

LE CONSENTEMENT AUX ACTES MÉDICAUX ET LE DROIT À L'AUTODÉTERMINATION : DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS

*Louise Bélanger-Hardy**

Les règles et les principes de droit en matière du consentement aux actes médicaux sont assez bien développés. Toutefois le processus de maturation, de définition et d'élaboration se poursuit, comme en témoignent la décision récente de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Ciarlariello et la nouvelle loi ontarienne en matière du consentement. Ces nouveaux développements révèlent l'importance qu'accordent les tribunaux et le législateur à l'autonomie individuelle et au droit à l'autodétermination des patients et patientes. La place accordée à ces droits met en relief le conflit entre la notion d'autonomie, d'une part, et l'engagement moral et professionnel du personnel médical dans le traitement et la guérison des individus, d'autre part. L'auteure souligne que la résolution du conflit opposant ces deux notions présente un défi pour les tribunaux et le législateur, mais ouvre la voie vers une plus grande coopération dans le milieu médical.

Rules and principles of law in the area of consent to medical care are generally well developed. However their evolution, definition and formulation remain an ongoing process, as is obvious from the recent decision of the Supreme Court of Canada in the Ciarlariello case and the new Ontario legislation with respect to consent. These new developments highlight the significance attributed by the courts and legislator to the patient's right to autonomy and self-determination. The increased recognition of those rights emphasizes the conflict between the notion of autonomy on the one hand, and the moral and professional responsibility of the medical staff for the treatment and well-being of patients on the other. The author points out that reconciliation of these two notions presents a challenge for the courts and the legislator, but opens the door to increased cooperation in the field of medical care.

* Professeure, Programme français de common law, Université d'Ottawa. L'auteure tient à remercier madame Hélène Laporte pour sa précieuse contribution à la révision de ce texte.

TABLE DES MATIÈRES

I. INTRODUCTION	487
II. ARRÊT <i>CIARLARIELLO</i>	492
A. <i>Les faits</i>	492
B. <i>Décisions des tribunaux inférieurs</i>	496
III. LE CARACTÈRE VOLONTAIRE DU CONSENTEMENT	497
A. <i>La responsabilité pour acte de violence</i>	498
B. <i>La nature de la contrainte</i>	499
C. <i>Les critères fondant la responsabilité</i>	501
1. <i>Une question de jugement médical ?</i>	501
2. <i>Les formes de contrainte et la responsabilité</i> <i>médicale</i>	503
a) <i>La condition de la patiente</i>	503
b) <i>Le milieu hospitalier</i>	504
c) <i>La relation entre le personnel médical et</i> <i>les bénéficiaires de soins</i>	505
IV. LE RETRAIT DU CONSENTEMENT	508
V. LA NORME DE DIVULGATION DES RISQUES EN MATIÈRE DE CONSENTEMENT ÉCLAIRÉ	510
VI. LA CAUSALITÉ	513
VII. LE CONSENTEMENT ET LA COMPRÉHENSION	515
VIII. LA <i>LOI DE 1992 SUR LE CONSENTEMENT AU TRAITEMENT</i>	516
IX. CONCLUSION	520

I. INTRODUCTION

Le consentement aux actes médicaux est l'un des domaines du droit de la santé où les règles et les principes juridiques sont les mieux développés. Très tôt les tribunaux ont reconnu l'importance d'obtenir le consentement de la personne avant de lui prodiguer des soins médicaux¹. Cette notion fondamentale a évolué au fil de

¹ Voir par exemple l'affaire *Slater c. Baker* (1767), 2 Wils. 359, 95 E.R. 860 où le juge affirme que le patient a le droit de connaître la nature de l'intervention chirurgicale que le médecin se propose de pratiquer sur sa personne, ne serait-ce que pour donner au patient le courage de passer à travers la procédure ! Certains auteurs soutiennent que les premières notions relatives au consentement éclairé aux actes médicaux remontent au 19^e siècle. Voir M.S. Pernick, *The Patient's Role in Medical Decisionmaking : A Social History of Informed Consent in Medical Therapy* dans President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, dir., *MAKING HEALTH CARE DECISIONS*, vol. 3, Washington, U.S. Gov. Printing, 1982 [ci-après *MAKING HEALTH CARE DECISIONS*]. Comparer J. Katz, *THE SILENT WORLD OF DOCTOR AND PATIENT*, New York, Collier Macmillan, 1984 qui argumente que le développement des principes liés au consentement éclairé est d'origine plus récente.

nombreuses décisions judiciaires sur la question². Elle a également été enrichie du fruit de la réflexion d'un bon nombre de juristes³. Le processus de maturation, de définition et d'élaboration des règles juridiques en la matière se poursuit toujours.

Tout récemment, la Cour suprême du Canada a été saisie de ce sujet complexe, d'un intérêt manifeste pour les membres des professions médicale et juridique⁴. Deux provinces, le Québec et surtout l'Ontario, ont en outre pris l'initiative de légiférer directement sur la question⁵.

Il n'y a pas lieu de s'étonner que la nécessité du consentement aux actes médicaux fasse l'objet de tant d'attention, puisque ce principe renvoie à des valeurs aussi fondamentales que l'autodétermination, l'inviolabilité du corps humain, la liberté, la privauté et la dignité⁶.

² Au Canada, les décisions fondamentales sont *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192, 112 D.L.R. (3^e) 67, 13 C.C.L.T. 66 [ci-après *Hopp* avec renvois aux R.C.S.] et *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880, 114 D.L.R. (3^e) 1, 14 C.C.L.T. 1, inf. (1978) 6 C.C.L.T. 227 (C.A.), inf. (1977), 16 O.R. (2^e) 306 [ci-après *Reibl* avec renvois aux R.C.S.]. Plusieurs autres jugements ont depuis été rendus sur la question par les tribunaux de chaque province. Pour une étude systématique de presque toutes les décisions en la matière depuis 1980, voir G. Robertson, *Informed Consent Ten Years Later: The Impact of Reibl v. Hughes* (1991) 70 R. DU B. CAN. 423.

³ Il existe de nombreux ouvrages et articles sur la question. Au Canada, par exemple, mentionnons : E.I. Picard, *LEGAL LIABILITY OF DOCTORS AND HOSPITALS IN CANADA*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1984, c. 3 [ci-après *LEGAL LIABILITY OF DOCTORS*] ; G. Sharpe, *THE LAW AND MEDICINE IN CANADA*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1987, c. 4 ; L.E. Rozovsky et F.A. Rozovsky, *THE CANADIAN LAW OF CONSENT TO TREATMENT*, Toronto, Butterworths, 1990 ; M. Gochnauer et D.J. Fleming, *New Directions for Medical Disclosure* (1981) 15 U.B.C.L. REV. 475 ; E.I. Picard, *Consent to Medical Treatment in Canada* (1981) 19 OSGOODE HALL L.J. 140 ; S. Rogers-Magnet, *Recent Developments in the Doctrine of Informed Consent to Medical Treatment* (1981) 14 C.C.L.T. 61 ; M. Sommerville, *Structuring the Issues of Informed Consent* (1981) 26 R.D. MCGILL 740 ; G. Robertson, *Informed Consent in Canada: An Empirical Study* (1984) 22 OSGOODE HALL L.J. 139 ; B.M. Dickens, *The Doctrine of 'Informed Consent': Informed Choice in Medical Care* dans R.S. Abella et M.L. Rothman, dir., *JUSTICE BEYOND ORWELL*, Montréal, Yvon Blais, 1985 à la p. 243 ; P.H. Osborne, *Causation and the Emerging Canadian Doctrine of Informed Consent to Medical Treatment* (1985) 33 C.C.L.T. 131 ; S.M.J. Chafe, *Legal Obligation of Physicians to Disclose Information to Patients* (1991) 144 CAN. MED. ASSOC. J. 681 ; Robertson, *ibid.*

⁴ *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119 [ci-après *Ciarlariello*].

⁵ Au Québec, voir le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, Livre premier, Titre deuxième, Chapitre premier, articles 10 à 31. En Ontario, voir la nouvelle *Loi de 1992 sur le consentement au traitement*, L.O. 1992, c. 31, qui sera étudiée de façon plus exhaustive un peu plus loin dans cet article. Dans les autres provinces, il existe des lois traitant indirectement de la question. Voir la *Medical Consent Act*, R.S.N.S. 1979, c. 281.

⁶ Ces valeurs sont invoquées, à des degrés différents, pour expliquer les fondements de la règle du consentement aux actes médicaux. Voir G. Dworkin, *Autonomy and Informed Consent* dans *MAKING HEALTH CARE DECISIONS*, *supra* note 1, vol. 3 à la p. 63 ; M. Sommerville, *LE CONSENTEMENT À L'ACTE MÉDICAL*, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1980 aux pp. 3-10. En l'espèce, nous retiendrons seulement l'autodétermination comme valeur sous-jacente à toute la question du consentement dans le contexte médical.

Le droit à l'autodétermination est étroitement lié au principe de l'autonomie. Une personne autonome est maîtresse de ses actions et de ses décisions⁷. Elle peut définir ce qui est bon pour elle et orienter son agir en conséquence⁸. L'importance fondamentale de l'autonomie individuelle et de l'autodétermination est reconnue par la common law et par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁹.

En matière médicale, les tribunaux ont également prêté une attention toute spéciale au droit à l'autodétermination. « Tout être humain adulte et sain d'esprit a le droit de décider ce que doit subir son propre corps », affirmait le juge Cardozo dans un passage désormais célèbre¹⁰. Le droit à l'autodétermination implique, d'une part, la possibilité pour une personne de décider dans quelles circonstances les membres des professions médicales peuvent porter atteinte à l'intégrité physique de sa personne. D'autre part, un principe sous-jacent essentiel de l'autodétermination est le consentement, et plus encore le consentement éclairé, aux traitements ou aux examens médicaux¹¹. Enfin l'autodétermination suppose le droit de refuser n'importe

⁷ Dworkin, *ibid.* à lap. 70. L'auteur rappelle l'étymologie du mot autonomie : auto (« soi ») et nomos (« règles ou lois »). Il poursuit :

Autonomy is a second-order capacity to reflect critically upon one's first-order preferences and desires and the ability to either identify with these or to change them in light of higher-order preferences and values. By exercising such a capacity we define our nature, give meaning and coherence to our lives, and take responsibility for the kind of person we are.

⁸ C'est dans ce sens que l'on parle d'autodétermination. Voir par exemple O. Guilloid, LE CONSENTEMENT ÉCLAIRÉ DU PATIENT, Neuchâtel, Éditions Ides et Calendes, 1986 à la p. 18. Voir également MAKING HEALTH CARE DECISIONS, *supra* note 1, vol. 1 à la p. 51 et M.D. Kirby, *Informed Consent : What Does It Mean ?* (1983) 9 J. OF MEDICAL ETHICS 69 à la p. 70.

⁹ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après *Charte*]. Voir l'arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519 à la p. 554 [ci-après *Rodriguez*], où le juge en chef Lamer, dissident, écrit : « La common law, comme la Charte elle-même dans plusieurs de ses dispositions, reconnaît donc l'importance fondamentale de l'autonomie individuelle et de l'autodétermination dans notre système juridique ». J.-L. Baudouin, *Le droit de refuser d'être traité* dans R.S. Abella et M.L. Rothman, dir., *JUSTICE BEYOND ORWELL*, Montréal, Yvon Blais, 1985, 207 à la p. 209.

¹⁰ *Schloendorff c. Society of New York Hospital*, 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914). Suivi et adopté dans *Reibl*, *supra* note 2. Dans *Allan c. New Mount Sinai Hospital* (1980), 28 O.R. (2^e) 356 à la p. 364 (H.C.), le juge Linden affirmait :

Bien que les tribunaux résistent avec raison à la tentation de dire aux médecins comment faire leur travail, il est clair que notre droit exige que le patient donne son consentement avant qu'il puisse être procédé à quelque intervention chirurgicale que ce soit. Aucune intervention chirurgicale ne peut être effectuée sans le consentement, écrit ou verbal, du patient. Ce consentement n'est pas une simple formalité ; le contrôle de chaque personne sur son propre corps est un droit personnel très important, même lorsqu'il s'agit de traitement médical. C'est le patient, et non le médecin, qui décide si l'opération chirurgicale sera pratiquée, où elle sera pratiquée, quand et par qui elle le sera.

La traduction est tirée de A.M. Linden, *LA RESPONSABILITÉ CIVILE DÉLICTEUELLE*, 4^e éd., Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1988 à la p. 80.

¹¹ Depuis l'arrêt *Reibl*, *supra* note 2, l'expression « consentement éclairé » est employée uniquement dans le cadre d'une poursuite *en négligence* fondée sur l'omission du médecin d'expliquer adéquatement les risques importants, particuliers ou inhabituels de l'opération ou du

quel traitement. Que la décision paraisse ou non raisonnable dans l'optique médicale, l'équipe médicale est tenue de la respecter¹². Ce droit de refuser un traitement est également protégé par la *Charte*¹³.

La jurisprudence et les textes législatifs récents en matière du consentement aux actes médicaux font ressortir l'importance de l'autonomie individuelle et du droit à l'autodétermination. À certains égards, cela constitue un pas en avant et une clarification des principes adoptés par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Hopp c. Lepp*¹⁴ et *Reibl c. Hughes*¹⁵. Ces développements ne sont cependant pas à l'abri de sérieuses difficultés.

La problématique du consentement à l'acte médical est particulièrement complexe et entraîne parfois le choc de deux notions fondamentales¹⁶. La première, pour reprendre l'expression de la Cour suprême du Canada, est « le droit fondamental de chacun de prendre des décisions concernant son propre corps »¹⁷. La seconde est

traitement. Dans un tel cas, la patiente ne nie pas avoir donné son consentement, mais elle allègue que le consentement n'était pas éclairé, puisque les risques n'étaient pas connus. Nous reviendrons sur cette notion plus tard.

¹² Dans *Fleming c. Reid* (1991), 4 O.R. (3^e) 74 à la p. 85 (C.A.), le juge Robins écrit :
Les risques ou les conséquences graves que peut entraîner le refus d'un traitement médical ne permettent aucunement de porter atteinte au droit au libre choix en matière médicale. [...] C'est au patient, et non pas au médecin, qu'il appartient en dernière analyse de décider si un traitement — peu importe lequel — sera administré.

Ces propos ont été adoptés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ciarlariello*, *supra* note 4 à la p. 135. Voir aussi *Malette c. Shulman* (1990), 72 O.R. (2^e) 417, 67 D.L.R. (4^e) 321 (C.A.) [ci-après *Malette* avec renvois aux O.R.]. Cependant, il faut noter que ce droit à l'autodétermination n'est pas sans limites, comme en témoigne le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Rodriguez*, *supra* note 9, où la majorité a refusé à la demanderesse le droit de prendre des mesures pour mettre fin à sa vie. En droit civil, en fonction du principe de l'inviolabilité du corps humain, le droit à l'autodétermination est également limité. Voir par exemple, à ce sujet, E. Deleury, *La personne en son corps : l'éclatement du sujet* (1991) 70 R. DU B. CAN. 448 ; G. Loiseau, *Le rôle de la volonté dans le régime de protection de la personne et de son corps* (1992) 37 R.D. MCGILL 965.

¹³ « The common law right to bodily integrity and personal autonomy is so entrenched in the traditions of our law as to be ranked as fundamental and deserving of the highest order of protection. This right forms an essential part of an individual's security of the person and must be included in the liberty interests protected by s. 7. Indeed, in my view, the common law right to determine what shall be done with one's body and the constitutional right to security of the person, both of which are founded on the belief in the dignity and autonomy of each individual, can be treated as co-extensive ». Voir *Fleming c. Reid*, *ibid.* à la p. 88. Voir également M. Jackman, *The Canadian Charter as a Barrier to Unwanted Medical Treatment of Pregnant Women in the Interests of the Foetus* (1993) 14 HEALTH LAW IN CAN. 49 à la p. 54.

