

ENJEUX ET DÉFIS DE LA PROFESSION NOTARIALE AU REGARD DE L'INSTRUMENTATION DES DIRECTIVES MÉDICALES ANTICIPÉES : UNE ÉTUDE EMPIRIQUE

*Audrey Ferron-Parayre et Mariève Lacroix**

Le rôle du notaire ne cesse d'évoluer, au fil des changements qui affectent l'ensemble de la société québécoise. Une expression de cette évolution s'apprécie dans l'instrumentation des directives médicales anticipées (DMA) par les notaires, possible au Québec depuis le 10 décembre 2015. Face à ce nouvel acte, plusieurs questions pratiques peuvent être dégagées. Quelles sont la nature et la teneur du devoir d'information eu égard aux importantes décisions de santé qui figurent dans les DMA ? Les notaires ont-ils une obligation spécifique de s'assurer que le client a cherché, reçu et compris certaines informations médicales pertinentes à la prise de décision qu'il s'apprête à authentifier par acte notarié ? Comment les notaires se sont-ils préparés, en amont de l'entrée en vigueur de la *Loi concernant les soins de fin de vie*, à recevoir ces nouvelles volontés anticipées ? Et en aval, quels défis rencontrent-ils dans leur pratique au regard des DMA ?

Suivant une méthodologie empirique de type qualitative, nous avons questionné la pratique et documenté les perceptions et les attitudes des notaires face aux DMA, notamment les enjeux et les besoins rencontrés dans leur pratique, de même que les solutions novatrices qui peuvent émerger. Les entretiens semi-dirigés réalisés auprès de dix notaires mettent en lumière que leurs perceptions quant à l'utilité générale des DMA sont positives, mais que leur positionnement professionnel face à cet acte apparaît plus nuancé. Également, notre recherche permet de relever l'inconfort exprimé quant aux aspects de l'instrumentation des DMA touchant plus précisément le consentement aux soins, soit l'aptitude et le devoir de conseil.

The role of the notary is constantly evolving, as society undergoes changes. One expression of this evolution can be seen in the instrumentalization of advance medical directives (AMDs) by notaries, possible in Quebec since December 10, 2015. Faced with this new act, several practical questions may emerge. What is the nature and content of the duty to inform in view of the important health decisions contained in the AMDs? Do notaries have a specific duty to ensure that the client has sought, received and understood certain medical information relevant to the decision making they are about to notarize? How have notaries prepared themselves, in advance of the coming into force of the *Act respecting end-of-life care*, to receive these new advance wishes? And downstream, what challenges do they face in their practice with respect to AMDs?

Following an empirical qualitative methodology, we questioned the practice and documented the perceptions and attitudes of notaries with respect to AMDs, particularly the issues and needs encountered in their practice, as well as the innovative solutions that may emerge. Semi-directed interviews with ten notaries revealed that their perceptions and attitudes regarding the general usefulness of AMDs are positive, but that their professional positioning regarding this act is more nuanced. Our research also reveals the discomfort expressed regarding the aspects of the instrumentalization of AMDs that relate more specifically to consent to care, that is, aptitude and the duty to advise.

* Audrey Ferron-Parayre est professeure agrégée à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa. Me Mariève Lacroix est professeure titulaire à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa. Toutes deux sont co-directrices de l'Observatoire pluridisciplinaire sur le devenir du droit privé, à Ottawa.

Cette étude a été réalisée grâce au soutien financier de la Chambre des notaires du Québec. La méthodologie de recherche, les résultats et leur interprétation sont néanmoins le fruit du travail indépendant des chercheuses, qui ne déclarent aucun conflit d'intérêts. Les autrices remercient chaleureusement M^e Kim Lambert, directrice générale de la Clinique de droit notarial de l'Outaouais, pour son aide précieuse dans la recherche documentaire.

