

DMA et autres instruments juridiques à la portée du citoyen : quelques problématiques

Christine Morin* et Marc-Antoine Rioux**

Introduction	173
1. Certaines imprécisions associées aux directives médicales anticipées.	174
1.1 La primauté nonobstant la date	176
1.2 La révocation verbale	179
2. Les faiblesses contemporaines du registre des DMA	183
2.1 L'ignorance ou l'absence de consultation du registre	184
2.2 L'inaccessibilité du registre pour le conseiller juridique	188
3. Des éléments de préoccupation en matière de représentation	191

* Professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval, titulaire de la Chaire de recherche Antoine-Turmel sur la protection juridique des aînés et notaire émérite.

** Étudiant à la maîtrise en droit notarial et collaborateur chez Côté Ouellet Thivierge, notaires et conseillers juridiques.

Chaque fois que le contexte l'exige, tout mot écrit au genre masculin comprend aussi le genre féminin et vice-versa.

3.1	Une ignorance de certaines caractéristiques des procurations	192
3.2	Une connaissance encore insuffisante du mandat de protection	196
	Conclusion générale	199

INTRODUCTION

Considéré comme un dogme dans le *Code civil du Bas Canada*, le principe de l'autonomie de la volonté a été réitéré dans le *Code civil du Québec*. S'il demeure au fondement de l'ordre contractuel, il innerve également l'ensemble du droit privé où le législateur favorise le respect de la volonté individuelle tant lorsqu'il est question de la protection de la personne que de son patrimoine.

Le citoyen est ainsi invité à manifester ses volontés grâce à différents actes juridiques, qu'il s'agisse de mandat de protection, de directives médicales anticipées (ci-après « DMA »), de procurations ou de testaments¹, pour n'en donner que quelques exemples. Pour qu'il y ait un réel respect des volontés manifestées, le signataire de ces actes doit en avoir une compréhension adéquate et les tiers doivent connaître et comprendre ces volontés. L'analyse des résultats de deux recherches récentes, l'une sur les directives médicales anticipées, l'autre sur les finances personnelles des personnes âgées, montre que ce n'est pas systématiquement le cas. Les résultats de ces recherches témoignent de différents besoins du citoyen en matière d'informations juridiques et d'accès à la justice, mais aussi de la nécessité de revoir certaines normes ou leur mise en œuvre pour assurer l'effectivité du droit. S'agissant des directives médicales anticipées et de son registre, de la procuration et du mandat de protection – trois instruments juridiques à la portée du citoyen –, les questions soulevées sont concrètes et méritent qu'on s'y attarde.

1. Le testament est un autre exemple d'acte juridique qui témoigne de l'importance de l'autonomie de la volonté. Voir notamment : Christine MORIN, « Libéralités et personnes âgées : entre autonomie et protection », (2013) 59:1 *R.D. McGill* 141 et Christine MORIN, *L'émergence des limites à la liberté de tester en droit québécois : Étude socio-juridique de la production du droit*, coll. « Minerve », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2009.

1. CERTAINES IMPRÉCISIONS ASSOCIÉES AUX DIRECTIVES MÉDICALES ANTICIPÉES

Depuis le 10 décembre 2015, une personne majeure peut rédiger des directives médicales anticipées au moyen du formulaire *Directives médicales anticipées en cas d'inaptitude à consentir à des soins* de la Régie de l'assurance maladie du Québec (ci-après « RAMQ ») prescrit par le ministre et signé devant témoins ou par acte notarié en minute². Ces DMA peuvent être versées dans un registre qui est sous la responsabilité de la RAMQ et accessible aux professionnels de la santé³.

Une personne doit être majeure et apte à consentir à des soins au moment où elle rédige une DMA⁴. Ainsi, un majeur sous régime de protection, mais qui est apte à consentir à des soins peut rédiger une DMA, tant devant notaire que grâce au formulaire ministériel⁵.

La DMA permet essentiellement à une personne majeure et apte de consentir ou refuser l'un des cinq soins prévus dans le formulaire – ou reproduits dans l'acte notarié – en prévision de son inaptitude⁶. Ces cinq soins sont : (1) la réanimation cardiorespiratoire, (2) la ventilation assistée par un respirateur ou par tout autre support technique, (3) la dialyse, (4) l'alimentation forcée ou artificielle et (5) l'hydratation forcée ou artificielle.

Soulignons au passage qu'il est pour le moins surprenant et certainement discutable qu'un « formulaire » prescrive quels sont les soins qui peuvent se retrouver dans des DMA, plutôt qu'une loi. La loi dispose simplement qu'une personne peut « indiquer si elle consent ou non aux soins médicaux qui pourraient être requis par son état de santé au cas où elle deviendrait inapte à consentir aux soins », en précisant qu'elle ne peut formuler une demande d'aide médicale à mourir dans des DMA⁷. La loi n'identifie pas ces soins,

2. *Loi concernant les soins de fin de vie*, RLRQ, c. S-32.0001 (ci-après « *Loi concernant les soins de fin de vie* » ou « *Loi* »), art. 52, al. 1 et 61.

3. *Ibid.*, art. 52, 63 et 64 ; *Règlement sur les modalités d'accès au registre des directives médicales anticipées et son fonctionnement*, RLRQ, c. S-32.0001, r. 0.1 (ci-après « *Règlement sur les modalités d'accès* » ou « *Règlement* »).

4. *Loi concernant les soins de fin de vie*, art. 51, al. 1.

5. Christine MORIN et Katherine CHAMPAGNE, « Chronique – L'aptitude requise pour rédiger des directives médicales anticipées », dans *Repères – La référence*, Montréal, juin 2016, EYB2016REP1985, section III.

6. *Loi concernant les soins de fin de vie*, art. 51 et 52.

7. *Ibid.*, art. 51.

elle se contente de référer au « formulaire prescrit par le ministre » qui le fait⁸.

Pour qu'une DMA puisse être appliquée, le patient doit se trouver dans l'une des trois situations cliniques identifiées dans le formulaire de la RAMQ ou l'acte notarié, soit :

Situation de fin de vie : Si je souffre d'une condition médicale grave et incurable et que je suis en fin de vie.

Situation d'atteinte sévère et irréversible des fonctions cognitives : Si je suis dans un état comateux jugé irréversible ou si je suis dans un état végétatif permanent.

Autre situation d'atteinte sévère et irréversible des fonctions cognitives : Si je suis atteint de démence grave, sans possibilité d'amélioration (par exemple, démence de type Alzheimer ou autre type de démence à un stade avancé).⁹

Si la situation d'un patient ne correspond pas à l'une de ces trois situations, ce sont les règles en matière de consentement substitué prévues au *Code civil du Québec* qui s'appliquent¹⁰.

Si les DMA apparaissent être une heureuse initiative du législateur, car elles permettent à toute personne majeure et apte d'« indiquer si elle consent ou non aux soins médicaux qui pourraient être requis par son état de santé au cas où elle deviendrait inapte à consentir aux soins », force est de constater qu'elles demeurent perfectibles. Il en est de même pour le registre des DMA, notamment quant à sa consultation¹¹. Nous souhaitons mettre en lumière quelques enjeux pratiques, à la fois pour le citoyen, pour le juriste et pour le personnel soignant, qui découlent des nouvelles normes¹².

8. *Loi concernant les soins de fin de vie*, art. 52, al. 1.

9. Voir le formulaire de la RAMQ : *Directives médicales anticipées en cas d'inaptitude à consentir à des soins*, en ligne : <<http://www.ramq.gouv.qc.ca/fr/citoyens/assurance-maladie/volontes/Pages/directives-medicales-anticipees.aspx>>.

10. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « *Code civil du Québec* » ou « C.c.Q. »), art. 11, al. 2 et 15. Sur le sujet, voir : Katherine CHAMPAGNE, « L'avènement des directives médicales anticipées : le testament biologique et le mandat de protection sont-ils toujours utiles ? », (2016) 118-3 *R. du N.* 391.

11. *Supra*, note 2. Les faiblesses contemporaines du registre des DMA.

12. Notre objectif ne consiste pas à faire une étude exhaustive sur les directives médicales anticipées, mais plutôt à identifier certains enjeux pratiques. Pour une étude sur les DMA, voir notamment : Danielle CHALIFOUX, « La Loi concernant les soins de fin de vie, les directives médicales anticipées et les niveaux de soins :

1.1 La primauté nonobstant la date

Lorsqu'il est question de soins, le Code civil dispose que toute personne est inviolable, qu'elle a droit à son intégrité et que nul ne peut lui porter atteinte sans son consentement libre et éclairé, sauf dans les cas prévus par la loi¹³. La *Loi concernant les soins de fin de vie* réitère ce principe cardinal en précisant qu'elle « reconnaît la primauté des volontés relatives aux soins exprimées clairement et librement par une personne, notamment par la mise en place du régime des directives médicales anticipées »¹⁴.

