunal, et non à la Commission, qu’ils doivent s’adresser pour régler les différends qui les opposent.

 La *LCSS* ne vise pas à englober le retrait d’un traitement et n’a pas pour objet d’instaurer un régime complet. Elle prévoit expressément qu’elle n’a pas d’incidence sur le droit se rapportant au fait de donner ou de refuser son consentement à tout ce qui n’est pas compris dans la définition du terme « traitement » (par. 8(2)). La définition du terme « traitement » ne comprend pas le retrait d’un traitement ou le refus d’administrer un traitement. Par ailleurs, le retrait d’un traitement et l’administration de soins palliatifs sont des questions distinctes. Il convient donc de conclure que la *LCSS* n’a pas pour effet de modifier les règles de la common law en matière de consentement en conférant le droit de recevoir un traitement.

 La *LCSS* codifie les règles de la common law en matière de consentement en Ontario et prend appui sur elle. Elle vise à donner effet au principe de l’autonomie du patient — profondément enraciné dans notre common law — qui permet à celui‑ci de refuser un traitement médical, peu importe les conséquences. L’esprit de la Loi fait en sorte que, lorsqu’un traitement est proposé, les médecins, les mandataires spéciaux et la Commission sont tous tenus de se conformer aux désirs connus exprimés par le patient, si ceux‑ci sont clairs et applicables. Cela vaut pour tout traitement; la Loi ne renferme aucune disposition particulière concernant les situations de fin de vie.

 Toutefois, la *LCSS* ne permet pas à un patient d’imposer un traitement. Ni le libellé ni l’esprit de la Loi ne comprennent le droit du patient d’empêcher le médecin de retirer un traitement qui n’est plus efficace sur le plan médical ou qui est même préjudiciable. L’élargissement de l’autonomie du patient de manière à lui permettre d’insister sur le maintien d’un traitement qui est inutile sur le plan médical aurait un effet préjudiciable sur la norme de diligence et sur les obligations juridiques, déontologiques et professionnelles dans la pratique de la médecine. Il faut mettre en balance le rôle de l’autonomie du patient, d’une part, et le rôle, l’expertise ainsi que l’avis du médecin, d’autre part. De plus, il existe une multitude d’intérêts importants en jeu, par exemple l’intégrité de notre système de soins de santé.

 Tout comme la *LCSS*, la common law ne donne pas au patient le droit d’insister sur le maintien d’un traitement. Elle n’exige pas non plus le consentement du patient au refus d’administrer un traitement ou au retrait d’un traitement. Même dans les affaires où ils sont intervenus pour empêcher des médecins de retirer ou de refuser unilatéralement un traitement, les tribunaux n’ont pas conclu à l’obligation d’obtenir le consentement. Ils ont plutôt prononcé une injonction en attendant l’instruction de l’affaire. Dans d’autres décisions, les tribunaux ont explicitement conclu que le consentement n’était pas requis pour le retrait d’un traitement et qu’il n’appartenait pas au tribunal d’intervenir lorsque les médecins agissaient unilatéralement et professionnellement dans l’intérêt véritable du patient.

 La common law protège les intérêts des Canadiens dans le domaine médical en exigeant du médecin qu’il agisse (1) comme le ferait un praticien de la santé prudent ayant la même expérience et réputation dans son domaine, notamment en se conformant à l’obligation d’obtenir un consentement éclairé, et (2) dans l’intérêt véritable de ses patients.

 Dans le cadre de la relation typique entre le médecin et son patient, il est probable qu’il y ait chevauchement entre l’obligation fiduciaire et la norme de diligence ou qu’elles se ressemblent. Toutefois, dans des situations de fin de vie où l’administration continue d’un traitement de maintien de la vie est inutile, l’obligation fiduciaire du médecin, dans sa portée et son fondement, s’avérerait un modèle théorique utile et approprié permettant de compléter la norme de diligence et de traiter des intérêts véritables plus larges du patient. Selon ces obligations, le médecin devrait être tenu de suivre un certain processus pour régler des questions importantes concernant la fin de vie en accordant un rôle à la famille ou au mandataire spécial, en donnant avis et en suivant un processus détaillé et conciliant visant à déterminer l’état de santé et l’intérêt véritable du patient, et, lorsqu’il est d’avis qu’il convient de retirer un traitement de maintien de la vie administré à un patient, en examinant la possibilité que d’autres établissements soient disposés à continuer l’administration du traitement. S’il est convaincu en dernière analyse que le traitement est inutile, le médecin peut en arrêter l’administration malgré les désirs exprimés par le patient ou sa famille, pourvu qu’il ait suivi ces processus de consultation et tenu compte de l’intérêt véritable du patient.

 Lorsque, comme en l’espèce, il est en désaccord avec la décision du praticien de la santé de retirer un traitement de maintien de la vie, un membre de la famille du patient ou le mandataire spécial peut contester cette décision, par voie de requête, devant le tribunal. Pour établir si le médecin respecte la norme de diligence professionnelle, le tribunal doit déterminer si le traitement de maintien de la vie a quelque chance de réussite sur le plan médical et si le retrait du traitement est dans l’intérêt véritable du patient. Cet exercice comporte nécessairement l’examen des désirs exprimés par le patient, de ses valeurs et de ses croyances, en plus des conséquences importantes mentales et physiques sur son état et son bien‑être. Toutefois, pour trancher cette question, le maintien de la vie n’est pas une valeur absolue. La décision définitive de retirer ou non un traitement de maintien de la vie doit respecter les conséquences sur le plan médical ou physique de ce retrait ou de la continuation du traitement, ainsi que l’autonomie personnelle, l’intégrité physique et la dignité humaine du patient. On ne peut exiger du médecin qu’il agisse à l’encontre de ses obligations professionnelles et de la norme de diligence à laquelle il est astreint.

 En l’espèce, la juge saisie de la demande n’a tiré aucune conclusion de fait sur l’état de santé du patient ou sur l’efficacité de quelque traitement que ce soit; de plus, le diagnostic du patient a été modifié. Il y a donc lieu de renvoyer l’affaire à la Cour supérieure de justice de l’Ontario pour qu’elle tire les conclusions de fait nécessaires et qu’elle détermine si le retrait du traitement de maintien de la vie est conforme à la norme de diligence applicable et dans l’intérêt véritable du patient.

**Jurisprudence**

Citée par la juge en chef McLachlin

 **Arrêts mentionnés :** *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192; *Fleming c. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74; *Malette c. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417; *E. (Mme) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388; *B. (R.) c. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Re S.D.*, [1983] 3 W.W.R. 618; *Starson c. Swayze*, 2003 CSC 32, [2003] 1 R.C.S. 722; *Golubchuk c. Salvation Army Grace General Hospital*, 2008 MBQB 49, 227 Man. R. (2d) 274; *Sweiss c. Alberta Health Services*, 2009 ABQB 691, 483 A.R. 340; *Children’s Aid Society of Ottawa‑Carleton c. C. (M.)* (2008), 301 D.L.R. (4th) 194; *E.J.G. (Re)*, 2007 CanLII 44704; *G. (Re)*, 2009 CanLII 25289; *A.K. (Re)*, 2011 CanLII 82907; *Scardoni c. Hawryluck* (2004), 69 O.R. (3d) 700; *R. (Burke) c. General Medical Council*, [2005] EWCA Civ 1003, [2005] 3 W.L.R. 1132; *Conway c. Jacques* (2002), 59 O.R. (3d) 737; *K.M.S. (Re)*, 2007 CanLII 29956; *D.D. (Re)*, 2013 CanLII 18799; *P. (D.), Re*, 2010 CarswellOnt 7848; *E.B. (Re)*, 2006 CanLII 46624; *E. (Re)*, 2009 CanLII 28625; *H.J. (Re)*, 2003 CanLII 49837; *M. (A.) c. Benes* (1999), 46 O.R. (3d) 271; *D.W. (Re)*, 2011 CanLII 18217; *S.S. (Re)*, 2011 CanLII 5000; *N., Re*, 2009 CarswellOnt 4748; *Crits c. Sylvester* (1956), 1 D.L.R. (2d) 502, conf. par [1956] R.C.S. 991; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

 *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *Airedale N.H.S. Trust c. Bland*, [1993] A.C. 789; *Sweiss c. Alberta Health Services*, 2009 ABQB 691, 483 A.R. 340; *I.H.V., Re*, 2008 ABQB 250, 449 A.R. 211; *Sawatzky c. Riverview Health Centre Inc.* (1998), 132 Man. R. (2d) 222; *Golubchuk c. Salvation Army Grace General Hospital*, 2008 MBQB 49, 227 Man. R. (2d) 274; *Jin c. Calgary Health Region*, 2007 ABQB 593, 428 A.R. 161; *Child and Family Services of Central Manitoba c. R.L.* (1997), 123 Man. R. (2d) 135; *Rotaru c. Vancouver General Hospital Intensive Care Unit*, 2008 BCSC 318 (CanLII); *Re J (a minor) (wardship : medical treatment)*, [1992] 4 All E.R. 614; *Re R* *(a minor) (wardship : medical treatment)*, [1991] 4 All E.R. 177; *In Re : The Conservatorship of Helga M. Wanglie*, No. PX‑91‑283 (1991), publié dans (1991), 7 *Issues L. & Med.* 369; *In the Matter of Baby “K”*, 16 F.3d 590 (1994); *ter Neuzen c. Korn*, [1995] 3 R.C.S. 674; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Rodriguez c. Colombie‑Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.

**Lois et règlements cités**

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 11 à 25.

*Consent to Treatment and Health Care Directives Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. C‑17.2.

*Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 181.

*Health Care Decisions Act*, Va. Code Ann. § 54.1‑2990 (2013).

*Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, L.O. 1996, ch. 2, ann. A, art. 1, 2(1) « plan de traitement », « traitement », 8(2), 10(1), (2), 13, 20, 21, 29(1), (2), (3), 35, 36, 37, 85(1)f).

*Loi de 2006 sur la législation*, L.O. 2006, ch. 21, ann. F, art. 64(1).

*Loi sur le consentement aux soins*, L.Y. 2003, ch. 21, ann. B.

*Loi sur les directives en matière de soins de santé*, C.P.L.M. ch. H27.

Tex. Health & Safety Code Ann. § 166.052 (Vernon 2012).

*Uniform Health‑Care Decisions Act* § 7, 9 U.L.A. 83 (2011).

**Doctrine et autres documents cités**

Association canadienne des soins de santé, Association médicale canadienne, Association des infirmières et infirmiers du Canada et Association catholique canadienne de la santé. « Déclaration conjointe sur la prévention et le règlement de conflits éthiques entre les prestateurs de soins de santé et les personnes recevant les soins », 1999 (en ligne : http://policybase.cma.ca/dbtw-wpd/PolicyPDF/PD99-03F.pdf).

Association canadienne des soins de santé, Association médicale canadienne, Association des infirmières et infirmiers du Canada et Association catholique canadienne de la santé. « Déclaration conjointe sur la réanimation (mise à jour 1995) », 1995 (en ligne : http://policybase.cma.ca/dbtw-wpd/PolicyPDF/PD95-03F.pdf).

Canada. Commission de réforme du droit. « Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement », document de travail 28. Ottawa : La Commission, 1982.

Canada. Sénat. Comité sénatorial spécial sur l’euthanasie et l’aide au suicide. *De la vie et de la mort : Rapport du Comité sénatorial spécial sur l’euthanasie et l’aide au suicide.*  Ottawa : Le Comité, 1995.

Collège des médecins et chirurgiens du Manitoba. Statement No. 1602 : « Withholding and Withdrawing Life‑Sustaining Treatment », September 2007 (online : http://cpsm.mb.ca/cjj39alckF30a/wp-content/uploads/st1602.pdf).

Côté, Pierre‑André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4e éd. Montréal : Thémis, 2009.

Hoffman, Brian F. *The Law of Consent to Treatment in Ontario*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1997.

Manitoba. Commission de réforme du droit. « Withholding or Withdrawing Life Sustaining Medical Treatment », Report #109, December 2003 (online : http://www.manitobalawreform.ca/pubs/pdf/archives/109-full\_report.pdf).

Ordre des médecins et chirurgiens de l’Ontario. Policy Statement #1‑06 : « Decision‑making for the End of Life », July 2006 (online : http://www.cpso.on.ca/policies/policies/default.aspx?ID=1582).

Picard, Ellen I., and Gerald B. Robertson. *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada*, 4th ed. Toronto : Thomson Carswell, 2007.

*Stedman’s Medical Dictionary*, 28th ed. Philadelphia : Lippincott Williams & Wilkins, 2006, « *extubation* ».

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

*Trésor de la langue française informatisé* (en ligne), « préventif », « thérapeutique ».

Young, Hilary. « Why Withdrawing Life‑Sustaining Treatment Should Not Require “*Rasouli* Consent” » (2012), 6:2 *R.D.S.M.* 54.

 POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Doherty, Moldaver et Simmons), 2011 ONCA 482, 107 O.R. (3d) 9, 281 O.A.C. 183, 89 C.C.L.T. (3d) 175, [2011] O.J. No. 2984 (QL), 2011 CarswellOnt 14871, qui a confirmé une décision de la juge Himel, 2011 ONSC 1500, 105 O.R. (3d) 761, 231 C.R.R. (2d) 26, [2011] O.J. No. 1100 (QL), 2011 CarswellOnt 1650 (*sub nom. Rasouli (Litigation Guardian of) c. Sunnybrook Health Sciences Centre*). Pourvoi rejeté, les juges Abella et Karakatsanis sont dissidentes.

 *Harry Underwood*, *Andrew McCutcheon* et *Erica J. Baron*, pour les appelants.

 *J. Gardner Hodder*, *Guillermo Schible* et *Stefan A. De Smit*, pour l’intimé.

 Personne n’a comparu pour l’intervenante la Commission du consentement et de la capacité.

 *Hugh R. Scher*, pour l’intervenante la Coalition pour la prévention de l’euthanasie.

 *Andrew S. Faith* et *Alexi N. Wood*, pour l’intervenante la Société canadienne de soins intensifs.

 *Rahool P. Agarwal*, *Nahla Khouri* et *Nicholas Saint‑Martin*, pour l’intervenante l’Association canadienne des infirmiers/infirmières en soins intensifs.

 *Dianne Wintermute*, *Graham Webb* et *C. Tess Sheldon*, pour les intervenants Advocacy Centre for the Elderly et ARCH Disability Law Centre.

 *Marshall Swadron*, *Ryan Peck* et *Amy Wah*, pour les intervenants Mental Health Legal Committee et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

 *Albertos Polizogopoulos* et *Don Hutchinson*, pour l’intervenante l’Alliance évangélique du Canada.

 Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Fish, Rothstein et Cromwell rendu par

 La Juge en chef —

I. Introduction

A. *Aperçu*

1. La Cour est saisie en l’espèce d’un contentieux tragique qui devient néanmoins de plus en plus fréquent. Le patient est inconscient. Il est maintenu en vie artificiellement — traitement qui pourrait le garder en vie très longtemps, compte tenu des ressources de la médecine moderne. Ses médecins, qui ne voient aucune perspective de rétablissement, mais plutôt une longue série de complications à mesure que son corps se détériorera, souhaitent retirer le traitement de maintien de la vie. Son épouse, qui pense qu’il souhaiterait être maintenu en vie, s’oppose au retrait du traitement de maintien de la vie. Comment résoudre l’impasse?
2. Dans le passé, les différends entre les proches parents et les médecins au sujet du consentement au traitement de maintien de la vie et à d’autres formes de traitement médical administrées à des patients incapables étaient réglés devant les tribunaux, selon les règles de la common law. Or, en Ontario, la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*,L.O. 1996, ch. 2, ann. A (« *LCSS* » ou « Loi »), instaure un régime législatif pour régler les différends de cette nature. Aux termes de la *LCSS*, le mandataire spécial désigné — souvent un proche parent — a le droit de décider avant qui que ce soit d’autre si le traitement de maintien de la vie peut être retiré. En prenant cette décision, le mandataire doit agir en conformité avec la *LCSS*, qui vise à protéger l’autonomie du patient ainsi que ses intérêts sur le plan médical. En cas de désaccord, le médecin traitant, par voie de requête devant la Commission du consentement et de la capacité (« Commission »), peut contester la décision du mandataire spécial au motif qu’elle n’est pas conforme à la *LCSS*. La Loi habilite la Commission à rendre la décision définitive quant à la question du consentement pour le patient incapable.
3. En l’espèce, les médecins appelants font valoir que la *LCSS* ne s’applique pas, parce que le consentement n’est pas requis pour retirer un traitement de maintien de la vie qui n’a aucun effet bénéfique pour le patient. Les tribunaux d’instance inférieure ont rejeté cet argument, tout comme je le ferais. Le pourvoi doit donc être rejeté. Lorsque le mandataire spécial refuse de consentir au retrait du traitement de maintien de la vie, le recours des médecins consiste à présenter une requête à la Commission.
4. La présente affaire porte sur l’interprétation des dispositions de la *LCSS*. Il ne s’agit pas de décider à qui revient, en l’absence d’une loi, la décision ultime de maintenir ou de retirer le traitement de maintien de la vie. La présente espèce ne nous oblige pas non plus à trancher le débat philosophique quant à la question de savoir si la décision d’un proche parent doit avoir préséance sur l’intérêt des médecins de ne pas être forcés d’administrer un traitement qui n’a pas d’effet bénéfique et sur l’intérêt public à ne pas financer un traitement qui n’a que peu d’utilité, voire aucune. Le législateur ontarien a traité, dans la *LCSS*, des intérêts et des arguments contradictoires soulevés dans des cas comme celui qui nous occupe. La Cour doit donc simplement déterminer les exigences de la Loi. Je note que, dans le présent pourvoi, les parties n’ont pas abordé les questions relatives aux répercussions du débat sur les ressources ou celles relatives à la *Charte*.