© Audrey Ferron-Parayre et Mariève Lacroix 2024

Citation: (2024) 69:2 McGill LJ 213 — Référence : (2024) 69:2 RD McGill 213

Introduction	215
Un prologue méthodologique : questionner les notaires pour une vision ancrée dans la réalité	217
<i>A. Le devis de recherche et l'outil de collecte de données</i>	218
<i>B. Les considérations éthiques</i>	219
<i>C. Le recrutement des participants et participantes et la collecte de données</i>	220
<i>D. L'analyse des données</i>	220
I. Les soins de fin de vie et le rôle du notaire : une approche aux DMA tout en nuances	222
<i>A. La formation du notaire et la connaissance générale des DMA</i>	223
<i>B. La plus-value des DMA notariées</i>	227
II. L'aptitude, le consentement et le devoir de conseil du notaire : une évocation d'un malaise professionnel	231
<i>A. Le devoir de conseil du notaire</i>	232
<i>B. L'appréciation de l'aptitude et le consentement aux soins</i>	238
Conclusion	243

Introduction*

Le rôle du notaire ne cesse d'évoluer au fil des changements qui affectent l'ensemble de la société québécoise. Témoin privilégié de ces transformations en raison de la fonction qu'il exerce dans la manifestation, le conseil et la mémoire des moments charnières de la vie d'individus, le notaire demeure aujourd'hui un officier public dont le sujet principal est la *personne*, au-delà de ses *biens*¹. Cet engagement envers la personne s'exprime notamment dans l'instrumentation des directives médicales anticipées (DMA) par les notaires. Instaurées en vertu de la *Loi concernant les soins de fin de vie*², les DMA visent à assurer « la primauté des volontés relatives aux soins exprimées clairement et librement par une personne »³. Le régime mis en place par les DMA est venu bouleverser profondément le cadre normatif relatif au consentement aux soins qui existait jusqu'alors. Véritable « pierre angulaire » de la reconnaissance de l'autonomie de la personne⁴, le consentement aux soins permet de s'assurer qu'aucun geste pouvant porter atteinte à l'intégrité de la personne ne soit posé sans que cette dernière y consente ou, à défaut d'être apte à donner ce consentement, sans qu'une personne autorisée par la loi n'y consente pour elle⁵. Or, depuis l'entrée en vigueur du régime des DMA, toute personne a la possibilité de consentir, parfois plusieurs années auparavant, à ce que certains actes médicaux lui soient prodigués ou non⁶. Les soins dont il est ici question sont précis⁷ et ne peuvent être modifiés; ils ne trouvent application que lorsque la personne est inapte et en fin de vie, ou affligée d'une atteinte sévère et irréversible de ses fonctions cognitives.

* Les autrices tiennent à signaler que certains décalages juridiques peuvent s'observer, notamment eu égard aux développements liés aux demandes anticipées de l'aide médicale à mourir, en raison du délai entre la soumission de l'article en septembre 2023 et sa publication en décembre 2024. Les autrices n'ont pas modifié l'article lors des révisions avant sa publication.

¹ Voir généralement Mariève Lacroix, Audrey Ferron-Parayre et Kim Lambert, « La pratique notariale confrontée aux directives médicales anticipées : une “nouvelle” responsabilité pour le notaire ? » (2019) 121:3 R du N 427 aux pp 435–36.

² RLRQ c S-32.0001.

³ *Ibid.*, art 1, al 3. Pour une analyse plus complète du régime des DMA en lien avec le rôle du notaire, voir Lacroix, Ferron-Parayre et Lambert, *supra* note 1 aux pp 436 et s.

⁴ Dominique Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 7^e éd, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2022 au para 111.

⁵ Arts 11, 12, 15 CcQ.

⁶ *Loi concernant les soins de fin de vie*, *supra* note 2, art 51.

⁷ Il s'agit de la réanimation cardio-respiratoire, de la ventilation assistée, de la dialyse, de l'alimentation et l'hydratation forcées et de l'alimentation et l'hydratation artificielles (Québec, Régie de l'assurance maladie, « Exprimer mes directives sur les soins en cas d'inaptitude » (dernière consultation le 28 octobre 2024), en ligne : <ramq.gouv.qc.ca> [perma.cc/RU6L-2UKE]).

Pour être valides, les DMA doivent être rédigées par acte notarié en minute ou devant deux témoins, au moyen du formulaire prescrit par le ministre de la Santé et des Services sociaux⁸.