Lorsqu'une personne n'est plus apte à consentir à ses soins,

[...] les volontés relatives aux soins clairement exprimées dans des directives médicales anticipées qui ont été versées au registre des directives médicales anticipées ou au dossier de la personne ont, à l'égard des professionnels de la santé ayant accès à ce registre ou à ce dossier, la même valeur que des volontés exprimées par une personne apte à consentir aux soins.¹⁵

Les DMA ont donc une valeur contraignante, la même valeur que si la personne exprimait ses volontés de façon contemporaine¹⁶. D'autres documents sont cependant susceptibles d'être en contradiction avec les DMA lorsqu'une personne devient inapte. C'est notamment le cas des directives en matière de soins prévues dans un mandat de protection donné en prévision d'incapacité, dans un *testament biologique ou de (fin de) vie*¹⁷ ou dans des niveaux de soins médicaux¹⁸ qui peuvent se retrouver dans le dossier médical d'un

accommodements raisonnables ? », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, vol. 402, *Les soins de fin de vie (dans la foulée de la récente décision de la Cour suprême)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015 ; Jean LAMBERT, « Les directives médicales anticipées : une nouvelle responsabilité professionnelle pour le notaire », (2015) 1 *Congrès CNQ* 25, 30 ; Jean-Pierre MÉNARD, « Les directives médicales anticipées : nouvelle responsabilité des avocats », dans S.F.P.B.Q., *Congrès annuel du Barreau du Québec (2015)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 2.

13. *Code civil du Québec*, art. 10.

14. *Loi concernant les soins de fin de vie*, art. 1.

15. *Ibid.*, art. 58.

16. *Ibid.*

17. Rappelons qu'un tel document n'est pas un « testament » au sens de l'article 704 du Code civil.

18. L'Institut national d'excellence en santé et en services sociaux (INESSS) décrit les niveaux de soins comme un outil de communication entre le patient ou le substitut-décideur, le médecin et l'équipe soignante qui identifient les préférences du patient concernant les investigations, les soins ou les traitements à recevoir. INSTITUT NATIONAL D'EXCELLENCE EN SANTÉ ET EN SERVICES

patient. Qu'advient-il lorsque ces documents s'entrechoquent et se contredisent ?

La Loi répond à cette interrogation en présence d'une contradiction entre des DMA et des directives en matière de soins stipulées dans un mandat de protection. Elle indique, à l'article 62 :

Les volontés relatives aux soins exprimées dans un mandat de protection d'une personne ne constituent pas des directives médicales anticipées au sens de la présente loi et demeurent régies par les articles 2166 et suivants du Code civil.

En cas de conflit entre ces volontés et celles exprimées dans des directives médicales anticipées, ces dernières prévalent.¹⁹

On remarque que la Loi ne traite que des volontés contradictoires contenues dans un mandat de protection. Elle ne discute pas des volontés anticipées en matière de soins contenues dans un autre document, tels un testament biologique ou de (fin de) vie ou des niveaux de soins prévus au dossier médical du patient, qui pourraient pourtant aussi interférer avec des DMA.

Malgré cette absence d'indication expresse, nous sommes d'avis que l'article 58 de la Loi est néanmoins applicable. C'est parce que la Loi confère « la même valeur que des volontés exprimées par une personne apte à consentir aux soins » aux DMA que ces dernières ont préséance sur toutes autres formes de volontés anticipées²⁰. C'est ce qui justifie que le personnel soignant peut s'y fier lorsqu'il constate que la personne n'est plus apte à consentir à ses soins. L'unique exception est en cas de refus catégorique du patient inapte à consentir aux soins. En effet, la Loi prévoit qu'en cas de refus catégorique d'une personne inapte à consentir aux soins et malgré le fait qu'elle ait préalablement consenti à ce soin dans des directives médicales anticipées, l'article 16 du Code civil, qui prescrit l'autorisation du tribunal, continue de s'appliquer²¹.

SOCIAUX, *Les niveaux de soins : normes et standards de qualité*, guide rédigé par Michel ROSSIGNOL et Lucy BOOTHROYD, Québec, 2016, en ligne : <https://www.inesss.qc.ca/fileadmin/doc/INESSS/Rapports/OrganisationsSoins/INESSS_Guide_NiveaudeSoin.pdf>. Les expressions « niveaux d'intervention médicale (NIM) », « niveaux de soins et réanimation cardiorespiratoire » et « objectifs de soins » sont aussi utilisées.

19. *Loi concernant les soins de fin de vie*, art. 62, al. 2.

20. *Ibid.*, art. 58.

21. *Ibid.*, art. 60.

Si on revient au texte de l'article 62 de la Loi, on observe également qu'il prévoit la préséance des DMA par rapport aux volontés manifestées dans le mandat de protection nonobstant la date de leur signature. Pareille éventualité avait d'ailleurs été discutée en commission parlementaire où la députée Vallée avait expliqué que : « Ce n'est même pas une question de date. C'est-à-dire, même si le mandat [...] est plus récent, est plus contemporain que les [DMA], ce sont les [DMA] qui vont prévaloir »²².

On comprend donc que si une personne signe des DMA et que, plusieurs années plus tard, elle indique ses volontés en matière de soins dans un mandat de protection, ce sont néanmoins les DMA qui demeurent prioritaires. Mentionnons au passage que lorsqu'une personne contracte une assurance maladies graves dont elle souhaite maximiser le rendement, il est fréquent qu'elle stipule une clause semblable à celle-ci dans son mandat de protection :

Dans le cadre de l'application de la présente clause [consentement aux soins de santé], je désire être maintenu en vie, même artificiellement, jusqu'à ce qu'il se soit écoulé le délai nécessaire pour maximiser le rendement financier de toute indemnité en cas de décès prévue dans toutes polices d'assurances maladies graves que je pourrais détenir.²³

Le texte de pareille clause contredirait clairement une DMA qui aurait pour objectif de refuser l'ensemble des soins qui y sont mentionnés, dans toutes les situations cliniques prévues par la Loi. Néanmoins, la DMA aurait priorité jusqu'à preuve du contraire.

La Loi donne ainsi systématiquement préséance à la DMA sur tout autre document, sans considérer la contemporanéité des différentes expressions de volonté²⁴. Si on fait une interprétation littérale de l'article 62, la DMA demeure prioritaire même dans l'éventualité d'une conversation du patient avec son médecin où il aurait exprimé

22. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 40^e lég., 1^{re} sess., vol. 43, n^o 72 (15 janvier 2014), p. 46 (Stéphanie Vallée).

23. Clause type du modèle de mandat de protection en cas d'inaptitude pour les cas d'assurances maladies graves, Logiciel Para-maître, 2016.

24. Le professeur Kouri considère qu'il serait préférable de prévoir une date d'expiration pour les DMA. Robert P. KOURI, « Les directives médicales anticipées : une œuvre perfectible », dans Vincent GAUTRAIS *et al.* (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Patrick A. Molinari*, Montréal, Éditions Thémis, 2018, p. 171, à la page 182.

un changement de volonté (notamment pour la rédaction des niveaux de soin qui incluent la réanimation cardio-respiratoire), à moins que cette conversation puisse se qualifier à titre de révocation verbale en cas d'urgence.

1.2 La révocation verbale

Des difficultés peuvent également survenir avec une DMA en cas de révocation verbale.

On sait qu'une directive médicale anticipée peut être révoquée à tout moment par son auteur grâce au formulaire prescrit par le ministre²⁵. De nouvelles DMA ont aussi pour effet de remplacer des DMA rédigées antérieurement.

Une difficulté d'ordre pratique est cependant susceptible de survenir advenant la révocation verbale d'une DMA qui, en vertu de la loi, n'est possible qu'en cas d'urgence. Pareille révocation verbale est prévue à l'article 54 qui dispose que :

[...] en cas d'urgence, lorsqu'une personne apte exprime verbalement des volontés différentes de celles qui se retrouvent dans ses directives médicales anticipées, cela entraîne leur révocation.²⁶

Cette disposition semble imposer trois conditions pour qu'il y ait révocation verbale : une personne apte, un cas d'urgence et une volonté exprimée verbalement. La première condition ne pose pas de difficultés particulières : la personne qui souhaite révoquer ses DMA doit être apte à consentir aux soins, tout comme elle doit l'être lorsqu'elle rédige des DMA²⁷.

La deuxième condition qui découle de l'article 54 a trait à l'urgence de la situation. La Loi prévoit que la révocation verbale est permise « en cas d'urgence ». La Loi ne définit cependant pas ce qui constitue une urgence²⁸. Nous croyons que cette référence à l'urgence requiert que la personne apte à consentir aux soins ne soit pas en mesure d'avoir recours à la procédure de révocation normalement

25. *Loi concernant les soins de fin de vie*, art. 54, al. 1.

26. *Ibid.*, art. 54, al. 3.

27. *Supra*.