B. *Les faits*

1. En octobre 2010, M. Hassan Rasouli a subi une intervention chirurgicale au Sunnybrook Health Sciences Centre (l’« hôpital ») pour qu’on procède à l’exérèse d’une tumeur cérébrale bénigne. Par la suite, il a contracté une infection qui a causé de graves lésions cérébrales diffuses. En conséquence, M. Rasouli est inconscient depuis le 16 octobre 2010 et il est maintenu en vie par ventilation artificielle, au moyen d’une sonde insérée par voie chirurgicale dans sa trachée, et par alimentation et hydratation artificielles, au moyen d’une sonde insérée dans son estomac. Sans ces mesures de maintien de la vie, M. Rasouli décéderait vraisemblablement.
2. Les médecins chargés de s’occuper de M. Rasouli, dont les appelants, le Dr Cuthbertson et le Dr Rubenfeld, en sont venus à la conclusion qu’il se trouvait dans un état végétatif persistant, qu’ils avaient administré tous les traitements qui convenaient à son état et qu’il n’y avait pas de véritable espoir pour son rétablissement. Selon les médecins, le fait de continuer à administrer le traitement de maintien de la vie ne comporterait aucun effet bénéfique pour M. Rasouli et pourrait plutôt avoir des effets néfastes. Les médecins souhaitent retirer le traitement de maintien de la vie et administrer plutôt des soins palliatifs jusqu’à ce que survienne le décès prévu de leur patient.
3. Les médecins ont informé Mme Parichehr Salasel — l’épouse de M. Rasouli, mais aussi sa tutrice à l’instance et mandataire spéciale en vertu de la *LCSS* — du diagnostic de celui‑ci et des mesures proposées. Elle n’a pas consenti à ces mesures. Mme Salasel et sa famille souhaitent maintenir M. Rasouli en vie. Elle n’accepte pas que celui‑ci soit dans un état d’inconscience permanent et irréversible et croit que, en tant que musulman chiite dévot, il souhaiterait être maintenu en vie. Elle soutient en outre que de nouveaux éléments de preuve relatifs à la fonction neurologique de M. Rasouli indiquent une augmentation de son état de conscience.
4. Devant le désaccord de Mme Salasel, l’hôpital a pris des dispositions pour obtenir un deuxième avis auprès d’un neurologue qui n’avait pas suivi M. Rasouli. Ce neurologue a souscrit au diagnostic initial et au résultat de la première évaluation. L’hôpital a également communiqué avec un autre établissement pour vérifier s’il pouvait prendre en charge M. Rasouli, mais cet établissement n’était pas disposé à l’admettre. De plus, les médecins ont offert à Mme Salasel la possibilité d’obtenir elle‑même l’avis d’un autre neurologue, mais celle‑ci a décidé de ne pas se prévaloir de cette offre.
5. Devant l’impasse, les médecins ont convenu de reporter le retrait du traitement de maintien de la vie en attendant que Mme Salasel puisse demander à la Cour supérieure de justice de l’Ontario une ordonnance leur interdisant de retirer le traitement de maintien de la vie administré à M. Rasouli et leur enjoignant de contester le refus du consentement devant la Commission. Dans une demande reconventionnelle, les médecins ont sollicité un jugement déclaratoire portant que M. Rasouli se trouve dans un état végétatif permanent, que le consentement au retrait du traitement de maintien de la vie n’est pas obligatoire dans un tel cas de traitement inutile et que la Commission n’a pas compétence pour trancher ces questions.

C. *Décisions des tribunaux d’instance inférieure*

1. La juge Himel de la Cour supérieure de justice de l’Ontario a accueilli la demande par laquelle Mme Salasel sollicitait une ordonnance interdisant aux médecins de retirer le traitement de maintien de la vie sans son consentement et leur enjoignant de contester le refus du consentement devant la Commission : 2011 ONSC 1500, 105 O.R. (3d) 761.
2. La Cour d’appel de l’Ontario a confirmé cette ordonnance, concluant que le retrait du traitement de maintien de la vie et l’administration de soins palliatifs étaient intrinsèquement reliés et devaient être considérés comme [traduction] « un traitement global » : 2011 ONCA 482, 107 O.R. (3d) 9, par. 52. Puisque la *LCSS* exige manifestement le consentement à l’administration de soins palliatifs, la Cour d’appel a estimé qu’elle doit également exiger le consentement pour le « traitement global » comprenant le retrait du traitement de maintien de la vie et l’administration de soins palliatifs.
3. En janvier 2012, avant que la Cour n’entende le présent appel, les évaluations effectuées par deux neurologues ont eu pour effet de remplacer le diagnostic de M. Rasouli d’état végétatif permanent par celui d’état de conscience minimale. Par conséquent, les médecins appelants ont estimé qu’il fallait procéder à des examens plus approfondis pour déterminer si M. Rasouli pouvait communiquer d’une quelconque façon ce qui, le cas échéant, pourrait influer sur leur opinion quant à l’opportunité de poursuivre ou non le traitement de maintien de la vie. Pour sa part, vu le changement apporté au diagnostic de M. Rasouli, Mme Salasel a présenté une requête en annulation de l’appel. Notre Cour a rejeté cette requête en mai 2012.
4. En novembre 2012, les deux parties ont déposé des requêtes en vue de présenter une nouvelle preuve concernant la fonction neurologique de M. Rasouli. Ces requêtes ont été renvoyées à la formation de la Cour chargée d’entendre l’appel pour qu’elle les tranche à l’audience. Comme j’ai conclu qu’il appartient à la Commission de statuer sur le fond du litige, je suis d’avis de rejeter les requêtes en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve, sans préjudice à la possibilité que la Commission reçoive tout élément de preuve qu’elle jugera pertinent.

D. *Questions en litige*

1. Le présent pourvoi soulève deux questions.
2. Premièrement, il s’agit de savoir si la *LCSS* régit le retrait du traitement de maintien de la vie, de telle sorte que le consentement de Mme Salasel soit requis à cet égard et que son refus de l’accorder ne puisse être contesté que devant la Commission.
3. Ce ne serait que si nous répondions par la négative à la première question que nous serions appelés à nous prononcer sur la deuxième, soit celle de savoir si, suivant la common law, la Cour devrait ordonner que le traitement de maintien de la vie administré à M. Rasouli peut être retiré sans le consentement de Mme Salasel.

II. Analyse

1. En adoptant la *LCSS*, le législateur ontarien a à la fois codifié et modifié à certains égards importants les règles de common law relatives au consentement à un traitement médical. Voilà pourquoi il est utile de d’abord situer cette Loi dans le contexte juridique de common law.

A. *La toile de fond en common law*

1. En common law, les fournisseurs de soins doivent obtenir le consentement du patient à l’administration d’un traitement médical : *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192. Le médecin ne peut passer outre à la volonté du patient de ne pas subir un traitement, même s’il estime que ce traitement est vital pour le patient. Le consentement doit être donné volontairement et doit être éclairé, ce qui oblige les médecins à veiller à ce que le patient comprenne, avant de prendre une décision, la nature du traitement, ses risques et ses effets bénéfiques, ainsi que l’existence d’autres mesures possibles. L’obligation d’obtenir un consentement éclairé repose sur le droit d’un individu à l’intégrité physique et au respect de son autonomie : voir *Fleming c. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74 (C.A.).
2. Les règles de la common law relatives au consentement à un traitement médical s’appliquent bien dans le cas des patients capables de donner un tel consentement, c’est‑à‑dire de ceux qui sont en mesure de comprendre la nature, l’objet et les conséquences du traitement proposé. On a toujours considéré que le droit du patient à l’autonomie — soit son droit de prendre des décisions concernant son corps et sa vie — l’emporte sur tout autre droit ou intérêt, y compris sur l’avis des médecins quant à ce qui est dans son intérêt véritable.
3. Cela dit, l’approche traditionnelle de la common law à l’égard du traitement médical pose davantage problème lorsque le patient est incapable de comprendre la nature, l’objet et les conséquences du traitement proposé. Comme il est expliqué dans *Malette c. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417 (C.A.), p. 423‑424, la doctrine du consentement éclairé établie en common law, [traduction] « présuppose que le patient a la capacité de prendre une décision subjective à l’égard d’un traitement, à partir de sa compréhension des éléments pertinents d’ordre médical présentés par le médecin et de l’évaluation qu’il fait de sa situation personnelle ». Le patient qui en est incapable n’est pas en mesure d’exercer son autonomie en donnant ou en refusant son consentement au traitement médical.
4. En common law, si le patient est incapable, les différends concernant le consentement au traitement sont réglés par les tribunaux. Il ne s’agit plus du droit du patient à l’autonomie, qui est compromis ou éteint, mais plutôt de savoir si l’administration du traitement est dans son intérêt véritable. En situation d’urgence, lorsque le traitement est nécessaire pour sauver la vie ou préserver la santé d’un patient incapable, le traitement peut être administré sans consentement : *Malette*, p. 424. En l’absence d’urgence, le traitement peut être autorisé par un tribunal, qui exerce sa compétence *parens patriae*, ou dans le cas d’un mineur incapable, par les parents de l’enfant ou par son tuteur légal. Voir, p. ex., *E. (Mme) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388; *B. (R.) c. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 83; *Re S.D.*, [1983] 3 W.W.R. 618 (C.S.C.‑B.), p. 629.

B. *Le régime législatif*

1. Plusieurs provinces ont jugé le régime de common law relatif au traitement des patients incapables insatisfaisant et ont élaboré, par voie législative, de nouvelles façons de procéder. En 1996, le législateur ontarien a adopté la *LCSS*, qui établit un cadre législatif régissant le consentement au traitement pour les patients capables et incapables. D’autres provinces ont adopté des lois semblables. Voir *Loi sur les directives en matière de soins de santé*,C.P.L.M. ch. H27; *Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act*,R.S.B.C. 1996, ch. 181; *Loi sur le consentement aux soins*,L.Y. 2003, ch. 21, ann. B; *Code civil du Québec*,L.Q. 1991, ch. 64, art. 11 à 25; *Consent to Treatment and Health Care Directives Act*,R.S.P.E.I. 1988, ch. C‑17.2.
2. Chacune de ces lois établit un cadre pour le règlement des questions délicates entourant le traitement des patients incapables de décider pour eux‑mêmes : *Starson c. Swayze*, 2003 CSC 32, [2003] 1 R.C.S. 722. En règle générale, elles donnent effet, dans la mesure du possible, au droit du patient à l’autonomie. Si ce droit est compromis par l’absence de capacité, les lois cherchent à mettre en balance ce droit, d’une part, et les considérations relatives à l’intérêt véritable du patient, d’autre part. Enfin, certaines lois prévoient le règlement des différends par des tribunaux spécialisés plutôt que par les cours de justice. La *LCSS* fait tout cela.
3. Les objectifs de la Loi sont les suivants :

 **1.** . . .

 a) prévoir des règles en matière de consentement au traitement qui s’appliquent de façon uniforme dans tous les milieux;

 b) faciliter le traitement et l’admission à des établissements de soins des personnes qui n’ont pas la capacité de prendre des décisions concernant ces questions, et faciliter les services d’aide personnelle qui leur sont fournis;

 c) accroître l’autonomie des personnes pour lesquelles un traitement est proposé, de celles dont l’admission à un établissement de soins est proposée et de celles qui doivent recevoir des services d’aide personnelle :

 (i) en permettant à celles dont l’incapacité a été constatée de demander, par voie de requête, à un tribunal administratif de réviser cette constatation,

 (ii) en permettant aux incapables de demander au tribunal administratif de nommer un représentant de leur choix pour prendre en leur nom des décisions concernant le traitement, leur admission à un établissement de soins ou des services d’aide personnelle,

 (iii) en exigeant le respect des désirs que des personnes ont exprimés à l’égard d’un traitement, de leur admission à un établissement de soins ou des services d’aide personnelle devant leur être fournis, lorsqu’elles étaient capables et avaient au moins 16 ans révolus;

 d) favoriser la communication et la compréhension entre les praticiens de la santé et leurs malades ou clients;

 e) veiller à ce que les membres de la famille qui soutiennent des personnes jouent un rôle important lorsque celles‑ci n’ont plus la capacité de prendre une décision concernant un traitement, leur admission à un établissement de soins ou un service d’aide personnelle;

 f) permettre l’intervention, mais seulement en dernier ressort, du Tuteur et curateur public dans les décisions concernant le traitement, l’admission à un établissement de soins ou des services d’aide personnelle, qui sont prises au nom des incapables.

1. La *LCSS* part de la prémisse générale selon laquelle le traitement médical ne peut être administré sans consentement : par. 10(1). Sur la base de cette prémisse, elle instaure un régime détaillé régissant le consentement au traitement pour les patients incapables. Elle prévoit notamment qu’un mandataire spécial doit donner son consentement au traitement administré à un tel patient : al. 10(1)b) et art. 20. La Loi établit en outre un ordre hiérarchique clair pour désigner qui remplira la fonction de mandataire spécial : par. 20(1). Il s’agit souvent d’un proche parent du patient, ce qui permet de réaliser l’objectif législatif de veiller à ce que « les membres de la famille qui soutiennent des personnes jouent un rôle important lorsque celles‑ci n’ont plus la capacité de prendre une décision concernant un traitement » : al. 1e).
2. Le mandataire spécial n’a pas pleine liberté pour donner ou pour refuser son consentement. Il doit se conformer au désir applicable exprimé par le patient lorsqu’il était capable : par. 21(1). Si le patient n’a pas exprimé pareil désir, le mandataire spécial doit prendre une décision en fonction de ce qui est dans l’intérêt véritable du patient, en tenant obligatoirement compte d’une série de facteurs relatifs à l’état de santé du patient, à son bien‑être, à ses valeurs et à ses désirs : par. 21(2).
3. La *LCSS* ne fait pas abstraction du rôle des praticiens de la santé dans le traitement des patients incapables. Premièrement, lorsque le patient a exprimé un désir antérieurement, le médecin traitant peut demander à la Commission de conclure que ce désir n’est pas applicable à la situation du patient (art. 35) ou qu’il est permis de ne pas s’y conformer, au motif que le résultat vraisemblable du traitement sera dans une large mesure meilleur que ce à quoi on se serait attendu au moment où le patient avait exprimé son désir : art. 36. Deuxièmement, s’il est d’avis que le mandataire spécial ne s’est pas conformé aux règles de la *LCSS* concernant le consentement ou le refus du consentement à un traitement, le médecin peut contester sa décision par voie de requête devant la Commission : art. 37. Une contestation de ce type porte généralement sur des considérations d’ordre médical dans l’analyse de l’intérêt véritable du patient fondée sur le par. 21(2). L’opinion du médecin quant aux mesures bénéfiques pour le patient sur le plan médical est manifestement essentielle à la détermination par la Commission de ce qui est dans l’intérêt véritable du patient. La *LCSS* confie toutefois à la Commission la responsabilité ultime de trancher les différends au sujet du consentement au traitement pour les patients incapables après avoir décidé objectivement si le mandataire spécial s’est conformé ou non aux exigences de la *LCSS*.
4. Bref, la *LCSS* s’applique aux différends qui opposent les médecins et les mandataires spéciaux au sujet des soins administrés aux patients incapables, et prévoit leur règlement par la Commission, organisme indépendant, quasi judiciaire et spécialisé en matière de consentement au traitement médical.

C. *« Traitement » : mesures visant un but relié au domaine de la santé*

1. La *LCSS* exige le consentement à toutes les mesures qui constituent un « traitement » : son par. 10(1) prévoit ce qui suit :

 **10.** (1) Le praticien de la santé qui propose un traitement pour une personne ne doit pas l’administrer et doit prendre des mesures raisonnables pour veiller à ce qu’il ne soit pas administré, sauf, selon le cas :

 a) s’il est d’avis que la personne est capable à l’égard du traitement, et qu’elle a donné son consentement;

 b) s’il est d’avis que la personne est incapable à l’égard du traitement, et que le mandataire spécial de la personne a donné son consentement au nom de celle‑ci conformément à la présente loi.

1. Le mot « traitement », quant à lui, est défini en termes généraux et il s’entend des soins administrés dans *un but relié au domaine de la santé*. Le paragraphe 2(1) est ainsi rédigé :

 . . . tout ce qui est fait dans un but thérapeutique, préventif, palliatif, diagnostique ou esthétique, ou dans un autre but relié au domaine de la santé, y compris une série de traitements, un plan de traitement ou un plan de traitement en milieu communautaire. . .

1. La question soulevée en l’espèce se résume donc à l’interprétation des termes « traitement » et « but relié au domaine de la santé » qui figurent au par. 2(1) de la *LCSS*.
2. Selon la règle fondamentale d’interprétation des lois, [traduction] « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant leur sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5e éd. 2008), p. 1. Les lois doivent « s’interpr[éter] de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de ses objets » : *Loi de 2006 sur la législation*, L.O. 2006, ch. 21, ann. F, par. 64(1).
3. Les parties ne contestent pas que, de façon générale, l’administration du traitement de maintien de la vie constitue un traitement au sens de la *LCSS* et exige donc un consentement. Il s’agit plutôt de savoir si le retrait du traitement de maintien de la vie constitue un traitement vu les faits de l’espèce. Les médecins soutiennent que ce n’est pas le cas. Ils présentent trois arguments : (1) le traitement de maintien de la vie qui n’est pas [traduction] « indiqué sur le plan médical » ne constitue pas un « traitement » au sens de la *LCSS*; (2) de toute manière, le retrait d’un traitement ne constitue pas en soi un « traitement » au sens de la *LCSS*; et (3) l’exigence d’obtenir le consentement au retrait du traitement de maintien de la vie les placera dans une position éthique intenable. Je vais examiner chacun de ces arguments à tour de rôle.