Dans ce contexte, l'instrumentation des DMA par les notaires soulève des enjeux particuliers. D'une part, les DMA ne constituent pas un acte juridique comme les autres, puisque leur contenu est essentiellement de nature médicale et que leurs paramètres ne peuvent être modifiés, tant sur le plan de la forme que du fond. D'autre part, il s'agit d'un document qui sera exécutoire alors que la personne est toujours vivante, mais devient inapte; ni la famille, ni même le tribunal ne pourront passer outre à ce qui est indiqué dans les DMA⁹. Au surplus, le personnel de la santé sera tenu de les appliquer. La *Loi concernant les soins de fin de vie* étant muette quant aux obligations spécifiques qui incombent aux notaires qui reçoivent des DMA, plusieurs questions pratiques peuvent émerger. Quelles sont la nature et la teneur du devoir d'information eu égard aux importantes décisions de santé qui figurent dans les DMA ? Les notaires ont-ils une obligation spécifique de s'assurer que le client a cherché, reçu et compris certaines informations médicales pertinentes à la prise de décision qu'il s'apprête à authentifier par acte notarié ? Comment les notaires se sont-ils préparés, en amont de l'entrée en vigueur de la *Loi concernant les soins de fin de vie*, à recevoir ces nouvelles volontés anticipées ? Et en aval, quels défis rencontrent-ils dans leur pratique au regard des DMA ?

Nous avons entrepris une étude en deux volets afin de nous interroger sur la mise en œuvre des DMA en tant qu'acte notarié, identifier les enjeux liés au consentement des clients, au devoir de conseil et à la responsabilité sous-jacente des notaires, et explorer les besoins, les défis et les stratégies mises en place par les praticiens pour prendre en charge efficacement ce nouvel acte. Les résultats du premier volet de cette étude, portant plus spécifiquement sur les enjeux théoriques entourant l'évaluation du consentement des clients et le devoir de conseil du notaire, ont déjà été publiés¹⁰. Le second volet de la recherche repose sur une étude empirique de type qualitative qui a été entreprise pour questionner la pratique et documenter les perceptions et les attitudes des notaires face

⁸ *Supra* note 2, arts 52, 53.

⁹ Art 15 CcQ. Dans le cas de DMA reçues par acte notarié, la seule possibilité de contestation serait l'inscription de faux (art 2821 CcQ). À l'instar du mandat de protection, les DMA deviennent exécutoires alors que la personne est toujours vivante, en revanche, le contenu exécutoire relève de la discrétion du mandataire (arts 2166 et s CcQ; Katherine Champagne, « L'avènement des directives médicales anticipées : le testament biologique et le mandat de protection sont-ils toujours utiles ? » (2016) 118:3 R du N 391).

¹⁰ Lacroix, Ferron-Parayre et Lambert, *supra* note 1.

aux DMA, notamment les enjeux et les besoins rencontrés dans leur pratique, de même que les solutions novatrices qui peuvent se dégager. Il importe de préciser que cette recherche a été entreprise avant la présentation et l'adoption, le 7 juin 2023, de la *Loi modifiant la Loi concernant les soins de fin de vie et d'autres dispositions législatives*¹¹. Elle n'a donc pas pour objectif d'analyser ou de critiquer le régime de demande anticipée d'aide médicale à mourir ayant vu le jour dans cette loi. Cependant, elle permet de mettre en lumière certains aspects de la pratique notariale au regard des DMA — à tout le moins dans la perception que les notaires interrogés en ont — qui ont certainement une pertinence pour l'entrée en vigueur prochaine des demandes anticipées d'aide médicale à mourir par acte notarié.

Afin de rendre compte des résultats de cette étude empirique, nous présentons dans un premier temps la méthodologie employée et les caractéristiques sociodémographiques de notre échantillon de participants (« Un prologue méthodologique »). Par la suite, nous présentons les résultats des entrevues, et proposons une analyse et une interprétation des données à la lumière du cadre normatif existant et d'autres études ayant été conduites dans des contextes analogues à celui des DMA au Québec. Si les perceptions et les attitudes des notaires quant à l'utilité générale des DMA et leur positionnement professionnel face à cet acte sont abordées (partie I), ils permettent de relever l'inconfort exprimé quant aux aspects de l'instrumentation des DMA touchant plus précisément le consentement aux soins, c'est-à-dire l'aptitude et le devoir de conseil (partie II).

Un prologue méthodologique : questionner les notaires pour une vision ancrée dans la réalité

Choisir d'interroger la pratique notariale nécessite de recourir à la recherche empirique. Outil précieux, celle-ci permet à la recherche juridique de « rendre compte de l'articulation des rapports entre le droit et les activités sociales »¹². Cette recherche suppose une planification et une mise en œuvre rigoureuses afin d'en assurer notamment la validité, mais également de protéger les sujets de recherche, les êtres humains qui sont appelés à y participer.

¹¹ PL 11, *Loi modifiant la Loi concernant les soins de fin de vie et d'autres dispositions législatives*, 1^e sess, 43^e lég, Québec, 2023 (sanctionnée le 7 juin 2023) RLRQ 2023, c 15.