¹⁴ *Supra* note 2.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Guillod, *supra* note 8 à la p. 18. L'auteur suggère qu'il s'agit « d'antagonisme entre la notion subjective de liberté personnelle du patient et la notion objective [...] d'intérêt ou de bien du patient ». Voir également D. Giesen et J. Hayes, *The Patient's Right to Know—A Comparative View* (1992) 21 ANGLO-AMERICAN L.R. 101 à la p. 105 et la référence à la décision *F. c. R.* (1983), 33 S.A.S.R. 189 (F.C.). Voir aussi *Malette*, *supra* note 12 à la p. 430.

¹⁷ *Ciarlariello*, *supra* note 4 à la p. 135.

« l'engagement moral et professionnel du médecin de soigner et si possible de guérir »¹⁸. Ce devoir est fondé sur le principe moral plus large de la bienfaisance, selon lequel il convient de venir en aide à une personne dans le besoin¹⁹. C'est là un principe clé de l'éthique médicale inscrit dans le Serment d'Hyppocrate²⁰.

Étant donné le nombre incalculable d'actes médicaux posés chaque jour, il ne semble généralement pas y avoir de conflit évident entre les notions d'autonomie et d'engagement professionnel à prodiguer des soins. Les deux notions paraissent plutôt complémentaires et jouent parfois même à l'avantage des bénéficiaires de soins et du personnel professionnel de la santé.

Par contre, lorsqu'un conflit surgit entre ces deux notions, la réconciliation des intérêts des parties devient très problématique. L'arrêt *Ciarlariello c. Schacter*²¹ illustre bien le dilemme qui se pose dans de telles circonstances. Contre la toile de fond du drame humain qu'engendre la maladie grave se heurtent les enjeux professionnels des médecins aux prises avec une situation de fait inusitée. Au beau milieu d'une procédure médicale, soudainement affolée, la patiente demande l'interruption de l'intervention. Une fois remise, elle autorise les médecins à continuer. Le pire arrive. Le préjudice est grave. Les parties s'affrontent devant les tribunaux.

La résolution équitable et humaine du conflit qui oppose maintenant la patiente et le médecin représente tout un défi. Faut-il donner priorité au droit de décider de la patiente ou au jugement professionnel des médecins qui croient agir dans les meilleurs intérêts de la personne confiée à leurs soins ? Le juge de première instance et la Cour d'appel attachent beaucoup d'importance au jugement médical. En revanche, la Cour suprême du Canada statue que la notion à privilégier est le droit de décider de la patiente. Même en appliquant ce principe, la Cour, dans une décision unanime rédigée par le juge Cory, conclut que les médecins ne doivent porter aucune responsabilité dans les circonstances.

L'objet de la présente réflexion est double : premièrement la présentation de deux nouveaux développements en matière du consentement aux actes médicaux, l'un jurisprudentiel et l'autre législatif, et deuxièmement, l'analyse du conflit entre le droit de décider des bénéficiaires de soins et le devoir du personnel médical d'offrir les meilleurs soins possibles.

Le sujet est abordé en huit volets. Nous examinerons d'abord l'arrêt *Ciarlariello*, qui est la première décision de la Cour suprême du Canada sur la question du consentement à l'acte médical, du retrait du consentement et du consentement

¹⁸ Guilloid, *supra* note 8 à la p. 18.

¹⁹ *Éditorial* (1983) 9 J. OF MED. ETHICS 131. *Voir également*, R.R. Faden et T.L. Beauchamp, *A HISTORY AND THEORY OF INFORMED CONSENT*, New York, Oxford University Press, 1986 aux pp. 9-14 et D. Giesen, *INTERNATIONAL MEDICAL MALPRACTICE LAW*, London, Martinus Nijhoff, 1988 aux pp. 275-78.

²⁰ « Je dirigerai le régime des malades à leur avantage, suivant mes forces et mon jugement, et je m'abstiendrai de tout mal et de toute injustice », GRAND DICTIONNAIRE ENCYCLOPÉDIQUE LAROUSSE, t. 9, Paris, Larousse, 1985 à la p. 9513.

²¹ *Supra* note 4.

éclairé depuis la décision *Reibl*²². Nous nous efforcerons d'établir si cette décision vient confirmer, modifier ou ajouter au droit existant en matière du consentement aux actes médicaux. Après un exposé des faits et un sommaire des jugements en première instance et en appel (II), nous étudierons tour à tour le caractère volontaire du consentement (III), la question du retrait du consentement (IV), la norme de divulgation des risques en matière de consentement éclairé (V), la causalité (VI) et la notion de compréhension par les bénéficiaires de soins de tous les points pertinents pour la prise de décision (VII). Nous brosserons ensuite un tableau des plus importants développements législatifs en Ontario (VIII). Notre conclusion (IX) fera le point sur les nouveaux développements en matière de consentement à l'acte médical et évaluera l'importance de la place accordée au droit à l'autodétermination et les répercussions possibles de cette tendance²³.

II. ARRÊT *CIARLARIELLO*

A. *Les faits*

Les faits²⁴ de l'arrêt *Ciarlariello* sont exposés en détail afin de bien mettre en lumière la dynamique des rapports entre la patiente et le personnel de la santé dans l'administration d'un traitement en milieu hospitalier, dans une situation où les enjeux sont très grands : la vie ou la mort. Il semble difficile d'ignorer le vécu respectif de la patiente et des médecins lorsqu'en rétrospective le tribunal tente de décider s'il y a lieu d'imposer aux seconds l'obligation d'indemniser la première.

La demanderesse est une femme d'origine italienne, âgée de 49 ans au moment de l'incident. Elle parle surtout l'italien, mais elle comprend un peu l'anglais²⁵. Elle travaille à temps plein comme membre de l'équipe d'entretien à l'hôpital Mount Sinai de Toronto.

Le matin du 20 décembre 1980, elle se rend au travail comme d'habitude. Peu après son arrivée, elle souffre d'un mal de tête si intense qu'elle décide de se

²² La Cour suprême du Canada s'est prononcée sur la défense de consentement dans le contexte des délits intentionnels de voies de fait et d'acte de violence dans l'arrêt *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226 [ci-après *Norberg*]. Quoique le défendeur était un médecin, il ne s'agissait pas à proprement parler d'une décision sur le consentement à un acte médical. La Cour ne s'est pas prononcée sur le consentement éclairé ni sur la question du refus de traitement. Nous reviendrons sur certains des principes de l'arrêt *Norberg* un peu plus loin.

²³ Notre analyse se fera uniquement en termes d'une patiente mentalement capable de prendre une décision d'ordre médical. Nous excluons également de notre étude le consentement donné dans le contexte de la recherche clinique.

²⁴ Les faits présentés ici sont ceux acceptés par le juge de première instance qui a entendu les parties. Il est intéressant de noter que le témoignage des demanderesse, à plusieurs égards, diffère complètement de celui des médecins. Par exemple, Vera, la fille de M^{me} Ciarlariello, indique que le Dr Schacter ne lui a jamais parlé du risque de paralysie. Le juge de première instance a retenu, de façon constante, le témoignage des médecins.

²⁵ Voir la décision de la Cour suprême du Canada, *supra* note 4 à la p. 140, où le juge Cory accepte la conclusion du juge de première instance que la patiente avait une connaissance de base de l'anglais.

présenter à l'urgence de l'hôpital. Le D^r Seidman examine la patiente. Il diagnostique une hémorragie méningée de première catégorie, causée par la rupture d'un anévrisme au cerveau²⁶.

Une ponction lombaire et une tomographie axiale transverse couplée avec ordinateur confirment le diagnostic préliminaire du médecin. M^{me} Ciarlariello est hospitalisée et confiée aux soins du D^r Schacter, un neurochirurgien à l'hôpital Mount Sinai. Elle est placée dans une chambre sombre. Des sédatifs lui sont administrés afin de limiter l'exposition au stress et aux stimuli.

Le lendemain, soit le 21 décembre, le D^r Schacter rencontre la patiente brièvement. Prenant à l'écart, Vera, une des filles de M^{me} Ciarlariello, le D^r Schacter lui explique la nature de la maladie de sa mère et la procédure qu'il se propose de suivre pour la soigner.

Selon le témoignage du D^r Schacter, accepté par le juge de première instance, dans un cas d'hémorragie méningée, il faut traiter l'anévrisme par une intervention chirurgicale. Au préalable, il faut localiser l'anévrisme au moyen d'une angiographie cérébrale. Cet examen consiste à insérer un cathéter dans l'aîne de la patiente et à le diriger jusqu'à l'arc aortique, situé au-dessus du cœur. Le cathéter est manipulé systématiquement dans les artères qui doivent être étudiées. Un produit contrastant est alors injecté dans les artères qui montent au cerveau ou celles qui se dirigent vers la colonne vertébrale. La radiographie permet d'examiner les vaisseaux ainsi opacifiés et de localiser l'anévrisme. Le D^r Schacter avise Vera que l'angiographie cérébrale peut entraîner la mort ou une paralysie permanente ou temporaire. Il lui explique qu'il préfère ne pas dévoiler le risque de décès à la patiente, afin de ne pas augmenter son anxiété. Pour cette même raison, il demande à Vera de s'occuper de signer les formules de consentement au moment opportun.

Vera et le médecin retournent ensuite à la chambre de M^{me} Ciarlariello. Le D^r Schacter explique à la patiente la nature de sa maladie, la nécessité de l'angiographie et les risques possibles, quoique minimes, de paralysie. Vera est présente pendant toute cette conversation et agit comme interprète, puisque sa mère se sent plus à l'aise en italien.

Le lundi 22 décembre, M^{me} Ciarlariello est envoyée à l'hôpital Toronto General pour y subir l'angiographie. Elle est accueillie par la D^{re} Keller, une neuroradiologue expérimentée²⁷, qui a la tâche de faire l'examen demandé. Alanguie par les sédatifs,

²⁶ Un anévrisme est une condition médicale grave : la preuve au procès, qui a été acceptée par le juge de première instance, révèle que dans 40 à 50 % des cas, la victime décède dans l'espace de quelques semaines. S'il y a reprise du saignement, le taux de mortalité est de l'ordre de 67 %. Voir Ciarlariello, *supra* note 4 aux pp. 123-24. L'anévrisme est une « [t]umeur circonscrite développée dans le trajet d'une artère par dilatation des parois. Le sang y circulant y forme des caillots. » M. Garnier *et al.*, *DICIONNAIRE DES TERMES DE MÉDECINE*, 22^e éd. rev. et augmentée par J. Delamare, Paris, Maloine, 1989 à la p. 44.

²⁷ Elle est devenue médecin en 1973 et a reçu son « fellowship in diagnostic radiology » du Collège des médecins et chirurgiens en 1978. Au moment de l'incident, elle avait complété environ cinq cents angiographies. Au moment du procès, elle était chef de la Division de neuroradiologie à l'hôpital Toronto General. Ses qualifications n'ont pas été remises en question par les tribunaux. Voir le jugement de première instance (3 novembre 1987), Toronto 7448/81 et 11750/81 ; 7 A.C.W.S. (3^e) 51 (H.C. Ont.).

M^{me} Ciarlariello est relativement calme et témoigne d'une anxiété normale. En aucun temps elle n'exprime le désir de ne pas subir l'angiographie. Avant de commencer, la D^{re} Keller explique de nouveau à la patiente la procédure, les symptômes qu'elle pourrait éprouver durant le test et les risques se rattachant à ce genre d'examen, y inclus le risque de cécité permanente ou temporaire, le risque de paralysie permanente ou temporaire, le risque d'accident cérébro-vasculaire et le risque de décès à la suite d'une réaction au produit de contraste. La D^{re} Keller précise que tous ces risques sont très faibles. M^{me} Ciarlariello signe alors une formule de consentement. Malgré cela, la D^{re} Keller hésite. Lors de son témoignage, la D^{re} Keller a indiqué avoir douté de la validité du consentement de la patiente, étant donné son état amorphe et sa faible compréhension apparente de la langue anglaise. Elle a ajouté que la patiente, pour sa part, aurait volontiers subi l'angiographie immédiatement²⁸. Puisque l'incertitude persistait dans son esprit concernant le consentement donné par la patiente, la D^{re} Keller a détruit la formule de consentement déjà signée et a renvoyé M^{me} Ciarlariello à l'hôpital Mount Sinai afin que sa famille soit consultée à ce sujet.

De retour à l'hôpital Mount Sinai, un interne, le D^r Wax, rencontre M^{me} Ciarlariello et sa fille Vera. S'adressant à Vera, qui fait office d'interprète, il lui explique une fois de plus la procédure et, de façon générale, les risques s'y rattachant. D^r Wax demande à Vera de signer une formule de consentement. Celle-ci y appose sa signature en présence de sa mère. De retour à l'hôpital Toronto General, la D^{re} Keller procède à l'examen et tout se passe sans incident.

M^{me} Ciarlariello retourne à sa chambre à l'hôpital Mount Sinai. Dans les jours qui suivent, les médecins constatent que l'angiographie n'indique pas avec certitude la présence d'un anévrisme. Le D^r Schacter suggère une deuxième angiographie et fait part de sa décision à Vera. La deuxième angiographie est prévue pour le 29 décembre.

Entre-temps, soit le 26 décembre, la patiente éprouve de nouveau un violent mal de tête. Le D^r Schacter en déduit qu'il y a eu un nouveau saignement.

Le soir du 28 décembre, le D^r Rose, un interne, se présente à la chambre de M^{me} Ciarlariello pour lui faire signer une formule de consentement (pour les deux hôpitaux). Constatant que la patiente comprend mal l'anglais, il s'adresse à Vera et lui explique la procédure, et de façon générale, les risques s'y rattachant.

Vera signe les documents en présence de sa mère. Le juge de première instance accepte comme un fait que M^{me} Ciarlariello savait que sa fille signait une formule de consentement autorisant une répétition de l'angiographie.

Le 29 décembre, M^{me} Ciarlariello est envoyée à l'hôpital Toronto General pour la deuxième angiographie et est confiée aux soins du D^r Greco²⁹. Celui-ci s'entretient avec la patiente afin de lui expliquer la nature de la procédure et lui faire part de la possibilité qu'elle ressente des sensations de brûlure, une impression de lumières

²⁸ *Ibid.* aux pp. 13-14.

²⁹ *Ibid.* à la p. 14. Il devient médecin en 1976 et reçoit son « fellowship in radiology » de l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario en 1980. En 1983, il devient radiologue en chef à l'hôpital Sudbury Memorial.

clignotantes et une sensation de chaleur dans la gorge ou de pression accrue au cerveau. Il lui fait part également des risques de l'angiographie, y compris les risques liés à l'utilisation du produit contrastant, le risque de paralysie et de décès. M^{me} Ciarlariello semble comprendre et consentir au processus.

Le D^r Greco commence l'angiographie. Il explore deux artères sans incident, mais lorsqu'il entreprend l'examen de la troisième artère, M^{me} Ciarlariello se met à gémir et à crier. Sa respiration s'accélère et elle fléchit les jambes. Le D^r Greco prend immédiatement les mesures nécessaires pour protéger le cathéter et empêcher qu'il se brise dans le corps de la patiente. La D^{re} Keller, qui était dans la pièce voisine, arrive à la rescousse. Elle tente de savoir ce qui ne va pas. Quand M^{me} Ciarlariello reprend finalement son souffle, la D^{re} Keller note que la patiente a replié les bras sur sa poitrine et que ses doigts sont très rigides. Cette condition appelée tétanie ou spasme carpo-pédal, est provoquée, selon la preuve médicale, par une hyperventilation non maîtrisée³⁰. M^{me} Ciarlariello, ayant enfin repris son souffle, s'exclame : « Ça suffit ! Arrêtez le test ! »

Le cathéter est alors retiré de la cavité abdominale, mais reste inséré dans le corps de la patiente. La D^{re} Keller tente ensuite de rassurer M^{me} Ciarlariello et de la calmer. La patiente indique que sa main droite est engourdie. On constate qu'elle ne peut la bouger. Cette condition s'améliore au bout de quelques minutes. Une série de tests révèle que les fonctions motrices et sensorielles sont rentrées dans l'ordre chez la patiente, sauf pour une faiblesse de la main droite.