D. *L’argument portant que le terme « traitement » se résume aux mesures qui ont un effet bénéfique pour le patient*

1. Selon les médecins, le traitement au sens de la *LCSS* se résume aux mesures que le médecin traitant ou le fournisseur de soins estime avoir un *effet bénéfique* pour le patient(autrement dit, au traitement indiqué sur le plan médical). Les médecins de M. Rasouli ont conclu que le traitement de maintien de la vie n’a plus d’effet bénéfique pour lui, même s’il le garde en vie, étant donné son état d’inconscience et la probabilité extrêmement faible qu’il se rétablisse. Selon les médecins, l’administration à M. Rasouli du traitement de maintien de la vie ne constitue donc plus un traitement au sens de la *LCSS*, ce qui élimine le besoin d’obtenir le consentement à son retrait.
2. Le problème que pose l’argument des médecins est qu’il substitue un critère établi par les médecins à l’égard d’un traitement (effet bénéfique) au critère prescrit par la *LCSS* à l’égard du consentement (relié au domaine de la santé). Ces notions paraissent semblables, mais, en réalité, elles sont distinctes.
3. Le terme clinique « effet bénéfique » renvoie à une notion utilisée par les médecins pour établir s’il convient d’offrir d’administrer une procédure donnée à un patient. Ce terme clinique entraîne des conséquences juridiques en ce qui a trait à la norme de diligence applicable au médecin. Si le traitement a un effet bénéfique pour le patient en ce sens, le médecin peut être tenu d’offrir d’administrer ce traitement pour respecter la norme de diligence à laquelle il doit satisfaire. Pour répondre à la question de savoir si un traitement donné présente un effet bénéfique, il faut procéder à une évaluation contextuelle de la situation du patient, notamment de son état et de son pronostic, du résultat prévu du traitement dans le cas du patient et des risques que le traitement comporte pour ce patient : m.a., par. 44.
4. Par contre, la notion juridique de « but relié au domaine de la santé » est utilisée dans la *LCSS* pour limiter les cas où les praticiens de la santé auront besoin d’un consentement sous le régime de la Loi. Le « traitement » s’entend de « tout ce qui est fait » dans l’un des buts énumérés (thérapeutique, préventif, palliatif, diagnostique ou cosmétique) ou dans « un autre but relié au domaine de la santé ». Sous le régime de la *LCSS*, seuls les actes accomplis dans un but relié au domaine de la santé constituent un traitement et requièrent donc un consentement. La notion de but relié au domaine de la santé énoncée dans la *LCSS* ne fait pas obstacle à l’évaluation professionnelle du médecin pour déterminer si une procédure présente un effet bénéfique sur le plan médical. Elle ne sert que lorsqu’il s’agit de déterminer les cas où les praticiens de la santé ont besoin du consentement du patient.
5. En l’espèce, le litige ne concerne pas l’exactitude de l’opinion professionnelle des médecins selon laquelle le maintien en vie n’a aucun effet bénéfique dans le cas de M. Rasouli. En fait, leur opinion semble refléter un point de vue largement répandu dans la communauté médicale. À la présente étape, il s’agit plutôt de savoir si le traitement de maintien de la vie administré à M. Rasouli vise un but relié au domaine de la santé au sens de la *LCSS*.
6. Le libellé de la *LCSS* n’a pas pour effet de restreindre le « but relié au domaine de la santé » à un traitement ayant, selon le médecin traitant, un effet bénéfique pour le patient. La *LCSS* n’emploie pas les termes « effet bénéfique sur le plan médical » ou « indiqué sur le plan médical ». Le législateur aurait très bien pu procéder ainsi, mais il a plutôt choisi de définir le mot « traitement » de façon plus large en dressant une liste vaste et non exhaustive de buts reliés au domaine de la santé.
7. Le libellé de la *LCSS* vise à sa face même le traitement de maintien de la vie qui est efficace pour préserver la vie du patient et empêcher son décès. Le traitement de maintien de la vie relève vraisemblablement d’un but « thérapeutique » et « préventif », au sens de la définition du terme « traitement » énoncée au par. 2(1).
8. Le *Trésor de la langue française informatisé* (en ligne), définit le terme « thérapeutique » comme ce « [q]ui se rapporte au traitement des maladies », mais aussi comme « [c]e qui adoucit, abolit les maux [du corps et] de l’âme ». Le fait de continuer à administrer à M. Rasouli le traitement de maintien de la vie ne vise pas le but qui se rapporte au « traitement des maladies ». Cependant, il est possible d’affirmer que cela « adoucit, abolit les maux [du corps] », en ce sens où ce traitement maintient le patient en vie.
9. Le même dictionnaire définit le terme « préventif » comme se rapportant à un remède ou à un traitement « [d]estiné à prévenir une maladie » ou « [d]estiné à éviter une chose fâcheuse, un mal prévisible ». Si le décès est considéré comme la manifestation d’une maladie ou d’un mal, alors le traitement de maintien de la vie vise un but préventif dans la mesure où il permet de prévenir le décès.
10. L’inclusion du traitement de maintien de la vie dans la définition du terme « traitement » trouve également appui, de façon générale, dans les objectifs de la *LCSS*. Elle garantit l’uniformité relativement au consentement, protège l’autonomie par l’exigence d’obtenir le consentement et confère un rôle important aux membres de la famille dans le processus de consentement. Donner au terme « traitement » une interprétation qui se limiterait aux mesures que le fournisseur de soins estime présenter un effet bénéfique pour le patient aurait pour effet d’écarter ces objectifs de la Loi. Le législateur ne peut avoir envisagé une interprétation aussi byzantine du terme « traitement ».
11. Compte tenu du sens ordinaire des termes de la Loi et de leur contexte ainsi que des objets de la Loi et de son esprit, je ne peux accepter l’argument des médecins voulant que les termes « traitement » et « but relié au domaine de la santé » ne visent que les procédures qui ont un effet bénéfique sur le plan médical d’après les fournisseurs de soins du patient.

E. *L’argument portant que le mot « traitement » ne s’applique pas au retrait d’un traitement*

1. Les médecins font valoir que le retrait du traitement de maintien de la vie ne constitue pas un « traitement » au sens de la *LCSS*, puisqu’il s’agit plutôt du *retrait* d’un traitement. À leur avis, la Loi fait la distinction entre l’administration d’une catégorie particulière de soins, constituant un « traitement » qui exige le consentement, et le retrait de ces soins, qui ne constitue pas un « traitement » et n’exige pas de consentement. Les médecins soutiennent donc que le retrait du traitement de maintien de la vie administré à M. Rasouli n’exige pas le consentement de Mme Salasel. Je conclus que cet argument ne peut être retenu, essentiellement parce que le retrait du traitement de maintien de la vie comporte — et, en fait, peut être perçu comme — une série d’actes qui visent des buts reliés au domaine de la santé, et parce que les intérêts cruciaux qui sont en jeu à cet égard touchent à l’essence même des objectifs de la *LCSS*.
2. À sa face même, la définition du terme « traitement » énoncée au par. 2(1) semble assez large pour comprendre le « retrait d’un traitement ». En effet, le début de la définition ne saurait avoir une plus grande portée : « traitement » s’entend de « tout ce qui est fait » dans l’un des buts reliés au domaine de la santé qui sont énumérés ou dans un autre but relié au domaine de la santé.
3. La vaste portée de la notion de « traitement » se trouve renforcée par les exclusions expresses énoncées dans la *LCSS*. Par exemple, l’évaluation ou l’examen d’une personne, l’obtention des antécédents en matière de santé et la communication d’une évaluation ou d’un diagnostic sont exclus de la définition de « traitement » : par. 2(1). Le législateur a jugé nécessaire de préciser que ces mesures ne répondent pas à la définition de traitement, ce qui vient renforcer l’argument selon lequel ce terme est censé avoir un sens très large.
4. Les pouvoirs de réglementation conférés par la *LCSS* confirment également cette conclusion. En effet, la Loi fournit un instrument permettant de limiter par voie réglementaire la portée du terme « traitement », mais non de l’élargir. Le lieutenant‑gouverneur en conseil peut, par règlement, prescrire ce qui ne constitue pas un traitement, mais ne peut pas prescrire ce qui en constitue : par. 2(1) et al. 85(1)f). Le pouvoir délégué permettant de limiter, mais non d’élargir, la définition de « traitement » indique que le législateur a voulu que la notion globale de traitement soit interprétée largement.
5. Compte tenu de la vaste portée de la définition du terme « traitement » formulée dans la *LCSS*, il semble, à première vue, que le retrait d’un traitement pourrait tomber sous le coup de cette définition. En effet, il est manifestement possible que le retrait ou l’interruption d’un traitement donné soit fait dans un but thérapeutique, préventif, palliatif, ou dans un autre but relié au domaine de la santé.
6. Le régime créé par la *LCSS* suggère que le législateur a prévu que le retrait du traitement exige le consentement dans certains cas. Une des formes de traitement désignées par la *LCSS* consiste en un « plan de traitement », terme défini par la Loi : par. 2(1). Le médecin peut obtenir le consentement au regard d’un plan de traitement qui comporte divers traitements et peut prévoir *le refus d’administrer un traitement ou le retrait* d’un traitement : par. 2(1) et art. 13. Le paragraphe 29(3) précise ensuite que, si un traitement n’est pas administré ou est retiré conformément à un plan de traitement que le médecin croit, en se fondant sur des motifs raisonnables et en toute bonne foi, faire l’objet d’un consentement, ce dernier ne peut être tenu responsable d’avoir refusé d’administrer le traitement ou de l’avoir retiré. Cette disposition perdrait toute son utilité si le refus d’administrer un traitement ou le retrait d’un traitement ne faisait pas l’objet d’un consentement dans certaines circonstances.
7. Les objectifs de la *LCSS* appuient aussi l’argument selon lequel la définition du terme « traitement » peut inclure le retrait d’un traitement. Les valeurs de l’autonomie — élément crucial lorsque la vie de quelqu’un est en jeu — et le rôle important que jouent les membres de la famille justifient de considérer le retrait du traitement de maintien de la vie comme un « traitement » auquel il faut consentir. Ces valeurs doivent être évaluées au regard de la garantie relative à l’administration des soins appropriés aux patients incapables. La *LCSS* vise à établir le juste équilibre entre ces valeurs. Considérer que le retrait du traitement de maintien de la vie ne saurait constituer un « traitement » au sens de la Loi nuirait à l’atteinte de ses objectifs.
8. Je ne peux non plus accepter la thèse voulant que la *LCSS* n’englobe pas le retrait d’un traitement de maintien de la vie du fait que le législateur avait simplement l’intention de codifier les règles de la common law. Rien dans la *LCSS* ne donne à penser qu’il ne s’agit que d’une codification de ces règles. Bien que la *LCSS* repose sur la common law, ses exigences en matière de consentement ont, à certains égards, une portée plus large que la common law et, à d’autres, une portée plus étroite, compte tenu de la définition détaillée du terme « traitement » énoncée au par. 2(1) : B. F. Hoffman, *The Law of Consent to Treatment in Ontario* (2eéd. 1997), p. 7, 10 et 163. Toute mesure qui n’est pas comprise dans la définition du terme « traitement » est régie par la common law : par. 8(2). Toute mesure qui est comprise dans la définition du terme « traitement » est régie par la *LCSS*. La Loi prévoit également un régime administratif qui est tout à fait indépendant de la common law.
9. Même si la *LCSS* était uniquement unecodification de la common law, cela n’apporterait pas de réponse à la question de savoir si le retrait d’un traitement de maintien de la vie nécessite ou non le consentement. En effet, la common law est loin d’avoir tranché cette question. Bien que les tribunaux aient traditionnellement interprété le consentement comme donnant le droit au patient de refuser des soins médicaux plutôt que de refuser le retrait de ces soins, l’applicabilité de ce paradigme dans le contexte de fin de vie a donné du fil à retordre aux tribunaux qui sont arrivés à des conclusions différentes à cet égard : voir, p. ex., *Golubchuk c. Salvation Army Grace General Hospital*, 2008 MBQB 49, 227 Man. R. (2d) 274, par. 22 et 25; *Sweiss c. Alberta Health Services*, 2009 ABQB 691, 483 A.R. 340, par. 48; *Children’s Aid Society of Ottawa‑Carleton c. C. (M.)* (2008), 301 D.L.R. (4th) 194 (C.S.J. Ont.), par. 33-34.
10. Les arguments que je viens d’examiner minent l’opinion selon laquelle le retrait du traitement de maintien de la vie ne constitue pas un « traitement » qui exige le consentement. Les médecins avancent cependant deux contre‑arguments.
11. Le premier porte sur le texte de la Loi. Ils font valoir que, en incluant expressément le retrait d’un traitement dans la définition du « plan de traitement », le législateur a indiqué ne pas vouloir que le retrait d’un traitement soit un traitement qui exige le consentement, à moins qu’il ne fasse partie d’un plan de traitement.
12. Il est toutefois difficile de tirer de ces dispositions des inférences sur l’intention du législateur. Comme l’ont fait observer les tribunaux d’instance inférieure, les mesures visées doivent constituer un « traitement » pour qu’elles soient incluses dans un « plan de traitement », ce qui inscrit le processus de déduction nécessaire dans un cercle vicieux. De plus, il est difficile d’établir ce que le législateur entendait par le terme « plan de traitement » qui, lui, nécessite d’obtenir le consentement relatif à tous ses éléments constitutifs : art. 13. Or, la *LCSS* n’indique pas si le plan de traitement est fixe et doit être précisé complètement à l’avance, ou s’il est souple et permet de répondre aux changements survenus dans la situation du patient — interprétation qui pourrait s’appliquer en l’espèce. Quelle que soit la bonne réponse à ces questions, en fait, il n’est pas certain que le législateur ait voulu que seul le retrait de traitements faisant partie d’un « plan de traitement » soit considéré comme un « traitement » au sens de la *LCSS*.
13. De plus, le bon sens veut que le législateur n’ait pas souhaité que le retrait d’un traitement de maintien de la vie requière le consentement seulement dans le contexte d’un plan de traitement. La question du consentement serait ainsi à la discrétion exclusive des médecins. Le plan de traitement est simplement un moyen, que peuvent choisir les médecins, de regrouper et de présenter les divers traitements au patient dans le but d’obtenir le consentement. Permettre aux médecins de déterminer unilatéralement si le consentement est nécessaire dans un cas donné va à l’encontre de l’autonomie du patient et de l’objet de la Loi visant à prévoir des règles en matière de consentement qui s’appliquent de façon uniforme dans tous les milieux : al. 1a).
14. Selon le deuxième argument avancé pour soutenir que le terme « traitement » ne vise pas le retrait du traitement de maintien de la vie, le point de vue contraire pourrait avoir des conséquences très fâcheuses. S’il faut consentir au retrait du traitement de maintien de la vie, le patient pourrait forcer la poursuite de tout traitement, peu importe ses répercussions sur le plan médical. Le législateur ne peut avoir souhaité pareil résultat. Le bon sens veut que de nombreux cas de retrait d’un traitement — par exemple, le refus de renouveler une ordonnance pour un médicament qui peut nuire au patient — doivent être exclus de la définition de « traitement » figurant dans la Loi.
15. Le problème que pose cet argument est qu’il considère toutes les mesures pouvant être qualifiées de retrait d’un traitement — allant du refus de renouveler une ordonnance au retrait du traitement de maintien de la vie — comme équivalentes aux fins du consentement sous le régime de la *LCSS*. Un point de vue plus nuancé voulant que le retrait d’un traitement constitue parfois, mais pas toujours, un « traitement » s’accorde mieux avec les dispositions de la *LCSS* et avec la réalité des soins médicaux.
16. À tout le moins, si les processus entourant le retrait des soins sont reliés au domaine de la santé, ils ne cessent pas d’être des « traitements » pour la seule raison qu’ils sont qualifiés globalement de « retrait du traitement ». Cela vaut pour le retrait du traitement de maintien de la vie dont il est question en l’espèce. En réalité, dans le cas de M. Rasouli, il est impossible de maintenir la distinction entre « traitement » et « retrait d’un traitement ». De fait, le retrait d’un traitement comporte plusieurs interventions médicales, dont la plupart, voire la totalité, visent un but relié au domaine de la santé. Pris globalement, une série d’actes distincts peuvent être considérés comme constituant le « retrait » d’un traitement. Pris individuellement, chacun de ces actes peut être considéré comme visant un but relié au domaine de la santé et constitue donc un « traitement » qui exige le consentement.
17. Les éléments précis du retrait du traitement de maintien de la vie varient d’un cas à l’autre, mais le fond reste le même : on retire le traitement de maintien de la vie et on administre les soins appropriés pour soulager la souffrance et préserver la dignité à la fin de la vie. En général, les mesures prises en vue de retirer le traitement de maintien de la vie sont nécessaires sur le plan physique pour provoquer l’agonie ou visent à réduire la détresse et le malaise pendant qu’elle se déroule. La prestation de services pour remédier à ces problèmes vise un but relié au domaine de la santé au sens du par. 2(1) de la *LCSS*.
18. Bon nombre des actes concernant le retrait du traitement de maintien de la vie entraînent une intervention physique sur le corps du patient. Dans les faits, bien qu’il semble renvoyer à un comportement tout à fait négatif, le terme « retrait » suppose en général un contact physique avec le corps du patient et des interventions sur le corps du patient. Ce point de vue est confirmé par la jurisprudence de la Commission : voir *E.J.G. (Re)*,2007 CanLII 44704; *G. (Re)*, 2009 CanLII 25289; voir également *Golubchuk*,par. 23.
19. Sous le régime de la *LCSS*, tout comme en common law, l’intervention physique exige un consentement. Le droit d’être protégé contre des interventions physiques non souhaitées touche au cœur même du droit du consentement au traitement médical.  Comme l’explique la Cour d’appel de l’Ontario dans *Malette*, p. 423 :

 [traduction] Le droit d’une personne de disposer de son propre corps est reconnu depuis longtemps en common law. Le délit de voies de fait a traditionnellement eu pour objet de préserver l’intégrité corporelle d’une personne contre les interventions non souhaitées. Essentiellement, tout attouchement intentionnel et non consensuel qui est préjudiciable ou qui heurte un sentiment légitime de dignité peut donner lieu à des poursuites. [. . .] Ainsi, en common law, une intervention médicale par laquelle un médecin touche le corps d’un patient constituera des voies de fait si le patient n’a pas consenti à l’intervention.