¹² Emmanuelle Bernheim et al, « L'approche empirique en droit : prolégomènes » dans Dalia Gesualdi-Fecteau et Emmanuelle Bernheim, dir, *La recherche empirique en droit : méthodes et pratiques*, Montréal, Thémis, 2021, 1 à la p 3.

A. *Le devis de recherche et l’outil de collecte de données*

Les questions de recherche que nous avons exposées en introduction, de même que l’objectif général visant à explorer les besoins, les défis et les stratégies mises en place par les praticiens pour prendre en charge efficacement les DMA, militent pour le choix d’une méthode de recherche qualitative de type exploratoire et descriptive¹³. Nous avons fait le choix de procéder par le biais d’entrevues semi-dirigées¹⁴ afin d’interroger individuellement des notaires sur leurs pratiques, leurs perceptions et leurs points de vue en matière d’instrumentation des DMA. Ainsi, l’utilité et la portée des données recueillies et l’analyse qui en découle ne visent pas à quantifier de manière exhaustive un phénomène, mais plutôt à fournir un schéma compréhensif et explicatif de la réalité sociale — et, ici, professionnelle — des personnes interrogées¹⁵.

Dans un premier temps, il a fallu développer la grille d’entretien, c’est-à-dire la feuille de route du déroulement de l’entrevue contenant les informations générales de mise en contexte de l’étude, les questions à poser, de même que des questions de relance qui visent à préciser certaines réponses et à obtenir davantage d’informations, le cas échéant. Pour ce faire, nous avons d’abord eu recours à l’analyse de la littérature

¹³ Selon l’auteur Pierre Paillé, la recherche dite « qualitative » désigne toute étude empirique en sciences humaines et sociales répondant à cinq caractéristiques : la recherche est conçue dans une approche compréhensive, elle aborde son sujet d’étude de manière ouverte et assez large, elle inclut une cueillette des données au moyen de méthodes qualitatives, c’est-à-dire n’impliquant, à la saisie, aucune quantification elle donne lieu à une analyse qualitative des données, à l’occasion de laquelle les « mots sont analysés par l’entremise d’autres mots, sans qu’il y ait passage par une opération numérique » et elle débouche sur un récit ou une théorie, mais non sur une démonstration (*ibid*, citant « Recherche qualitative » dans Alex Mucchelli, dir, *Dictionnaire des méthodes qualitatives en sciences humaines et sociales*, 3^e éd, Paris, Armand Colin, 2009 aux pp 17–18).

¹⁴ « [L]’entretien de recherche contribue à la production d’un savoir socialement construit, qui permet “une compréhension riche d’un phénomène, ancrée dans le point de vue et le sens que les acteurs sociaux donnent à leur réalité”. [...] La technique de collecte de données qu’est l’entretien est ainsi réputée générer chez les personnes participantes une ouverture propice au partage de leur univers de perceptions et de significations » (Dalia Gesualdi-Fecteau et Laurence Guénette, « Le recours à l’entretien dans la recherche en droit » dans Dalia Gesualdi-Fecteau et Emmanuelle Bernheim, dir, *La recherche empirique en droit : méthodes et pratiques*, Montréal, Thémis, 2021, 81 à la p 83, citant Lorraine Savoie-Zajc, « L’entrevue semie-dirigée » dans Benoît Gauthier et Isabelle Bourgeois, dir, *Recherche sociale : de la problématique à la collecte de données*, 6^e éd, Québec, Presses de l’Université du Québec, 2016, 337 à la p 337).

¹⁵ *Ibid*; Johanne Clouet et Christine Morin, « Les volontés anticipées des aînés en matière de soins : regard sur leurs connaissances, leurs motivations, leurs besoins et leurs désirs » (2021) 51:2 RGD 343 à la p 364.

juridique portant sur les DMA au Québec¹⁶ afin de déterminer quels thèmes essentiels devaient être abordés avec les participants éventuels à notre étude. Dans un second temps, nous avons interrogé deux informateurs clés, des notaires ayant œuvré de près à l'élaboration et à la mise en œuvre des DMA dans le cadre de la rédaction et de l'adoption de la *Loi concernant les soins de fin de vie*. Leur perspective éclairée sur le sujet nous a permis de mieux cerner certains enjeux liés à la pratique notariale au regard des DMA et de cibler davantage les thèmes centraux qui devaient se retrouver dans notre grille d'entretien. En plus des informations sociodémographiques, telles que l'âge, le genre, le lieu et le nombre d'années de pratique, les thèmes identifiés dans la grille d'entretien sont 1) la formation sur les DMA, 2) la perception générale des DMA, 3) le devoir d'information du notaire face aux DMA et 4) l'évaluation de l'aptitude du client quant aux DMA.