L'angiographie est interrompue pendant une dizaine de minutes en raison de cet incident. La D^{re} Keller s'informe auprès de M^{me} Ciarlariello de la possibilité de continuer le test. Elle lui explique qu'il reste seulement une artère à vérifier et que cela ne prendra que cinq minutes. M^{me} Ciarlariello acquiesce en disant : « Vous pouvez continuer ». La D^{re} Keller procède à l'injection finale. On enlève ensuite le cathéter, mais M^{me} Ciarlariello se plaint toujours de faiblesse à la main droite. La condition de la patiente se détériore rapidement en une tétraplégie. La preuve révèle que cette condition a été provoquée par une réaction allergique extrêmement rare au produit de contraste, qui, une fois injecté dans l'artère, s'est immiscé dans les tissus de la colonne vertébrale, causant une paralysie quasi totale³¹.

M^{me} Ciarlariello, ses filles Vera et Lena ainsi que sa mère Michelina³² intentent une action contre les D^{rs} Schacter, Wortzman et Greco, la D^{re} Keller et les hôpitaux Toronto General et Mount Sinai. La poursuite est fondée sur trois causes d'action : l'acte de violence pour avoir procédé aux angiographies sans le consentement de M^{me} Ciarlariello, la négligence pour ne pas avoir avisé la patiente des risques liés à l'intervention (question du consentement éclairé) et la négligence dans le diagnostic et dans les soins prodigués à la patiente lors de l'angiographie du 29 décembre 1980.

³⁰ Cette condition est identifiée dans le jugement de première instance, *ibid.* à la p. 14.

³¹ Cette preuve est acceptée par le juge de première instance, *ibid.* à la p. 40.

³² L'action de ces trois dernières est fondée sur la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 61.

B. Décisions des tribunaux inférieurs

Le juge Dupont, de la Haute cour de justice de l'Ontario, rejette l'action des demanderesse³³. Il examine d'abord la cause d'action fondée sur l'acte de violence. Les demanderesse présentent deux arguments à ce chapitre. Le premier est l'absence totale de consentement aux deux tests. Cet argument est rejeté par le juge. Selon lui, M^{me} Ciarlariello savait que son état de santé était grave, que l'angiographie était une étape nécessaire dans le traitement d'un anévrisme et que la signature de sa fille sur les formules de consentement permettait aux médecins de compléter les examens radiologiques. Il y a donc eu consentement de sa part.

Les demanderesse allèguent, par ailleurs, que même si M^{me} Ciarlariello avait consenti aux deux angiographies, elle avait clairement retiré ce consentement après l'épisode d'hyperventilation, sans jamais le rétablir. L'injection fatale avait donc été administrée sans son consentement. Le juge Dupont n'est pas convaincu. Selon lui, lorsque M^{me} Ciarlariello s'est écriée : « Ça suffit ! Arrêtez le test ! », le consentement avait clairement été suspendu. Par contre, les témoignages de la D^{re} Keller, du D^r Greco et de l'infirmière Anderson démontrent que M^{me} Ciarlariello a par la suite autorisé l'injection finale et la reprise de l'angiographie du 29 décembre.

Le juge Dupont se penche ensuite sur la deuxième cause d'action, soit la non-divulgence des risques de paralysie. Il s'agit ici de la question du consentement éclairé. Tel que souligné précédemment, le juge de première instance a accepté la version des faits présentée par les défendeurs et il a conclu que les risques avaient été expliqués en long et en large à M^{me} Ciarlariello et à sa fille. Selon le juge Dupont, après l'épisode d'hyperventilation, la patiente a également donné un consentement éclairé à la reprise de l'angiographie. Le juge écrit :

In agreeing to its subsequent resumption she freely reactivated her consent which, as I indicated earlier, was informed in that she was at that time fully aware of the nature and risks of the procedure. There was no need to repeat the details of the procedure to be followed nor to repeat the attendant risks before carrying out the last injection. Neither had changed appreciably from when the procedure was first initiated³⁴.

Quant à la cause d'action fondée sur la négligence professionnelle des médecins, encore une fois le juge de première instance a statué qu'aucune responsabilité ne doit être imputée aux médecins. Après une description complète de chaque étape de l'angiographie, le juge conclut, à la lumière des témoignages experts, que la D^{re} Keller et le D^r Greco ont agi conformément à la norme de conduite raisonnable en décidant de terminer l'angiographie du 29 décembre, en dépit de l'épisode d'hyperventilation, de la réaction tétanique de la patiente et de la rigidité de la main droite qui persistait.

³³ *Supra* note 27.

³⁴ *Ibid.* à la p. 19.

Malgré le décès de M^{me} Ciarlariello, un appel est interjeté de la décision du juge Dupont au nom de la succession³⁵, mais seulement en ce qui concerne la responsabilité pour acte de violence et la question du consentement éclairé. Le juge Finlayson, écrivant la décision au nom de la Cour, confirme que le juge de première instance ne s'est pas trompé en affirmant que M^{me} Ciarlariello avait consenti à la première angiographie, au début de la seconde, puis à la continuation de la seconde angiographie, et en déclarant que dans les deux premiers cas, ce consentement était éclairé. Cependant, il examine plus longuement le comportement des parties après l'épisode d'hyperventilation.

Selon le juge Finlayson, la question qui se pose est la suivante :

[traduction] Le retrait du consentement de la patiente nécessitait-il que son acquiescement à la reprise du procédé soit assujéti à la même norme juridique que celle qui s'applique au consentement donné préalablement à un acte médical, ou bien la décision de continuer à la suite de l'hyperventilation relevait-elle du jugement professionnel des médecins qui appliquaient le procédé ?³⁶

En réponse à cette question, la Cour d'appel indique que le juge de première instance n'a pas fait erreur en concluant que le consentement de M^{me} Ciarlariello était éclairé. En effet, selon la Cour, il aurait été irresponsable de présenter à la patiente une liste de tous les risques prévisibles, puisqu'elle avait de la difficulté à comprendre l'anglais, qu'il était important de la garder aussi calme que possible et qu'elle était déjà anxieuse. Rien d'utile ne pouvait être accompli en lui répétant les risques qu'elle connaissait déjà. En effet, les risques de la procédure lui avaient été exposés à plusieurs reprises et ces risques n'avaient pas changé malgré l'épisode d'hyperventilation. Dans une telle situation, le juge Finlayson est d'avis que « legal precision must give way to medical judgment ». La décision de terminer l'angiographie n'était plus une question de consentement, mais une question de jugement médical. Or, le juge de première instance n'a pas fait erreur en concluant que les médecins ont agi en conformité avec la norme de conduite raisonnable.

Les demanderesse interjettent alors appel de cette décision à la Cour suprême du Canada. Le litige se limite cette fois aux événements reliés à la seconde angiographie, c'est-à-dire celle du 29 décembre, et au comportement des parties après l'épisode d'hyperventilation.

III. LE CARACTÈRE VOLONTAIRE DU CONSENTEMENT

La Cour suprême du Canada doit décider, premièrement, si la D^{re} Keller et le D^r Greco³⁷ peuvent être tenus responsables du délit d'acte de violence³⁸ pour avoir

³⁵ *Ciarlariello Estate c. Schacter* (1991), 76 D.L.R. (4^e) 449 (C.A. Ont.).

³⁶ *Ibid.* à la p. 455.

³⁷ Ils sont les seuls intimés devant la Cour.

³⁸ La Cour suprême du Canada utilise l'expression « voies de fait ». Nous préférons l'expression plus précise d'acte de violence, puisque traditionnellement l'expression voies de fait

administré la dernière injection du produit de contraste à M^{me} Ciarlariello, après le retrait du consentement.

A. La responsabilité pour acte de violence

Un acte de violence consiste « à recourir délibérément à une force illégale contre une autre personne »³⁹. Dès qu'un professionnel ou une professionnelle de la santé touche une personne se soumettant à ses soins, il y a techniquement acte de violence. Par contre, le consentement exprès ou implicite de la patiente ou du patient à ce toucher est opposable comme moyen de défense à l'acte de violence⁴⁰.

Ce consentement ne sera cependant valide que dans certaines conditions : le consentement doit être véritable ou donné volontairement, en l'absence de contrainte, de tromperie, d'explication inexacte de l'opération ou du traitement ; le patient ou la patiente doit avoir la capacité légale de donner son consentement ; l'opération ou le traitement ne doit pas aller au-delà de ce à quoi la personne a consenti⁴¹. De plus, l'inégalité du rapport de force entre les parties, accompagné d'une forme d'exploitation par la partie dominante, peut vicier le consentement de la partie la plus faible et le rendre sans effet en droit⁴².

En outre, la jurisprudence établit clairement que dans une situation d'urgence, le médecin peut accorder des soins et même faire une intervention chirurgicale sans le consentement de la patiente⁴³.

est utilisée pour décrire les instances où il y a *appréhension* d'un contact traumatique et offensant avec la personne d'autrui. Voir Linden, *supra* note 10 aux pp. 50-56. Il faut noter, toutefois, que dans l'affaire *Bettel c. Yim* (1978), 20 O.R. (2^e) 617, 88 D.L.R. (3^e) 543 (C. de cté), le juge indique qu'au Canada, la distinction entre les deux délits tend à s'estomper.

³⁹ Norberg, *supra* note 22 à la p. 246. Voir aussi *Reibl*, *supra* note 2 à la p. 890, où le juge en chef Laskin indique qu'un acte de violence est « une atteinte injustifiée et non autorisée à la sécurité physique d'une personne ».

⁴⁰ Norberg, *ibid.* Voir aussi *Allan c. New Mount Sinai Hospital*, *supra* note 10.

⁴¹ Norberg, *ibid.* à la p. 246 ; *Reibl*, *supra* note 2 à la p. 891 ; LEGAL LIABILITY OF DOCTORS, *supra* note 3 aux pp. 53-67 ; Rozovsky, *supra* note 3 aux pp. 2-3. Le consentement doit également être éclairé, mais depuis l'arrêt *Reibl*, lorsque le patient ou la patiente allègue que son consentement n'est pas valide parce que les risques rattachés à l'intervention n'ont pas été divulgués, la cause d'action appropriée n'est pas l'acte de violence mais la négligence. Nous y reviendrons plus loin.

⁴² Norberg, *ibid.* à la p. 261, M. le juge La Forest.

⁴³ Voir *Malette*, *supra* note 12 à la p. 425 où le juge Robins adopte les propos de W.P. Keeton, PROSSER AND KEETON ON THE LAW OF TORTS, 5^e éd., St. Paul (Minn.), West Publishing Co., 1984 aux pp. 117-18 et affirme : « There are several requirements : (a) the patient must be unconscious or without capacity to make a decision, while no one legally authorized to act as agent for the patient is available; (b) time must be of the essence, in the sense that it must reasonably appear that delay until such time as an effective consent could be obtained would subject the patient to a risk of a serious bodily injury or death which prompt action would avoid; and (c) under the circumstances, a reasonable person would consent, and the probabilities are that the patient, would consent ». Étant donné ces exigences, il est évident que dans l'arrêt *Ciarlariello*, il ne s'agissait pas d'une situation d'urgence.

Y a-t-il eu consentement en l'espèce ? Pour la Cour, il est clair que M^{me} Ciarlariello a consenti à la continuation de l'angiographie et à la dernière injection. Il n'y avait aucune preuve de fraude ou de déclaration inexacte de la part des médecins. Le test effectué était exactement celui qui avait été expliqué à la patiente et il était en tous points identique à celui qu'elle avait subi quelques jours auparavant. Ainsi, la décision du tribunal de première instance repose sur un fondement factuel solide qui justifie la conclusion qu'il n'y avait eu aucun acte de violence de la part des médecins à l'égard de la patiente.

En examinant les faits ainsi que les paroles de la patiente à la suite de l'épisode d'hyperventilation, il semble de prime abord logique que la Cour suprême du Canada ait confirmé cette conclusion. La patiente a clairement indiqué : « Continuez ». N'est-ce la preuve que la patiente a donné un consentement exprès ? Néanmoins, un doute subsiste, selon nous. Nous aurions souhaité voir la Cour suprême du Canada se pencher plus longuement sur cette question⁴⁴.

B. La nature de la contrainte

Nous avons mentionné plus haut qu'un consentement donné sous l'effet de la contrainte est invalide en droit. Selon nous, il est difficile de nier qu'il existait en l'espèce plusieurs formes de contrainte⁴⁵. Évidemment, il ne s'agissait pas de contrainte physique, ni de menaces explicites de la part des médecins. Par contre, les médecins demandaient à M^{me} Ciarlariello de donner son consentement à une procédure traumatisante, dix minutes seulement après avoir vécu un épisode d'anxiété extrême qui avait entraîné la tétanie, au moment où elle était étendue sur une table d'examen, entourée de personnel médical, avec, rappelons-le, un cathéter inséré dans l'aîne !

Quelle est la nature de la contrainte le cas échéant ? La première forme de contrainte provient de l'état de santé de la patiente. La nature même de la maladie et la nécessité de se soumettre à un traitement dans l'espoir de guérir font obstacle au choix libre et réfléchi de la patiente⁴⁶. Une personne gravement malade est désavantagée d'emblée quand il s'agit de prendre une décision. Les fonctions cognitives nécessaires à un choix judicieux, c'est-à-dire l'assimilation de l'information, la concentration et la capacité de faire abstraction des distractions,

⁴⁴ La Cour suprême du Canada ne s'est probablement pas sentie obligée d'explorer la question du caractère volontaire du consentement de M^{me} Ciarlariello puisque les appelantes n'avaient soulevé ce thème qu'indirectement. Leur argument n'était pas fondé sur la contrainte, mais sur le fait que le traitement était allé au-delà du traitement auquel la patiente avait consenti. Cet argument n'a pas été retenu par la Cour suprême du Canada.

⁴⁵ Nous désirons employer ce terme dans son sens large pour le moment. Le terme « contrainte » désigne donc toute forme d'influence exercée sur le libre choix d'un patient ou d'une patiente. Ces influences peuvent aller de la coercition à la persuasion, en passant par la manipulation. Ces notions développées par Faden et Beauchamp, *supra* note 19, feront l'objet de discussion un peu plus loin dans cet article.

⁴⁶ MAKING HEALTH CARE DECISIONS, *supra* note 1, vol. 1 à la p. 63. Voir Somerville, *supra* note 6 aux pp. 53-58 ; Guilloid, *supra* note 8 aux pp. 113-17 et les études citées par ces deux auteurs.

sont souvent affaiblies par la maladie⁴⁷. De plus, la douleur, surtout si elle est intense, peut forcer l'option pour un traitement quelconque, sans que la patiente en ait vraiment compris tous les risques et les effets⁴⁸.

Une deuxième forme de contrainte réside dans la nature intrinsèquement coercitive du milieu hospitalier. Une patiente peut facilement s'y sentir insécurisée et vulnérable⁴⁹. Le seul fait de ne pas être « dans une situation normale est en soi un élément de coercition et peut rendre coercitifs d'autres éléments qui normalement ne le seraient pas »⁵⁰.

Le troisième type de contrainte est lié à la présence même des médecins et aux pressions subtiles que ces professionnels exercent sur un patient ou une patiente⁵¹. Il est maintenant bien établi dans la jurisprudence canadienne que la relation entre les médecins ou autres spécialistes de la santé et les bénéficiaires de soins donne lieu à une inégalité du rapport de force⁵².