1. En outre, le retrait du traitement de maintien de la vie entraîne, selon la preuve produite en l’espèce, l’administration de soins palliatifs. Il ressort de la jurisprudence de la Commission qu’il en est généralement ainsi. Les médecins administrent régulièrement des soins palliatifs à la suite du retrait du traitement de maintien de la vie : voir *A.K. (Re)*, 2011 CanLII 82907, p. 21; *G.* *(Re)*.
2. La Cour d’appel a conclu que le retrait du traitement de maintien de la vie et l’administration des soins palliatifs sont intrinsèquement reliés. Elle a estimé que le retrait de la ventilation artificielle constituait une condition préalable essentielle à l’administration des soins palliatifs et qu’il entraînait nécessairement l’administration des soins palliatifs. Puisque l’administration de ces soins exige clairement un consentement, la cour a conclu qu’il fallait consentir au « traitement global », y compris au retrait du ventilateur mécanique (par. 50‑52).
3. L’approche de la Cour d’appel fondée sur la notion de « traitement global » a été critiquée au motif que le retrait du traitement de maintien de la vie ne déclenche pas invariablement le besoin de soins palliatifs, et que l’administration des soins palliatifs peut en fait précéder la décision de retirer le traitement de maintien de la vie.
4. Si l’affirmation de la Cour d’appel, selon laquelle le retrait du traitement de maintien de la vie entraînera *toujours* l’administration des soins palliatifs, est possiblement trop large, la preuve démontre que des soins palliatifs seront administrés dans le cadre du processus de retrait du traitement de maintien de la vie dans des cas comme celui de M. Rasouli. Il peut être impossible de prédire avec exactitude le niveau de détresse qu’éprouvera le patient durant son agonie, et donc, les soins palliatifs qui seront nécessaires. Cela dit, il semble évident que des soins palliatifs seront systématiquement administrés dans les hôpitaux ontariens dans le cadre du processus de retrait du traitement de maintien de la vie dans des cas comme celui de M. Rasouli. En fait, l’administration des soins médicaux appropriés en fin de vie, y compris des soins palliatifs, est étroitement liée au retrait du traitement de maintien de la vie.
5. En résumé, le retrait du traitement de maintien de la vie vise le but relié au domaine de la santé qui consiste à prévenir les souffrances et à préserver la dignité à la fin de la vie, entraîne souvent une intervention physique sur le corps du patient et a un lien étroit avec l’administration de soins palliatifs. Le retrait du traitement de maintien de la vie est inextricablement lié aux soins qui visent un but relié au domaine de la santé et aux objectifs de la Loi. En supprimant des services médicaux qui servent à garder le patient en vie, le retrait du traitement de maintien de la vie a une incidence des plus considérables sur l’autonomie du patient. La tentative des médecins d’exclure le retrait du traitement de maintien de la vie de la définition du terme « traitement » au sens du par. 2(1) de la *LCSS* ne saurait donc réussir.
6. Bien qu’elle ne soit pas déterminante, la pratique de la Commission renforce la conclusion que le « traitement » au sens du par. 2(1) englobe le retrait du traitement de maintien de la vie. Qu’elle soit expresse ou implicite, l’interprétation que donne un tribunal spécialisé de sa loi constitutive reste convaincante : Sullivan, p. 621; P.‑A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4e éd. 2011), p. 633. Or, la Commission a régulièrement exercé sa compétence dans des cas où les médecins proposaient de retirer le traitement de maintien de la vie et confirmé le point de vue selon lequel ce retrait constitue un « traitement » au sens de la *LCSS* : voir *A.K. (Re)*; *E.J.G. (Re)*; *G.* *(Re)*. Les cours saisies de demandes de contrôle judiciaire ont confirmé cette interprétation : voir *Scardoni c. Hawryluck* (2004), 69 O.R. (3d) 700 (C.S.J.).
7. Pour ces motifs, je conclus qu’il faut interpréter le terme « traitement » utilisé dans la *LCSS* de telle sorte qu’il englobe le retrait du traitement de maintien de la vie dans la situation dont il est question en l’espèce et tel que ce processus est décrit dans les présentes procédures. La présente affaire ne permet pas d’affirmer que la *LCSS* exige le consentement au retrait d’un autre service médical ou le retrait qui aurait cours dans un autre contexte médical.

F. *L’argument portant que l’exigence d’obtenir le consentement au retrait du traitement de maintien de la vie placera les médecins dans une situation intenable sur le plan déontologique*

1. Les médecins font valoir en dernier lieu que l’exigence d’obtenir le consentement au retrait du traitement de maintien de la vie pourrait les placer dans une situation intenable sur le plan déontologique. Ils pourraient effectivement être tenus de continuer l’administration d’un traitement de maintien de la vie, même s’ils estiment qu’il ne comporte aucun effet bénéfique sur le plan médical pour le patient et qu’il pourrait même lui causer du tort. Cela pourrait les amener à manquer à leur obligation juridique et professionnelle d’agir dans l’intérêt véritable du patient.
2. Sur le plan juridique, on ne saurait reprocher au médecin d’avoir suivi les directives de la Commission, pas plus que de s’être conformé aux directives d’un juge, en common law, de ne pas retirer le traitement de maintien de la vie. Dans leur demande pour que le litige qui nous occupe soit tranché par un juge, les médecins acceptent implicitement que, si le juge leur ordonne de ne pas retirer le traitement de maintien de la vie, ils doivent se conformer à cette ordonnance. Sous le régime de la *LCSS*, leur position juridique est du même ordre.
3. Toutefois, le médecin peut estimer que son obligation juridique de ne pas retirer le traitement de maintien de la vie entre en conflit avec son éthique professionnelle ou personnelle. De telles tensions sont inhérentes à la pratique de la médecine. En effet, le droit en matière de consentement à un traitement médical a évolué par suite d’affaires où le patient ne voulait pas recevoir des soins, mais où le médecin croyait avoir une obligation professionnelle de le soigner : voir *Malette*, p. 420; *Fleming*, p. 85‑86. Le droit établit maintenant clairement qu’un traitement ne peut être administré sans consentement, quel que soit l’impératif éthique que peuvent éprouver les médecins. Dans le même ordre d’idées, suivant son obligation de diligence, le médecin peut être tenu de ne pas retirer un traitement de maintien de la vie malgré ses objections éthiques à son administration : voir *R. (Burke) c. General Medical Council*, [2005] EWCA Civ 1003, [2005] 3 W.L.R. 1132, par. 34. Si la présente affaire était tranchée comme le propose ma collègue la juge Karakatsanis, les médecins pourraient quand même être tenus de ne pas retirer le traitement de maintien de la vie, en raison de leurs obligations fiduciaires ou découlant de la common law. Leur position déontologique sous le régime de la *LCSS* est du même ordre.
4. Le régime de règlement des différends établi par la *LCSS* prévoit plusieurs recours permettant d’éviter le conflit avec les scrupules éthiques d’un médecin. Si le mandataire spécial refuse de donner son consentement au retrait du traitement de maintien de la vie en raison d’un désir exprimé antérieurement par le patient, le médecin peut, par voie de requête, demander des directives à la Commission pour savoir si le désir est applicable aux circonstances actuelles du patient (art. 35), ou demander à la Commission d’accorder au mandataire spécial la permission de ne pas respecter le désir exprimé : art. 36. En l’absence d’un désir applicable exprimé antérieurement, le mandataire spécial doit agir dans l’intérêt véritable du patient. S’il estime que le mandataire spécial ne l’a pas fait, le médecin peut contester sa décision devant la Commission : art. 37. Dans le cas de chacun de ces recours, les observations du médecin sur l’état du patient, sur la nature de la proposition de retirer le traitement de maintien de la vie et sur l’effet bénéfique pour le patient sur le plan médical auront une grande pertinence pour l’analyse de la Commission.
5. Lorsqu’on tente de trancher, les médecins ont forcément à composer avec des conflits éthiques concernant le retrait d’un traitement de maintien de la vie. Aucun principe juridique ne saurait écarter tous les dilemmes éthiques. Il faudrait plutôt trouver une solution pratique permettant aux médecins de se conformer à la loi et de respecter leur éthique professionnelle et personnelle. En l’espèce, par exemple, les médecins ont examiné la possibilité de transférer M. Rasouli dans un autre hôpital de Toronto. Il est aussi possible d’envisager des solutions en matière de dotation au sein de l’hôpital où se trouve présentement M. Rasouli. Enfin, il se peut que d’autres médecins qualifiés pour prendre en charge M. Rasouli ne s’opposent pas du point de vue éthique à l’administration continue du traitement de maintien de la vie. De telles solutions pratiques permettraient d’écarter tout conflit éthique.
6. Le contexte lié à la fin de la vie suscite des dilemmes éthiques difficiles pour les médecins, mais cela ne change en rien la conclusion voulant que le retrait du traitement de maintien de la vie constitue un traitement qui exige un consentement sous le régime de la *LCSS*.

G. *Résolution des différends concernant le retrait du traitement de maintien de la vie*

1. Ayant rejeté les arguments des médecins, je conclus que le régime en matière de consentement prévu par la *LCSS* s’applique en l’espèce. J’ai exposé précédemment les grandes lignes de ce régime. À ce stade, il peut être utile d’examiner plus profondément le rôle du mandataire spécial, celui des praticiens de la santé et celui de la Commission dans des affaires comme celle qui nous occupe.
2. Pour résumer, la *LCSS* est une loi soigneusement conçue. Elle s’applique aux patients qui sont en mesure de donner leur consentement ainsi qu’à ceux qui n’ont plus cette capacité. Elle vise à maintenir l’autonomie du patient — le droit de décider pour soi‑même — dans la mesure du possible. C’est ce qui ressort de sa structure fondée sur le consentement. S’il est capable, le patient a le droit de donner ou de refuser son consentement au traitement médical : al. 10(1)a). S’il est incapable, la *LCSS* confère ce droit au mandataire spécial, souvent un membre de la proche famille (al. 10(1)b)), qui est tenu d’agir conformément aux désirs applicables exprimés par le patient, ou, à défaut, d’agir dans l’intérêt véritable de ce dernier : art. 21. Enfin, la Loi prévoit que le médecin peut contester la décision du mandataire spécial par voie de requête devant la Commission : art. 35 à 37. Le médecin peut présenter à la Commission des observations concernant l’état de santé et les intérêts du patient. Si la Commission conclut que le mandataire spécial ne s’est pas conformé à la *LCSS*, elle peut annuler la décision de celui‑ci et lui substituer son opinion, conformément à la Loi : par. 37(3). Ainsi, même dans des cas où il s’agit de fin de la vie, la Commission peut exiger le consentement au retrait du traitement de maintien de la vie.
3. Selon la *LCSS*, le mandataire spécial n’a pas carte blanche en matière de consentement. Il doit se conformer à l’art. 21 de la Loi qui prévoit deux situations : la première est celle où le mandataire spécial sait que le patient a exprimé antérieurement un désir applicable aux circonstances. La deuxième situation est celle où le patient n’a pas exprimé un tel désir, auquel cas le mandataire spécial « agit dans l’intérêt véritable de l’incapable ».

 (1) Désirs exprimés antérieurement

1. Si le mandataire spécial sait que le patient, lorsqu’il était capable et âgé d’au moins 16 ans, a exprimé à l’égard du traitement un désir applicable aux circonstances, il doit se conformer à ce désir : par. 21(1). Cela reflète le droit du patient à l’autonomie, dans la mesure du possible.
2. Bien que la *LCSS* donne primauté aux désirs exprimés par le patient, ces désirs ne sont contraignants que s’ils sont applicables à la situation actuelle du patient. Cette précision est loin d’être purement technique. Comme l’a affirmé la Cour d’appel de l’Ontario dans *Conway c. Jacques*(2002), 59 O.R. (3d) 737, par. 31 :

 [traduction] . . . les désirs exprimés antérieurement par le patient lorsqu’il était capable ne doivent pas être appliqués aveuglément, sans égard aux changements pertinents dans sa situation. Même les désirs exprimés de manière catégorique doivent être interprétés compte tenu des circonstances particulières au moment où le désir a été exprimé.

1. Il va sans dire que, lorsque le patient incapable a exprimé antérieurement le désir que le traitement de maintien de la vie ne soit pas retiré, le sens et la portée de ce désir doivent être examinés attentivement : voir *Fleming*, p. 94. La question est de savoir si, au moment où le désir a été exprimé, le patient voulait qu’il s’applique dans sa situation actuelle : voir *Conway*,par. 33; *Scardoni*,par. 74. Les changements survenus dans l’état du patient, le pronostic et les options de traitement peuvent tous avoir une incidence sur l’applicabilité d’un désir exprimé antérieurement : *Conway*,par. 37‑38. Par exemple, si M. Rasouli avait exprimé un désir concernant le traitement de maintien de la vie, son mandataire spécial aurait à se demander si, au moment où il a exprimé ce désir, M. Rasouli voulait que le désir s’applique s’il se trouvait dans un état végétatif permanent, avec des perspectives de rétablissement extrêmement improbables selon la preuve médicale, et qu’il risquait de faire face à des complications de santé liées à l’administration prolongée du traitement de maintien de la vie.
2. Le désir exprimé antérieurement n’a pas à préciser toute évolution future possible pour qu’il soit applicable : *Scardoni*, par. 74; *K.M.S. (Re)*, 2007 CanLII 29956 (C.C.C. Ont.). Il est toutefois possible que le désir vague ou imprécis soit jugé inapplicable aux circonstances. Pour ce motif, la Commission a conclu dans de nombreuses affaires que les désirs exprimés antérieurement concernant un traitement de maintien de la vie étaient inapplicables aux circonstances du moment : *D.D. (Re)*, 2013 CanLII 18799; *P. (D.), (Re)*, 2010 CarswellOnt 7848; *E.B. (Re)*, 2006 CanLII 46624; *G. (Re)*; *E. (Re)*, 2009 CanLII 28625; *H.J. (Re)*, 2003 CanLII 49837. Je n’ai pas réussi à trouver une seule décision où un désir exprimé antérieurement à l’encontre du retrait d’un traitement de maintien de la vie a été jugé applicable et donc contraignant dans les circonstances.
3. Lorsqu’on ne sait pas si le désir exprimé antérieurement est applicable, le mandataire spécial ou le médecin peut demander des directives à la Commission : art. 35. Par ailleurs, si le mandataire spécial agit conformément à un désir exprimé antérieurement que le médecin estime inapplicable, ce dernier peut contester devant la Commission la décision relative au consentement : art. 37. Les observations du médecin concernant l’état de santé du patient, son pronostic et les effets préjudiciables de l’administration continue du traitement de maintien de la vie seront pertinents pour l’évaluation par la Commission de l’applicabilité du désir en question.
4. En outre, le mandataire spécial ou le médecin peut, par voie de requête, demander à la Commission l’autorisation de ne pas respecter les désirs exprimés antérieurement quant au refus d’un traitement : art. 36. La Commission peut accorder cette autorisation si elle est convaincue que l’incapable, s’il était capable, donnerait probablement son consentement parce que le résultat vraisemblable du traitement est dans une large mesure meilleur que ce à quoi on se serait attendu au moment où le désir a été exprimé : par. 36(3).
5. Je note que la *LCSS* prévoit également que le mandataire spécial n’est pas tenu de respecter le désir exprimé antérieurement « s’il est impossible de [s’y] conformer » : al. 21(1)2. Puisqu’il ne s’agit pas d’une question que posent les faits de l’espèce, je ne l’examinerai pas davantage.

 (2) L’intérêt véritable du patient

1. Si le mandataire spécial n’a pas connaissance d’un désir exprimé auparavant par le patient ou si le désir n’est pas applicable aux circonstances, il doit prendre une décision en tenant compte de ce qui est dans l’intérêt véritable du patient, suivant les critères énoncés au par. 21(2). Parmi ces critères, mentionnons les conséquences d’ordre médical du traitement administré au patient, son bien‑être, ses valeurs ainsi que les désirs qu’il a exprimés et auxquels le mandataire spécial n’est pas tenu de se conformer. L’énoncé législatif de ce qui est dans l’intérêt véritable du patient vise à promouvoir les valeurs fondamentales de la *LCSS*,soit accroître l’autonomie du patient et veiller à l’administration d’un traitement médical approprié.
2. Le mandataire spécial n’a pas le loisir d’écarter l’un ou l’autre des facteurs relatifs à l’intérêt véritable du patient ou de substituer son opinion quant à ce qui est dans l’intérêt véritable du patient. Il doit adopter un point de vue objectif, compte tenu de tous les facteurs énumérés, et prendre une décision en conséquence. C’est ce qui ressort clairement de l’énoncé impératif, au début du par. 21(2) : le mandataire « tient compte » des facteurs énumérés. La nécessité de prendre une décision objective fondée sur les facteurs énumérés est renforcée par l’art. 37, qui permet au médecin traitant de contester la décision du mandataire spécial et à la Commission d’annuler cette décision, si le mandataire ne s’est pas conformé à l’art. 21. La Loi vise l’atteinte d’une décision qui, considérée objectivement, est dans l’intérêt véritable de l’incapable.
3. Le premier élément à considérer suivant le par. 21(2), et sur lequel Mme Salasel s’est fortement appuyée en l’espèce, porte sur les valeurs et les croyances de l’incapable. Selon l’al. 21(2)a), le mandataire spécial doit tenir compte des valeurs et des croyances de l’incapable lorsqu’il était capable et conformément auxquelles il croit que l’incapable agirait encore s’il était capable. En l’espèce, Mme Salasel soutient que le fait de maintenir la vie aussi longtemps que possible est conforme aux croyances religieuses de M. Rasouli, et que celui‑ci n’aurait donc pas consenti au retrait du traitement de maintien de la vie.
4. Le deuxième élément à considérer porte sur les désirs exprimés par l’incapable auxquels le mandataire spécial n’est pas tenu de se conformer aux termes de l’al. 21(1)1. Par exemple, les désirs exprimés lorsque la personne visée avait moins de 16 ans ou lorsqu’elle était incapable n’engagent pas le mandataire spécial, mais ils doivent être pris en considération à ce stade de l’analyse de l’intérêt véritable du patient.
5. Troisièmement, en plus de prendre en considération les valeurs et croyances du patient ainsi que tout désir pertinent, le mandataire spécial est tenu par l’al. 21(2)c) de prendre en compte quatre facteurs se rapportant aux conséquences du traitement sur l’état du patient, son bien‑être et sa santé. À ce stade, l’analyse relative à l’intérêt véritable du patient est axée sur les conséquences d’ordre médical du traitement proposé. Il faut tenir compte de l’opinion du médecin traitant quant aux mesures bénéfiques sur le plan médical pour le patient.
6. En ce qui concerne le premier facteur, il faut se demander s’il est vraisemblable ou non que le traitement, selon le cas, améliorera l’état ou le bien‑être du patient, empêchera la détérioration de l’état ou du bien‑être du patient, ou diminuera l’ampleur selon laquelle ou le rythme auquel l’état ou le bien‑être du patient se détériorera : sous‑al. 21(2)c)1. En l’espèce, il faut donc décider si le retrait du traitement de maintien de la vie aurait pour effet d’améliorer l’état ou le bien‑être de M. Rasouli, d’empêcher la détérioration de son état ou de son bien‑être, ou de diminuer l’ampleur selon laquelle ou le rythme auquel son état ou son bien‑être se détériorera. Les médecins soutiennent que le fait de prolonger artificiellement la vie de M. Rasouli entraînera des complications pour la santé, par exemple, des escarres, des infections respiratoires et une défaillance polyviscérale, scénario qui peut être écarté par le retrait du traitement de maintien de la vie. Par contre, Mme Salasel fait valoir que de nouveaux éléments de preuve et une nouvelle évaluation indiquent que l’état de M. Rasouli pourrait s’améliorer à l’avenir et militent contre le retrait du traitement de maintien de la vie.
7. Pour ce qui est du deuxième facteur, le mandataire spécial doit se demander s’il est vraisemblable ou non que l’état ou le bien‑être de l’incapable s’améliorera, restera le même ou se détériorera sans le traitement : sous‑al. 21(2)c)2. En l’espèce, il faut donc déterminer les résultats possibles sur le plan médical pour M. Rasouli de l’administration continue du traitement de maintien de la vie. Le mandataire doit envisager les perspectives d’avenir et se demander quel serait l’état du patient dans un an, dans cinq ans ou dans dix ans.
8. Le troisième facteur exige que le mandataire spécial prenne en compte le risque d’effets néfastes liés au traitement et qu’il établisse si l’effet bénéfique de ce dernier l’emporte ou non sur ce risque : sous‑al. 21(2)c)3. Ce facteur joue un rôle particulièrement important lorsque le mandataire spécial doit décider de donner son consentement à une procédure risquée, par exemple une intervention chirurgicale à risque élevé, qui donne un certain espoir, mais qui peut entraîner la détérioration de l’état du patient. En l’espèce, le mandataire spécial doit tenir compte des effets bénéfiques du retrait du traitement de maintien de la vie, par exemple le fait d’empêcher une détérioration physique prolongée causée par des escarres, des infections et par une défaillance polyviscérale entraînant finalement le décès, par rapport aux risques, soit le fait, bien franchement, de précipiter la mort et d’écarter toute chance de rétablissement qu’a M. Rasouli selon la preuve médicale.
9. Le quatrième facteur exige que le mandataire spécial tienne compte d’autres traitements possibles — et soupèse si un traitement moins contraignant ou moins perturbateur aurait ou non un effet aussi bénéfique que celui qui est proposé : sous‑al. 21(2)c)4. Dans un cas comme celui qui nous occupe, il s’agit donc de savoir si l’administration continue du traitement de maintien de la vie serait moins contraignante ou moins perturbatrice que son retrait, et, dans l’affirmative, si elle aurait ou non davantage un effet bénéfique que son retrait.
10. À mon avis, l’examen du par. 21(2) révèle que, même s’il est impératif de tenir compte des croyances du patient et de ses désirs exprimés antérieurement, il ne fait aucun doute que les conséquences d’ordre médical du traitement proposé revêtiront une importance majeure dans l’analyse.
11. Lorsque les médecins et les mandataires spéciaux ne s’entendent pas sur la question de savoir si le retrait du traitement de maintien de la vie serait dans l’intérêt véritable du patient, la *LCSS* prévoit un moyen de régler ce conflit. Aux termes de l’art. 37, le praticien de la santé peut, par voie de requête, demander à la Commission d’annuler la décision du mandataire spécial au motif qu’elle est contraire à l’intérêt véritable de l’incapable, compte tenu des facteurs énoncés au par. 21(2) de la Loi. Il s’agit d’une voie de recours importante pour les médecins qui estiment qu’il ne convient plus, du point de vue éthique, d’administrer le traitement de maintien de la vie parce qu’il n’est plus dans l’intérêt véritable du patient. La Commission doit dûment tenir compte de l’opinion professionnelle du médecin et de ses observations quant à ce qui aurait un effet bénéfique pour le patient.
12. Si elle convient que le mandataire spécial n’a pas agi dans l’intérêt véritable du patient, la Commission peut substituer son opinion à celle du mandataire spécial : par. 37(3). En revanche, si elle conclut que le mandataire spécial a bel et bien agi dans l’intérêt véritable du patient, elle peut confirmer sa décision. Pour rendre ces décisions, la Commission doit appliquer objectivement les mêmes critères que ceux dont doivent tenir compte les mandataires spéciaux aux termes de l’art. 21. La Commission est bien placée pour déterminer si le traitement est ou non dans l’intérêt véritable du patient, compte tenu des objectifs de la Loi visant à accroître l’autonomie du patient et à veiller à l’administration des soins médicaux appropriés. C’est ce qu’a fait observer la Cour d’appel de l’Ontario dans *M. (A.) c. Benes* (1999), 46 O.R. (3d) 271 :