B. Les considérations éthiques

Avant d'entreprendre le recrutement et la collecte de données auprès de notaires, nous avons soumis notre projet au Comité d'éthique de la recherche de l'Université d'Ottawa, qui a émis un certificat d'approbation éthique (S-04-19-1411)¹⁷. Nous avons porté une attention particulière à l'élaboration d'un processus de consentement à la recherche qui soit libre et éclairé, protéger les données recueillies en les conservant uniquement sur des ordinateurs ou des serveurs sécurisés par mots de passe, et nous

¹⁶ Voir notamment Christine Morin et Katherine Champagne, « L'aptitude requise pour rédiger des directives médicales anticipées » (juin 2016) en ligne (Référence) : Thomson Reuters Canada; Louise Bernier et Catherine Régis, « Regard critique sur le régime québécois des directives médicales anticipées comme véritable consécration de l'autonomie » (2017) 62 R générale Dr médical 35; Sarah Cain, *Une analyse des limites inhérentes au nouveau régime des directives médicales anticipées face à l'essor du droit à l'autonomie décisionnelle du patient*, thèse de maîtrise en droit et politiques de la santé, Université de Sherbrooke, 2016 [non publiée]; Champagne, *supra* note 9; Christine Morin et Marc-Antoine Rioux, « DMA et autres instruments juridiques à la portée du citoyen : quelques problématiques », dans *La protection des personnes vulnérables*, Montréal, Barreau du Québec, Service de la formation continue, Éditions Yvon Blais, 2019. Pour une étude du contexte canadien, voir Shawn H E Harmon, « Consent and Conflict in Medico-Legal Decision-Making at the End of Life: A Critical Issue in the Canadian Context » (2009) 60:1 UNBLJ 208.

¹⁷ Le certificat d'approbation éthique vise la protection de participant·es à la recherche en s'assurant de l'absence de certains risques ou mauvaises pratiques de recherche, par exemple des lacunes dans le processus de consentement libre et éclairé à la recherche, la non-confidentialité des données recueillies, ou encore le manque d'anonymat des participant·es potentiel·les. Voir Canada, Conseil de recherche en sciences humaines du Canada, Conseil de recherche en sciences naturelles et en génie du Canada et Instituts de recherche en santé du Canada, *Énoncé de politique des trois Conseils : éthique de la recherche avec des êtres humains — EPTC 2 2022*, Ottawa, 2022, en ligne (pdf) : <ethics.gc.ca> [perma.cc/VE3L-S434].

avons anonymisé les propos recueillis afin d'éviter que les participant·es puissent être identifié·es.

C. Le recrutement des participants et participantes et la collecte de données

Les participants et participantes ciblé·es pour notre étude devaient être inscrit·es à la Chambre des notaires du Québec depuis, au moins, l'année 2015 et ne devaient pas exercer leur profession au sein d'un ministère ou d'un contentieux¹⁸. Le critère de recrutement relatif à l'année minimale de pratique visait à assurer la participation de notaires qui ont vécu, professionnellement, l'implantation des DMA lorsque la *Loi concernant les soins de fin de vie* est entrée en vigueur en 2015, et qui auraient pu bénéficier des formations offertes à ce moment.

Deux stratégies de recrutement ont été mises en place. Nous avons, d'une part, lancé un appel à la participation dans le cadre d'une publication de l'infolettre de la Chambre des notaires. D'autre part, M^e Alain Roy, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et notaire, a relayé l'invitation à participer à la recherche à l'ensemble de son réseau¹⁹. Les notaires intéressé·es étaient invité·es à nous contacter pour recevoir un feuillet d'informations sur le projet de recherche, de même que le formulaire de consentement. Devant une réponse positive de leur part, une rencontre vidéo était alors planifiée sur Microsoft Teams ©²⁰. Avec le consentement des participant·es, la rencontre était enregistrée aux fins de l'analyse et le consentement verbal à participer à la recherche était également enregistré en début de rencontre. D'une durée prévue maximale de soixante minutes, les entrevues individuelles ont eu lieu en présence des deux autrices, l'une ayant le mandat de mener l'entretien et de poser les questions, alors que l'autre prenait des notes. De façon générale, les entrevues ont été plus courtes qu'anticipé, se déroulant sur une période de dix-neuf à cinquante-deux minutes.