⁴⁷ Faden et Beauchamp, *supra* note 19 à la p. 325. Voir également F. Carnerie, *Crisis and Informed Consent : Analysis of a Law-Medicine Malocclusion* (1987) 12 AM. J. LAW & MED. 55 à la p. 59.

⁴⁸ *Ibid.* à la p. 326.

⁴⁹ Rozovsky, *supra* note 3 aux pp. 15-16. Les auteurs affirment, par exemple :

Care-givers often forget that the atmosphere of health care institutions can be intimidating. Despite valiant efforts to humanize health care facilities, hospitals [...] are often perceived as depersonalizing institutions. As such, patients [...] may feel that they should not 'rock the boat' for fear of reprisal or lack of attention. Patients [...] sit back like bystanders at a football game, observing nurses, doctors, and others hurrying about in an endless parade.

Voir également, LEGAL LIABILITY OF DOCTORS, *supra* note 3 à la p. 55, où l'auteure affirme « [...] the setting and the immediacy of the medical procedure militate against a patient being able to make a free or voluntary decision ».

⁵⁰ Sommerville, *supra* note 6 à la p. 56. Dans l'affaire *Ferguson c. Hamilton Civic Hospitals* (1983), 40 O.R. (2^e) 577 à la p. 599 (H.C.), le juge Krever fait siens les propos d'un des témoins experts qui affirmait : « Well, would you like to be whisked off from your floor into a cavernous dungeon, not knowing what was going to happen to you, to be confronted in strange, metallic surroundings and suddenly be told that you're going to have a needle stuck into your femoral artery and what about it ? »

⁵¹ W.C. Thompson, *Psychological Issues in Informed Consent* dans MAKING HEALTH CARE DECISIONS, *supra* note 1, vol. 3 à la p. 82 ; Guillod, *supra* note 8 à la p. 111. Voir également C.W. Lidz et A. Meisel, *Informed Consent and the Structure of Medical Care* dans MAKING HEALTH CARE DECISIONS, *supra* note 1, vol. 2 à la p. 317 pour un compte rendu d'une étude extrêmement intéressante sur le processus décisionnel des patients et patientes et l'influence du milieu hospitalier et du personnel médical.

⁵² Voir Norberg, *supra* note 22 à la p. 258, M. le juge La Forest. Ce dernier cite le FINAL REPORT OF THE TASK FORCE ON SEXUAL ABUSE OF PATIENTS, rédigé par un groupe de travail mandaté par l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario (25 novembre 1991) (présidente : M. McPhedran) à la p. 11, où il est écrit : « un patient demande l'aide d'un médecin lorsqu'il est vulnérable, c'est-à-dire lorsqu'il est malade, lorsqu'il est dans le besoin, lorsqu'il n'est pas sûr de ce qui doit être fait ». Les juges McLaughlin et L'Heureux-Dubé ont, de leur côté, affirmé que la relation entre l'équipe médicale et les bénéficiaires de soins appartient à une « catégorie particulière de rapports que la loi qualifie de fiduciaires ». Voir à la p. 271 du jugement. Voir également Sommerville, *supra* note 6 à la p. 53 : « C'est dans le cas où la partie la plus influente

Étant donné cette inégalité et le sentiment de vulnérabilité qui accompagne une maladie grave, la personne souffrante est souvent particulièrement sensible aux suggestions de son médecin. L'expertise médicale et le prestige dont jouissent les médecins dans la société sont des incitateurs pour la personne qui craint de déplaire et de se voir refuser par la suite certains soins⁵³.

Reprenons le cas de M^{me} Ciarlariello. Entourée de deux médecins qui proposent de lui faire la dernière injection, elle peut se croire obligée d'accéder à leur demande afin de leur permettre de terminer la procédure le plus tôt possible. Elle peut même se culpabiliser de prendre le temps précieux de gens si affairés et se sentir mal à l'aise d'attendre avant de se prononcer. Dans un tel contexte, il n'est pas impensable que la motivation réelle de la patiente ait été de rendre la décision qui puisse lui assurer par la suite de bons soins et l'attention que requiert son état de santé.

C. Les critères fondant la responsabilité

Au point de départ, nous suggérons qu'il y a, en l'espèce, plusieurs formes apparentes de contrainte et qu'il y a lieu de douter de la nature véritable du consentement donné par la patiente. D'un point de vue éthique, le consentement donné dans de telles circonstances serait vicié et insuffisant pour conférer l'autorisation de procéder à un acte médical, puisqu'il ne respecte ni les désirs ni la dignité de la patiente⁵⁴. Par contre, du point de vue juridique, la question est plus complexe. Doit-on tenir les médecins responsables du délit d'acte de violence dans de telles circonstances ?

1. Une question de jugement médical ?

Le juge de première instance s'était prononcé en la matière et la Cour d'appel a souscrit à son point de vue :

Sans aucun doute, lorsqu'un patient se trouve allongé sur une table d'opération, en train de subir un procédé chirurgical, ce n'est pas le moment le plus propice de lui demander son consentement à la continuation de ce procédé. Les médecins devraient évidemment

croit qu'elle agit à l'avantage de l'autre que la liberté de choix est la plus menacée. En effet, les éléments coercitifs sont alors très subtils et très difficiles à repérer ».

⁵³ Voir Lidz et Meisel, *supra* note 51 à la p. 392. En conclusion de leur étude sur la participation des patients et patientes au processus décisionnel en milieu hospitalier, ces auteurs déclarent :

The patient's ordinary role, in practice, was to acquiesce in the doctor's recommendation. Patients played a more active role when the doctor presented alternatives without placing any preference on them. Sometimes patients objected to a recommendation ; occasionally they vetoed it. But on the balance the typical patient role was one of passive acquiescence.

Voir également M.M. Shultz, *From Informed Consent to Patient Choice : A New Protected Interest* (1985) 95 YALE L.J. 219 à la p. 221.

⁵⁴ MAKING HEALTH CARE DECISIONS, *supra* note 1, vol. 1 à la p. 63.

éviter d'obtenir des consentements dans de telles circonstances. Il est difficile, toutefois, de décider d'avance ce qu'il convient de faire quand ce cas se présente. Je suis certain que la décision de continuer ou d'interrompre le test est en réalité une question de jugement professionnel. [Les intimés] se sont vus contraints de prendre une décision sur-le-champ. Selon leur témoignage à ce sujet, ayant soupesé les risques inhérents à l'interruption du procédé et ceux que présentait la continuation, ils ont décidé de continuer. Ils ne voulaient pas courir le risque d'une seconde, et peut-être mortelle, reprise du saignement ; ils ne voulaient pas non plus faire subir à M^{me} Ciarlariello une troisième angiographie vu qu'il était possible de l'éviter en menant à terme la deuxième⁵⁵. [Nous avons souligné]

À l'instar de la Cour suprême, nous croyons que les juges des tribunaux inférieurs se sont écartés du principe énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Reibl*⁵⁶. Il ne s'agit pas en l'espèce d'une question de jugement médical, mais plutôt du droit de décider et du droit à l'autodétermination de la patiente. C'était à M^{me} Ciarlariello de choisir ou non de continuer la procédure et pas à la D^{re} Keller ou au D^r Greco. D'ailleurs, la Cour suprême du Canada s'exprime très clairement à cet égard :

Leur [les tribunaux inférieurs] point de vue représente en fait un retour à la norme du jugement professionnel expressément désapprouvée dans l'arrêt *Reibl c. Hughes* [...]. Y donner effet permettrait aux médecins de porter atteinte à l'intégrité de la personne d'un patient si, du point de vue médical, ils estiment préférable de passer outre aux objections de ce dernier et à son opposition expresse à la continuation du procédé. Dans l'optique de la médecine, cela se ferait sans doute au mieux des intérêts du patient, mais une telle conduite n'en demeure pas moins inadmissible⁵⁷.

Cette notion de jugement médical nous ramène nécessairement au conflit entre le droit à l'autodétermination des bénéficiaires de soins et le désir de guérir des médecins. La Cour suprême du Canada est explicite : le droit à l'autodétermination est souverain.

Il faut noter que rien dans la preuve ne suggère que les médecins de M^{me} Ciarlariello avaient en tête un intérêt autre que celui de la patiente. Ces professionnels étaient fermement convaincus qu'il était plus logique de continuer l'angiographie. Par contre, leur intérêt ne doit pas l'emporter sur celui de la patiente.

⁵⁵ *Supra* note 27 à la p. 19, M. le juge Dupont ; repris par la Cour d'appel, *supra* note 35 à la p. 455. Le passage est traduit en français dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada. Il est important de noter que le juge de première instance a fait ses remarques dans le contexte de l'étude du consentement éclairé. Par ailleurs, le langage utilisé renvoie non pas à la question de la divulgation des risques, mais plutôt à l'existence même du consentement au traitement. Nous avons donc choisi d'aborder la question du jugement médical dans le contexte de l'acte de violence. Cela sera également pertinent lors de la discussion sur le consentement éclairé. Dans ce dernier contexte, l'argument est le suivant : aussitôt l'angiographie commencée, la décision de divulguer ou de ne pas divulguer les risques devient une question de jugement médical.

⁵⁶ *Supra* note 2.

⁵⁷ *Supra* note 4 à la p. 138.

Comment donc assurer à l'individu bénéficiaire de soins médicaux l'option finale et l'exercice du droit à l'autodétermination, malgré des contraintes comparables à celles identifiées plus haut ? Le fait qu'il y ait des contraintes suffit-il en soi à annuler le consentement à l'acte médical et à imposer aux médecins qui agissent sur la foi d'un consentement vicié une responsabilité pour acte de violence ?

2. Les formes de contrainte et la responsabilité médicale

Pour répondre à cette question, étudions de plus près les formes de contrainte identifiées plus haut.

a) La condition de la patiente

Nous avons d'abord mentionné la contrainte créée par la maladie de la patiente. « There is a meaningful distinction between choices coerced by nature and choices coerced by man »⁵⁸. Même si l'on accepte que la maladie diminue chez l'individu le libre exercice de la volonté, il n'y a pas pour autant vice de consentement au plan juridique. Prétendre le contraire équivaudrait à dire que tout consentement donné en milieu hospitalier est invalide. Il s'ensuit qu'aucune responsabilité délictuelle ne peut être imposée aux médecins pour ce genre de contrainte.

Une dimension de la maladie à retenir est l'administration de médicaments ou de sédatifs en milieu hospitalier. Les tribunaux canadiens ont examiné cette question à quelques reprises. Dans l'arrêt *Beausoleil c. La communauté des Sœurs de la Charité de la Providence*⁵⁹, une jeune femme indique clairement à l'anesthésiste qu'elle ne veut pas d'anesthésie péridurale, mais plutôt une anesthésie générale. Malgré cela, trente minutes avant l'intervention chirurgicale, l'anesthésiste tente de convaincre la patiente de changer d'idée. Celle-ci cède d'un ton résigné, alors qu'elle est déjà sous l'effet de médicaments. La paralysie qui s'ensuit est attribuée à l'anesthésie péridurale. Le tribunal statue que le consentement obtenu dans de telles circonstances n'est pas valide. Deux facteurs rendent le consentement invalide : la pression exercée par les médecins pour convaincre la jeune femme de changer d'idée et le fait que la patiente était sous l'effet de sédatifs qui pouvaient l'empêcher de manifester son consentement. Dans l'affaire *Kelly c. Hazlett*⁶⁰, la demanderesse consulte un orthopédiste pour corriger une déformation au coude. Le médecin propose de remédier à ce malaise au moyen d'une transplantation de nerf, et la patiente consent à ce traitement. Toutefois, immédiatement avant l'intervention chirurgicale, alors qu'elle est sous l'effet de sédatifs, la patiente exige une autre forme de traitement. Le médecin se conforme à sa demande, mais la procédure n'aboutit malheureusement pas aux résultats souhaités. Saisie de la question de la

⁵⁸ H. Shapiro, DRAWING THE LINE ON VOLUNTARY CONSENT, Rapport au 6^e Congrès mondial de droit médical, t. 1, Gent, 1982 à la p. 258.

⁵⁹ (1964), 53 D.L.R. (2^e) 65 (C.A. Qué.).

⁶⁰ (1976), 15 O.R. (2^e) 290, 75 D.L.R. (3^e) 536, 1 C.C.L.T. 1 (H.C.).

validité du consentement au second traitement donné par la patiente, la cour se dit préoccupée par le fait que celle-ci était sous l'effet de sédatifs lorsqu'elle a donné des directives au médecin.

I do not think that it could be suggested otherwise than that the giving of a consent under such circumstances, at the very least, leaves the validity of the consent open to question [...] and that it would be incumbent on the defendant to prove affirmatively that the effect of the sedation probably did not adversely affect the patient's understanding of the basic nature of the contemplated operation⁶¹.

D'autres décisions canadiennes corroborent ce point de vue⁶². Il en ressort que le tribunal peut conclure que le consentement donné sous l'effet de sédatifs n'est pas volontaire si les médicaments ou les sédatifs empêchent la personne qui consent de comprendre la nature fondamentale du traitement proposé.

Dans l'arrêt *Ciarlariello*, cependant, la Cour suprême du Canada a spécifiquement indiqué qu'il n'y avait aucune preuve que les médicaments ou la condition modifiée de M^{me} Ciarlariello l'avaient empêchée de donner son consentement à la continuation de l'angiographie⁶³. En l'espèce, la maladie ne constitue pas une forme de contrainte qui permette de tenir les médecins responsables.

b) *Le milieu hospitalier*

La même conclusion s'impose en ce qui a trait à la contrainte créée par le caractère coercitif du milieu hospitalier. Dans ce dernier cas, par contre, sans imposer une responsabilité délictuelle aux médecins, il convient de les encourager fortement à prendre toutes les mesures nécessaires afin de s'assurer que le patient ou la patiente donne son consentement dans les circonstances les plus neutres possibles⁶⁴. Dans l'affaire *Ferguson c. Hamilton Civic Hospital*⁶⁵, le demandeur devient quadriplégique à la suite d'une angiographie. Il allègue, entre autres, que la fausse représentation quant à la nature du traitement entraîne l'invalidité de son consentement au traitement. Tout en concluant au caractère volontaire du consentement, le juge Krever fait les remarques suivantes concernant le moment de l'obtention du consentement : « Surely a patient is entitled to have enough time and an environment to enable him or her carefully to consider his or her position »⁶⁶.

Revenant à l'arrêt *Ciarlariello*, il aurait sûrement été possible de donner un peu plus de temps à la patiente pour prendre sa décision. L'épisode d'hyperventilation n'était survenu que dix minutes plus tôt. Sans suggérer que le manque de temps est

⁶¹ *Ibid.* à la p. 563.

⁶² Voir également *Allan c. New Mount Sinai Hospital*, *supra* note 10 ; *Ferguson c. Hamilton Civic Hospitals*, *supra* note 50.

⁶³ *Supra* note 4 à la p. 139.

⁶⁴ Voir *Sommerville*, *supra* note 6 à la p. 54.

⁶⁵ *Supra* note 50.

⁶⁶ *Ibid.* à la p. 609.

suffisant en soi pour annuler le consentement apparent de la patiente, il est possible d'affirmer que les médecins doivent laisser à la personne le temps de considérer ses choix avant de donner son consentement.

c) *La relation entre le personnel médical et les bénéficiaires de soins*

En ce qui a trait à la contrainte créée par la présence du personnel médical, certains paramètres sont déjà en place. Premièrement, les professionnels de la santé ne peuvent utiliser la force physique pour obliger un individu à consentir à un acte médical quelconque⁶⁷. Cela se produit d'ailleurs rarement⁶⁸. Deuxièmement, la relation entre le personnel médical et les bénéficiaires de soins est maintenant beaucoup mieux définie. Dans l'arrêt *Norberg*⁶⁹, le juge La Forest⁷⁰ déclare que cette relation est caractérisée par un rapport inégal de force⁷¹ qui peut entraîner l'annulation du consentement lorsqu'il y a exploitation de la partie la plus faible par la partie dominante. Par ailleurs, la juge McLachlin qualifie cette relation de fiduciaire, puisqu'elle repose sur « la confiance d'une personne, ayant des pouvoirs restreints, qu'une autre personne, investie de pouvoirs et de responsabilités plus grands, exercera ce pouvoir pour son bien et uniquement pour son bien et agira au mieux de ses intérêts »⁷².