28. *Loi concernant les soins de fin de vie*, art. 3 (les définitions) *a contrario*.

prévue par la Loi, c'est-à-dire la révocation grâce au formulaire prescrit ou la rédaction de nouvelles DMA²⁹, ou qu'il serait déraisonnable de l'astreindre à pareille procédure compte tenu de sa situation. À notre avis, l'urgence évoquée à l'article 54 est davantage tributaire de l'impossibilité ou de la difficulté substantielle pour l'auteur d'une DMA de respecter la procédure habituelle, plutôt que de la gravité de sa condition médicale. À l'appui de cette interprétation, la ministre Véronique Hivon indiquait, en commission parlementaire, que :

[...] tant que vous êtes apte, vous avez le loisir de les révoquer, vos directives. Vous allez envoyer et consigner [la révocation]. Mais admettons que vous êtes dans une situation d'urgence, il vous arrive un accident [...], puis là vous dites : Écoutez, faites, tout, tout, tout pour me sauver, [...] branchez-moi, alors que dans vos directives, vous avez exprimé le contraire. Là, la difficulté, c'est que vous êtes apte, mais vous n'êtes pas en situation de révoquer vos directives, mais vous exprimez une volonté.³⁰

L'élément central permettant une révocation verbale d'urgence serait donc l'impossibilité ou la difficulté d'exiger le respect de la procédure habituelle compte tenu des circonstances. Interpréter cette disposition législative de façon à exiger la présence d'une situation d'urgence médicale objective constituerait, à notre avis, un déni de l'aptitude à consentir aux soins du patient qui révoque verbalement.

Finalement, la troisième et dernière condition pour qu'il y ait révocation verbale au sens de la Loi tient à ce que la révocation soit faite verbalement. L'article ne précise toutefois pas à qui cette révocation verbale peut être valablement communiquée. Cet oubli entraîne des difficultés réelles.

Prenons l'exemple d'un patient qui est en situation médicale précaire et qui est alité, tout en demeurant apte à consentir à des soins, et qui a rédigé des DMA qui indiquent qu'il consent à l'ensemble des soins qui y sont mentionnés. Seul avec un membre de sa famille, il s'exprime sur le fait qu'il désire ne plus être réanimé. Si ce patient devient inapte avant d'avoir pu exprimer ce changement de volontés au personnel soignant, qu'en est-il de ce changement de volonté ?

29. *Loi concernant les soins de fin de vie*, art. 54. Aussi prévu à l'article 13 du *Règlement sur les modalités d'accès*.

30. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 40^e lég., 1^{re} sess., vol. 43, n^o 72 (15 janvier 2014), p. 29 (Véronique Hivon).

Si on fait une interprétation littérale de l'article 54, pareille révocation est tout à fait valable puisque la condition prévue par la Loi repose uniquement sur l'émetteur de la révocation verbale qui exprime une directive médicale différente de celles contenues dans ses DMA. Une telle interprétation place cependant le personnel soignant dans une position difficile où il doit arbitrer entre une DMA qui aurait été valablement inscrite au registre ou versée au dossier médical du patient et une révocation verbale qui aurait été manifestée devant un proche et qui indiquerait une volonté contraire impossible à valider étant donné l'inaptitude du patient. Dans notre exemple, la révocation verbale a été faite devant un membre de la famille, mais elle pourrait aussi l'avoir été devant une infirmière, une travailleuse sociale, un préposé aux bénéficiaires, voire un aumônier.

Cette mise en situation met en évidence deux difficultés importantes. D'abord, la difficulté, voire l'impossibilité, de s'assurer de la véracité de la déclaration verbale qui n'est pas faite à un professionnel de la santé. Une personne en désaccord avec les volontés du patient pourrait simuler une révocation verbale de manière à contrecarrer les volontés exprimées dans les DMA qui devraient normalement prévaloir. On se retrouverait alors dans une situation similaire à celle qui existe actuellement en matière de dons d'organes où, en cas de doutes, le médecin est davantage susceptible de respecter les volontés exprimées par les proches du patient plutôt que les volontés exprimées de façon anticipée par le patient. Pourtant, dans le cas du don d'organes, la loi prévoit expressément qu'il faut donner effet aux volontés exprimées par la personne, « sauf motif impérieux »³¹. Pour éviter que le comportement des proches permette d'éluder les volontés du patient stipulées dans des DMA, il est essentiel que le signataire de DMA – tout comme la personne qui souhaite donner ses organes à la suite de son décès – discute de ses volontés avec ses proches.

Mentionnons qu'une personne pourrait également, en toute bonne foi, mésinterpréter les volontés exprimées verbalement par un patient ou les rapporter incorrectement. En effet, aucun mécanisme ne permet d'assurer la fiabilité de la déclaration verbale rapportée,

31. Le majeur peut donner son corps ou autoriser le prélèvement d'organes ou de tissus sur celui-ci après son décès. Un registre de la RAMQ permet de consigner cette volonté, C.c.Q., art. 43. Christine MORIN, « Respect du corps après le décès », dans *Droit des personnes physiques*, coll. « Théma », Montréal, LexisNexis, 2017, fasc. 5.

contrairement aux DMA consignées dans le formulaire prescrit par le ministre ou dans un acte notarié en minute³².

Une autre difficulté qui découle de la révocation verbale en cas d'urgence concerne son caractère permanent ou temporaire³³. En effet, le texte de l'article 54 ne permet pas de déterminer si la révocation verbale d'urgence n'est valable que pour la situation où elle est exprimée ou si elle a un caractère permanent. En commission parlementaire, la ministre Véronique Hivon s'exprimait ainsi :

Est-ce que par exemple, pour la révocation, dans le cas dont on parlait tout à l'heure [une révocation verbale d'urgence], où on dit à la personne, au médecin qu'on veut révoquer tout ça, est-ce qu'on veut prévoir que c'est le médecin lui-même donc, qui avise ou est-ce que par exemple, ce serait l'archiviste de l'établissement qui est responsable de transmettre l'information au registre ?

Donc, c'est ce type de détails là, je vous dirais, qu'il reste des discussions à y avoir pour s'assurer que vraiment le règlement va être conforme à la réalité pratique, parce que toute la configuration, et toute la réflexion fine, est difficilement faisable tant que la loi n'est pas d'une part, adoptée, et deux, on veut approfondir certaines choses. [...]

32. Soulignons qu'une déclaration verbale faite à un membre du personnel soignant ou en sa présence apparaît moins problématique dans la mesure où plusieurs membres du personnel soignant sont soumis à des obligations déontologiques. À titre d'exemple, voir : *Code des professions*, RLRQ, c. C-26, annexe 1. C'est le cas notamment du médecin, de l'infirmière, du diététiste, de l'infirmière auxiliaire ou de l'inhalothérapeute. Il serait aussi envisageable de requérir de toute autre personne recueillant cette déclaration qu'elle fasse venir sur place un médecin pour la constater. En cas d'impossibilité de procéder ainsi, et dans le cas où la personne deviendrait inapte après avoir fait une déclaration ne répondant pas à ces exigences, le recours au tribunal devrait être imposé pour que la révocation verbale d'urgence recueillie par une personne autre que celles prévues par la Loi puisse produire ses effets.

33. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 40^e lég., 1^{re} sess., vol. 43, n^o 72 (15 janvier 2014), p. 28-31 (tous intervenants) On peut penser à la situation, quoique rare, où une personne révoquerait verbalement ses DMA, sortirait de l'hôpital, puis serait hospitalisée à nouveau dans un autre établissement alors qu'elle est devenue inapte. Comme les dossiers médicaux ne sont pas encore tous informatisés, la révocation inscrite au dossier médical pourrait être inconnue du personnel soignant du second lieu de traitement.

[...] il reste quand même, je vous le dis, de manière très transparente, une réflexion puis des petits arrimages à faire à cet égard-là.³⁴

Ces « petits arrimages » ne semblent pas avoir été faits puisque ni la Loi, ni le Règlement ne prévoient si une révocation verbale d'urgence peut être consignée au registre et, si oui, qui doit le faire. Nul besoin de préciser que cette absence d'arrimage est susceptible de causer un problème de fiabilité du registre.

Enfin, mentionnons qu'advenant le cas où le personnel soignant refuserait de reconnaître une révocation verbale d'urgence faite en présence d'un proche ou d'un membre de la famille, nous croyons qu'il serait possible de recourir au tribunal en vertu de l'article 61 de la Loi qui indique que :

Le tribunal peut, à la demande du mandataire, du tuteur, du curateur ou de toute personne qui démontre un intérêt particulier pour l'auteur des directives médicales anticipées, ordonner le respect des volontés relatives aux soins exprimées dans ces directives.

Il peut également, à la demande d'une telle personne, d'un médecin ou d'un établissement, invalider en tout ou en partie des directives médicales anticipées s'il a des motifs raisonnables de croire que l'auteur de ces directives n'était pas apte à consentir aux soins au moment de leur signature ou que ces directives ne correspondent pas à la volonté de l'auteur dans la situation donnée.³⁵

(Nos soulignements)

Comme les DMA ne correspondraient plus à la volonté de leur auteur, le tribunal pourrait intervenir.

2. LES FAIBLESSES CONTEMPORAINES DU REGISTRE DES DMA

Toute personne qui rédige des DMA peut les verser au registre des directives médicales anticipées qui est accessible aux profession-

34. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 40^e lég., 1^{re} sess., vol. 43, n^o 72 (15 janvier 2014), p. 51 (Véronique Hivon). Voir également p. 31 et 32 (Véronique Hivon) et p. 32 (Pierre Reid et Yves Bolduc).

35. *Loi concernant les soins de fin de vie*, art. 61, al. 1 et 2.

nels de la santé³⁶. La validité d'une DMA n'est cependant pas tributaire de sa publication. Une DMA validement rédigée dans le respect de l'une ou l'autre des formes prévues par la Loi est valide.