D. L'analyse des données

Les enregistrements des rencontres ont été conservés et transcrits afin d'obtenir le verbatim des entrevues. L'analyse a reposé sur une

¹⁸ Auxquels cas les participant·es potentiel·les ne seraient pas appelé·es à recevoir, même hypothétiquement, des DMA dans leur pratique.

¹⁹ Cette dernière stratégie de recrutement a d'ailleurs été plus fructueuse. Nous tenons à remercier chaleureusement M^e Roy pour sa générosité et son implication dans le recrutement.

²⁰ Seuls les comptes institutionnels des deux autrices ont été utilisés pour ces rencontres, afin de préserver la confidentialité des données.

méthode déductive-inductive²¹. D'une part, nous avons procédé à une analyse déductive à partir des thèmes que nous avons déjà identifiés dans la littérature et à la suite des rencontres avec les informateurs clés, thèmes qui ont d'ailleurs permis la construction des grilles d'entretien. D'autre part, nous avons eu recours à une analyse inductive générale²² afin de faire émerger des thèmes nouveaux. Les propos des participant·es ont d'abord été identifiés à l'aide de codes, puis les codes ont été catégorisés afin d'en extraire les thèmes émergents. Les verbatims ont été analysés de manière indépendante par les deux autrices, puis les résultats ont été mis en commun afin de comparer leurs analyses et de proposer un résultat final concordant. Les thèmes retenus à la suite de l'analyse des entretiens présentent une saturation satisfaisante, c'est-à-dire que les mêmes thèmes se répètent dans les différents entretiens, sans que de nouveaux éléments se manifestent²³.

Au total, nous avons recruté dix participant·es qui ont donné leur consentement à participer à la recherche après avoir reçu les informations pertinentes. Aucun désistement en cours d'étude n'a eu lieu. De ces dix participant·es, nous avons interrogé neuf femmes et un homme. Par souci de concision et de confidentialité des données, nous allons donc référer aux « participantes » dans le texte de façon à ne pas indiquer systématiquement les réponses obtenues du seul participant masculin de l'étude.

Outre le genre des participantes, les caractéristiques socio-démographiques de notre échantillon sont les suivantes : l'âge moyen est de quarante-huit ans (allant de trente-deux à soixante-neuf ans); le nom-

²¹ « La démarche inductive, à l'inverse de la démarche déductive, consiste à formuler une théorie tirée directement des données empiriques fournies par la recherche. Autrement dit, alors que la démarche déductive se déroule en entonnoir, passant d'un sujet général vers des questions et des hypothèses précises inspirées d'une théorie déjà établie, la démarche inductive procède en entonnoir inversé, partant d'un sujet précis pour proposer une théorie et ainsi monter en généralité théorique » (Bernheim et al, *supra* note 12 à la p 13).

²² Voir généralement Mireille Blais et Stéphane Martineau, « L'analyse inductive générale : description d'une démarche visant à donner un sens à des données brutes » (2006) 26:2 *Recherches qualitatives* 1.

²³ Gesualdi-Fecteau et Guénette, *supra* note 14 à la p 92; Catherine Voynnet Fourboul, « Ce que "analyse de données qualitatives" veut dire » (2012) 18 :44 *R inti de psychosociologie de psychosociologie et de gestion des comportements organisationnels* 71 aux pp 77–80; Laurent Letrillart et al, « Un glossaire d'initiation à la recherche qualitative, Deuxième partie : de "Maladie" à "Verbatim" » (2009) 88 *Exercer : La R française de médecine générale* 106 (« [s]aturation (des données) : [*Angl. Saturation (of data)*] Terme théorique du développement d'une catégorie conceptuelle à partie duquel aucune propriété, dimension ou relation nouvelle n'émerge plus au cours de l'analyse » à la p 109).

bre d'années de pratique moyen correspond à vingt-et-un ans (allant de six à trente-neuf ans); sept participantes proviennent de la région mont-réalaise (cinq pratiquent sur l'île de Montréal, alors que deux se trouvent plutôt dans la couronne nord de la métropole), une de la région de l'Outaouais, une de la région du Centre-du-Québec et une de la région du Saguenay-Lac-Saint-Jean. Elles pratiquent toutes en milieu urbain plutôt que rural.