Considérons l'arrêt *Ciarlariello* à la lumière de ces deux principes. Indubitablement, il faut conclure à l'absence d'exploitation de la part des médecins. Si l'on retient plutôt le caractère fiduciaire de la relation entre les médecins et la patiente, il ressort en l'espèce que les médecins ont agi, selon leur perception, dans les intérêts de la patiente.

Que faire, par contre, lorsque les pressions exercées par les médecins sont plus subtiles ? « Il est difficile de distinguer exactement les pressions psychologiques internes qui influencent inévitablement le consentement, de ce qui constitue juridiquement une contrainte extérieure »⁷³. La jurisprudence n'étant pas tellement utile en l'occurrence⁷⁴, il convient de développer une formule qui protège le droit à

⁶⁷ En effet, dans un tel cas, il n'y a tout simplement pas de consentement.

⁶⁸ MAKING HEALTH CARE DECISIONS, *supra* note 1, vol. 1 aux pp. 63-64.

⁶⁹ *Supra* note 22. Dans cet arrêt, une jeune toxicomane avait consenti à des relations sexuelles avec son médecin, en échange de médicaments dont elle dépendait.

⁷⁰ Six juges ont rendu un jugement dans cet arrêt. Le juge La Forest, au nom des juges Gonthier et Cory, fonde son jugement sur l'absence d'un consentement valide à l'agression sexuelle ; les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé fondent leur jugement sur le manquement à l'obligation fiduciaire ; et le juge Sopinka s'appuie sur le manquement à l'obligation professionnelle du médecin.

⁷¹ Voir ci-dessus à la p. 12 et le texte qui accompagne la note 52.

⁷² *Supra* note 22 à la p. 272.

⁷³ Sommerville, *supra* note 6 à la p. 53. Voir aussi Rozovsky, *supra* note 3 à la p. 16.

⁷⁴ La décision *Latter c. Braddell* (1881), 50 L.J.Q.B. 448, 44 L.T. 369 (C.A.) mérite à peine d'être mentionnée, puisque le résultat de cet arrêt serait différent aujourd'hui. Voir LEGAL LIABILITY OF DOCTORS, *supra* note 3 à la p. 53, note 82. Dans cette affaire, une jeune domestique, en protestant et en pleurant, accepte de se dévêtir pour subir un examen médical que sa patronne, la croyant enceinte, lui impose. Le tribunal déclare que le consentement de la demanderesse est

l'autodétermination, tout en étant juste et pratique pour les médecins et les autres spécialistes de la santé.

L'auteur Guilloid suggère une façon utile d'aborder la question.

Le critère décisif pour déterminer le genre d'informations admissible réside à mon sens dans la connexité avec l'intérêt thérapeutique du patient. Ainsi, le médecin peut employer dans ses tentatives de persuasion tous arguments reflétant une vérité médicale et relevant de l'état de santé du malade et de son évolution prévisible. En revanche, si le médecin mêlait à ces renseignements thérapeutiques des éléments étrangers au traitement (d'ordre moral, économique, social ou politique par exemple), le consentement du patient deviendrait vite sujet à caution⁷⁵.

Ce critère est-il suffisant pour permettre aux tribunaux de distinguer entre le comportement qui invalide le consentement à l'acte médical du comportement qui est acceptable en droit ? Que faire, par exemple, lorsque le médecin limite ses propos à l'état de santé du patient ou de la patiente, mais par son ton de voix traduit clairement son intention de continuer la procédure ?⁷⁶ Dans l'arrêt *Ciarlariello*, la preuve ne démontre pas que les médecins ont tenté avec insistance d'influencer la décision de la patiente. La D^{re} Keller a simplement mentionné qu'il restait une seule artère à vérifier et que l'examen ne prendrait que cinq minutes. De tels propos de la part d'un médecin constituent certainement un argument « relevant de l'état de santé du malade ». Mais, si en raison du ton de voix ou de l'attitude du médecin le patient ou la patiente se sent obligée de l'écouter, un élément de contrainte n'est-il pas alors présent ?

Nous avons défini la notion de contrainte de façon assez large, c'est-à-dire comme toute forme d'influence sur le libre choix d'un patient ou d'une patiente⁷⁷. Les auteurs Faden et Beauchamp suggèrent qu'il existe trois formes d'influence : la coercition, la manipulation et la persuasion⁷⁸. Il y a coercition lorsque le médecin tente, intentionnellement, de convaincre son patient ou sa patiente de faire quelque chose au moyen de menaces de représailles si sévères que toutes résistance devient impensable⁷⁹. Cette forme de contrôle par le médecin empêche le libre choix et entrave presque toujours le droit à l'autodétermination. Dans de telles circonstances, le consentement du patient ou de la patiente est nul et sans effet et le médecin peut être tenu responsable d'un acte de violence⁸⁰.

valable, puisqu'il a été donné en l'absence de violence, de menaces et de preuve de pressions économiques.

⁷⁵ Guilloid, *supra* note 8 à la p. 111. L'auteur précise que le simple fait d'avertir un patient ou une patiente que sa décision pourrait avoir des effets dommageables à sa santé ne constitue pas, en principe, de la coercition.

⁷⁶ MAKING HEALTH CARE DECISIONS, *supra* note 1, vol. 1 à la p. 67.

⁷⁷ *Supra* note 45.

⁷⁸ *Supra* note 19 à la p. 258.

⁷⁹ *Ibid.* à la p. 261.

⁸⁰ Guilloid, *supra* note 8 à la p. 110. Il est bien établi que la coercition peut annuler le consentement à un acte de violence dans le contexte non médical. Voir L. Klar, TORT LAW, Toronto, Carswell, 1991 à la p. 85.

La deuxième forme d'influence est la manipulation, c'est-à-dire la présentation de faits de façon à ne pas laisser de choix réel au patient ou à la patiente. Une forme possible de manipulation est l'exposé sélectif de l'information et l'omission de certains éléments relatifs au traitement proposé : le patient ou la patiente doit alors exercer son choix dans un contexte partiellement défini, donc limité. La manipulation peut aussi se faire au niveau des choix et des options. En ne présentant que certaines options de traitement, le médecin peut orienter le choix du patient ou de la patiente. Les auteurs Faden et Beauchamp conçoivent la manipulation comme un continuum variant d'une forme de contrôle total du patient ou de la patiente par les médecins (une manipulation très semblable à la coercition) à une absence de contrôle (une manipulation davantage de l'ordre de la persuasion)⁸¹. Plus la manipulation se rapproche de la coercition, plus elle est répréhensible et plus elle peut annuler le consentement. Ce genre de comportement fait obstacle au choix véritable, exercé volontairement par le patient ou la patiente, et invalide le consentement⁸².

Le résultat n'est pas le même si l'influence exercée par le médecin est plutôt de l'ordre de la persuasion. On définit cette forme d'influence comme étant toute tentative de convaincre une personne, en faisant appel à la raison, d'accepter librement comme siennes les croyances, les attitudes, les valeurs, les intentions ou les actions prônées par la personne qui cherche à la persuader⁸³. Les auteurs Faden et Beauchamp apportent deux précisions à cette définition : les raisons présentées doivent être hors du contrôle du médecin qui persuade⁸⁴ et celui-ci doit les croire véridiques⁸⁵. Pour ces auteurs, la persuasion par le médecin n'a pas pour effet de rendre le consentement invalide en droit.

Il faut concéder que les distinctions proposées quant aux trois formes d'influence sont difficiles à faire, aussi bien en théorie qu'en pratique⁸⁶. Il est néanmoins possible de tirer certaines conclusions. Le droit reconnaît que le consentement obtenu par la coercition n'est pas valable⁸⁷. De plus, si la manipulation est importante, elle pourra probablement invalider le consentement en raison de son rapprochement avec la coercition. Par ailleurs, en l'absence d'une plus grande intervention des tribunaux dans la relation médecin-patient, il sera difficile de prévenir les formes plus subtiles

⁸¹ *Supra* note 19 à la p. 259.

⁸² MAKING HEALTH CARE DECISIONS, *supra* note 1, vol. 1 aux pp. 66-67. Les auteurs ajoutent : Manipulation has more or less extreme forms. [...] Of particular concern in health care contexts is the withholding or distortion of information in order to affect the patient's beliefs and decisions. The patient might not be told about alternatives to the recommended course of action, for example, or the risks or other negative characteristics of the recommended treatment might be minimized.

⁸³ Faden et Beauchamp, *supra* note 19 à la p. 347.

⁸⁴ *Ibid.* à la p. 349.

⁸⁵ *Ibid.* à la p. 348.

⁸⁶ MAKING HEALTH CARE DECISIONS, *supra* note 1, vol. 1 aux pp. 67-68. Voir également J.F. Mertz et B. Fischhoff, *Informed Consent Does Not Mean Rational Consent* (1990) 11 J. OF LEGAL MEDICINE 321 à la p. 343.

⁸⁷ D'ailleurs, les quelques décisions en matière de contrainte comme facteur annulant le consentement au délit intentionnel d'acte de violence, définissent la contrainte dans le sens de coercition. Voir Klar, *supra* note 80.

de manipulation⁸⁸. L'obligation de ne pas manipuler le patient ou la patiente afin d'obtenir une décision dans le sens désiré pourrait devenir une règle du code d'éthique professionnelle dans le domaine de la santé. Par ailleurs, la persuasion pourrait continuer à être tolérée comme une forme légitime d'influence.

Revenons à l'arrêt *Ciarlariello*. Les faits révèlent l'absence de coercition de la part des médecins. Par contre, qu'en est-il de la manipulation ? Nous constatons, par exemple, que les médecins n'ont pas donné un choix réel à la patiente, mais lui ont simplement proposé de continuer la procédure. Il y a une nuance, subtile mais réelle, entre demander la permission de continuer une procédure (une forme de manipulation) et laisser à la patiente le choix de continuer ou non la procédure (un choix réel). Quoique la manipulation exercée par les médecins en l'espèce ne puisse être considérée comme de la coercition, au plan éthique et moral, il aurait été préférable de s'y prendre autrement. Idéalement, les médecins auraient pu quitter la pièce et demander à une travailleuse sociale, une personne représentant les intérêts des patients ou la fille de M^{me} Ciarlariello de prendre quelques minutes pour rassurer la patiente et lui faire bien comprendre la nature de son choix⁸⁹.

Même s'il faut conclure à la non-responsabilité des médecins en l'espèce, il demeure que sur le plan moral et éthique, afin de favoriser l'autodétermination et l'autonomie des individus dans la prise des décisions concernant leur santé, il convient de prendre certaines mesures permettant d'éliminer le plus possible les contraintes créées par la maladie, le milieu hospitalier et la présence des professionnels de la santé.

IV. LE RETRAIT DU CONSENTEMENT⁹⁰

La question du retrait du consentement après l'épisode d'hyperventilation n'a pas posé de grandes difficultés dans l'arrêt *Ciarlariello*. Personne n'a contesté ce point. D'ailleurs, les faits indiquent clairement que les médecins ont respecté la décision de M^{me} Ciarlariello à cet égard. Par contre, les règles énoncées par la Cour suprême du Canada sur ce point sont utiles et relativement faciles à appliquer à la fois pour les juristes et les médecins. Il est maintenant très clair que dès qu'un patient ou une patiente indique son désir d'interrompre un traitement, le médecin doit se conformer à cette demande.

⁸⁸ MAKING HEALTH CARE DECISIONS, *supra* note 1, vol. 1 à la p. 68.

⁸⁹ Au plan pratique, de telles mesures peuvent être critiquées comme étant idéalistes et coûteuses. De plus, il faut tenir compte du fait qu'il y a des patients et patientes qui ne veulent pas prendre de décisions à l'égard des soins médicaux qui leur sont prodigués et qui s'en remettent à l'expertise médicale. Ces questions seront explorées dans notre conclusion.

⁹⁰ La Cour suprême du Canada traite de cette question sous la rubrique du consentement éclairé, mais à notre avis, le retrait du consentement se rattache, à proprement parler, au droit de porter atteinte à l'intégrité physique du patient ou de la patiente et non à la question de la divulgation des risques liés au traitement médical. Le médecin qui ne respecte pas le refus du traitement sera responsable du délit d'acte de violence et non pas responsable en négligence. *Voir Nightingale c. Kaplowitch* (20 avril 1989), 2982/85 aux pp. 7-8 (C.S. Ont.), M. le juge Holland.

Le droit d'une personne de décider des actes médicaux qu'elle acceptera de subir englobe nécessairement le droit de faire interrompre un tel acte. [...] Quoi qu'il en soit, le droit du patient à l'intégrité de sa personne est le fondement du retrait du consentement à un acte médical, même quand il est en cours⁹¹.

Le retrait du consentement est une question de fait. Le juge Cory reconnaît qu'il peut être difficile dans certaines circonstances de décider si une personne possède la capacité de retirer son consentement, surtout lorsque cela est fait sous l'effet de sédatifs ou d'autres médicaments. Aucun critère n'est proposé par la Cour, mais il est suggéré que la preuve de témoins experts sera pertinente sans être déterminante. Étant donné l'importance qu'accorde la Cour à l'autonomie du patient ou de la patiente et à son droit de choisir, le médecin aurait certainement avantage à cesser la procédure si le moindre doute subsiste qu'une personne tente de retirer son consentement.

Une exception à l'obligation de respecter le retrait du consentement est proposée par la Cour. Il s'agit « des circonstances où, d'après la preuve médicale, l'interruption du procédé compromettrait la vie du patient ou présenterait des problèmes graves et immédiats pour sa santé »⁹². Cette exception semble raisonnable, pourvu qu'elle soit interprétée de façon assez étroite. En effet, il faut présumer que la Cour suprême fait ici référence à certaines circonstances où il serait inacceptable pour un médecin d'abandonner le patient ou la patiente à son propre sort. Par exemple, il est nécessaire de fermer une plaie ouverte, de retirer un cathéter, etc. Il est cependant primordial de restreindre la portée de cette exception, car son objet n'est pas, selon nous, de donner au médecin le droit de continuer une procédure ou un traitement contre le gré du patient ou de la patiente, ni de donner au médecin un privilège thérapeutique⁹³.

Faut-il voir dans les propos de la Cour un endossement du droit de refuser tout traitement ? Cela semble le cas. Dans l'arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique*⁹⁴, la Cour suprême du Canada a repris les propos du juge Cory dans l'arrêt *Ciarlariello* pour confirmer qu'un patient ou une patiente a le droit de refuser ou d'interrompre un traitement médical, même si sa décision risque d'entraîner sa mort⁹⁵.

Les propos de la Cour suprême du Canada concernant le retrait du consentement confirment et renforcent le droit à l'autodétermination du patient ou de la patiente. Ce droit s'étend maintenant clairement au droit de changer d'idée et de refuser un traitement, même si cette décision est prise pendant le traitement en question.

⁹¹ *Ciarlariello*, *supra* note 4 à la p. 136.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Voir infra* note 110 pour une explication de la nature de ce privilège.

⁹⁴ *Supra* note 9.

⁹⁵ *Ibid.* à la p. 598. *Voir supra* notes 12 et 13. Les dimensions éthiques et juridiques du droit de refuser un traitement ne seront pas étudiées ici. Il faut également noter que dans l'arrêt *Rodriguez*, il s'agissait du droit de la patiente de précipiter sa mort même, plutôt que de son droit de suspendre simplement les traitements médicaux.