Le registre des DMA a été mis en place le 15 juin 2016³⁷, soit environ six mois après l'entrée en vigueur de la *Loi concernant les soins de fin de vie*. Le registre permet de publiciser les volontés des signataires de DMA et de veiller à leur accessibilité pour le personnel soignant. Au moment d'écrire ces lignes, on constate toutefois que le registre présente des failles, particulièrement en ce qui a trait à sa consultation.

2.1 L'ignorance ou l'absence de consultation du registre

En vertu de la Loi, le médecin qui constate l'inaptitude d'une personne à consentir aux soins « doit » consulter le registre des directives médicales anticipées³⁸.

Or je dois vous avouer que je n'ai (presque) encore jamais trouvé trace (ni même mention) de DMA dans les dossiers d'hôpitaux de personnes en fin de vie ! Quand j'en parle avec le personnel soignant, on me regarde avec ahurissement ! Cette ignorance est quand même extraordinaire.³⁹

Cette citation est celle du Dr Pierre Viens, un médecin pratiquant en soins palliatifs depuis 25 ans, dans son livre intitulé *Les visages de l'aide médicale à mourir* publié en 2017⁴⁰. Elle laisse le juriste perplexe.

À la question importante de la connaissance du registre par les médecins s'ajoute celle de sa consultation. En effet, les Québécois peuvent verser leurs DMA dans le registre, mais si le personnel soignant ne le consulte pas au moment opportun, l'inscription est inutile.

36. *Loi concernant les soins de fin de vie*, art. 52, 63 et 64 ; *Règlement sur les modalités d'accès*, art. 10.

37. Arrêté n° 2016-004 du ministre de la Santé et des Services sociaux, (2016) 148 G.O.Q. II, 2643.

38. *Loi concernant les soins de fin de vie*, art. 57 ; *Règlement sur les modalités d'accès*, art. 17.

39. Pierre VIENS, *Les visages de l'aide médicale à mourir*, Québec, PUL, 2017, p. 116.

40. *Ibid.*

Grâce à une demande d'accès à l'information déposée auprès du ministère de la Santé et des Services sociaux du Québec (MSSS), nous avons obtenu des informations intéressantes, tant sur le nombre de DMA que sur la consultation du registre⁴¹. En date du 30 novembre 2017, 23 801 directives médicales anticipées avaient été déposées au registre de la Régie de l'assurance maladie du Québec⁴². Environ 5 750 de ces DMA ont été reçues par un notaire.

C'est cependant avec un étonnement similaire à celui du Dr Viens que nous avons constaté les disparités régionales majeures dans la consultation du registre. Les données obtenues du ministère de la Santé et des Services sociaux nous permettent de nous questionner sur l'effectivité du registre à l'heure actuelle. Ces données montrent que plus d'un an après la mise en fonction du registre, 6 CIUSSS ou CISSS sur 22 avaient enregistré moins de 5 consultations pendant la période du 15 juin 2016 au 18 septembre 2017. Au contraire, un CIUSSS avait consulté le registre à plus de 1 000 reprises (voir Tableau 1) ! Ces variations sont pour le moins étonnantes puisque tous les médecins de la province sont soumis aux mêmes obligations de consultation, peu importe le CISSS ou CIUSSS où ils exercent leurs activités.

41. Marc-Antoine RIOUX et Christine MORIN, « Directives médicales anticipées – régions proactives, régions inactives », (2018) 27:1 *Entracte* 25.

42. Voir les données du site Internet du ministère de la Santé et des Services sociaux, en ligne : <http://www.msss.gouv.qc.ca/inc/documents/ministere/acces_info/demandes-des-acces/2017-2018/2017-2018.868-Document.pdf> (consulté le 30 juin 2017), c'était plus de 12 300 directives médicales anticipées qui avaient été déposées au registre de la Régie de l'assurance maladie du Québec (RAMQ). Notre démarche a été reprise par la journaliste Caroline Touzin qui est arrivée à des constats similaires. Voir : Caroline TOUZIN, « Registre des directives médicales anticipées : des hôpitaux font fi de vos "dernières volontés" », *La Presse*, 20 juin 2018.

Tableau 1

Consultations, nombre d'utilisateurs et nombre de DMA inscrites au registre par territoire des CISSS / CIUSSS

CISSS / CIUSSS	CONSULTATIONS (1)	NOMBRE D'UTILISATEURS (1)	NOMBRE DE DMA INSCRITES AU REGISTRE (2)
CISSS du Bas-Saint-Laurent (01)	38	186	811*
CIUSSS du Saguenay-Lac-Saint-Jean (02)	135	285	286
CIUSSS de la Capitale-Nationale (03)	105	31	1 482*
CIUSSS de la Mauricie-et-du-Centre-du-Québec (04)	108	51	816*
CIUSSS de l'Estrie – CHUS (05)	1 242	293	1 206
CIUSSS de l'Est-de-l'Île-de-Montréal (06-5)	52	202	1 952
CIUSSS de l'Ouest-de-l'Île-de-Montréal (06-1)	67	5	
CIUSSS du Centre-Ouest-de-l'Île-de-Montréal (06-2)	295	21	
CIUSSS du Centre-Sud-de-l'Île-de-Montréal (06-3)	5	14	
CIUSSS du Nord-de-l'Île-de-Montréal (06-4)	195	87	
CISSS de l'Outaouais (07)	0	0	395
CISSS de l'Abitibi-Témiscamingue (08)	0	0	304
CISSS de la Côte-Nord (09) – incluant le Nord-du-Québec (10)	30	51	83*
CISSS de la Gaspésie et CISSS des Îles (11)	3	11	80*
CISSS de Chaudière-Appalaches (12)	112	127	700*
CISSS de Laval (13)	278	27	531*
CISSS de Lanaudière (14)	291	97	676*
CISSS des Laurentides (15)	119	3	921
CISSS de la Montérégie-Centre (16-1)	88	9	1 864
CISSS de la Montérégie-Est (16-2)	512	71	
CISSS de la Montérégie-Ouest (16-3)	0	0	
Autres (établissements non fusionnés, CRSSS)	209	179	N/A
Région indéterminée ou hors Québec	N/A	N/A	218*
TOTAL	3 884	1 750	12 314*

Source : Données de la RAMQ. (1) Entre le 5 juin 2016 et le 18 septembre 2017.

(2) Entre le 15 juin 2016 et le 30 juin 2017.

*Incertitudes dues aux données caviardées en vertu de l'article 54 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels.* / Intervalle maximale de + 1 à 4 DMA.

La *Loi sur les soins de fin de vie* est pourtant claire : « Le médecin qui constate l'inaptitude d'une personne à consentir aux soins consulte le registre des directives médicales anticipées »⁴³. Il s'agit d'une obligation pour le médecin qui « doit » vérifier dans le registre si des DMA y ont été versées. La localisation géographique d'un patient ne devrait pas influencer sur ses chances de voir ses DMA consultées et respectées. Il ne faut pas oublier que certaines DMA peuvent mener à la survie ou au décès du patient. Le constat de l'inaptitude entraîne une obligation de consulter le registre pour le médecin. Qui plus est, si des DMA sont inscrites au registre, le médecin doit les verser au dossier du patient⁴⁴.

Outre cette obligation de consulter le registre qui est imposée au médecin, la Loi prévoit que tout « professionnel de la santé » à qui des DMA sont remises doit les verser au dossier de la personne concernée⁴⁵. Si les DMA sont remises par leur auteur alors qu'il est apte à consentir aux soins, le professionnel de la santé doit aussi s'assurer qu'elles sont toujours conformes à ses volontés⁴⁶.

La Loi prévoit également que lorsqu'il constate un « changement significatif » dans l'état de santé d'une personne apte à consentir aux soins, le médecin doit vérifier auprès d'elle si les volontés exprimées dans des DMA qui ont été versées à son dossier correspondent toujours à ses volontés⁴⁷. Mentionnons ici que l'expression « changement significatif » dans l'état de santé d'un patient apparaît imprécise. Les débats en commission parlementaire nous en apprennent peu sur l'étendue du changement requis. Seule la ministre exprime à ce sujet que :

[...] le médecin va s'enquérir auprès de la personne : Maintenant, vous avez un cancer, maintenant vous avez la maladie de Parkinson, vous avez versé vos directives au dossier, est-ce que ces directives-là sont toujours fidèles à votre volonté ?⁴⁸

43. *Loi concernant les soins de fin de vie*, art. 57. L'article 17 du *Règlement sur les modalités d'accès* est au même effet. Pour une synthèse des obligations associées aux DMA pour les professionnels de la santé, voir le tableau 2.

44. *Ibid.*, art. 57.

45. *Ibid.*, art. 55.

46. *Ibid.*

47. *Ibid.*, art. 56.

48. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 40^e lég., 1^{re} sess., vol. 43, n^o 72 (15 janvier 2014), p. 37 (Véronique Hivon).