Le traitement des résultats obtenus à la suite de l'analyse thématique des entrevues est bipartite et reprend sommairement la structure des entretiens qui ont été menés avec les participantes. Il cible tantôt le rôle du notaire et son rapport professionnel tout en nuances quant à l'utilité des DMA, tantôt l'inconfort, voire le malaise éprouvé au regard de cet instrument juridique figé qui existe dans le panorama normatif québécois depuis 2015.

I. Les soins de fin de vie et le rôle du notaire : un rapport aux DMA tout en nuances

Depuis l'entrée en vigueur du régime des DMA, le 10 décembre 2015, le Registre des directives médicales anticipées compte un total de 119 016 DMA inscrites. De ce nombre, 28 468 ont été complétées par acte notarié; c'est donc dire c'est donc dire qu'un peu moins du quart (23,9 %) des DMA inscrites au Registre sont notariées²⁴. Bien que les DMA notariées ne soient pas majoritaires, on peut affirmer tout de même qu'il ne s'agit pas d'un acte marginal. Les notaires interrogées dans le cadre de notre étude ont d'ailleurs un rapport favorable aux DMA d'un point de vue social ou citoyen et au bien-fondé de l'expression de l'autonomie individuelle dans la planification de ces soins de fin de vie²⁵. Le rapport *pro-*

²⁴ Demande d'accès à l'information, Régie de l'assurance-maladie du Québec, 4 août 2022. Si l'on compare ces chiffres avec des données publiées 2017, on note que la proportion de DMA notariées sur le total des DMA inscrites au Registre est stable. En date du 30 novembre 2017, il y avait 5 750 DMA notariées sur un total de 23 801 DMA inscrites au Registre, soit une proportion de 24,2 %. Cela étant, il faut garder en tête que la proportion de DMA notariées sur le total des DMA complétées au Québec est probablement plus faible, une partie des DMA complétées devant témoins pouvant ne pas avoir été inscrite au Registre (voir Morin et Rioux, *supra* note 16 à la p 185).

²⁵ « Moi, je pense que c'est un beau document super utile, encore plus dans les années qui vont venir pour différentes raisons. Parce que les médecins, je suis persuadée qu'ils sont heureux de l'avoir quand ils peuvent s'appuyer pour arrêter leurs soins. Je pense que, pour eux, c'est un outil qui va... Plus ils vont le connaître, plus ils vont être heureux de l'avoir » (Notaire 2);

« Je suis très favorable, sauf que je trouve que c'est mélangeant dans la tête du public. » (Notaire 3);

fessionnel du notaire à l'égard des DMA apparaît néanmoins plus nuancé. Ces nuances s'expriment au regard, d'une part, de la ou des formations qui ont été offertes lors de l'entrée en vigueur du régime des DMA et de la connaissance générale du public (A) et, d'autre part, du bien-fondé ou de la plus-value de l'acte notarié pour inscrire ses DMA (B).

A. *La formation du notaire et la connaissance générale des DMA*

Si l'utilité de recevoir une formation sur le régime des DMA est énoncée par la majorité des participantes²⁶, le souvenir de la ou des formations reçues semble néanmoins flou²⁷. Une précision mérite ici d'être relevée. Une participante signale que l'information reçue en tant que citoyenne était adéquate. En revanche, à titre de notaire, les renseignements fournis semblaient insatisfaisants. Elle s'exprime ainsi : « Au point de vue, disons, si je me considère comme une citoyenne — parce que je suivais ces informations-là pas seulement à titre de notaire je les suivais pour moi personnellement—, oui. C'était de l'information pour comprendre ce que c'en était. Mais comme notaire, mon rôle, non »²⁸.

Par ailleurs, une notaire distingue de juste façon l'*instauration* des DMA de l'*application* des DMA comme suit :

« Oui, c'est... Par rapport au fédéral et tout, oui, je trouve que c'est un bon produit » (Notaire 4);

« Je pense que c'est un document d'une grande utilité. [...] Oui et je trouve toujours que c'est quelque chose de très utile. Là, je vais vous dire, je vais sortir de la question. La seule chose que je trouve compliquée, c'est la publication. [...] Je pense que c'est très pratique pour les gens en général » (Notaire 5).