 [traduction] La Commission ne sera saisie d’une affaire que lorsque le praticien de la santé est en désaccord avec l’application par le mandataire du critère relatif à l’intérêt véritable prévu au par. 21(2). La Commission sera ainsi appelée à entendre deux parties qui ne s’entendent pas quant à l’application de l’art. 21 : d’une part, le mandataire spécial qui peut connaître mieux que le praticien de la santé les valeurs et les croyances de l’incapable ainsi que ses désirs auxquels il n’est pas tenu de se conformer, et, d’autre part, le praticien de la santé qui est l’expert quant aux résultats possibles sur le plan médical du traitement proposé. Le désaccord entre le mandataire spécial et le praticien de la santé risque d’être source de tension. La Loi reconnaît ce risque et prévoit le règlement du désaccord par une commission d’experts neutres. En effet, après avoir entendu les observations de toutes les parties, la Commission est vraisemblablement mieux placée que le mandataire spécial ou le praticien de la santé pour décider de ce qui est dans l’intérêt véritable de l’incapable. [par. 46]

1. La Commission doit examiner la décision du mandataire spécial selon la norme de la décision correcte : *Benes*, par. 36; *Scardoni*,par. 36. Le libellé de l’art. 37, qui prévoit la pleine représentation et qui confère à la Commission le droit de substituer sa décision à celle du mandataire spécial, indique que la Commission doit examiner l’affaire à nouveau. La nature critique des intérêts en jeu vient appuyer l’obligation de la Commission d’examiner la décision du mandataire spécial selon la norme de la décision correcte.
2. Le législateur a conféré à la Commission la responsabilité ultime de trancher ces questions. Cela ne signifie pas que les tribunaux n’ont aucun rôle à jouer. En effet, les décisions de la Commission sont susceptibles de contrôle judiciaire. Ce mécanisme qui confère un droit de regard aux tribunaux assure que la Commission agisse dans les limites de son mandat et en conformité avec la Constitution.
3. Au cours des 17 dernières années, la Commission a fait ses preuves en tranchant précisément la question soulevée dans la présente affaire.
4. Dans certains cas, la Commission a confirmé le refus du mandataire spécial de consentir au retrait du traitement de maintien de la vie au motif que le traitement était dans l’intérêt véritable du patient : *D.W. (Re)*, 2011 CanLII 18217; *S.S. (Re)*, 2011 CanLII 5000; *P. (D.), Re*. Dans d’autres cas, la Commission a infirmé la décision du mandataire spécial et a demandé le consentement au retrait du traitement de maintien de la vie : *A.K. (Re)*; *E.J.G. (Re)*; *N., Re*, 2009 CarswellOnt 4748. Les faits propres à chaque affaire permettent d’établir si le retrait du traitement de maintien de la vie est dans l’intérêt véritable du patient.
5. Puisqu’elle apporte son expertise quant à la question en jeu, on peut s’attendre à ce que les décisions de la Commission assurent la cohérence et la certitude quant à l’application de la Loi, fournissant ainsi des indications essentielles tant aux mandataires spéciaux qu’aux fournisseurs de soins de santé à l’égard de ce domaine difficile du droit.

H. *Les motifs dissidents*

1. J’ai eu l’occasion de lire les motifs de la juge Karakatsanis. En toute déférence, je ne peux souscrire à son approche en l’espèce.
2. Premièrement, je ne peux convenir que l’importance attribuée par la *LCSS* aux désirs exprimés antérieurement par le patient indique que le législateur ne souhaitait pas que la Loi s’applique au retrait d’un traitement de maintien de la vie (motifs de la juge Karakatsanis, par. 140‑150). Lorsqu’il s’agit de la question de vie ou de mort du retrait d’un traitement de maintien de la vie, il y a tout lieu de croire que le législateur voulait le respect des désirs applicables exprimés antérieurement par le patient. De plus, comme nous l’avons vu, ce type de désir ne sera contraignant que s’il est applicable aux circonstances actuelles du patient. L’imprécision d’un désir exprimé antérieurement ou les changements survenus dans l’état de santé, le pronostic ou les options de traitement du patient peuvent rendre le désir exprimé inapplicable. Dans ces cas, c’est l’analyse relative à l’intérêt véritable du patient qui prévaut.
3. Deuxièmement, la proposition de ma collègue, selon laquelle le consentement n’est requis aux termes de la *LCSS* que lorsque le retrait d’un traitement de maintien de la vie fait partie d’un « plan de traitement » au sens de la Loi, ramène simplement l’analyse au problème épineux que pose la définition du terme « plan de traitement » (par. 154-155). En outre, puisque la *LCSS* confère aux médecins le pouvoir discrétionnaire de présenter ou non le retrait d’un traitement de maintien de la vie dans le cadre d’un plan de traitement, la nécessité du consentement pourrait très bien reposer, en dernière analyse, sur le choix du médecin quant à la façon de définir cette procédure, ce qui présente le risque de recourir à l’arbitraire. (D’après le dossier, en pratique, le retrait d’un traitement de maintien de la vie est souvent, mais pas toujours, proposé en guise de « plan de traitement » : voir *P. (D.), Re*, par. 16.)
4. Troisièmement, si la *LCSS* ne s’applique pas, la possibilité que le délit de voies de fait en common law interdise dans certains cas le retrait d’un traitement de maintien de la vie sans consentement pose d’autres problèmes. La juge Karakatsanis ouvre la porte à l’application de ce délit si les procédures de retrait d’un traitement de maintien de la vie sont envahissantes (par. 162-163). Or, on ne sait pas quelles règles régiraient dans ces circonstances le consentement donné par un mandataire et quel fondement juridique permettrait au médecin de procéder au retrait d’un traitement de maintien de la vie.
5. Je ne peux me rallier à la thèse voulant que, au vu du dossier dont dispose la Cour, le retrait du traitement de maintien de la vie administré à M. Rasouli ne comprendrait pas de procédures invasives (motifs de la juge Karakatsanis, par. 163). M. Rasouli est maintenu en vie par ventilation artificielle, au moyen d’une sonde insérée par voie chirurgicale dans sa gorge. Son dossier hospitalier indique que le retrait du traitement de maintien de la vie entraînerait un [traduction] « détubage » (d.a., vol. II, p. 50), à savoir le [traduction] « [r]etrait d’une sonde introduite dans un organe, une structure ou un orifice » : *Stedman’s Medical Dictionary* (28e éd. 2006), p. 688. Au vu du dossier, on ne saurait exclure la possibilité que le retrait du traitement de maintien de la vie comprenne des procédures médicales invasives.
6. Quatrièmement, on peut se demander si les outils juridiques auxquels a recours ma collègue pour faire en sorte que les décisions des médecins de retirer un traitement de maintien de la vie soient soumises à la surveillance des tribunaux suffisent à la tâche. À l’étape où en est l’élaboration de la norme de diligence et de l’obligation fiduciaire, ces outils ne semblent pas appuyer l’examen général de la common law et de l’equity qu’envisage ma collègue (par. 190-201).
7. Comme il n’y a pas eu, en l’espèce, de procès sur la norme de diligence, nous ne pouvons qu’émettre des hypothèses quant à sa teneur dans des cas comme celui de M. Rasouli. Cela dit, peu importe sa teneur, la norme de diligence n’impose pas aux médecins de satisfaire à une norme de perfection, mais plutôt à celle de diligence raisonnable : E. I. Picard et G. B. Robertson, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada* (4e éd. 2007), p. 225; *Crits c. Sylvester* (1956), 1 D.L.R. (2d) 502 (C.A. Ont.), p. 508, conf. par [1956] R.C.S. 991. La norme de diligence est ainsi un instrument imprécis pour contrôler les décisions des médecins de retirer un traitement de maintien de la vie, et non pas un instrument qui justifie l’examen général envisagé par ma collègue.
8. En ce qui concerne l’obligation fiduciaire, ma collègue s’aventure, là encore, en terrain inconnu. Si la Cour a reconnu que la relation entre le médecin et son patient est de nature fiduciaire, elle n’a jamais examiné de décisions prises de bonne foi par des médecins au sujet d’un traitement sur le fondement de cette obligation : *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, p. 149; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, p. 274. L’approche adoptée par ma collègue vise donc un élargissement substantiel du rôle de l’obligation fiduciaire pour réglementer la relation entre le médecin et son patient.
9. Enfin, l’approche proposée n’indique pas clairement le lien qui existe entre la norme de diligence et l’obligation fiduciaire. Quelle analyse a priorité — celle relative à la norme de diligence ou celle relative à l’obligation fiduciaire? Et quelle analyse a préséance en cas de conflit?
10. Cinquièmement, si la *LCSS* ne s’applique pas, il est difficile de savoir qui doit défendre les intérêts du patient incapable lorsque le médecin décide qu’il y a lieu de retirer le traitement de maintien de la vie. L’approche proposée envisage l’intervention d’un « mandataire spécial », mais ne désigne pas cette personne ni n’indique en vertu de quel pouvoir légal il agirait (motifs de la juge Karakatsanis, par. 202 et 204). La *LCSS* crée le statut juridique de « mandataire spécial » et établit la hiérarchie des personnes pouvant assumer ce rôle. Or, cette désignation ne peut être invoquée si la *LCSS* ne s’applique pas au retrait d’un traitement de maintien de la vie.
11. Sixièmement, je suis préoccupée des effets concrets de l’approche proposée sur les patients, sur leurs familles et sur les médecins. Elle pourrait accroître la vulnérabilité des patients incapables, puisqu’il incombera aux membres de la famille ou aux amis d’engager des poursuites judiciaires pour empêcher le retrait du traitement de maintien de la vie, plutôt qu’aux médecins d’obtenir le consentement avant d’agir. Ce déplacement du fardeau pose particulièrement problème lorsque le patient incapable ne bénéficie pas d’un réseau de parents ou d’amis ayant les ressources financières nécessaires pour intenter une action en justice qui pourrait entraîner un procès sur la norme de diligence en matière de soins de santé. En outre, l’approche proposée n’indique pas clairement si le médecin pourrait retirer un traitement de maintien de la vie sans un contrôle judiciaire, si aucune action en justice n’était intentée par les parents du patient ou par ses amis.
12. En adoptant la *LCSS*, le législateur a notamment souhaité simplifier le droit régissant le traitement administré aux patients incapables. La *LCSS* énonce des règles claires qui exigent le consentement avant qu’un traitement ne puisse être administré, désignent les personnes autorisées à donner le consentement pour le patient incapable, précisent les critères sur lesquels doivent être fondés le consentement ou son refus, et créent un organisme spécialisé pour régler les litiges. Le cadre juridique établi par la *LCSS* sert depuis 17 ans en Ontario à trancher des différends concernant les décisions de fin de vie. J’hésiterais à bloquer l’accès à ce régime bien établi et à renvoyer ces questions aux tribunaux.

I. *Résumé*

1. Je conclus que les étapes suivantes s’appliquent sous le régime de la *LCSS* dans des cas comme celui dont nous sommes saisis, où le mandataire spécial et les fournisseurs de soins de santé ne s’entendent pas quant à l’opportunité de retirer le traitement de maintien de la vie.

1. Le praticien de la santé établit si, à son avis, l’administration continue du traitement de maintien de la vie est indiquée sur le plan médical pour le patient;

2. S’il établit que l’administration du traitement de maintien de la vie n’est plus indiquée sur le plan médical pour le patient, le praticien de la santé en avise le mandataire spécial du patient et demande son consentement au retrait du traitement;

3. Le mandataire spécial donne ou refuse son consentement conformément aux désirs applicables aux circonstances exprimés antérieurement par l’incapable, ou, en l’absence de pareils désirs, conformément à ce qui est dans l’intérêt véritable du patient, compte tenu des facteurs énoncés au par. 21(2) de la *LCSS*;

4. Si le mandataire spécial donne son consentement, le praticien de la santé procède au retrait du traitement de maintien de la vie;

5. Si le mandataire spécial refuse de donner son consentement au retrait du traitement de maintien de la vie, le praticien de la santé peut, par voie de requête devant la Commission, contester le refus du mandataire spécial : art. 37;

6. Si la Comission conclut que le refus de consentir au retrait du traitement de maintien de la vie ne se conformait pas aux exigences de la *LCSS*, elle peut substituer sa propre décision à celle du mandataire spécial et autoriser le retrait du traitement de maintien de la vie.

III. Conclusion

1. En appliquant la *LCSS* selon les étapes mentionnées précédemment, nous arrivons aux conclusions suivantes.
2. Ayant déterminé que, selon eux, le traitement de maintien de la vie administré à M. Rasouli devait être retiré, les médecins appelants étaient tenus de demander le consentement de Mme Salasel à cet égard. Puisque M. Rasouli n’avait exprimé aucun désir au sens de l’al. 21(1)1, Mme Salasel était tenue de déterminer si le retrait du traitement de maintien de la vie était dans l’intérêt véritable de M. Rasouli, compte tenu des facteurs énoncés au par. 21(2) de la Loi.
3. Si les médecins appelants ne sont pas d’accord pour dire que l’administration à M. Rasouli du traitement de maintien de la vie est dans son intérêt véritable, en vertu du par. 37(1) de la *LCSS*, leur recours consiste à demander à la Commission de trancher la question.
4. Lorsqu’elle sera saisie de la demande, il appartiendra à la Commission de déterminer si le refus de Mme Salasel de consentir au retrait du traitement de maintien de la vie était dans l’intérêt véritable de M. Rasouli, au sens du par. 21(2) de la *LCSS*. Si elle en venait à la conclusion que ce n’est pas le cas, la Commission pourrait substituer sa décision à celle de Mme Salasel et permettre le retrait du traitement de maintien de la vie administré à M. Rasouli.
5. Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi. Je suis aussi d’avis de rejeter les requêtes en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve dans le cadre du présent pourvoi, sans préjudice à la possibilité que la Commission reçoive tout élément de preuve qu’elle juge pertinent.
6. Vu qu’il s’agit d’une question d’intérêt public, je n’adjugerais pas de dépens.