V. LA NORME DE DIVULGATION DES RISQUES EN MATIÈRE DE CONSENTEMENT ÉCLAIRÉ

La deuxième question en litige dans l'arrêt *Ciarlariello* est fondée sur l'obligation du médecin de divulguer les risques⁹⁶ rattachés à l'angiographie. C'est ce que l'on appelle couramment le « consentement éclairé »⁹⁷. Plus précisément, le tribunal doit déterminer si les médecins avaient le devoir après l'incident d'hyperventilation et avant de procéder à l'injection finale, d'expliquer de nouveau à M^{me} Ciarlariello tous les risques liés à l'angiographie. Les demanderesse allèguent que la D^{re} Keller et le D^r Greco avaient effectivement cette obligation, qu'ils ne l'ont pas respectée, que le consentement de la patiente n'était donc pas éclairé et que les médecins sont donc responsables en négligence⁹⁸.

Les principes qui fondent la doctrine du « consentement éclairé » ont été élaborés au début des années 1980, dans les arrêts *Hopp c. Lepp*⁹⁹ et *Reibl c. Hughes*¹⁰⁰. Dans l'arrêt *Hopp*, le juge en chef Laskin affirme qu'en obtenant le consentement d'une patiente ou d'un patient à une intervention chirurgicale, le médecin doit divulguer « la nature de l'opération envisagée, sa gravité, tous risques importants et tous risques particuliers ou inhabituels que présente cette opération »¹⁰¹. Le juge en chef Laskin élabore sur trois aspects de la question dans l'arrêt *Reibl*¹⁰². D'abord, il suggère que lorsque la patiente allègue que le médecin n'a pas divulgué les risques liés à l'acte médical, la cause d'action appropriée est la négligence et non l'acte de violence ou les voies de fait¹⁰³. Deuxièmement, le juge Laskin ajoute que, lorsqu'un tribunal tente de déterminer quels sont les risques qui doivent être divulgués à une patiente, la norme de divulgation appropriée n'est plus celle du médecin raisonnable (la norme médicale professionnelle) mais celle de la patiente

⁹⁶ Nous employons l'expression « divulgation des risques ». Il est important de noter que cette obligation implique non seulement le devoir de divulguer les risques, mais également la nature du traitement, sa gravité et les autres traitements possibles. Voir *Hopp*, *supra* note 2. Voir également Robertson, *supra* note 2 à la p. 430 et les décisions qu'il mentionne.

⁹⁷ Voir *supra* note 11. Dans l'arrêt *Reibl*, le juge en chef Laskin suggère d'abandonner cette expression. Voir également Linden, *supra* note 10 à la p. 183, où l'auteur exprime son accord et affirme que l'expression « consentement éclairé » « crée une confusion entre le régime juridique de la négligence et celui des actes de violence ». Voir également Dickens, *supra* note 3 à la p. 244.

⁹⁸ Cette cause d'action en négligence doit être distinguée de la cause d'action pour négligence professionnelle, c'est-à-dire pour manquement à la norme de conduite raisonnable dans l'administration de soins à un patient ou une patiente. En l'espèce, ces deux facettes de la négligence ont été plaidées, mais seule la cause d'action fondée sur la non-divulgation des risques fait l'objet d'examen devant la Cour suprême du Canada.

⁹⁹ *Supra* note 2.

¹⁰⁰ *Supra* note 2.

¹⁰¹ *Supra* note 2 à la p. 210.

¹⁰² Pour un résumé succinct de ces trois aspects, voir Robertson, *supra* note 2. Pour une étude approfondie des décisions *Hopp* et *Reibl*, voir LEGAL LIABILITY OF DOCTORS, *supra* note 3 aux pp. 67-115.

¹⁰³ *Reibl*, *supra* note 2 aux pp. 891-92. Antérieurement à l'arrêt *Reibl*, si un patient ou une patiente argumentait la non-divulgation des risques, l'action était fondée sur les délits d'acte de violence et de voies de fait. On alléguait que le consentement n'était pas valide, puisque la patiente n'avait pas en main tous les éléments nécessaires pour prendre une décision.

raisonnable. Plus particulièrement, un médecin doit divulguer les risques qu'il ou elle croit, ou devrait croire, être ceux qu'une personne raisonnable dans la même situation que la patiente demanderesse voudrait savoir¹⁰⁴. Finalement, le juge Laskin commente la nécessité d'établir un lien de causalité entre l'absence de divulgation des risques et le préjudice subi par la patiente. Il suggère une norme objective modifiée : est-ce que la personne raisonnable, placée dans la situation de la patiente demanderesse, aurait accepté de subir une intervention ou un traitement si tous les risques lui avaient été divulgués¹⁰⁵.

L'arrêt *Ciarlariello* permet à la Cour suprême du Canada de reconsidérer la question de la norme de divulgation ainsi que la causalité. Pour ce qui est de la norme de divulgation, le juge Cory écrit :

Pour décider si un risque est important et doit en conséquence être expliqué au patient, il convient d'adopter un point de vue objectif. La question clé dans cette décision est de savoir si une personne raisonnable se trouvant dans la situation du patient souhaiterait connaître le risque¹⁰⁶.

Dans ses propos, la Cour suprême du Canada reprend essentiellement la norme de divulgation énoncée dans *Reibl*¹⁰⁷. Cette norme, contrairement à la norme professionnelle de divulgation, met l'accent sur le droit à l'autodétermination de la patiente et sur le devoir du médecin de divulguer les risques importants dans l'optique de la patiente¹⁰⁸.

En l'espèce, la Cour conclut simplement que tous les risques liés à une angiographie ont été divulgués à maintes reprises. Il est difficile de critiquer cette conclusion. Les faits indiquent clairement que les risques de l'intervention ont été expliqués à la patiente non moins de six fois¹⁰⁹. Les appelantes soutiennent par contre, qu'après l'épisode d'hyperventilation et le retrait du consentement, les

¹⁰⁴ *Ibid.* à la p. 894.

¹⁰⁵ Voir ci-dessous à la p. 32 pour une discussion plus détaillée de la causalité.

¹⁰⁶ *Supra* note 4 à la p. 133.

¹⁰⁷ Selon le juge Laskin, les risques à divulguer étaient ceux que le médecin *croyait ou devait croire* être ceux qu'une personne raisonnable placée dans la situation du patient ou de la patiente voudrait savoir. Cet élément n'est pas repris par la Cour mais, comme l'indique Robertson, *supra* note 2 à la p. 429, peu de tribunaux se sont préoccupés de cette première partie du critère depuis l'arrêt *Reibl*. La norme présentée par le juge Cory reflète donc la pratique courante des tribunaux en la matière.

¹⁰⁸ Quoique le juge Cory semble faire allusion au caractère objectif de la norme, certains auteurs affirment que cette norme n'est pas purement objective, puisque la personne raisonnable est placée dans la situation où se trouve le patient ou la patiente et peut ainsi tenir compte des circonstances particulières. À cet effet, voir Gochnauer et Fleming, *supra* note 3, LEGAL LIABILITY OF DOCTORS, *supra* note 3 à la p. 83. Par contre, dans la jurisprudence, notamment l'arrêt *Videto c. Kennedy* (1981), 33 O.R. (2^e) 497, 125 D.L.R. (3^e) 127, 17 C.C.L.T. 307, (C.A.), le juge Howland adopte une approche semblable à celle retenue par le juge Cory en l'espèce.

¹⁰⁹ D^r Schacter le 21 décembre, D^{re} Keller le 22 décembre, D^r Wax le 22 décembre, le D^r Schacter le 27 décembre, D^r Rose le 28 décembre et D^r Gréco le 29 décembre.

médecins avaient l'obligation de reprendre intégralement la divulgation des risques liés à l'angiographie.

Pour leur part, les intimés argumentent qu'il n'est pas nécessaire, après le retrait du consentement, de redivulguer tous les risques d'une intervention. Ils font valoir, premièrement, qu'une fois le consentement accordé, il est valable pour la durée du traitement et deuxièmement, que procéder de la sorte pourrait accroître l'anxiété d'une patiente déjà très inquiète et dans un état de santé fragile et pourrait présenter un danger.

La Cour suprême du Canada n'est pas convaincue par ces arguments. Elle commence par corriger la conclusion de la Cour d'appel à l'effet que la décision concernant la fin ou la suite de la procédure était une question de jugement médical¹¹⁰. Selon le juge Cory, il s'agit là d'une grave erreur, car replacer la décision entre les mains du médecin équivaudrait à retourner à la norme professionnelle de divulgation qui existait avant *Reibl*. Selon la Cour, la reprise d'un traitement après le retrait du consentement doit s'accompagner d'un nouveau consentement éclairé. Par contre, il n'est pas essentiel de répéter tous les risques liés au traitement ou à l'intervention. Il suffit de répondre aux préoccupations du patient ou de la patiente qui a retiré son consentement concernant les conséquences possibles de la reprise de procédure¹¹¹.

De prime abord, la démarche proposée par la Cour semble tout à fait conforme à l'esprit de l'arrêt *Reibl* et à l'importance accordée par la Cour, ailleurs dans son jugement, au principe de l'autodétermination dans le contexte médical. En effet, il semble inutile de demander aux médecins de répéter à un patient ou une patiente les risques déjà connus et qui n'ont pas changé. Par contre, la Cour reconnaît que sans la divulgation des nouveaux risques ou des changements occasionnés par un incident nouveau, le patient ou la patiente n'est pas en mesure de donner un consentement valable à la continuation de la procédure. Quelle est alors l'obligation du médecin ? Que doit-il divulguer et quelle est la norme de divulgation ?

Selon la Cour, le médecin doit divulguer les changements dont la patiente voudrait être informée afin de décider de continuer le traitement ou non¹¹². Le juge Cory précise que d'un point de vue objectif, une patiente voudrait savoir s'il y a un

¹¹⁰ *Supra* note 35 à la p. 458. Les propos de la Cour d'appel se rapprochent de la doctrine du privilège thérapeutique. Le ton est décidément paternaliste : la patiente était trop malade, elle était sous l'effet de sédatifs, il importait de la garder calme. Dans l'arrêt *Reibl*, *supra* note 2 à la p. 895, le juge Laskin fait allusion à la possibilité qu'en raison de facteurs émotifs, une patiente soit incapable de faire face à la réalité des risques posés par une intervention. Le juge en chef laisse entendre que le médecin serait alors justifié de ne pas divulguer les risques. En l'espèce, la Cour d'appel n'a pas utilisé l'expression « privilège thérapeutique ». Quoiqu'il y aurait peut-être lieu de faire un argument fondé sur cette doctrine, il faut noter que ce privilège ne serait certainement pas valable dans tous les cas de retrait du consentement. *Voir également* Robertson, *supra* note 2 à la p. 431 ; Giesen et Hayes, *supra* note 16 aux pp. 106-07 ; Dickens, *supra* note 3 aux pp. 260-63 et *Meyer Estate c. Rodgers* (1991), 78 D.L.R. (4^e) 307 à la p. 314, 6 C.C.L.T. (2^e) 102 à la p. 114 (C. Ont. (Div. gén.)) où le juge affirme catégoriquement que la doctrine du privilège thérapeutique ne fait pas partie du droit au Canada.

¹¹¹ *Ciarlariello*, *supra* note 4 à la p. 139.

¹¹² *Ibid.*

changement 1) quant aux risques de la procédure, 2) quant à la nécessité de la continuer ou 3) « s'il y a eu dans les circonstances un changement important qui pourrait modifier [l']appréciation [par la patiente] des avantages et des inconvénients de poursuivre le procédé »¹¹³. La présence de tels changements est une question de fait. Pour trancher en la matière, le tribunal de première instance doit s'en remettre aux témoignages des médecins qui agissent à titre d'experts.

Quant à la norme de divulgation, on peut présumer que la norme serait celle adoptée dans *Reibl*, c'est-à-dire celle de la personne raisonnable placée dans la situation de la patiente, puisque le juge Cory a expressément endossé ce principe au début de son jugement¹¹⁴. Par contre, lorsque le juge discute spécifiquement de la situation qui suit le retrait du consentement, aucune mention n'est faite de la patiente « raisonnable ». Le critère présenté par la Cour laisse plutôt entendre qu'il s'agit d'une norme subjective : est-ce un changement dont la patiente voudrait être informée ? Si la réponse est affirmative, le médecin qui ne fait aucune divulgation de ce changement manquerait à son devoir de divulguer et serait responsable en négligence. Si cette interprétation est correcte, le droit de décider de la patiente aurait priorité sur le désir des médecins de contrôler le cours des soins prodigués.

Considérons l'application de ces principes aux faits de l'arrêt *Ciarlariello*. Le juge de première instance a établi, à la lumière des témoignages des médecins, qu'aucun nouveau risque n'avait été créé par l'épisode d'hyperventilation et le spasme carpo pédal, qu'il n'y avait aucun changement à divulguer à M^{me} Ciarlariello et que les médecins n'avaient donc pas agi de façon négligente en ne soulevant pas les risques liés à la dernière injection. La Cour suprême appuie ces conclusions¹¹⁵.

VI. LA CAUSALITÉ

La dernière question à aborder en matière du consentement éclairé est la question de la causalité. En effet, pour tenir les médecins responsables en négligence, il est essentiel de démontrer un lien causal entre l'absence de divulgation des risques et le préjudice subi par la patiente. Comme nous l'avons mentionné plus haut, dans l'arrêt *Reibl*, le juge en chef Laskin suggère d'établir la causalité en se fondant sur la norme objective modifiée de la personne raisonnable placée dans la situation de la patiente demanderesse : aurait-elle accepté de subir une intervention ou un traitement si tous les risques avaient été divulgués¹¹⁶ ?

En l'espèce, il n'était pas nécessaire de se prononcer sur la causalité puisque les médecins n'avaient pas manqué à leur obligation de divulguer les risques. La Cour s'est cependant exprimée en *obiter* sur la question.

¹¹³ *Ibid.* Le juge Cory donne l'exemple d'une situation où les circonstances ont tellement changé que le traitement n'a plus la même importance.

¹¹⁴ *Ibid.* à la p. 134.

¹¹⁵ *Ibid.* aux pp. 139-40.

¹¹⁶ On parle de causalité modifiée parce que la personne raisonnable est placée dans les circonstances dans lesquelles se trouvait la patiente. Un critère purement objectif ne tiendrait pas compte de la situation personnelle de la patiente.

La Cour suprême du Canada confirme d'abord que le critère à retenir est le critère objectif modifié proposé dans l'arrêt *Reibl*. Cela élimine donc, du moins pour le moment, toutes possibilités de modifier le droit canadien pour introduire un critère de causalité subjectif, comme le préconisent certains auteurs¹¹⁷. Le juge en chef Laskin a rejeté ce point de vue dans l'arrêt *Reibl*, où il adopte les propos d'un auteur qui affirme qu'un critère subjectif « présente un défaut flagrant : [il est subordonné] au témoignage du demandeur quant à son état d'esprit, exposant le médecin à l'analyse rétrospective du patient et à sa rancœur »¹¹⁸. Cette conclusion ne fait pas l'unanimité. Certains auteurs ont tenté de démontrer qu'il est possible de surmonter les problèmes d'ordre procédural et administratif¹¹⁹. Le mérite du critère subjectif est principalement l'insistance sur le droit à l'autodétermination. Néanmoins, le critère objectif modifié ayant de nouveau été endossé par la Cour suprême du Canada, il convient d'examiner les difficultés liées à son application.

Il faut d'abord noter que la preuve de la causalité est un obstacle important à la réussite d'une action fondée sur l'absence de divulgation des risques¹²⁰. Il n'est donc pas surprenant que le juge de première instance ait conclu à l'absence d'un lien de causalité dans l'arrêt *Ciarlariello*. Une des raisons qui explique ce phénomène est le fait que les tribunaux hésitent à appliquer le critère objectif modifié¹²¹. Alors que dans l'arrêt *Reibl* la Cour suprême du Canada favorisait le critère objectif modifié afin de tenir compte des circonstances particulières du patient ou de la patiente, les tribunaux ne semblent pas avoir tous partagé cette préoccupation dans l'application subséquente de cette norme. Dans plusieurs cas, les données personnelles de la patiente sont ignorées¹²².