Nous sommes d'avis que cette vérification devrait être faite lors de la discussion sur les niveaux de soins. En effet, le guide relatif aux niveaux de soins de l'Institut national d'excellence en santé et en services sociaux (INESSS) prévoit qu'une vérification de l'existence de volonté antérieure doit être effectuée avant d'entreprendre une démarche de détermination de niveaux de soins⁴⁹. Les DMA font partie de ces volontés antérieures. Ce même guide propose que la discussion portant sur les niveaux de soins soit amorcée lorsque :

[...] la personne est encore apte à consentir aux soins, en amont de situations nécessitant des soins urgents, par exemple, à l'occasion d'une détérioration de l'état de santé observée au bureau du médecin, lors d'une visite à domicile ou d'une admission pour soins aigus ou soins de longue durée.⁵⁰
(Nos soulignements)

C'est donc l'anticipation d'un soin urgent dans un avenir prévisible qui déclencherait l'obligation prévue à l'article 56 de la Loi.

2.2 L'inaccessibilité du registre pour le conseiller juridique

Outre l'ignorance – volontaire ou involontaire⁵¹ – du registre des directives médicales anticipées par certains médecins, une seconde difficulté avec le registre résulte du fait que les notaires et les avocats ne peuvent le consulter. En effet, le Règlement prévoit que seuls certains membres du personnel soignant peuvent consulter le registre des DMA, ce qui exclut le notaire ou l'avocat⁵².

Il va de soi que seul un notaire est habilité à rédiger des DMA⁵³ et qu'un conseiller juridique, qu'il soit notaire ou avocat, n'est pas directement concerné par la mise en œuvre des DMA. Néanmoins, le notaire ou l'avocat qui rédige un document qui contient des volontés anticipées en matière de soins – par exemple un mandat de protection – doit s'assurer que le document rédigé aura les conséquences juridiques souhaitées par son client. En l'absence d'un moyen de véri-

49. INSTITUT NATIONAL D'EXCELLENCE EN SANTÉ ET EN SERVICES SOCIAUX, préc. note 19, p. 10.

50. *Ibid.*, p. 11.

51. À la suite du reportage de Caroline Touzin, le ministère de la Santé et des Services Sociaux a expliqué être au fait des disparités entre les régions et travailler à déployer des actions afin de sensibiliser les professionnels de la santé aux DMA et à l'importance de consulter le Registre.

52. *Règlement sur les modalités d'accès*, art. 6.

53. *Loi concernant les soins de fin de vie*, art. 52.

fier par lui-même si son client a complété des DMA, il ne peut que se fier à la parole et à la mémoire de ce dernier pour le renseigner.

Si on compare la rédaction des DMA avec la rédaction de mandats de protection ou de testaments, soulignons que, généralement, lorsqu'un conseiller juridique rédige ces autres actes, la consultation des registres n'est pas nécessaire. D'une part, le nouveau testament ou le nouveau mandat de protection révoque tacitement l'ancien dans la mesure où ses dispositions sont incompatibles avec les dispositions antérieures⁵⁴. D'autre part, le conseiller juridique ajoute habituellement une clause de révocation générale de toutes dispositions testamentaires ou de tout mandat de protection fait antérieurement dans le nouveau document. Il en va différemment pour les DMA, car ces dernières ne sont pas révoquées par les dispositions du mandat de protection étant donné la priorité des DMA nonobstant la date⁵⁵. Les volontés contemporaines inscrites dans le mandat de protection ne produiront donc aucun effet, à moins que le mandataire s'en inspire éventuellement pour contester les DMA⁵⁶. Il serait donc utile que le notaire ou l'avocat puisse vérifier l'existence de DMA au registre afin de conseiller adéquatement son client quant à la rédaction de nouvelles volontés anticipées en matière de soins.

Ajoutons qu'il est impossible pour un notaire de publier une révocation au registre des DMA⁵⁷, ce qui apparaît discutable à partir du moment où le notaire peut y verser des DMA. Selon nous, le notaire devrait être en mesure de répondre aux volontés de son client et pouvoir publier une révocation. À l'heure actuelle, seul le formulaire *Révocation des directives médicales anticipées* prescrit par le ministre permet de révoquer une DMA⁵⁸.

Même si un notaire réalise l'incompatibilité entre une clause de maladies graves prévue dans un mandat de protection⁵⁹ et le

54. Pour le testament, voir l'article 768 du Code civil. Pour le mandat de protection, en cas de pluralité de mandats, le plus récent sera normalement homologué par le tribunal. C.c.Q., art. 2166, al. 2.

55. *Supra*, *Loi concernant les soins de fin de vie*, art. 62 ; *Règlement sur les modalités d'accès*, art. 13.

56. *Loi concernant les soins de fin de vie*, art. 61.

57. *Ibid.*, art. 54, al. 1 ; *Règlement sur les modalités d'accès*, art. 13.

58. *Loi concernant les soins de fin de vie*, art. 54, al. 1. L'auteur des DMA pourrait également les retirer du registre, sans les révoquer, si tel est son souhait. Dans ce cas, il doit transmettre au ministre, sur support papier, le formulaire de retrait. *Règlement sur les modalités d'accès*, art. 14.

59. *Supra*.

contenu d'une DMA, il ne peut offrir que deux options à son client. Premièrement, il peut procéder à la rédaction et à la publication d'une nouvelle DMA qui aura pour effet de révoquer l'ancienne⁶⁰. Cette façon de faire pourrait cependant ne pas convenir à un client qui préférerait faire confiance à la personne qu'il a désignée comme mandataire pour prendre les décisions relatives à ses soins de santé advenant son inaptitude. L'autre possibilité serait de transmettre le formulaire de révocation prescrit en vertu de l'article 54 de la Loi, sur support papier, au ministre⁶¹.

La consultation des DMA versées au registre par le conseiller juridique permettrait de sécuriser son travail et de s'assurer que l'écrit qu'il produit est en adéquation avec les volontés et les besoins de son client.

Les parlementaires avaient d'ailleurs envisagé la possibilité qu'une personne oublie qu'elle a rédigé des DMA. C'est ainsi que s'exprimait la députée Vallée :

Peut-être pour éviter de se retrouver dans des situations telles que celle-ci où quelqu'un fait des [DMA] à l'âge de 40 ans et puis il n'y retouche pas et 20 ans plus tard, se retrouve avec des directives dont il a peut-être même oublié l'existence. Est-ce qu'il y aurait lieu [d'assujettir] [...] la durée de vie d'une directive médicale anticipée (*sic*).⁶²

La ministre de l'époque avait répondu que le gouvernement avait fait le choix de l'autonomie individuelle par opposition au paternalisme⁶³. Il semble néanmoins que de permettre la consultation du registre aux conseillers juridiques pour mieux conseiller leurs clients et permettre aux notaires d'y publier des révocations seraient des mesures de prévention et de protection du citoyen, sans tomber dans le paternalisme pour autant. Sachant que des travaux canadiens révèlent que la plupart des personnes qui ont rédigé des

60. *Loi concernant les soins de fin de vie*, art. 54, al. 2. *Le Règlement sur les modalités d'accès* précise, à l'article 12 : « Lorsque des directives médicales anticipées lui sont transmises et que de telles directives ont déjà été versées au registre pour l'auteur de celles-ci, le ministre retire les plus anciennes et les remplace par les plus récentes. »

61. *Règlement sur les modalités d'accès*, art. 13.

62. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 40^e lég., 1^{re} sess., vol. 43, n^o 72 (15 janvier 2014), p. 28 (Stéphanie Vallée).

63. *Ibid.*, p. 28 (Véronique Hivon).

directives anticipées en matière de soins (*advance care planning* ou ACP) ont reçu l'aide d'un conseiller juridique – et non celle d'un médecin –, l'apport des juristes apparaît essentiel⁶⁴.

3. DES ÉLÉMENTS DE PRÉOCCUPATION EN MATIÈRE DE REPRÉSENTATION

On l'a déjà évoqué, les volontés anticipées en matière de soins ne se retrouvent pas uniquement dans des DMA. Une personne peut aussi prévoir ses volontés quant à ses soins en prévision de son inaptitude, entre autres, dans un mandat de protection. Outre ses décisions en matière de soins, une personne peut également manifester ses volontés quant à l'administration de son patrimoine, et ce, de façon contemporaine dans une procuration ou encore en prévision de son inaptitude dans un mandat de protection.

Dans le cadre d'une recherche empirique récente sur les personnes âgées et leurs finances dirigée par Option consommateurs⁶⁵, nous nous sommes intéressés à l'utilisation de la procuration et du mandat de protection par les aînés. Malgré le caractère exploratoire

64. Voir les études mentionnées dans : Nola M. RIES, Maureen DOUGLAS, Jessica SIMON et Konrad FASSBENDER, « How do Lawyers Assist Their Clients with Advance Care Planning? Findings from a Cross-Sectional Survey of Lawyers in Alberta », (2018) 55:3 *Alberta Law Review* 683, 685.