 Version française des motifs des juges Abella et Karakatsanis rendus par

1. La juge Karakatsanis (dissidente) — Le présent pourvoi porte sur les rôles du médecin, du mandataire spécial du patient incapable, de la Commission du consentement et de la capacité de l’Ontario (« Commission »), et des tribunaux quant à la décision de retirer un traitement de maintien de la vie ou de refuser d’administrer un tel traitement.
2. Contrairement à la Juge en chef, je conclus que c’est la common law, et non la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*,L.O. 1996, ch. 2, ann. A (« *LCSS* » ou « Loi »), qui s’applique lorsque les médecins et le mandataire spécial ne s’entendent pas sur le retrait proposé d’un traitement de maintien de la vie administré à un patient incapable. C’est donc au tribunal, et non à la Commission, qu’ils doivent s’adresser pour régler les différends qui les opposent.
3. À mon avis, la *LCSS* ne s’applique pas au *retrait* d’un traitement. La *LCSS* codifie le droit profondément enraciné dans la common law de refuser un traitement, peu importe les conséquences d’ordre médical. La Loi ne confère toutefois pas aux patients ou à leurs mandataires spéciaux le droit d’insister pour que soit maintenu un traitement qui est inutile, préjudiciable ou contraire à la norme de diligence professionnelle des médecins.
4. Pour établir si le médecin respecte la norme de diligence professionnelle établie par la common law, le tribunal doit déterminer si le traitement de maintien de la vie a quelque chance de réussite sur le plan médical et si le retrait du traitement est dans l’intérêt véritable du patient. Cet exercice comporte nécessairement l’examen des désirs exprimés par le patient, de ses valeurs et de ses croyances, en plus des conséquences importantes mentales et physiques sur son état et son bien‑être, le tout dans le cadre des principes juridiques applicables.
5. Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de renvoyer l’affaire à la Cour supérieure de justice de l’Ontario pour qu’elle tire les conclusions de fait nécessaires et qu’elle détermine si le retrait du traitement de maintien de la vie est conforme à la norme de diligence applicable et dans l’intérêt véritable du patient.

I. Contexte

1. Le patient dont il est question en l’espèce a subi des lésions cérébrales et se trouve de ce fait, selon ses médecins, dans un état végétatif persistant. Depuis près de trois ans, il est maintenu en vie par ventilation et alimentation artificielles. L’équipe médicale qui le soigne estime qu’il n’y a pas de véritable espoir pour son rétablissement et que l’administration du traitement de maintien de la vie ne comporte aucun effet bénéfique pour le patient, mais, en fait, possiblement des effets néfastes. Les médecins souhaitent donc retirer ce traitement.
2. L’épouse du patient, qui est sa mandataire spéciale, ne veut pas que le traitement de maintien de la vie soit retiré. Elle a déposé des évaluations médicales plus récentes à titre de nouveaux éléments faisant la preuve d’un changement du diagnostic du patient qui serait désormais celui d’état de conscience minimale. Elle pense en outre que, dans ces circonstances, compte tenu des croyances religieuses de son époux, il souhaiterait être maintenu en vie. Elle a donc présenté une demande visant à empêcher les médecins du patient de retirer le traitement de maintien de la vie.
3. La juge saisie de la demande a conclu que, suivant la *LCSS*, la décision des médecins de retirer le traitement de maintien de la vie exige le consentement du patient ou de son mandataire spécial.  Les médecins sont donc tenus de s’adresser par voie de requête à la Commission, s’ils souhaitent contester la décision du mandataire spécial de refuser le consentement au retrait du traitement de maintien de la vie (2011 ONSC 1500, 105 O.R. (3d) 761).
4. La Cour d’appel a rejeté l’appel interjeté par les médecins (2011 ONCA 482, 107 O.R. (3d) 9). Même si elle était disposée à conclure pour les besoins de la présente affaire que [traduction] « la Loi n’exige pas des médecins qu’ils obtiennent le consentement du patient ou de son mandataire spécial quant au refus d’administrer un “traitement” ou quant au retrait d’un “traitement” qu’ils jugent inefficace ou inapproprié sur le plan médical » (par. 46), la Cour d’appel a conclu que le retrait du traitement de maintien de la vie était intrinsèquement lié à l’administration des soins palliatifs, le tout constituant un « traitement global » (par. 52), et s’inscrivait dans la définition de « traitement » figurant dans la Loi. Dans ces circonstances particulières, la Cour d’appel a statué que le consentement était requis.
5. Pour les motifs qui suivent, je conclus que le législateur ontarien ne voulait pas que la *LCSS* exige le consentement du patient au *retrait* d’un traitement médical.

II. Analyse

A.*Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*

1. La *LCSS* codifie les règles de la common law en matière de consentement en Ontario et prend appui sur elle. Des lois similaires ont été adoptées dans plusieurs provinces du Canada[[1]](#footnote-1). Selon la Loi, le praticien de la santé qui propose un traitement ne peut pas l’administrer sans le consentement du patient, ou, s’il est incapable de le donner, sans le consentement de son mandataire (par. 10(1)). La Loi ne prévoit pas que le médecin qui propose le retrait d’un traitement doive obtenir le consentement du patient ou de son mandataire spécial.  En outre, le « traitement » s’entend de « tout ce qui est fait dans un [. . .] but relié au domaine de la santé » (par. 2(1)). Il n’est pas précisé dans la définition que le « traitement » comprend le retrait d’un traitement ou le refus d’administrer un traitement.
2. Dans le même ordre d’idées, l’historique législatif ne révèle aucune intention de conférer au patient le droit d’insister sur l’administration d’un traitement que le médecin estime inutile sur le plan médical.  La Loi vise plutôt les constatations d’incapacité et prévoit un régime ordonné et raisonné concernant les mandataires spéciaux (voir H. Young, « Why Withdrawing Life‑Sustaining Treatment Should Not Require “Rasouli Consent” » (2012), 6:2 *R.D.S.M.* 54, p. 66).

(1) Codification de l’autonomie du patient

1. La *LCSS* a pour objet, entre autres, d’exiger que les professionnels de la santé respectent les désirs qu’une personne a exprimés à l’égard d’un traitement lorsqu’elle était capable et avait au moins 16 ans révolus (sous‑al. 1c)(iii)). Les désirs connus exprimés par un patient quant au refus d’un traitement doivent prévaloir, quelles que soient les conséquences d’ordre médical (par. 10(1)). À l’instar de la common law, cette mesure respecte l’autonomie d’une personne de refuser un traitement proposé — quelle que soit la raison du refus — même si le traitement est nécessaire sur le plan médical (voir *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192). Ainsi, le patient adulte a le droit de refuser une transfusion sanguine, même si la mort s’ensuivra inévitablement. Lorsqu’il s’agit du refus d’un traitement, l’autonomie personnelle est primordiale.
2. L’inverse n’est cependant pas vrai. Comme nous le verrons plus loin, la Loi ou la common law ne confèrent aucun droit manifeste au patient d’insister sur l’administration d’un traitement particulier si le médecin n’est pas disposé à l’administrer ou à continuer de l’administrer. La *LCSS* reflète le consensus établi en common law et n’exige pas que les désirs du patient prévalent. Lorsqu’il s’agit du retrait d’un traitement qui n’est plus efficace sur le plan médical ou qui est même préjudiciable, le choix du patient, à lui seul, ne constitue pas un bon paradigme. L’autonomie du patient doit être évaluée au regard d’intérêts plus larges, dont la nature de l’état du patient, les conséquences de la continuation du traitement, les obligations professionnelles de ses médecins et les répercussions sur le système de soins de santé. Les objets, les dispositions et l’esprit de la Loi traduisent clairement ces principes de common law.

(2) Les objets, les dispositions et l’esprit de la Loi

1. Voici quelques‑uns des objets de la *LCSS* énoncés à son article premier :

 **1.** . . .

 a) prévoir des règles en matière de consentement au traitement qui s’appliquent de façon uniforme dans tous les milieux;

. . .

 c) accroître l’autonomie des personnes pour lesquelles un traitement est proposé . . . :

 (i) en permettant à celles dont l’incapacité a été constatée de demander, par voie de requête, à [la Commission] de réviser cette constatation,

 (ii) en permettant aux incapables de demander [à la Commission] de nommer un représentant de leur choix . . .,

 (iii) en exigeant le respect des désirs que des personnes ont exprimés à l’égard d’un traitement [. . .] lorsqu’elles étaient capables et avaient au moins 16 ans révolus;

. . .

 e) veiller à ce que les membres de la famille qui soutiennent des personnes jouent un rôle important lorsque celles‑ci n’ont plus la capacité de prendre une décision concernant un traitement . . .

1. La Loi établit le cadre relatif au choix d’un mandataire spécial, les principes et le processus quant aux décisions à l’égard d’un traitement pour les patients incapables, ainsi qu’un mécanisme limité permettant de régler les différends qui peuvent survenir entre le mandataire spécial et les praticiens de la santé.
2. Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que le retrait d’un traitement n’est pas visé par le terme « traitement » tel qu’il est défini dans la Loi. De plus, compte tenu du rôle, sous le régime de la Loi, des désirs exprimés connus, je suis convaincue que le législateur ne voulait pas que la Loi s’applique à de telles décisions, et qu’il entendait laisser aux tribunaux le pouvoir de trancher ces questions, en application de la common law.

a) *Le rôle sous le régime de la Loi des désirs exprimés connus*

1. Ma conclusion selon laquelle la *LCSS* n’exige pas le consentement du patient pour refuser ou retirer un traitement repose sur l’esprit de la Loi.

(i) Principes devant guider le consentement ou le refus de celui‑ci

1. L’esprit de la Loi fait en sorte que, lorsqu’un traitement est proposé, les médecins, les mandataires spéciaux et la Commission sont tous tenus de se conformer aux désirs connus exprimés par le patient, si ceux‑ci sont clairs et applicables. Cela vaut pour tout traitement; la Loi ne renferme aucune disposition particulière concernant les situations de fin de vie.
2. Lorsqu’on ne connaît pas les désirs du patient, la Loi établit un critère large visant à déterminer si le consentement ou le refus du consentement est dans l’intérêt véritable du patient incapable (par. 21(2)). Ce critère exige de tenir compte des valeurs, des croyances et des désirs du patient incapable ainsi que des conséquences d’un traitement sur son état de santé et, de façon plus générale, sur son bien‑être futur.
3. Le critère relatif à l’intérêt véritable ne joue toutefois aucun rôle lorsque les désirs clairs et exprimés du patient sont connus et applicables. Considérées dans leur ensemble, les dispositions de la Loi garantissent que si les désirs exprimés par le patient sont connus, il faut s’y conformer.
4. Lorsque la Loi est applicable, le par. 21(1)1 *exige* que le mandataire spécial *se conforme*, s’ils sont connus,aux désirs exprimés par le patient. Ce n’est que si ces désirs ne sont pas connus que le mandataire spécial peut agir dans l’intérêt véritable du patient :

 **21.** (1)  La personne qui donne ou refuse son consentement à un traitement au nom d’un incapable le fait conformément aux principes suivants :

 1. Si elle sait que l’incapable, lorsqu’il était capable et avait au moins 16 ans révolus, a exprimé un désir applicable aux circonstances, elle donne ou refuse son consentement conformément au désir exprimé.

 2. Si elle ne sait pas si l’incapable, lorsqu’il était capable et avait au moins 16 ans révolus, a exprimé un désir applicable aux circonstances, ou s’il est impossible de se conformer au désir, elle agit dans l’intérêt véritable de l’incapable.

(ii) Rôle restreint de la Commission

1. La Loi permet, aux termes de trois dispositions différentes, de présenter des requêtes à la Commission quant au consentement des patients incapables. (Ces requêtes ne permettent pas de régler les différends survenus entre le médecin et son patient capable qui, eux, doivent être réglés devant les tribunaux.) Selon les dispositions en question, le mandataire spécial ou le praticien de la santé peut demander des précisions ou des directives à la Commission. Ces dispositions ne confèrent toutefois pas à cette dernière le pouvoir d’écarter un désir connu, clair et applicable.
2. Selon l’art. 35, le mandataire spécial ou le praticien de la santé peut, par voie de requête, demander des directives à la Commission s’il a besoin de précisions quant aux désirs exprimés par la personne incapable. Toutefois, en donnant des directives, la Commission *met en* *application* l’art. 21 qui, à son tour, requiert que le consentement soit donné ou refusé conformément à tout désir connu.
3. L’article 36 prévoit que le mandataire spécial (ou le praticien de la santé) qui veut obtenir le consentement à un traitement, malgré le désir connu du patient de refuser le traitement, peut présenter une requête à la Commission. Toutefois, celle‑ci ne peut écarter le désir connu que si le patient donnerait probablement désormais son consentement « parce que le résultat vraisemblable du traitement est dans une large mesure meilleur que ce à quoi on se serait attendu, dans des circonstances comparables, au moment où le désir a été exprimé » (par. 36(3)).
4. Enfin, aux termes de l’art. 37, le praticien de la santé peut, par voie de requête, demander à la Commission de déterminer si le mandataire spécial s’est conformé aux exigences relatives au consentement prévues à l’art. 21. Là encore, suivant cette disposition, le critère relatif à l’intérêt véritable s’applique uniquement si aucun désir clair et connu n’a été exprimé. Aucune disposition ne confère à la Commission le pouvoir d’autoriser le mandataire spécial à faire fi des désirs connus du patient et de décider de ce qui est dans son intérêt véritable, puis d’agir dans cet intérêt si le patient, alors qu’il était âgé de 16 ans ou plus, a exprimé un désir clair et applicable.
5. Par conséquent, lorsqu’il existe des désirs connus, les seules requêtes possibles devant la Commission visent (1) à obtenir des précisions si les désirs exprimés ne sont pas clairs; (2) à déterminer si les désirs exprimés auraient été différents en raison d’un changement lié à l’efficacité du traitement; ou (3) à veiller à ce que les désirs connus soient respectés.
6. Le mandataire spécial, les médecins et, cela est crucial, la Commission doivent respecter le désir exprimé clairement, et qui est toujours applicable, de refuser un traitement. Si le législateur avait eu l’intention d’aller au‑delà du droit reconnu par la common law de refuser un traitement médical — pour conférer au patient ou à son mandataire spécial le droit d’insister pour que le traitement soit maintenu —, il l’aurait fait en termes clairs. Or, la Loi ne confère pas un tel droit.

b) *Le « traitement » ne comprend pas le retrait d’un traitement*

1. En Ontario, l’art. 10 de la *LCSS* exige que les médecins obtiennent le consentement à un traitement :

 **10.** (1) Le praticien de la santé qui propose un traitement pour une personne ne doit pas l’administrer et doit prendre des mesures raisonnables pour veiller à ce qu’il ne soit pas administré, sauf, selon le cas :

 a) s’il est d’avis que la personne est capable à l’égard du traitement, et qu’elle a donné son consentement;

 b) s’il est d’avis que la personne est incapable à l’égard du traitement, et que le mandataire spécial de la personne a donné son consentement au nom de celle‑ci conformément à la présente loi.

1. Bien que l’art. 10 et le par. 21(1) accordent un rôle central au consentement dans le contexte d’un traitement, la Loi prévoit aussi expressément qu’elle n’a pas d’incidence sur le droit se rapportant au fait de donner ou de refuser son consentement à tout ce qui n’est pas compris dans la définition du terme « traitement » (par. 8(2)).
2. L’article 2 de la *LCSS* établit la portée des actes nécessitant le consentement, aux termes du par. 10(1), en énonçant la définition suivante du terme « traitement » :

 « traitement » S’entend de tout ce qui est fait dans un but thérapeutique, préventif, palliatif, diagnostique ou esthétique, ou dans un autre but relié au domaine de la santé, y compris une série de traitements, un plan de traitement . . .

L’article 2 donne aussi la définition du terme « plan de traitement » :

 « plan de traitement » Plan qui a les caractéristiques suivantes :

 a) il est élaboré par un ou plusieurs praticiens de la santé;

 b) il porte sur un ou plusieurs problèmes de santé qu’une personne présente et peut également porter sur un ou plusieurs problèmes de santé que la personne présentera vraisemblablement à l’avenir étant donné son état de santé actuel;

 c) il prévoit l’administration à la personne de divers traitements ou séries de traitements et peut également prévoir, en fonction de l’état de santé actuel de la personne, le refus d’administrer un traitement ou le retrait d’un traitement.

1. À leur face même, ces définitions n’exigent pas du médecin qu’il obtienne le consentement au *retrait* d’untraitement, sauf lorsqu’il est expressément prévu que le traitement en question fait partie d’un « plan de traitement ». Le terme « traitement » figurant dans la Loi s’entend d’un acte proposé par le praticien de la santé (art. 10) et posé dans un but relié au domaine de la santé (art. 2). Bien que le retrait du traitement de maintien de la vie soit un acte proposé par le praticien de la santé, il n’est pas fait dans un but relié au domaine de la santé. Il est plutôt fait dans le but de cesser l’administration d’un traitement. Autrement dit, le retrait du traitement de maintien de la vie met fin à ce traitement. Or, il n’est pas précisé dans la définition du terme « traitement » que celui‑ci comprend la cessation d’un traitement donné.
2. À mon avis, le renvoi au refus d’administrer un traitement ou au retrait d’un traitement dans la définition du « plan de traitement » n’appuie pas une interprétation du terme « traitement » qui inclurait un tel refus ou retrait. Au contraire, cette mention expresse du refus d’administrer un traitement ou du retrait d’un traitement dans la définition du « plan de traitement » établit clairement que les rédacteurs de la Loi faisaient une distinction entre un traitement, d’une part, et le refus d’administrer un traitement ou le retrait d’un traitement, d’autre part.  S’ils l’avaient souhaité, ils auraient pu inclure expressément cette distinction dans la définition de « traitement ». Or, le refus d’administrer un traitement ou le retrait d’un traitement sont seulement inclus à titre d’éléments *supplémentaires* optionnels dans le cadre d’un plan général qui vise l’administration de « divers traitements ou séries de traitements » pour régler un problème de santé. Bien que la définition du « plan de traitement » puisse revêtir un caractère arbitraire par l’inclusion du retrait d’un traitement dans certains cas et non dans d’autres, la Loi porte sur le retrait d’un traitement *uniquement* dans le cas d’un plan global de traitement qui prévoit plusieurs traitements ou séries de traitements.
3. Les dispositions relatives à l’immunité confirment la conclusion selon laquelle la *LCSS* n’exige le consentement que dans le cas du refus d’administrer un traitement ou du retrait d’un traitement qui fait partie d’un « plan de traitement ». Le médecin est protégé en cas de consentement apparemment valide au « traitement » ou de refus apparemment valide du « traitement » (par. 29(1) et (2)). Si le médecin obtient un consentement apparemment valide à un « plan de traitement », il ne peut être tenu responsable d’avoir refusé d’administrer un traitement ou de l’avoir retiré, conformément à un plan de traitement (par. 29(3)). La Loi ne comporte aucune disposition générale similaire lorsque le patient donne son consentement au retrait d’un « traitement » qui ne fait pas partie d’un « plan de traitement ».