¹¹⁷ Picard, *Consent to Medical Treatment in Canada*, *supra* note 3 aux pp. 146-47 ; Gochnauer et Fleming, *supra* note 3 aux pp. 480-81 ; Giesen et Hayes, *supra* note 16 aux pp. 117-22 ; et Osborne, *supra* note 3 aux pp. 140-43. Ces auteurs jugent qu'un critère subjectif serait plus approprié. Ils sont d'avis qu'un critère objectif peut porter atteinte au droit à l'autodétermination, étant donné que la personne raisonnable ne décidera pas nécessairement de la même façon que le ferait le patient ou la patiente.

¹¹⁸ *Supra* note 2 aux pp. 897-98 où le juge Laskin retient les propos de l'auteur d'un commentaire intitulé *Informed Consent — A Proposed Standard for Medical Disclosure* (1973) 48 N.Y.U.L. 548 à la p. 550.

¹¹⁹ Voir Gochnauer et Fleming, *supra* note 3 et surtout Osborne, *supra* note 3 à la p. 143, qui affirme : « A subjective test of causation would have been much more in keeping with the policy orientation of the judgment and perhaps would have been adopted if the Court could have been persuaded that the dangers and difficulties in such a test were if not illusory, greatly overstated. On both administrative and policy grounds a subjective test of causation ought to have been adopted ».

¹²⁰ Voir Robertson, *supra* note 2 aux pp. 433-35. Les statistiques compilées par cet auteur suggèrent, en effet, qu'il est extrêmement difficile de prouver le lien de causalité entre l'absence de divulgation des risques et le préjudice du patient ou de la patiente.

¹²¹ Robertson, *ibid.* à la p. 433 et Osborne, *supra* note 3 à la p. 143.

¹²² Voir Osborne, *ibid.* aux pp. 133-40. L'auteur révisé plusieurs décisions rendues après *Reibl* et démontre que dans certains cas les juges omettent tous les facteurs personnels, alors que dans d'autres cas ils considèrent tellement de facteurs personnels que le critère est carrément subjectif. Robertson, *supra* note 2 à la p. 434, indique qu'en plus de ne pas tenir compte des circonstances particulières à la patiente, les tribunaux finissent par conclure qu'une patiente

L'arrêt *Ciarlariello* est un bon exemple de cette attitude. Selon la norme objective modifiée, il fallait déterminer si une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances que M^{me} Ciarlariello aurait accepté de continuer l'angiographie, en connaissance des risques. La Cour répond par l'affirmative et souscrit aux conclusions du juge de première instance. Les motifs invoqués à l'appui de cette conclusion sont les suivants : les risques inhérents à une angiographie étaient moins graves que ceux d'un anévrisme non traité ; les médecins et les témoins experts n'avaient conscience d'aucun cas où une personne présentant les mêmes symptômes que M^{me} Ciarlariello avait refusé l'angiographie.

Deux difficultés surgissent ici. Premièrement, rien dans la preuve ne démontre l'attitude de la personne raisonnable *après* l'interruption d'un traitement. Les statistiques sur lesquelles les tribunaux se sont fondés font état des personnes informées des risques préalablement à la première angiographie. Il n'est d'ailleurs pas improbable que la personne raisonnable qui a retiré son consentement au milieu d'une procédure soit moins bien disposée à acquiescer à sa continuation après une nouvelle divulgation des risques s'y rattachant. Le juge de première instance a donc considéré des données qui n'étaient pas pertinentes en l'espèce.

Deuxièmement, ne fallait-il pas tenir compte des circonstances particulières de la patiente ? Celle-ci venait de vivre, dix minutes auparavant, un épisode d'hyperventilation et un spasme carpo pédal. Elle était nécessairement ébranlée et sa main droite, rappelons-le, était toujours engourdie. Dans de telles circonstances, un refus de continuer la procédure malgré la divulgation complète des risques n'est-il pas vraisemblable ? La personne raisonnable qui a vécu une telle épreuve risque d'être plus craintive, plus consciente des risques rattachés au traitement.

Nous suggérons donc, particulièrement dans les cas où la patiente a retiré son consentement au milieu d'une procédure, que les circonstances entourant le retrait du consentement devraient faire partie des attributs de la patiente et être prises en considération par le tribunal lorsqu'il applique le critère objectif modifié pour déterminer s'il y a un lien de causalité. N'est-ce pas là ce à quoi voulait en venir le juge en chef Laskin en proposant un critère objectif *modifié* ? En outre, une telle approche a le mérite de répondre de plus près à la nécessité que le consentement soit l'expression de l'autonomie de la patiente.

VII. LE CONSENTEMENT ET LA COMPRÉHENSION

À la fin du jugement de la Cour suprême du Canada, on retrouve quelques commentaires concernant la compréhension des renseignements relatifs au traitement ou à une procédure médicale. La Cour affirme que le médecin a le fardeau de prouver que le patient ou la patiente a compris « [...] ses instructions et les explications données »¹²³ ; ce devoir est d'autant plus grand lorsque la langue maternelle des

raisonnable se fie souvent presque aveuglément à son médecin et s'en remet à son avis, même si tous les risques lui sont divulgués. *Voir à cet effet, Meyer Estate c. Rogers, supra* note 110, à la p. 318 ; Osborne, *supra* note 3 ainsi que Shultz, *supra* note 53 à la p. 250.

¹²³ *Supra* note 4 à la p. 140.

professionnels de la santé diffère de celle du patient ou de la patiente. Le juge Laskin avait fait allusion à cette obligation dans l'arrêt *Reibl* et elle a été adoptée depuis dans la jurisprudence¹²⁴. Appliquant ce principe, la Cour indique que le juge de première instance avait raison de conclure que M^{me} Ciarlariello avait une compréhension suffisante de la langue anglaise pour donner un consentement valable. Cela était également vrai pour le consentement à la reprise de la deuxième angiographie même en l'absence d'un interprète.

Les appelantes ont fait valoir que la langue maternelle de M^{me} Ciarlariello était l'italien, qu'elle s'exprimait difficilement en anglais, qu'au procès on avait fait appel aux services d'interprétation et qu'une des raisons pour lesquelles la D^{re} Keller avait détruit la première formule de consentement de M^{me} Ciarlariello était justement sa préoccupation concernant la faible compréhension de l'anglais de la patiente. Malgré la pertinence de ces arguments, il est difficile, selon nous, de remettre en question la conclusion du juge de première instance, puisqu'il existait suffisamment d'éléments de preuve démontrant que M^{me} Ciarlariello comprenait la nature du traitement auquel elle acceptait de continuer à se soumettre. Par contre, si les médecins avaient eu à expliquer de nouveaux risques ou des changements dans la situation de la patiente après le retrait du consentement, il aurait été essentiel de faire venir un interprète ou la fille de la patiente. Autrement, les médecins auraient eu plus de difficulté à se décharger de leur fardeau de preuve.

Cette obligation de s'assurer de la compréhension des explications médicales est importante car elle oblige les médecins à faire plus que divulguer de façon routinière les renseignements pertinents à un traitement. Par ailleurs, c'est une obligation difficile à contrôler dans la réalité, surtout parce que les mécanismes pour vérifier la compréhension ne sont pas évidents¹²⁵. Comment savoir, avec une certitude absolue, si les renseignements divulgués ont été compris ? Certains suggèrent que l'obligation du médecin se limite à s'assurer que la personne qui fait l'objet de soins a une compréhension apparente des explications fournies¹²⁶.

Quoique les propos de la Cour suprême viennent ajouter aux obligations déjà importantes des médecins, le devoir de vérifier qu'une personne a compris les explications médicales est essentiel pour assurer un consentement véritable de la part du patient ou de la patiente et pour protéger son droit à l'autodétermination.

VIII. LA LOI DE 1992 SUR LE CONSENTEMENT AU TRAITEMENT

Le 10 décembre 1992, la *Loi de 1992 sur le consentement au traitement*¹²⁷ de l'Ontario recevait la sanction royale. Cette province est la première des provinces de common law à légiférer de façon exhaustive et complète sur la question du

¹²⁴ Voir *Schanczl c. Singh*, [1988] 2 W.W.R. 465 (Alta. Q.B.) et *Hajgato c. London Health Assn.* (1982), 36 O.R. (2^e) 669 (H.C.).

¹²⁵ Voir LEGAL LIABILITY OF DOCTORS, *supra* note 3 aux pp. 110-11 ; Chafe, *supra* note 3 et pour un exposé complet de cette question, voir Sommerville, *supra* note 3 aux pp. 776-83.

¹²⁶ Sommerville, *ibid.*

¹²⁷ L.O. 1992, c. 31 [ci-après la *Loi*].

consentement à l'acte médical¹²⁸. La *Loi* s'appliquera à tout traitement commencé après la date d'entrée en vigueur¹²⁹.

La *Loi* crée pour tous les praticiens et praticiennes de la santé¹³⁰ une double obligation : d'une part, s'assurer que la personne à qui un traitement est proposé est capable¹³¹ et d'autre part, que la personne donne son consentement au traitement en question¹³². Le terme « traitement » est défini dans la *Loi* de façon très large :

[t]oute chose qui est faite dans un but thérapeutique, préventif, palliatif, diagnostique ou esthétique, ou dans un autre but relié au domaine de la santé, y compris une cure ou un plan de traitement, à l'exclusion d'une chose prescrite¹³³.

En ce qui a trait à la première forme d'obligation, c'est-à-dire l'obligation de s'assurer de la capacité de la patiente, il est important de noter la définition de « personne capable » au paragraphe 6(1) de la *Loi* :

Une personne est capable à l'égard d'un traitement si elle peut comprendre les renseignements qui sont pertinents à la prise d'une décision concernant le traitement et qu'elle peut évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou d'une absence de décision¹³⁴.

Le praticien ou la praticienne a le devoir d'évaluer la capacité de son patient ou de sa patiente à partir des critères décrits dans les règlements¹³⁵. Sa constatation en la matière peut être contestée auprès de la Commission de révision du consentement

¹²⁸ Le Québec a également légiféré sur cette question. Voir *supra* note 5.

¹²⁹ L'article 50 de la *Loi* stipule que cette règle est valable même si « [...] une constatation quant à la capacité d'une personne a été faite ou qu'un consentement a été donné avant ce jour », c'est-à-dire la date d'entrée en vigueur. Au moment de la rédaction, l'entrée en vigueur de la *Loi* n'avait pas encore été annoncée.

¹³⁰ Cette expression, définie à l'article 1 de la loi, englobe essentiellement toutes les professions de la santé réglementées par la *Loi de 1991 sur les professions de la santé réglementées*, L.O. 1991, c. 18. Cette dernière loi, à l'heure actuelle, est partiellement en vigueur et elle remplacera la *Loi sur les sciences de la santé*, L.R.O. 1990, c. H.4.

¹³¹ Ce survol de la *Loi* ne touche qu'aux dispositions relatives aux personnes capables. Par « capable », on entend mentalement capable et par « incapable », mentalement incapable. Cela est énoncé à l'article 1 de la *Loi*. Plusieurs dispositions de la *Loi* ont trait aux droits des personnes incapables et doivent être étudiées de concert avec les dispositions des deux autres lois : la *Loi de 1992 sur les prises de décisions au nom d'autrui*, L.O. 1992, c. 30 et la *Loi de 1992 sur l'intervention*, L.O. 1992, c. 26 (entrée en vigueur à venir).

¹³² Voir l'article 4 de la *Loi* qui se lit comme suit :

« Le praticien de la santé qui propose un traitement à une personne veille à ce que celui-ci ne soit pas administré à moins, selon le cas :

a) qu'il ne soit d'avis que la personne est capable à l'égard du traitement, et que la personne ait donné son consentement [...] ».

Il faut noter que la loi prévoit des obligations similaires pour les personnes incapables.

¹³³ Voir l'article 1 de la *Loi*.

¹³⁴ Art. 6(1) de la *Loi*.

¹³⁵ Voir l'article 8 de la *Loi* ainsi que les règlements qui entreront en vigueur sous peu.

et de la capacité, qui peut soit confirmer cette décision soit lui substituer sa propre opinion¹³⁶.

La nécessité pour les professionnels de la santé de déterminer la capacité des patients et patientes est une obligation qui, à certains égards, pourra être onéreuse et parfois même difficile à remplir. Dans le cas de M^{me} Ciarlariello, un médecin l'aurait vraisemblablement considérée capable au sens de la *Loi*. Reste à savoir si l'expression « comprendre », à l'article 6, englobe le manque de compréhension à cause de la langue, par exemple.

Par rapport à la seconde forme d'obligation, c'est-à-dire la nécessité d'obtenir un consentement, à plusieurs égards la *Loi* codifie les principes de common law les plus connus. Ainsi le consentement au traitement peut être exprès ou implicite¹³⁷. Les éléments du consentement sont clairement énoncés au paragraphe 5(1) de la *Loi*. Pour être valide, le consentement doit 1) porter sur le traitement, 2) être éclairé, 3) être donné volontairement et 4) ne pas être obtenu au moyen d'une déclaration inexacte ou d'une fraude. Seule la notion de consentement éclairé fait l'objet d'une définition plus précise.

Un consentement est éclairé si, avant de le donner :

- a) la personne a reçu les renseignements concernant le traitement, les autres solutions possibles, les effets, risques et effets secondaires importants, dans chaque cas, et les conséquences de l'absence de traitement dont une personne raisonnable, dans les mêmes circonstances, aurait besoin pour prendre une décision ;
- b) le praticien de la santé a répondu aux demandes de la personne en vue d'obtenir d'autres renseignements concernant le traitement, les autres solutions possibles, les effets, risques et effets secondaires importants, et les conséquences de l'absence de traitement¹³⁸.

Cette définition du consentement éclairé a le mérite non seulement de reconnaître le droit du patient ou de la patiente de recevoir les renseignements, mais également d'obliger le praticien ou la praticienne à répondre aux préoccupations de cette personne¹³⁹. De plus, la loi crée l'obligation expresse de présenter les autres méthodes de traitement possibles. L'expression « risques et effets importants » sera probablement interprétée d'une façon assez large pour inclure tous les risques matériels particuliers ou inhabituels, comme le suggèrent l'arrêt *Hopp* et la jurisprudence subséquente¹⁴⁰. La norme de divulgation est celle de la personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances que le patient ou la patiente¹⁴¹.

¹³⁶ Voir l'article 28 de la *Loi* ainsi que l'article 35 de la *Loi* qui crée la Commission et décrit ses pouvoirs administratifs.

¹³⁷ Art. 5(3) de la *Loi*.

¹³⁸ Art. 5(2) de la *Loi*.

¹³⁹ Dans l'arrêt *Hopp*, *supra* note 2 à la p. 210, le juge Laskin avait déjà identifié cette double obligation.

¹⁴⁰ Voir par exemple *Mason c. Forgie* (1986), 73 R.N.-B. (2^e) 193, 30 D.L.R. (4^e) 548, 38 C.C.L.T. 171 (C.A.).

¹⁴¹ Il s'agit de la même norme que celle adoptée par la Cour suprême du Canada dans *Reibl*, *supra* note 2 et reprise dans *Ciarlariello*, *supra* note 4 et ci-dessus à la p. 20.

La *Loi* n'élabore pas sur les autres conditions du consentement. Vraisemblablement la jurisprudence en la matière continuera à servir de guide. La question du caractère volontaire du consentement, par exemple, n'y est pas plus spécifique qu'en common law. Pour M^{me} Ciarlariello, les termes de la *Loi* n'auraient rien changé au débat juridique identifié plus haut.