65. Cette étude était dirigée par la professeure Marie J. Lachance, en collaboration avec Patricia Long et Jacinthe Cloutier, Option consommateurs et la Chaire de recherche Antoine-Turmel sur la protection juridique des aînés. L'objectif du projet était de mettre au point des outils en vue d'aider les aînés québécois à mieux gérer leurs finances personnelles pour ainsi réduire leurs risques d'être victimes de maltraitance financière. Il visait à étudier les connaissances et les pratiques des personnes âgées de 75 ans et plus sur les modes de paiement (cartes de crédit, cartes de débit et chèques), les procurations et les comptes conjoints. Le projet a été financé par le Secrétariat aux aînés du ministère de la Famille du Québec, conformément au programme Québec ami des aînés (QADA). Les fonds ont été octroyés à l'organisme Option consommateurs pour le projet « Mieux renseigner les aînés pour les protéger de l'abus financier ». Les auteurs remercient M^{mes} Marie J. Lachance, Jacinthe Cloutier et Patricia Long ainsi que l'équipe d'Option consommateurs qui ont généreusement accepté de lui fournir un exemplaire du rapport regroupant les données recueillies auprès de personnes âgées qui sont discutées. Marie J. LACHANCE, Jacinthe CLOUTIER et Patricia LONG, *Mieux renseigner les aînés pour les protéger de l'abus financier. Volet quantitatif de la recherche. Rapport des données recueillies auprès des aînés*, présenté à Option consommateurs, 13 mars 2017. Un guide destiné aux personnes âgées a également été publié par OPTION CONSOMMATEURS, *Vos finances en toute sécurité : Guide à l'intention des aînés*, Montréal, Option consommateurs, 2017, en ligne : <<https://option-consommateurs.org/wp-content/uploads/2018/02/guide-aines-2018-2.pdf>>.

de la recherche qui ne nous permet pas de généraliser ses résultats obtenus à l'ensemble des personnes âgées du Québec, celle-ci présente un portrait de certaines habitudes et des connaissances d'ânés québécois sur des sujets liés à la protection de leur patrimoine. La recherche réalisée met en lumière une certaine méconnaissance de la procuration et du mandat de protection. Elle fait également ressortir des besoins d'informations juridiques qui devraient être comblés, notamment pour prévenir la maltraitance financière⁶⁶.

3.1 Une ignorance de certaines caractéristiques des procurations

Un des objectifs de l'étude était de documenter l'utilisation des procurations par les personnes âgées et de vérifier leurs connaissances juridiques à propos de celles-ci. Le questionnaire a été soumis à 100 personnes âgées de 68 à 93 ans. Ces personnes ont été rencontrées à leur domicile, dans un lieu public de leur choix ou dans les bureaux d'Option consommateurs à Montréal, entre les mois de novembre 2016 et de mars 2017⁶⁷.

Parmi les gens rencontrés, 41 % ont dit avoir signé une procuration. Dans la plupart des cas, le mandataire désigné est un ou plusieurs enfants du mandant (68,3 %), en majorité des femmes (64,3 %), qui ne vivent pas avec la personne âgée (85,7 %). Plus des trois quarts des procurations signées sont des procurations bancaires (78 %)⁶⁸. La plupart des répondants ont mentionné avoir signé la procuration en cas d'accident ou d'hospitalisation qui les empêcherait de se déplacer à leur institution financière (78 %). On comprend que ces personnes ont signé la procuration à titre préventif, avant d'avoir besoin d'aide pour gérer leurs finances. D'autres personnes ont mentionné avoir signé la procuration à la suite d'une maladie ou d'une hospitalisation antérieure (12 %). Seulement 31,7 % des mandants rencontrés ont dit demander des preuves justificatives de l'utilisation de la procuration à leur mandataire.

66. Christine MORIN, « Réflexions sur la lutte contre la maltraitance envers les âgés et le rôle des conseillers juridiques », (2017) 76 *Revue du Barreau* 503 ; Christine MORIN et Robert SIMARD, « Dialogue sur le rôle social du notaire dans la protection des âgés en situation de vulnérabilité », (2018) 1 *C.P. du N.* 1.

67. Le même nombre de personnes interrogées venait de la région de Québec (50) et de la région de Montréal (50).

68. Dans 19,5 % des cas, il s'agissait d'une procuration générale et dans 2,5 % une procuration spécifique autre que bancaire.

Parmi les questions sur les procurations qui ont été posées aux participants, celle qui a été la moins bien répondue portait sur l'utilisation de la procuration après que le mandant soit devenu inapte. La vaste majorité des répondants (91 %) croient que la procuration peut être utilisée même si le mandant devient inapte⁶⁹. Ces chiffres tendent à confirmer que plusieurs personnes âgées voient la procuration comme un outil auquel elles pourront avoir recours advenant leur inaptitude. Cette réponse est logique eu égard au fait qu'on a vu que 90,2 % des personnes qui ont signé une procuration ont dit l'avoir fait au cas où elles seraient malades ou hospitalisées ou encore victimes d'un accident, soit à la suite d'une maladie ou d'un accident passé⁷⁰. Cette réponse suggère toutefois que certaines personnes ne distinguent pas correctement la procuration et le mandat de protection.

Cette réponse découle également d'une problématique réelle qui résulte de l'absence de disposition législative à propos de la validité de la procuration en cas d'inaptitude *de facto* du mandant. Plusieurs auteurs observent que pour des raisons d'ordre pratique, des mandataires continuent à agir en vertu d'une procuration malgré la survenance de l'inaptitude du mandant⁷¹. Comme le professeur Fabien, nous croyons cependant qu'il est de l'essence du régime du mandat qu'il s'éteigne dès l'apparition de l'inaptitude factuelle du mandant⁷². Étant donné que le mandat implique une série de droits et d'obligations du mandant et du mandataire, le mandant doit demeurer apte tout au long de son exécution, notamment afin de pouvoir surveiller la gestion du mandataire, demander des informations ainsi que des comptes et être en mesure de révoquer le mandat. L'aptitude du mandant doit être considérée comme une condition de la validité du contrat de mandat, tant lors de sa signature que tout au long de son exécution. Le mandat ordinaire apparaît « inadapté »

69. 4 % ont eu une bonne réponse, alors que 5 % ont dit ignorer la réponse.

70. *Supra*.

71. Julie BRISSON et Victoria COHENE, « Chronique – La procuration et la survenance de l'inaptitude », *Repères*, janvier 2016, EYB2016REP1850, p. 2 (Pdf). Voir aussi Christine MORIN, « Le mandat : le point sur les conséquences liées à la survenance de l'inaptitude du mandant », (2008) 110 *Revue du notariat* 241.

72. Claude FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », (2001) 80 *Revue du Barreau canadien* 951, 986 ; Christine MORIN, « Le mandat : le point sur les conséquences liées à la survenance de l'inaptitude du mandant », (2008) 110 *Revue du notariat* 241, 253. Cette idée semble partagée par François DUPIN, « Le praticien et la protection des inaptes », dans *Service de la formation permanente, Barreau du Québec*, vol. 67, *Développements récents en droit familial*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 53.

et « dysfonctionnel » lorsqu'il est utilisé alors que le mandant est inapte⁷³.

Comme le souligne également le professeur Fabien, « les cas d'abus rapportés par la jurisprudence visent souvent des mandataires, agissant en vertu de mandats *ordinaires*, qui ont exploité la faiblesse et la vulnérabilité de mandants devenus inaptes (les italiques sont de l'auteur) »⁷⁴. Les risques d'exploitation – de maltraitance matérielle et financière – sont réels. Il est dans l'intérêt du mandant que la procuration n'ait plus d'effet lors de la survenance de son inaptitude, le mandat de protection étant alors plus approprié à la situation. Nous croyons d'ailleurs qu'il serait de bonne pratique que le mandataire qui constate la survenance de l'inaptitude du mandant demande l'homologation du mandat de protection ou l'ouverture d'un régime de protection avec diligence⁷⁵.

En ce qui a trait à l'énoncé « Tout type de procuration peut être révoqué en tout temps sans devoir fournir d'explications et sans l'accord du mandataire », 66 % des personnes rencontrées ont répondu par l'affirmative. Par contre, 16 % des personnes ont indiqué que ce n'est pas possible, alors que 18 % ont dit ne pas connaître la réponse. Plus du quart des personnes rencontrées ignorent donc le caractère révocable d'une procuration, qui en est pourtant une caractéristique importante⁷⁶.

Pour ce qui est de l'énoncé « Lorsque vous signez une procuration bancaire, vous perdez tous vos pouvoirs sur vos avoirs », si 75 % des personnes savaient que ce n'est pas le cas, 12 % croient effectivement perdre leurs pouvoirs, alors que 13 % ignorent la réponse à cette question. À nouveau, le taux de personnes qui pensent qu'elles perdent leurs droits lorsqu'elles signent une procuration laisse perplexé. On peut facilement imaginer la dépendance du signataire de la procuration par rapport à son mandataire s'il croit avoir perdu l'exercice de ses droits.

La procuration est un document juridique qui peut s'avérer utile pour toute personne qui, bien qu'elle soit toujours apte, préfère confier l'administration de ses biens à une autre personne. Il faut

73. Claude FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », (2001) 80 *Revue du Barreau canadien* 951, 968 et 989.

74. *Ibid.*, 977.

75. Voir également : Claude FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant : une institution à parfaire », (2007) 1 *C.P. du N.* 405, 407.