(3) La *LCSS* ne régit pas le consentement au retrait d’un traitement

1. Compte tenu de l’objet, du libellé et de l’esprit de la Loi, je conclus que la définition du terme « traitement » ne comprend pas le retrait d’un traitement. Comme l’a reconnu la Cour d’appel, [traduction] « si le législateur avait eu l’intention d’exiger le consentement pour le refus d’administrer un traitement de maintien de la vie ou le retrait d’un tel traitement jugé inefficace ou inapproprié sur le plan médical », il l’aurait exprimé plus clairement (par. 41). Il convient donc de conclure que la *LCSS* n’a pas pour effet de modifier les règles de la common law en matière de consentement en conférant le droit de recevoir un traitement.
2. La Juge en chef conclut plutôt que le retrait d’un traitement peut constituer parfois, mais pas toujours, un « traitement » au sens de la Loi. Elle indique que la définition de « traitement » ne comprend pas toujours le retrait d’un traitement. Par exemple, le médecin n’aurait pas besoin du consentement au retrait d’un médicament sur ordonnance qui n’est pas recommandé sur le plan médical.  L’obligation d’obtenir le consentement dans ce cas permettrait aux patients d’exiger le maintien de tout traitement malgré les conséquences sur le plan médical et serait absurde.
3. Selon la Juge en chef, le retrait d’un traitement de maintien de la vie serait, lui, visé par la définition du terme « traitement » énoncée à l’art. 2 et nécessiterait le consentement conformément au par. 10(1) parce que les processus entourant un tel retrait constituent une série d’actes distincts — visant pour la plupart un but relié au domaine de la santé — et que les intérêts cruciaux qui sont en jeu à cet égard touchent à l’essence même des objectifs de la Loi. Plus précisément, les mesures prises en vue de retirer le traitement de maintien de la vie sont nécessaires sur le plan physique pour provoquer l’agonie (ou tendent à réduire la détresse et le malaise pendant qu’elle se déroule), et visent un but relié au domaine de la santé. La Juge en chef conclut que ces mesures sont souvent (mais pas toujours) liées à l’administration des soins palliatifs. Elles entraînent souvent (mais pas toujours) une intervention physique sur le corps du patient.
4. Je ne partage pas cette opinion. Je ne suis pas convaincue que la Loi permet logiquement de conclure que, dans certains cas, le retrait d’un traitement exige un consentement, alors que dans d’autres, tel n’est pas le cas. À mon avis, la réponse à la question de savoir si le retrait d’un traitement est considéré comme un traitement ne devrait pas dépendre du *processus* de retrait du traitement. Elle ne devrait pas non plus dépendre de la question de savoir si le traitement retiré est rattaché à un autre traitement destiné à réduire la détresse et le malaise, ou de la nature invasive de ce processus particulier. Enfin, cette réponse ne devrait pas dépendre de la façon d’administrer un traitement dans un cas donné, par voie orale, par injection ou par voie intraveineuse. Ces distinctions ne clarifient pas vraiment le moment où la Loi s’appliquera.
5. Aux termes de la Loi, il ne fait aucun doute que l’administration des soins palliatifs exige un consentement. Toutefois, s’il est vrai que la décision de retirer un traitement de maintien de la vie peut aussi mener à la décision d’administrer des soins palliatifs, ces décisions ne sont pas toujours reliées. Le dossier révèle que, pour des raisons de mise en œuvre, le lien entre les deux décisions dépendra des circonstances particulières de chaque cas. L’exigence d’obtenir le consentement au retrait d’un traitement ne devrait pas dépendre de la question de savoir si l’administration des soins palliatifs est nécessaire ou si elle a précédé le retrait d’un traitement de maintien de la vie. Il s’agit de questions distinctes. Rien dans la Loi ne permet de rattacher ces questions distinctes à titre de « traitement global ».
6. Par ailleurs, le retrait d’un traitement de maintien de la vie ne donne pas nécessairement lieu à l’application du délit de voies de fait qui existe en common law. En effet, un tel retrait ne requiert pas nécessairement de contact physique avec le corps du patient. L’arrêt de la ventilation artificielle ou l’interruption de l’alimentation sont deux activités exercées sans aucune intervention physique sur le corps du patient.
7. Au vu du dossier, le retrait du traitement de maintien de la vie — soit arrêter l’appareil respiratoire ou interrompre l’alimentation — ne saurait constituer des procédures invasives. Cela dit, le retrait d’un traitement peut, dans certains cas, entraîner une intervention physique afin d’assurer le confort du patient ou le respect de sa dignité. En l’espèce, il se pourrait que le détubage soit pratiqué uniquement une fois que la sonde ne servirait plus au traitement de maintien de la vie. Dans la mesure où ces procédures constituent des soins palliatifs, il est nécessaire d’obtenir le consentement à cet égard.

(4) Sommaire

1. En conclusion, la *LCSS* ne vise pas à englober le retrait d’un traitement. La Loi n’a pas pour objet d’instaurer un régime complet. En effet, elle prévoit expressément qu’elle n’a pas d’incidence sur le droit se rapportant au fait de donner ou de refuser son consentement à tout ce qui n’est pas compris dans la définition du terme « traitement » (par. 8(2)). Un « plan de traitement » s’entend de ce qui est *proposé* ou « élaboré » *par* l’équipe soignante *dans un but relié au domaine de la santé* (par. 2(1)). La Loi elle‑même ne fait pas mention du retrait d’un traitement, sauf dans le cas où il s’agit d’un élément spécifique d’un plan plus large visant l’administration de traitements ou séries de traitements.
2. La Loi vise à donner effet au principe de l’autonomie du patient — profondément enraciné dans notre common law — qui permet à celui‑ci de refuser un traitement médical, peu importe les conséquences. Toutefois, ni la *LCSS* ni la common law ne permettent à un patient d’imposer un traitement. Comme je l’explique plus loin, il n’existe pas de consensus en common law selon lequel le médecin est tenu d’obtenir le consentement du patient au refus d’administrer un traitement ou à son retrait. Ni le libellé ni l’esprit de la Loi ne comprennent le droit du patient d’empêcher le médecin de retirer un traitement qui n’est plus efficace sur le plan médical ou qui est même préjudiciable. En fait, l’élargissement de l’autonomie du patient de manière à lui permettre d’insister sur le maintien d’un traitement qui est inutile sur le plan médical aurait un effet préjudiciable sur la norme de diligence et sur les obligations juridiques, déontologiques et professionnelles dans la pratique de la médecine.
3. Il faut mettre en balance le rôle de l’autonomie du patient, d’une part, et le rôle, l’expertise ainsi que l’avis du médecin, d’autre part. De plus, il existe une multitude d’intérêts importants en jeu, par exemple l’intégrité de notre système de soins de santé. Or, la capacité du médecin de contester la décision du mandataire spécial en vertu de la Loi a une portée restreinte, particulièrement lorsque le patient a exprimé antérieurement un désir concernant le traitement. Dans de pareilles circonstances, la Loi n’habilite pas la Commission à écarter les désirs clairs et pertinents exprimés par le patient.
4. Pour tous ces motifs, je conclus que le législateur n’avait pas l’intention que la Loi s’applique au refus d’administrer un traitement de maintien de la vie ou au retrait d’un tel traitement.

B. *La common law*

(1) Aperçu

1. J’estime que la common law ne donne pas au patient le droit d’insister sur le maintien d’un traitement. Elle n’exige pas non plus le consentement du patient au refus d’administrer un traitement ou au retrait d’un traitement que le médecin estime inefficace sur le plan médical et qui ne correspond plus à la norme de diligence professionnelle. Pour les motifs qui suivent, je conclus que le consentement à cet égard n’est pas exigé en common law, même dans le contexte du refus d’administrer un traitement ou du retrait d’un traitement de maintien de la vie. Je tiens à souligner que les droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* n’ont été ni invoqués ni débattus dans le cadre du présent pourvoi.
2. Les désirs exprimés par le patient, ses idéaux ainsi que ses valeurs sont des facteurs importants au regard des décisions concernant la fin de vie prises en établissement. Toutefois, le maintien de la vie n’est pas une valeur absolue. La décision définitive de retirer ou non un traitement de maintien de la vie doit respecter les conséquences sur le plan médical ou physique de ce retrait ou de la continuation du traitement, ainsi que l’autonomie personnelle, l’intégrité physique et la dignité humaine du patient. On ne peut exiger du médecin qu’il agisse à l’encontre de ses obligations professionnelles et de la norme de diligence à laquelle il est astreint.
3. Cela dit, outre le devoir d’accomplir ses tâches d’ordre médical selon la norme de diligence, le médecin a des obligations fiduciaires envers ses patients (voir *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138). Dans cet arrêt, le juge La Forest a décrit comme suit l’obligation fiduciaire : « Dans le cadre de cette relation de confiance, le médecin doit agir dans le meilleur intérêt du patient » (p. 154).
4. J’estime que, selon ces obligations, le médecin devrait être tenu de suivre un certain *processus* pour régler des questions d’une telle importance, semblables aux décisions concernant la fin de vie que la famille et le mandataire spécial sont appelés à prendre. Tout d’abord, le médecin devrait accorder un rôle à la famille ou au mandataire spécial.  Il devrait être tenu, par exemple, de les aviser et de suivre un processus détaillé et conciliant visant à déterminer l’état de santé et l’intérêt véritable du patient. Lorsque l’équipe médicale établit les mesures à prendre et que le patient ou son mandataire spécial est en désaccord, le médecin devrait également examiner la possibilité que d’autres établissements soient disposés à continuer l’administration du traitement.
5. Compte tenu des obligations du médecin envers son patient dans le contexte de fin de vie, si la famille du patient conteste son évaluation finale et celle de l’établissement de soins de santé, le tribunal examinera les circonstances pour s’assurer que la décision du médecin de retirer le traitement de maintien de la vie respecte la norme de diligence requise et qu’il s’est acquitté de son obligation fiduciaire d’agir dans l’intérêt véritable du patient.

(2) La jurisprudence de common law

1. Le droit de refuser un traitement est bien établi en common law. L’inverse n’est cependant pas vrai. Je ne connais et on ne m’a cité aucune décision canadienne portant que le consentement est une condition essentielle pour le refus d’administrer un traitement ou pour le retrait d’un traitement en général.  À mon avis, il n’existe aucun droit général en common law à un traitement que le médecin estime inefficace sur le plan médical ou contraire à la norme de diligence professionnelle.
2. Le retrait d’un traitement de maintien de la vie comporte toutefois des conséquences émotionnelles douloureuses, met en présence des valeurs opposées et entraîne des choix difficiles. Les progrès de la médecine permettent de plus en plus aux établissements de soins de santé de prendre des mesures extraordinaires pour empêcher le décès des patients. Dans *Airedale N.H.S. Trust c. Bland*, [1993] A.C. 789 (H.L.), p. 868, lord Goff of Chiveley a affirmé que le rôle du tribunal ne consiste pas à déterminer [traduction] « si l’intérêt véritable du patient consiste en son décès, mais plutôt si l’intérêt véritable du patient consiste à prolonger sa vie en continuant d’administrer cette forme de traitement médical ou de soins ». Dans son examen minutieux de la common law (aux par. 53‑83), la juge Himel (la juge saisie de la demande en l’espèce) a noté que, au cours des dernières années, les tribunaux ont déjà eu à se prononcer sur la question de la nécessité du consentement au retrait d’un traitement de maintien de la vie.
3. La jurisprudence fait état de plusieurs éléments communs à cet égard.

a) *Le consentement n’est pas nécessaire à l’égard du retrait d’un traitement ou du refus d’administrer un traitement inefficace sur le plan médical*

1. Tout d’abord, même pour ce qui est des situations concernant la fin de vie, on ne m’a présenté aucune décision canadienne enjoignant à un médecin d’obtenir le consentement au refus d’administrer un traitement ou au retrait d’un traitement inefficace sur le plan médical.  Saisis de la question de savoir si le consentement était ou non requis pour le retrait d’un traitement de maintien de la vie ou pour le refus d’administrer un tel traitement, certains tribunaux ont examiné la décision du médecin de refuser de l’administrer en se demandant si ce refus était dans l’intérêt véritable du patient. Voir *Sweiss c. Alberta Health Services*, 2009 ABQB 691, 483 A.R. 340; *I.H.V.,* *Re*, 2008 ABQB 250, 449 A.R. 211.
2. Même dans les affaires où ils sont intervenus pour empêcher des médecins de retirer ou de refuser unilatéralement un traitement, les tribunaux n’ont pas conclu à l’obligation d’obtenir le consentement. Ils ont plutôt prononcé une injonction en attendant l’instruction de l’affaire. Dans *Sawatzky c. Riverview Health Centre Inc.* (1998), 132 Man. R. (2d) 222 (B.R.), le tribunal a accordé une injonction provisoire annulant une ordonnance de [traduction] « ne pas réanimer » dans l’attente de l’instruction de l’affaire, puisqu’il s’agissait de questions de fait quant à l’état du patient et de la question de savoir si la *Charte* ou le *Code des droits de la personne*, C.P.L.M. ch. H175, avait pour effet d’empêcher un médecin d’imposer unilatéralement une ordonnance de « ne pas réanimer ».
3. Dans *Golubchuk c. Salvation Army Grace General Hospital*, 2008 MBQB 49, 227 Man. R. (2d) 274, le tribunal a fait remarquer aux par. 18-23 que, dans certains cas, le retrait d’un traitement de maintien de la vie peut entraîner le contact physique avec le corps du patient, notamment pour l’administration d’analgésiques. L’exigence d’obtenir le consentement semblerait donc reposer sur la nécessité du contact physique avec le corps du patient afin de retirer son traitement de maintien de la vie ou de le soulager en lui administrant des soins palliatifs. Ce raisonnement est similaire au raisonnement concernant le « traitement global » formulé par la Cour d’appel en l’espèce et fait l’objet des objections mentionnées précédemment.
4. Dans d’autres affaires, le tribunal a accordé une injonction pendant un certain temps pour permettre aux représentants du patient d’obtenir un deuxième avis ou le rapport d’un comité déontologique avant que les médecins ne puissent agir unilatéralement (voir *Sweiss*, par. 67‑68; *Jin c. Calgary Health Region*, 2007 ABQB 593, 428 A.R. 161, par. 40‑42).
5. Toutefois, dans d’autres décisions, dont la seule décision d’un tribunal d’appel au Canada antérieure à l’arrêt de la Cour d’appel en l’espèce (*Child and Family Services of Central Manitoba c. R.L.* (1997), 123 Man. R. (2d) 135 (C.A.)), les tribunaux ont explicitement conclu que le consentement n’était pas requis et qu’il n’appartenait pas au tribunal d’intervenir lorsque les médecins agissaient unilatéralement et professionnellement dans l’intérêt véritable du patient. Voir également *I.H.V., Re*; *Rotaru c. Vancouver General Hospital Intensive Care Unit*, 2008 BCSC 318 (CanLII).
6. Dans *R.L.*, la Cour d’appel du Manitoba a conclu que le consentement n’était pas obligatoire pour placer une ordonnance de « Ne pas réanimer » dans le dossier du patient. Ce dernier était un enfant de 11 mois qui se trouvait dans un état végétatif persistant. Les médecins ont convenu que le patient ne reprendrait jamais connaissance et que, comme en l’espèce, le fait de continuer d’administrer le traitement de maintien de la vie n’entraînerait pas une amélioration de son état de santé. Les parents du patient se sont opposés à l’ordonnance. La Cour d’appel a dit ce qui suit, au par. 17 :

 [traduction] . . . le médecin n’est pas tenu d’obtenir un consentement ni une ordonnance judiciaire pour donner des instructions de ne pas réanimer lorsqu’il estime que le patient se trouve dans un état végétatif irréversible. Il appartient au médecin de donner ou non de telles instructions, compte tenu des antécédents et de l’état de santé du patient ainsi que de son évaluation du caractère désespéré de la situation. Il y a lieu de prendre en considération les désirs de la famille ou des tuteurs du patient, mais ni leur consentement ni l’autorisation du tribunal ne sont obligatoires.

1. Le raisonnement de l’arrêt *R.L.* reflète l’approche bien établie appliquée au Royaume‑Uni. Les tribunaux de ce pays s’entendent en effet de manière générale pour dire que le consentement au retrait d’un traitement de maintien de la vie n’est pas obligatoire. En concluant que les médecins n’étaient pas tenus d’adopter une série de traitements qui, de leur avis, n’étaient pas dans l’intérêt véritable du patient, la Cour d’appel a estimé qu’une ordonnance judiciaire constituerait [traduction] « un abus de pouvoir obligeant le praticien de la santé, directement ou indirectement, à agir à l’encontre du devoir fondamental qui lui incombe envers son patient » : *Re J (a minor) (wardship : medical treatment)*, [1992] 4 All E.R. 614, p. 622; voir également *Re R (a minor) (wardship : medical treatment)*, [1991] 4 All E.R. 177; *Bland*.
2. Dans *Bland*, l’arrêt de principe dans la jurisprudence du Royaume‑Uni, la Chambre des lords a conclu que les fournisseurs de soins de santé ne sont pas criminellement ou civilement responsables du retrait d’un traitement administré à un patient qui se trouve dans un état végétatif persistant, s’ils estiment qu’il n’est pas possible que le patient reprenne connaissance et que le fait de continuer d’administrer le traitement de maintien de la vie n’est pas dans l’intérêt véritable du patient. Selon la Chambre des lords, le retrait d’un traitement de maintien de la vie sans ordonnance judiciaire n’était pas illégal :

 [traduction] . . . en l’absence de demande, le médecin qui propose le retrait du traitement de maintien de la vie au motif que la poursuite de ce traitement ne serait pas dans l’intérêt véritable du patient sera arrivé lui‑même à cette conclusion et tranchera sa propre cause, à moins que les mesures choisies ne soient contestées dans le cadre d’instances pénales ou civiles. [p. 875, lord Lowry]

1. Aux États‑Unis, certaines législatures des États ont abordé directement le refus d’administrer un traitement de maintien de la vie ou le retrait de celui‑ci[[2]](#footnote-2). Bien qu’ils aient fait preuve de retenue à l’égard des désirs exprimés par le patient, les tribunaux américains ont refusé de trancher la question de savoir si le patient a le droit d’insister sur l’administration d’un traitement de maintien de la vie (*In Re : The Conservatorship of Helga M. Wanglie*, No. PX‑91‑283 (Minn. Dist. Ct. (Prob. Ct. Div.) 1991), publié dans (1991), 7 *Issues L. & Med.* 369), et sur celle de savoir si le consentement est obligatoire pour retirer un traitement de maintien de la vie qui n’a aucune utilité pour le patient (*In the Matter of* *Baby « K »*, 16 F.3d 590 (4th Cir. 1994)).
2. Par conséquent, les tribunaux au Canada, au Royaume‑Uni et aux États‑Unis ont hésité à exiger du médecin qu’il administre ou continue d’administrer un traitement de maintien de la vie jugé non conforme à la norme de diligence des professionnels de la santé. Comme le souligne Hilary Young (à la p. 63), ni les origines du consentement comme moyen de défense contre une accusation de voies de fait, ni l’évolution récente de la doctrine du consentement éclairé en matière de négligence, ne donne droit à l’administration d’un traitement de maintien de la vie qui échappe à la norme de diligence.
3. À mon avis, même dans des situations concernant la fin de vie, il n’existe aucun droit reconnu par la common law permettant d’insister sur l’administration d’un traitement médical que le médecin et l’établissement de soins de santé estiment inutile sur le plan médical, préjudiciable et contraire aux normes professionnelles. Le consentement n’est pas obligatoire pour retirer un traitement de maintien de la vie dans de pareilles circonstances. Les patients ne peuvent pas forcer les médecins à manquer à la norme de diligence.

b) *Les décisions des médecins et des établissements sont susceptibles de contrôle judiciaire*

1. Le deuxième élément commun qui ressort de la jurisprudence porte sur le rôle de surveillance que joue le tribunal lorsqu’il est appelé à se prononcer au sujet de décisions concernant la fin de vie; ces décisions ne relèvent pas entièrement du pouvoir discrétionnaire des médecins (voir, p. ex., *Sawatzky*; *Jin*; *Golubchuk*; *Rotaru*).
2. Même dans l’arrêt *Bland*, où elle concluait que, en common law, les médecins n’étaient pas obligés d’obtenir le consentement au retrait d’un traitement de maintien de la vie, la Chambre des lords a indiqué que, pour un certain temps du moins, il serait souhaitable que les médecins obtiennent l’autorisation du tribunal avant de mettre fin à un tel traitement (p. 859, lord Keith of Kinkel).
3. En règle générale, les tribunaux ont été appelés à se prononcer au sujet de la prise de décisions concernant la fin de vie lorsque la famille du patient avait demandé une injonction pour empêcher l’établissement de santé de refuser d’administrer ou de retirer un traitement de maintien de la vie. Le plus souvent, l’analyse portait sur le dossier factuel et sur la question de savoir si le traitement était inutile ou inefficace sur le plan médical.  De plus, les tribunaux se sont reportés de façon générale à l’intérêt véritable du patient.