Le droit de retirer un consentement est confirmé. Il est clairement prévu que le retrait peut se faire à n'importe quel moment, en autant que la personne est toujours capable de se prononcer concernant le traitement¹⁴². De plus, le paragraphe 5(4) de la *Loi* encourage l'utilisation des formules prescrites, chaque fois que la nature du traitement le permet.

La common law reconnaît qu'en situation d'urgence, les praticiens et praticiennes peuvent procéder à un traitement sans obtenir le consentement du patient ou de la patiente¹⁴³. Cette exception à l'obligation d'obtenir le consentement est reprise au paragraphe 23(1) de la *Loi*. Il n'est possible de se prévaloir de cette exception, cependant, que si trois conditions sont présentes : 1) la personne est incapable, 2) « la personne éprouve des souffrances graves ou risque, si le traitement n'est pas administré promptement, de subir un préjudice physique grave » et 3) « il n'est pas raisonnablement possible d'obtenir un consentement ou un refus au nom de la personne, ou le délai pour ce faire prolongera les souffrances qu'éprouve la personne ou entraînera le risque qu'elle subisse un préjudice physique grave »¹⁴⁴. Le paragraphe (4) prévoit que lorsque le praticien ou la praticienne est d'avis que la personne est incapable, des examens préalables peuvent être complétés sans consentement pour déterminer s'il s'agit d'un cas d'urgence. Par contre, un effort doit être fait afin de trouver une personne qui puisse donner son consentement au nom du patient ou de la patiente. Le praticien ou la praticienne peut continuer le traitement tant et aussi longtemps qu'une telle personne n'est pas disponible.

Le droit d'exprimer ses désirs concernant un traitement, par voie de procuration, par écrit ou oralement, est maintenant clairement sanctionné¹⁴⁵. Ceci donne donc une légitimité aux documents, tels les testaments de vie. La *Loi* dispose, au paragraphe 12(3), que les derniers désirs exprimés auront priorité sur les moins récents. Au paragraphe 24(1), la *Loi* interdit l'administration d'un traitement lorsque le praticien ou la praticienne de la santé sait ou a des motifs raisonnables de croire que la personne incapable a exprimé le vœu de refuser ce traitement alors qu'elle était capable et âgée de plus de seize ans. Une situation analogue à celle de l'arrêt *Malette c. Schulman*¹⁴⁶ serait donc plus facile à résoudre, puisque la volonté du patient ou de la patiente serait déterminante dans un tel cas.

La *Loi* prévoit, à l'article 26, l'immunité du praticien ou de la praticienne de la santé qui agit de bonne foi et pour des motifs raisonnables dans cinq circonstances :

¹⁴² Art. 5(5) de la *Loi*.

¹⁴³ Voir ci-dessus aux pp. 10-11 et la note 43.

¹⁴⁴ Voir l'article 23(1) de la *Loi*.

¹⁴⁵ Art. 12 de la *Loi*.

¹⁴⁶ *Supra* note 12. Il s'agit d'une témoin de Jéhovah qui arrive à l'hôpital inconsciente, mais qui porte dans son sac à main une carte indiquant qu'elle ne veut pas de transfusion de sang.

lorsque le traitement est administré sur la foi d'un consentement apparemment valide ; lorsqu'il y a eu un refus apparemment valide ; lorsqu'il s'agit d'une situation d'urgence ; lorsque l'abstention de soins répond aux désirs du patient ou de la patiente¹⁴⁷ et lorsque le traitement est administré à une personne incapable malgré le refus de la personne qui la représente¹⁴⁸.

La nouvelle loi ontarienne en matière du consentement au traitement médical vient codifier et ajouter aux principes les plus connus de la common law. La *Loi* précise la responsabilité des professionnels de la santé, tels les médecins, en leur imposant le devoir de vérifier la capacité du patient ou de la patiente avant d'obtenir un consentement. Dans l'ensemble, il sera assez facile de s'acquitter de ce devoir. Là où le contexte est plus nébuleux, la *Loi* établit assez clairement la procédure à suivre.

En matière de consentement pour les personnes capables, la *Loi* n'ajoute pas tellement à la common law. Par contre, la *Loi* confirme à plusieurs égards l'attitude des tribunaux en faveur du droit à l'autodétermination et à l'autonomie des bénéficiaires de soins. Par exemple, il est maintenant très clair qu'un patient ou une patiente a le droit de retirer son consentement et que le consentement doit être volontaire. Le fait que les professionnels de la santé disposent dorénavant d'un texte de loi pour déterminer, de façon générale, la nature de leurs obligations dans l'administration des soins facilitera peut-être leur apprentissage des principes de droit pertinents. Par la même occasion, cette loi aidera à légitimer, en quelque sorte, les droits des patients et patientes en matière de consentement.

IX. CONCLUSION

Lors de cette étude des deux développements récents en matière du consentement à l'acte médical, notamment la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ciarlariello* et la nouvelle loi ontarienne en matière du consentement au traitement, nous avons constaté à maintes reprises que les tribunaux et le législateur accordent une importance primordiale au droit à l'autodétermination des bénéficiaires de soins. Par contre, il reste difficile de cerner concrètement ce droit de décider des individus, en raison, premièrement, de l'absence de principes juridiques en matière du caractère volontaire du consentement et deuxièmement, de l'interprétation restrictive du critère objectif modifié en matière de causalité.

Il conviendrait, en matière de consentement, de réfléchir plus longuement sur la nature des règles juridiques qui sont actuellement inadéquates pour répondre à l'état de crise auquel sont confrontés un grand nombre de patients et patientes souffrant de maladies graves. La maladie, le milieu hospitalier et la présence du

¹⁴⁷ Voir l'article 24 de la *Loi*.

¹⁴⁸ Selon l'article 25 de la *Loi*, si une personne autorisée à donner son consentement pour une patiente incapable refuse d'acquiescer au traitement, le praticien peut traiter malgré ce refus, s'il est d'avis que l'incapable éprouve des souffrances graves et que la personne qui a refusé le consentement ne s'est pas conformée à l'article 13. Cet article énumère les principes que doit respecter la personne qui se prononce au nom du patient ou de la patiente incapable.

personnel médical sont autant de contraintes qui compromettent les droits de ces personnes. Un état de vulnérabilité accru devrait inspirer une protection plus grande¹⁴⁹.

En valorisant davantage le droit à l'autodétermination, une responsabilité plus grande est imposée aux professionnels de la santé. Il leur incombe de prendre des mesures précises afin de s'assurer non seulement du consentement volontaire et éclairé à l'acte médical, mais en outre que la personne qui donne ce consentement a la capacité pour le faire et qu'elle a compris les explications médicales données¹⁵⁰. Dans le conflit entre le droit à l'autodétermination des individus et le désir de guérir des médecins, il semble donc que le premier prenne préséance sur le second.

Cette conception du rôle du praticien ou de la praticienne est qualifiée d'idéaliste, car elle ne tient pas compte du gouffre qui existe entre les règles juridiques et la pratique médicale¹⁵¹. En effet, les rares études empiriques sur la question du consentement éclairé démontrent un écart entre ce que le droit prescrit et ce que les médecins font en pratique¹⁵². Certaines études plus récentes, il est vrai, indiquent que plusieurs professionnels de la santé prennent plus de temps pour discuter de questions médicales avec leur patients et patientes¹⁵³, mais il y a encore une bonne marge entre la théorie et la pratique.

Est-ce légitime, dans de telles circonstances, d'imposer un devoir encore plus grand aux professionnels de la santé ? Pour les fins de notre discussion, prenons l'exemple des mesures proposées plus haut afin de répondre au problème de la contrainte exercée par la présence des médecins. Nous avons suggéré que les médecins se retirent pour donner au patient ou à la patiente quelques minutes de solitude et de réflexion ou la possibilité de s'entretenir de la question avec quelqu'un d'autre. Une telle mesure entraîne certains coûts, notamment pour les médecins et les hôpitaux. Certains disent d'emblée que dans un climat de restrictions budgétaires, notre société n'a pas le loisir d'accorder plus de temps et d'affecter plus de personnel

¹⁴⁹ Voir Carnerie, *supra* note 47 à la p. 77.

¹⁵⁰ Selon une étude, ces obligations sont beaucoup plus onéreuses que celles imposées aux fabricants. Voir P.H. Schuck, *Rethinking Informed Consent* (1994) 103 YALE L.J. 899.

¹⁵¹ Schuck, *ibid.* aux pp. 903-04.

¹⁵² Voir Robertson, *supra* note 2 aux pp. 438-39 ; G.B. Robertson, *Informed Consent in Canada : An Empirical Study* (1984) 22 OSGOODE HALL L.J. 139 ; Louis Harris and Associates, *Views of Informed Consent and Decisionmaking : Parallel Surveys of Physicians and the Public* dans MAKING HEALTH CARE DECISIONS, *supra* note 1, vol. 2 aux pp. 17-316.

¹⁵³ Nous avons l'exemple, dans l'arrêt *Ciarlariello*, d'une praticienne pour qui la validité du consentement de la patiente était une préoccupation. L'incertitude persistant dans son esprit concernant le consentement donné par M^{me} Ciarlariello, la D^{re} Keller a détruit la formule de consentement déjà signée et a renvoyé la patiente à l'hôpital Mount Sinai afin que la famille soit consultée. Malheureusement, les médecins agissent ainsi surtout pour éviter les poursuites en négligence. Voir Robertson, *supra* note 2 à la p. 438 où il cite les études empiriques préparées dans le cadre de l'ÉTUDE FÉDÉRALE-PROVINCIALE-TERRITORIALE SUR LES PROBLÈMES DE LA RESPONSABILITÉ ET DE L'INDEMNISATION DANS LE SECTEUR DES SOINS DE SANTÉ, Toronto, University of Toronto Press, 1990.

au traitement des malades¹⁵⁴. D'autres affirment que l'autodétermination suppose la volonté de prendre en main sa propre destinée, de se faire expliquer les risques et de prendre une décision en connaissance de cause, mais certaines études démontrent que cela ne traduit pas toujours la réalité. Dans certains cas, la personne intelligente et rationnelle préfère s'en remettre entièrement à son médecin¹⁵⁵. D'autres encore argumentent que le patient ou la patiente est rarement en mesure de faire un choix rationnel : les risques sont exagérés, les perceptions erronées. Les auteurs Mertz et Fischhoff s'expriment ainsi au sujet du consentement éclairé : « In the light of these cognitive limitations, the legal rhetoric of informed consent appears unreasonably optimistic about the ability of information alone to ensure that patients will make decisions in their own best interests »¹⁵⁶. Finalement, certains soutiennent que toutes les exigences liées au consentement sont une source de tension dans la relation médecin-patient.

Aussi légitimes que soient ces préoccupations, selon nous, il est essentiel de continuer à valoriser le droit à l'autodétermination du patient ou de la patiente et d'appuyer les mesures proposées par le législateur et les tribunaux pour faire respecter ce droit¹⁵⁷. Il convient, par contre, de prendre des démarches concrètes en dehors du contexte juridique¹⁵⁸, de façon à aider les professionnels de la santé à répondre à leurs obligations en droit et ainsi réduire l'écart entre les normes juridiques et la pratique. Les suggestions sont nombreuses. Il serait bon, par exemple, que les professionnels expliquent au patient ou à la patiente le but de la doctrine du consentement et leur obligation d'agir médicalement en conformité avec la décision positive ou négative du patient ou de la patiente¹⁵⁹. De plus, les professionnels pourraient s'assurer de la présence d'un parent ou d'un avisier professionnel lorsque le consentement à l'acte médical provient d'une personne faisant partie d'un groupe plus vulnérable, comme les personnes âgées,

¹⁵⁴ Schuck, *supra* note 150 à la p. 922, où l'auteur écrit :

Regardless of the specific payment method for health care, the cost of additional time is likely to be passed on to payors (patients, insurers, government) in some form (either higher fees, premiums, or taxes ; of fewer services or lower quality service). Informed consent discussions may also have other, more subtle effects on treatment, which are less readily measured but of equal or greater concern.

L'auteur fait ensuite allusion à la possibilité de paralysie des services cliniques.

¹⁵⁵ Voir Schuck, *ibid.* à la p. 934 et M. Brazier, *Patient Autonomy and Consent to Treatment : the Role of the Law ?* (1987) 7 LEGAL STUDIES 169 à la p. 174 où l'auteure présente les éléments du débat à ce sujet. Par ailleurs, il y a plusieurs études américaines qui démontrent que la plupart des patients et patientes veulent connaître les détails de leur traitement médical. Voir J.F. Mertz et B. Fischhoff, *supra* note 86 à la p. 342 et les études énumérées à la note 133 de leur texte.

¹⁵⁶ *Supra* note 86 à la p. 345.

¹⁵⁷ Shultz, *supra* note 53 à la p. 223, écrit :

Yet full vindication of patient autonomy interests would necessitate placing final authority regarding important decisions in the hands of any patient having the capacity and the desire to exercise it.

¹⁵⁸ MAKING HEALTH CARE DECISIONS, *supra* note 1, vol. 1 à la p. 152.

¹⁵⁹ Faden et Beauchamp, *supra* note 19 à la p. 372.

économiquement démunies, gravement malades ou hospitalisées¹⁶⁰. Plusieurs sont d'avis qu'il faudrait apprendre aux jeunes médecins à mieux communiquer avec leur clientèle¹⁶¹. Une autre suggestion est la promotion d'une relation médecin-patient fondée sur la participation mutuelle, le respect et la prise de décision en commun. Cette relation serait définie par les parties elles-mêmes et pourrait prendre plusieurs formes. Le but serait d'encourager le dialogue médecin-patient¹⁶². Dans ce même esprit, un auteur suggère l'éloignement des exigences techniques du consentement éclairé et le mouvement vers une alliance « thérapeutique » fondée sur la collaboration entre le médecin et le patient ou la patiente¹⁶³.

Il ne faut pas voir d'un mauvais œil l'importance grandissante qu'accordent le législateur et les tribunaux au contrôle de plus en plus étroit qu'une personne peut exercer sur le traitement médical qu'elle reçoit. Le débat sur la question du consentement ne tourne pas seulement autour de la notion d'autonomie, mais ouvre la voie vers le développement d'une plus grande coopération en milieu médical¹⁶⁴. Le juge Linden, après la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Reibl*¹⁶⁵, faisait remarquer que les nouveaux principes en matière de consentement pourront conduire à une meilleure communication et à un plus grand respect mutuel entre les bénéficiaires de soins et le personnel médical qui les prodigent¹⁶⁶.

¹⁶⁰ *Ibid.* Voir également Carnerie, *supra* note 47 à la p. 91. Cette auteure écrit:

[T]he mere presence of a trusted or supportive 'ally' may increase the person's confidence to question the doctor, facilitate translation of technical language, or decrease the patient's anxiety so that comprehension improves.

¹⁶¹ Voir MAKING HEALTH CARE DECISIONS, *supra* note 1 ; Schuck, *supra* note 150 et Chafe, *supra* note 3 à la p. 684. Mertz et Fischhoff, *supra* note 86 aux pp. 346-49 suggèrent qu'il faut encourager la recherche dans le domaine de la communication entre les médecins et leurs patients et patientes.

¹⁶² Cette suggestion est celle de la President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, une commission américaine qui, en 1982, s'est penchée sur tout le processus décisionnel en milieu médical. Voir MAKING HEALTH CARE DECISIONS, *supra* note 1, vol. 1 aux pp. 36-39.

¹⁶³ H. Teff, *Consent to Medical Procedures : Paternalism, Self-determination or Therapeutic Alliance ?* (1985) 101 LAW Q.R. 432.

¹⁶⁴ Brazier, *supra* note 155 à la p. 176.

¹⁶⁵ *Supra* note 2.

¹⁶⁶ Voir *White c. Turner* (1981), 31 O.R. (2^e) 773, 120 D.L.R. (3^e) 269 à la p. 290 (H.C.). Le juge Linden ajoutait que cette relation plus saine entraînerait une réduction dans le nombre des poursuites contre les professionnels de la santé.