76. C.c.Q., art. 2176.

cependant être conscient que les risques d'exploitation ou de maltraitance financière du mandant sont réels en présence d'un mandataire négligent ou mal intentionné. Grâce à une procuration, le mandataire peut contrôler les actifs du mandant. Il est légalement habilité à retirer des fonds de ses comptes bancaires. Dans certains cas, la procuration peut se transformer en une « licence to steal »⁷⁷. La littérature révèle par ailleurs que la plupart des abus financiers qui découlent de l'utilisation frauduleuse d'une procuration sont le fait de personnes proches du mandant. La situation est d'autant plus complexe que le mandant entretient une relation affective avec son mandataire et qu'il n'a pas toujours conscience d'être exploité⁷⁸.

Dans bon nombre de procurations générales, le mandataire détient de larges pouvoirs sur le patrimoine du mandant, « il est présumé avoir l'autorisation expresse d'effectuer toutes les transactions à moins que la victime soit en mesure de témoigner du contraire »⁷⁹. Il devient donc difficile de détecter si le mandataire agit pour son propre intérêt plutôt que pour celui du mandant qu'il représente⁸⁰. La vigilance du mandant est essentielle.

Mentionnons que, dans le cadre de la même étude, Option consommateurs a aussi fait préparer un rapport d'analyse sur la lisibilité et l'intelligibilité des procurations de dix institutions financières présentes au Canada⁸¹. Les auteurs du rapport, Kavanagh,

77. Hans A. LAPPING, « License to Steal, Implied Gift-Giving Authority and Powers of Attorney », (1996) 4 *Elder Law Journal* 143. Voir également : Raymonde CRÊTE, Jennifer GRENIER, Catherine ROSSI et Alexandre STYLIOS, « L'exploitation financière des personnes âgées au Québec : le point de vue des professionnels », (2016) 46 *Revue générale de droit* 123.

78. Pour un exemple récent éloquent, voir *CDPDJ c. Satgé*, TDP, n° 400-53-000012-105 et 400-53-000014-199, le 26 mai 2016, j. Yvan Nolet ; Christine MORIN et Katherine CHAMPAGNE, « Commentaire sur la décision *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Satgé* – Exploitation d'une personne âgée en vertu de l'article 48 de la Charte québécoise », *Repères*, septembre 2016, EYB2016REP2025.

79. Marie BEAULIEU, Roxane LEBCEUF et Raymonde CRÊTE, « La maltraitance matérielle ou financière des personnes âgées – un état des connaissances », dans R. CRÊTE, I. TCHOTOURIAN et M. BEAULIEU (dir.), *L'exploitation financière des personnes âgées : prévention, résolution et sanction*, coll. « CÉDÉ », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 109.

80. Catherine ROSSI, Jennifer GRENIER, Raymonde CRÊTE et Alexandre STYLIOS, « L'exploitation financière des personnes âgées au Québec : le point de vue des professionnels », (2016) 46 *Revue générale de droit* 99, 123.

81. Il s'agit de : Banque Nationale, Banque Laurentienne, Tangerine, Banque de Montréal, HSBC, CIBC, Banque Royale, Banque Scotia, TD Canada Trust et Desjardins.

Lépinay et Roberge, ont observé que les procurations bancaires analysées manquaient toutes, à différents degrés, de clarté et d'efficacité sur le plan communicationnel⁸². Ils ont conclu que :

Au-delà du devoir légal ou social, toute institution bancaire devrait faire preuve d'empathie auprès de ses clients et le démontrer en concevant des documents lisibles, intelligibles, esthétiques, ergonomiques, efficaces. Peu d'organisations ont des ressources comparables à celles des banques, ce qui nous conduit à affirmer de façon très frontale que les problèmes relevés sont inexplicables et inexcusables. Nous espérons que les institutions bancaires du Canada prendront connaissance de ce rapport et qu'elles mettront rapidement en œuvre un chantier de réécriture et de *redesign* de leur procuration.⁸³

Ajoutons que nous croyons que les procurations devraient également être mieux adaptées aux besoins précis des mandants et que les pouvoirs des mandataires auraient intérêt à être mieux circonscrits⁸⁴, par exemple en prévoyant un terme à la procuration. De cette façon, il serait plus facile de s'assurer que le mandant demeure apte pendant l'utilisation de la procuration. À terme, le mandant n'aurait qu'à renouveler la procuration s'il est toujours apte et qu'il le souhaite⁸⁵.

3.2 Une connaissance encore insuffisante du mandat de protection

L'étude s'intéressait également au mandat de protection. Une portion importante des personnes rencontrées, près des trois quarts

82. Éric KAVANAGH, Frédéric LÉPINAY et Jacynthe ROBERGE, *Lisibilité et intelligibilité des procurations de 10 institutions financières présentes au Canada : Rapport d'analyse commandé par Option consommateurs*, octobre 2016, p. 26.

83. *Ibid.*

84. Michel BEAUCHAMP, « La procuration : utile mais... dangereuse ? », *Colloque : L'exploitation des aînés : problématique et pistes de solutions*, Chaire du notariat de l'Université de Montréal, 3 novembre 2005, en ligne : <http://www.chairedunotariat.qc.ca/fr/conferences/mois/112005/michel_beauchamp2005.pdf>.

85. À titre d'exemple, l'Autorité des marchés financiers affirme que la durée maximale d'une procuration devrait être d'une année, étant sujette toutefois à renouvellement. L'AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, « Modèle de procuration et note explicative », en ligne : <https://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/publications/conso/prevention-fraude/AMF_Procuration_simple.pdf>.

d'entre elles, ont mentionné avoir signé un tel mandat (74 %), ce qui représente un taux semblable aux statistiques du Curateur public⁸⁶.

Le mandataire désigné est souvent le fils ou la fille de la personne âgée (63,9 %). Dans les autres cas, il s'agit du conjoint (9,7 %), du frère ou de la sœur (9,7 %) ou d'un neveu ou nièce (8,3 %). Un peu plus de femmes (53,4 %) que d'hommes (46,6 %) sont désignées comme mandataires. La majorité des mandataires ne vivent pas avec la personne aînée (81,9 %).

Les personnes rencontrées ont expliqué qu'elles avaient choisi leur mandataire parce qu'elles lui font confiance (60,8 %), qu'il s'agit de la meilleure personne pour prendre des décisions concernant sa personne (32,4 %) ou qu'il s'agit de la seule personne qui peut les aider (14,9 %). S'il est effectivement nécessaire que le mandataire désigné soit une personne « digne de confiance », ajoutons qu'il est important que le mandataire ait aussi quelques compétences en matière d'administration du bien d'autrui⁸⁷.

Les connaissances des personnes aînées sur le mandat de protection ont aussi été vérifiées. En ce qui concerne l'énoncé « Le Curateur public du Québec (ou la curatelle publique) surveille l'administration de tous les mandataires qui agissent en vertu d'un mandat en cas d'inaptitude [aussi appelé mandat de protection] », seulement 24 % des personnes interrogées savaient que ce n'est pas le cas. Au contraire, 39 % des répondants croient que le Curateur public surveille les mandataires en fonction, alors que 37 % disent ignorer la réponse. Au total, 76 % des répondants ne savent donc pas

86. Un récent sondage réalisé par le Curateur public, révélait que 39 % des répondants avaient signé un mandat de protection. CURATEUR PUBLIC DU QUÉBEC, *Sondage sur la notoriété du mandat de protection : rapport final*, Segma recherche, mars 2018, p. 8. Chez les personnes retraitées, ce serait 73,9 % des personnes qui ont signé un mandat de protection : BUREAU D'INTERVIEWEURS PROFESSIONNELS AU CURATEUR PUBLIC DU QUÉBEC, *Sondage sur la notoriété et l'utilisation faite des mandats donnés en prévision de l'inaptitude*, février 2016, p. 14, en ligne : <www.curateur.gouv.qc.ca/cura/publications/sond_mand_2016_rapp.pdf>.

87. Madeleine CANTIN CUMYN, « De l'administration des biens à la protection de la personne d'autrui », dans S.F.P.B.Q., vol. 283, *Obligations et recours contre un curateur, tuteur ou mandataire défaillant (2008)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, EYB2008DEV1423 (PDF) (La référence) ; Christine MORIN, « Quand mandataire rime avec légataire... ou liquidateur », dans Christine MORIN et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Beaulne*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2018, p. 193.

que le Curateur public ne surveille pas systématiquement l'administration des mandataires.

Pareils résultats sont inquiétants. Si une vaste majorité des répondants estiment, à tort, que leur mandataire est soumis à une certaine surveillance du Curateur public, ils n'ont alors pas à s'inquiéter du travail de leur futur mandataire ni à prévoir des mesures de surveillance dans leur mandat de protection. Un faux sentiment de confiance les habite.

Au sujet de l'énoncé « Il est obligatoire de désigner un membre de sa famille comme mandataire dans un mandat en cas d'incapacité [aussi appelé mandat de protection] », 42 % des personnes interrogées ignoraient la bonne réponse (34 % pensent que c'est obligatoire et 8 % ignorent la réponse). Une fois encore, ces résultats montrent que plusieurs personnes ne perçoivent pas toutes les possibilités que leur offre la rédaction d'un mandat de protection.