(i) La décision de retirer un traitement de maintien de la vie doit être conforme à la norme de diligence applicable

1. À mon avis, les tribunaux canadiens devraient déterminer si la décision de retirer un traitement de maintien de la vie respecte la norme de diligence du médecin et son obligation fiduciaire ainsi que l’autonomie et la dignité humaine du patient. Le diagnostic médical et la perception des conséquences de la poursuite d’un traitement occupent le premier plan dans tout examen. Il faut tenir compte des désirs exprimés par le patient, de ses valeurs et de ses croyances, mais ces éléments ne peuvent être déterminants. On ne peut exiger du médecin qu’il agisse à l’encontre de la norme de diligence à laquelle il doit satisfaire.
2. La common law protège les intérêts des Canadiens dans le domaine médical — qu’ils soient médecins ou patients — en exigeant du médecin qu’il agisse (1) comme le ferait un praticien de la santé prudent ayant la même expérience et réputation dans son domaine, notamment en se conformant à l’obligation d’obtenir un consentement éclairé (*ter Neuzen c. Korn*, [1995] 3 R.C.S. 674; *Reibl*, p. 899‑900), et (2) dans l’intérêt véritable de ses patients (*Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, p. 270‑272). En règle générale, la décision d’administrer ou de retirer un traitement repose sur l’effet bénéfique pour le patient. Cette approche répondra fort probablement à la norme de diligence et à l’intérêt véritable du patient lorsque l’état de santé de celui‑ci est la principale préoccupation.

(ii) Les obligations fiduciaires ont un rôle à jouer dans le cas du retrait d’un traitement de maintien de la vie

1. L’obligation fiduciaire comporte un vaste éventail de devoirs en constante évolution, inhérents, à certains égards, à la relation entre le médecin et son patient. Voici ce que le juge La Forest a déclaré dans *McInerney*:

 En qualifiant de « fiduciaire » la relation entre le médecin et son patient, je ne voudrais pas qu’on s’imagine qu’un ensemble immuable de règles et de principes s’appliquent dans tous les cas ou à toutes les obligations découlant de cette relation. Comme je l’ai fait remarquer dans l’arrêt *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, les relations et les obligations fiduciaires ne sont pas toutes les mêmes; elles sont tributaires des exigences de la situation. [p. 149]

1. Autrement dit, l’obligation fiduciaire n’est pas immuable; elle est suffisamment souple pour s’adapter à diverses situations et elle est censée s’appliquer lorsque la relation de confiance nécessaire est bel et bien présente. Les décisions d’ordre médical concernant la fin de vie sont délicates et différentes les unes des autres; elles donnent aussi lieu à des devoirs imposés par l’obligation fiduciaire qui ne s’appliquent pas nécessairement aux autres décisions prises par les médecins. Compte tenu du peu de jurisprudence dans ce domaine, la portée exacte de cette obligation devra être précisée et étudiée dans des affaires ultérieures.
2. En règle générale, dans le cadre de la relation typique entre le médecin et son patient, il est probable qu’il y ait chevauchement entre l’obligation fiduciaire et la norme de diligence ou qu’elles se ressemblent. Toutefois, il me semble que, dans des situations de fin de vie où l’administration continue d’un traitement de maintien de la vie est inutile, l’obligation fiduciaire du médecin, dans sa portée et son fondement, s’avérerait un modèle théorique utile et approprié permettant de compléter la norme de diligence et de traiter des intérêts véritables plus larges du patient. Dans des circonstances aussi difficiles, j’estime que l’obligation fiduciaire et la norme de diligence, dans leur fonctionnement et leur portée, ont tendance à diverger. Comme le faisait observer la Juge en chef dans *Norberg*, « [l]’obligation fiduciaire, dans sa portée et son fondement, diffère sur le plan notionnel de l’obligation contractuelle et de la responsabilité délictuelle. Elles peuvent parfois se chevaucher dans leur application, mais leurs fondements théoriques et leurs fonctions demeurent distincts » (p. 272). Le fiduciaire peut garantir que des processus supplémentaires sont entrepris pour assurer le respect des intérêts véritables du patient, tandis que la norme de diligence exige que les décisions et les mesures convenables sur le plan médical soient conformes aux normes médicales.

(iii) Facteurs pertinents dans le processus décisionnel

1. Comme pour toute décision médicale, les praticiens de la santé doivent prendre en compte l’efficacité sur le plan médical de la mesure prise, ce qui comprend l’évaluation de ses risques et de ses bénéfices, ainsi que ses conséquences sur l’état de santé et le bien‑être du patient.
2. L’imminence de la mort amplifie toutefois l’importance d’autres intérêts, telles les croyances religieuses et les valeurs personnelles. Compte tenu de l’importance des intérêts liés à un traitement de maintien de la vie, des facteurs comme le respect pour l’autonomie et la dignité humaine sont particulièrement importants dans le processus de mise en balance. Par contre, ces considérations ne peuvent pas prévaloir si le médecin estime que le traitement en question échappe à la norme de diligence en raison de son inutilité ou de ses effets préjudiciables.
3. Le fait de prolonger artificiellement la vie ne sera pas toujours dans l’intérêt véritable du patient. Certes, le principe du caractère sacré de la vie joue un rôle important dans notre système de droit, mais il n’est pas absolu; ce principe fait l’objet d’exceptions dans les cas où la notion de dignité doit prévaloir (*Rodriguez c. Colombie‑Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 605, le juge Sopinka). En outre, l’idée que la vie est une valeur absolue va à l’encontre des notions médicale et scientifique de traitement. La Commission de réforme du droit du Canada a fait remarquer ce qui suit dans « Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement », Document de travail 28 (1982) :

 . . . à la base de toute décision médicale le principe essentiel à respecter n’est pas la vie en tant que telle et en tant que valeur suprême, mais le bien du patient. Ce bien coïncide, il est vrai, la plupart du temps avec le maintien de la vie. Il n’en est pas cependant toujours ainsi. Il n’en est pas ainsi lorsque le prolongement de la vie est devenu purement artificiel. Il n’en est pas ainsi lorsque le maintien de la vie ne peut se faire que par une prolongation indue de l’agonie. Il n’en est pas ainsi lorsque le maintien de la vie passe par le fait d’infliger des souffrances supplémentaires. En d’autres termes, il n’en est pas ainsi lorsque le traitement est détourné de sa finalité propre et ne fait que prolonger le « mourir » plutôt que de prolonger la vie. [p. 67]

1. Les obligations du médecin dans le contexte de fin de vie sont guidées par les énoncés de politique des ordres professionnels, dont, en Ontario, l’Ordre des médecins et chirurgiens de l’Ontario (« OMCO ») (Énoncé de politique no 1‑06, « Decision‑making for the End of Life » (juillet 2006) (en ligne)). Ces lignes directrices permettent au médecin, dans certaines circonstances, de refuser d’administrer ou de retirer un traitement de maintien de la vie contre le gré du patient ou de son mandataire spécial, s’il n’aura ou n’a presque certainement pas d’effet bénéfique, même s’il faut prendre en considération les valeurs du patient pour juger de l’effet bénéfique (politique de l’OMCO, p. 5). En fait, selon divers énoncés de politique des organisations professionnelles médicales, les médecins ne sont pas tenus d’administrer des traitements qui n’auront presque certainement pas d’effet bénéfique sur le patient, soit parce que l’état de santé du patient est tel que son rétablissement ou qu’une amélioration serait pratiquement sans précédent, soit que le patient ne sera pas en mesure d’éprouver un effet bénéfique permanent à la suite du traitement (Politique de l’OMCO, p. 4‑5)[[3]](#footnote-3).
2. La politique de l’OMCO prévoit cependant aussi que les patients ont [traduction] « le droit de recevoir des traitements de maintien de la vie pouvant avoir un effet bénéfique pour eux, et qui tiennent compte de leurs objectifs, de leurs valeurs et de leurs croyances. Lorsque l’effet bénéfique d’un traitement n’est pas certain, le choix devrait favoriser l’administration d’un traitement de maintien de la vie » (p. 5). La politique de l’OMCO indique clairement que, dans le contexte des décisions concernant la fin de vie, les médecins sont tenus de prendre en considération « les valeurs personnelles, culturelles et religieuses ainsi que les objectifs, les croyances et les pratiques » de leurs patients (p. 2).
3. En outre, selon le rapport de 1995 du Comité spécial du Sénat sur l’euthanasie et l’aide au suicide, il ne faut pas refuser d’administrer ou d’interrompre un traitement de survie contre le gré d’un patient à moins que le traitement ne soit « inutile » (*De la vie et de la mort :* *Rapport du Comité sénatorial spécial sur l’euthanasie et l’aide au suicide* (1995), p. 47). Selon le rapport, un « traitement inutile » s’entend d’un « [t]raitement qui, de l’avis de l’équipe soignante, sera entièrement inefficace » (p. 16). Voir également E. I. Picard et G. B. Robertson, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada* (4e éd. 2007), p. 345‑346.
4. Si elle ne permet pas à l’autonomie personnelle d’être le facteur déterminant lorsqu’il s’agit de retirer un traitement de maintien de la vie, la common law reconnaît depuis longtemps le rôle des valeurs et des croyances ainsi que la dignité de la vie humaine, notamment le droit de mourir avec dignité (voir *Rodriguez*, p. 585 et 605). C’est ce qui ressort des énoncés de politique de la profession médicale et des établissements. Le médecin doit donc tenir compte de ces facteurs lorsqu’il décide de ce qui est dans l’intérêt véritable du patient, conformément à ses obligations professionnelles et fiduciaires. Par exemple, le patient peut exprimer le désir que le traitement de maintien de la vie soit retiré. Ou encore, comme nous l’avons vu antérieurement, le désir que le traitement soit administré pour une période indéfinie peut donner lieu au report d’une décision en attendant de mener des discussions supplémentaires avec la famille, de recevoir d’autres avis médicaux ou d’envisager la possibilité de transférer les soins à un autre établissement médical.  Cependant, s’il est convaincu en dernière analyse que le traitement est inutile, le médecin peut en arrêter l’administration malgré les désirs exprimés par le patient ou sa famille, pourvu qu’il ait suivi ces processus de consultation et tenu compte de l’intérêt véritable du patient.

iv) Les décisions concernant la fin de vie doivent faire suite à un processus équitable, inclusif et conciliant

1. Ces considérations d’ordre plus général, que traduisent les politiques professionnelles, sont circonscrites par l’obligation fiduciaire du médecin d’agir dans l’intérêt véritable du patient. Cette obligation comprend des devoirs étendus visant à garantir le bien‑être du patient, notamment le devoir de consulter ce dernier (ou son mandataire spécial) lorsque le médecin doit décider de ce qui est dans l’intérêt véritable du patient dans les circonstances.
2. Conformément à ces obligations, les divers énoncés de politique présentent un processus consistant à donner avis, à obtenir, sur demande, d’autres avis médicaux et à faire des efforts pour transférer les soins à un autre établissement disposé à continuer l’administration du traitement. En l’espèce, chacun de ces recours a été offert à la mandataire spéciale de l’intimé.
3. Lorsqu’il est en désaccord avec la décision du praticien de la santé de retirer un traitement de maintien de la vie, un membre de la famille du patient ou le mandataire spécial peut contester cette décision, par voie de requête, devant le tribunal.  C’est ce que la mandataire spéciale a fait dans la présente affaire.

III. Conclusion

1. En l’espèce, la juge saisie de la demande n’a tiré aucune conclusion de fait sur l’état de santé du patient ou sur l’efficacité de quelque traitement que ce soit; de plus, le diagnostic du patient a été modifié. Il reste donc des questions de fait à trancher. Il n’appartient toutefois pas à la Cour de le faire.
2. Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de renvoyer l’affaire à la Cour supérieure de justice, plutôt qu’à la Commission du consentement et de la capacité, pour que la juge saisie de la demande puisse déterminer s’il y a lieu de prononcer une injonction ou de rendre un jugement déclaratoire conformément aux présents motifs et aux conclusions de faits tirées dans le cadre de la demande. Compte tenu de l’importance pour le public des questions que soulève le présent pourvoi, les parties devraient assumer leurs propres dépens.

 *Pourvoi rejeté, les juges* Abella *et* Karakatsanis *sont dissidentes.*

 Procureurs des appelants : McCarthy Tétrault, Toronto.

 Procureurs de l’intimé : Hodder Barristers, Toronto.

 Procureurs de l’intervenante la Coalition pour la prévention de l’euthanasie : Scher Law Professional Corporation, Toronto.

 Procureurs de l’intervenante la Société canadienne de soins intensifs : Polley Faith, Toronto.

 Procureurs de l’intervenante l’Association canadienne des infirmiers/infirmières en soins intensifs : Norton Rose Fulbright, Toronto.

 Procureurs des intervenants Advocacy Centre for the Elderly et ARCH Disability Law Centre : ARCH Disability Law Centre, Toronto; Advocacy Centre for the Elderly, Toronto.

 Procureurs des intervenants Mental Health Legal Committee et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario : Swadron Associates, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

 Procureurs de l’intervenante l’Alliance évangélique du Canada : Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.

1. Voir *Loi sur les directives en matière de soins de santé*,C.P.L.M. ch. H27; *Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act*,R.S.B.C. 1996, ch. 181; *Loi sur le consentement aux soins*,L.Y. 2003, ch. 21, ann. B; *Code civil du Québec*,L.Q. 1991, ch. 64, art. 11 à 25; *Consent to Treatment and Health Care Directives Act*,R.S.P.E.I. 1988, ch. C‑17.2. [↑](#footnote-ref-1)
2. Au moins 11 États, soit l’Arizona, l’Idaho, l’Indiana, le Kentucky, le Maryland, le Minnesota, le Dakota du Nord, l’Oregon, la Pennsylvanie, le Dakota du Sud et le Wisconsin, prévoient la possibilité de demander l’administration des traitements de maintien de la vie par voie de directive préalable. D’autres États ont cependant adopté des lois permettant aux fournisseurs de soins de santé de retirer unilatéralement un traitement de maintien de la vie ou de refuser d’administrer un tel traitement lorsqu’ils estiment que celui‑ci est inapproprié sur le plan médical. Par exemple, selon la *Health Care Decisions Act*,Va. CodeAnn. § 54.1-2990 (2013), de la Virginie, les médecins ne sont pas tenus d’administrer un traitement qu’ils estiment inapproprié sur le plan médical ou déontologique. Selon la *Uniform Health-Care Decisions Act*,9 U.L.A. 83 (2011), adoptée (au moins en partie) par le Maine, le Nouveau‑Mexique, le Mississippi et le Delaware, les fournisseurs de soins de santé peuvent refuser de se conformer à une directive préalable qui [traduction] « exige l’administration de soins de santé inefficaces sur le plan médical ou contraires aux normes généralement reconnues en matière de soins de santé applicables aux fournisseurs ou aux établissements de soins de santé » (§ 7f)). D’autres États encore ont choisi un compromis. Au Texas, la Tex. Health & Safety Code Ann. § 166.052 (Vernon 2012), prévoit un processus de règlement des différends entre les médecins et les mandataires spéciaux portant sur le retrait d’un traitement de maintien de la vie. [↑](#footnote-ref-2)
3. Voir aussi l’énoncé de politique no 1602 du Collège des médecins et chirurgiens du Manitoba, « Withholding and Withdrawing Life-Sustaining Treatment » (2007) (en ligne); Association canadienne des soins de santé, Association médicale canadienne, Association des infirmières et infirmiers du Canada et Association catholique canadienne de la santé, « Déclaration conjointe sur la réanimation (mise à jour 1995) » (1995) (en ligne); Association canadienne des soins de santé, Association médicale canadienne, Association des infirmières et infirmiers du Canada et Association catholique canadienne de la santé, « Déclaration conjointe sur la prévention et le règlement de conflits éthiques entre les prestateurs de soins de santé et les personnes recevant les soins » (1999) (en ligne); le rapport de la Commission manitobaine de réforme du droit, « Withholding or Withdrawing Life Sustaining Medical Treatment », Rapport no 109 (2003) (en ligne). [↑](#footnote-ref-3)