L'une des réponses qui nous a particulièrement étonnés concerne l'homologation du mandat de protection. Se prononçant quant à l'énoncé « Le mandat en cas d'incapacité [ou de protection] doit être homologué, c'est-à-dire approuvé par le tribunal pour pouvoir être utilisé », 51 % des personnes interrogées ont dit que oui, mais 31 % ont répondu non et 18 % ont indiqué qu'elles l'ignorent. À nouveau, ces résultats correspondent à ceux du Curateur public⁸⁸. Bien que le mandat de protection existe depuis plus longtemps que les directives médicales anticipées, les règles relatives à sa rédaction et à son exécution demeurent mal comprises.

L'ensemble des données recueillies auprès des personnes âgées rencontrées confirme que les besoins d'information et de conseils tant à propos des procurations que des mandats de protection sont grands.

88. Le sondage réalisé par le Curateur public dans la population générale révèle que seulement 24 % des répondants ont pu donner une réponse exacte concernant le moment où le mandat de protection prend effet, soit lorsqu'un tribunal déclare la personne inapte. Moins de la moitié (45 %) des répondants savaient que le mandat de protection doit être homologué avant de prendre effet. Ajoutons que les répondants qui avaient signé un mandat de protection affichaient un niveau de méconnaissance similaire à ceux qui n'en avaient pas. CURATEUR PUBLIC DU QUÉBEC, *Sondage sur la notoriété du mandat de protection : rapport final*, Segma recherche, mars 2018, p. 40.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Le mandat de protection et la procuration sont des actes juridiques signés par plusieurs personnes, particulièrement des aînés. Il s'agit de documents utiles et complémentaires qui peuvent être utilisés à différents moments de la vie d'une personne. Il est cependant essentiel que les signataires aient une compréhension adéquate des tenants et aboutissants de ces deux actes.

Récemment, l'Assemblée nationale a adopté la *Loi visant à lutter contre la maltraitance envers les aînés et toute autre personne majeure en situation de vulnérabilité*⁸⁹. Le Gouvernement a aussi présenté le second *Plan d'action gouvernemental pour contrer la maltraitance envers les personnes âgées 2017-2022*⁹⁰. Plus de 20 % des mesures de ce plan d'action gouvernemental ont pour objectif de lutter contre la maltraitance matérielle et financière. Une meilleure connaissance des mandats de protection et des procurations par leurs signataires et leur utilisation plus éclairée peuvent contribuer à réduire les risques de maltraitance matérielle et financière.

De leur côté, les directives médicales anticipées sont encore bien jeunes. Elles sont peu connues par une portion importante de la population et elles mériteraient certainement d'être publicisées et expliquées par le gouvernement du Québec. Tel est aussi le constat de la Commission sur les soins de fin de vie qui souligne, dans son dernier rapport annuel, que la population a besoin d'information concernant les directives médicales anticipées⁹¹. Soulignons que nous sommes toujours en attente de la « vaste campagne » de sensibilisation qui avait été annoncée en commission parlementaire⁹².

À la suite de l'entrée en vigueur de la *Loi concernant les soins de fin de vie*, nous avons surtout entendu parler de l'aide médicale à mourir, ce qui est logique étant donné l'impact majeur de ce changement sur les soins de fin de vie au Québec. En effet, c'est « l'ultime

89. L.Q. 2017, c. 10.

90. MINISTÈRE DE LA FAMILLE ET DES AÎNÉS, *Plan d'action gouvernemental pour contrer la maltraitance envers les personnes âgées 2017 – 2022*, Québec, Gouvernement du Québec, 2017.

91. COMMISSION SUR LES SOINS DE FIN DE VIE, *Rapport annuel d'activités : 1^{er} juillet 2017 – 31 mars 2018*, gouvernement du Québec, 2018, p. 29.

92. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 40^e lég., 1^{re} sess., vol. 43, n^o 72 (15 janvier 2014), p. 54, (Véronique Hivon).

liberté »⁹³ ou « l'ultime volonté » du patient en fin de vie qui est désormais reconnue par le droit québécois⁹⁴. Néanmoins, les directives médicales anticipées méritent davantage d'attention, notamment en raison de leur caractère contraignant⁹⁵. Afin d'éviter que les DMA connaissent un faux départ, certaines de leurs caractéristiques devraient être améliorées ou précisées.

Des arrimages semblent nécessaires afin de permettre un dialogue entre les différents corps de professionnels impliqués dans la rédaction, la consultation et l'application des DMA. Nous recommandons d'ailleurs la mise en place d'un comité médico-légal qui aurait un double objectif. D'abord, il devrait se pencher sur les problématiques rencontrées jusqu'à présent dans la mise en place des DMA et effectuer des recommandations pour les contourner ou les corriger. Ensuite, il aurait la responsabilité de rédiger un document explicitant les obligations que la Loi impose aux professionnels de la santé, particulièrement en ce qui a trait aux obligations de consultation du registre.

Enfin, pour qu'on puisse envisager d'étendre le droit de demander une aide médicale à mourir en prévision de son inaptitude par l'intermédiaire d'une DMA⁹⁶, il est primordial de trouver une solution aux difficultés identifiées, mais aussi de s'affairer à rendre l'utilisation et la consultation du registre des DMA infaillibles.

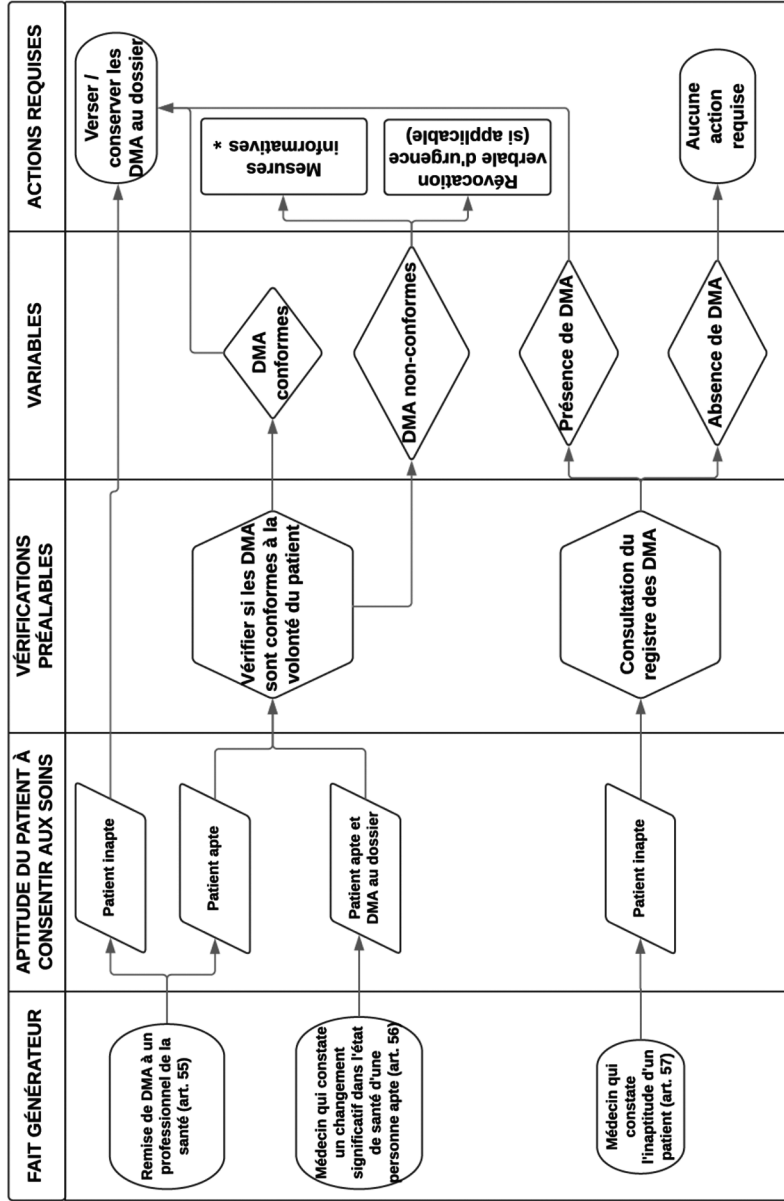
93. L'expression est de : Suzanne PHILIPS-NOOTENS, « De l'autonomie de la personne à la demande de mort : les voies du droit et de l'éthique », dans Christelle LANDHEER-CIESLAK et Louise LANGEVIN (dir.), *Mélanges en l'honneur d'Édith Deleury – La personne humaine, entre autonomie et vulnérabilité*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 541, aux pages 554 et 555.

94. *Loi concernant les soins de fin de vie*, RLRQ, c. S-32.0001, art. 26 ; *Loi modifiant le Code criminel et apportant des modifications connexes à d'autres lois (aide médicale à mourir)*, L.C. 2016, ch. 3 ; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5.

95. *Supra*.

96. Il est présentement impossible de le faire, voir *Loi concernant les soins de fin de vie*, art. 51 *in fine*. Certains auteurs doutent de la constitutionnalité de cette prohibition, d'où l'importance de s'assurer de l'efficacité des DMA, voir Danielle CHALIFOUX, « La Loi concernant les soins de fin de vie, les directives médicales anticipées et les niveaux de soins : accommodements raisonnables ? », *supra*, note 12, par. 8.

Tableau 2



* Les mesures informatives consistent à informer le patient des procédures pour modifier ou faire révoquer ses DMA pour les rendre conformes à ses volontés.