²⁶ « Ce qu'il y avait sur la Chambre des notaires, c'était quand même bien résumé, oui » (Notaire 3);

« Ça avait été utile parce que je m'y réfère souvent quand je parle aux clients, pour leur expliquer que ça a été discuté avec des médecins » (Notaire 6);

« À ce moment-là, je trouvais que c'était utile parce que c'était seulement ça que j'avais. J'avais trouvé ça utile à ce moment-là, oui » (Notaire 9);

« Oui, utile, certain. Complet... On était aux balbutiements, alors c'était essentiellement de comprendre un petit peu ce qui en est et de ramener aux notaires que leur rôle n'en était pas un d'ordre médical, mais vraiment plus de récepteurs du consentement et de la vérification de l'identité et de s'assurer de ce qui en est. Donc, à cet égard-là, oui, ça avait répondu » (Notaire 10).

²⁷ « Il y a beaucoup d'eau qui est tombée... qui a coulé sous les ponts depuis le temps. C'était pas obligatoire, je pense pas, par la Chambre des notaires, mais notre bureau, nous autres, on a voulu le prendre quand même ou c'était obligatoire par la Chambre, je ne le sais plus. Il faudrait probablement vérifier auprès de la Chambre des notaires, mais je sais que nous, on en a suivi une, étant donné qu'on a quand même trente heures obligatoires à faire de formation » (Notaire 1).

²⁸ Notaire 7.

J'aurais aimé peut-être avoir plus d'informations avant l'entrée en vigueur du côté médical. Moi, mon côté juridique, je le comprends bien, mais j'aurais aimé qu'un médecin nous dise « OK, moi, en pratique, quand je reçois ça, c'est ça qui se passe ». Pendant *l'instauration*, je trouvais que c'était correct, puis après, quand ça commence à être *mis en application*, je trouve que là, on a comme un silence radio. Je pense que l'écho de l'autre bord de l'application de mon document, on n'en a pas beaucoup. Je sais que la Chambre fait de la sensibilisation auprès des médecins, mais sans plus. Moi, j'ai jamais entendu un médecin client qui m'a dit : « Je connais vraiment ton document *full pin* ! » [nos italiques]²⁹.

Certaines participantes ont ainsi soulevé des préoccupations quant à la consultation et au respect, en pratique, des DMA déposées au Registre. Leurs préoccupations rejoignent les constats établis dans la littérature, où il est noté qu'« [a]lors que la plupart des professionnels de la santé ont une attitude positive à l'égard des volontés anticipées, très peu semblent les respecter »³⁰.

Les perspectives recueillies auprès des participantes suggèrent donc que les notaires pourraient bénéficier d'une meilleure formation quant à leur rôle spécifique dans le cadre de l'instrumentation des DMA. Huit ans après l'entrée en vigueur de la *Loi concernant les soins de fin de vie* et l'instauration de ce nouvel outil, une mise à jour des connaissances et des compétences spécifiques, dans le cadre de la formation continue des notaires, semble être de mise. Au surplus, cette mise à jour et la bonification de la formation notariale pourraient s'arrimer à l'introduction des demandes anticipées d'aide médicale à mourir par acte notarié³¹ et devraient notamment veiller à intégrer une perspective médicale pratique contribuant à mieux informer les notaires du suivi effectué par les équipes soignantes dans les établissements de santé.

Certaines participantes constatent que le public et le corps médical, de manière générale, ne sont pas au fait de ce document³². Ce constat de plusieurs notaires interrogées dans le cadre de notre étude s'arrime aux observations de la Commission sur les soins de fin de vie qui concluait en 2018 à une « importante méconnaissance des DMA, autant par la popula-

²⁹ Notaire 2.

³⁰ Clouet et Morin, *supra* note 15 à la p 358; Morin et Rioux, *supra* note 16 aux pp 184–88.

³¹ *Loi concernant les soins de fin de vie*, *supra* note 2, art 29(8).

³² « Moi, je pense que c'est surtout parce que c'est méconnu du public. C'est quelque chose qui est très peu publicisé. Les gens connaissent pas ce document-là. Je l'apprends qu'il est nouveau à peu près 90 % du monde » (Notaire 2); « Je vous dirais que c'est pas la majorité. Si j'avais à le chiffrer en pourcentage, je vous dirais que c'est 30 à 40 % de mes clients » (Notaire 3); « C'est rare, la plupart des gens savent pas que ça existe » (Notaire 9).

tion que par les professionnels de la santé et des services sociaux »³³. Il concorde également avec les résultats de l'étude qualitative réalisée auprès des personnes âgées par les professeures Johanne Clouet et Christine Morin, alors qu'elles constatent que : « la plupart d'entre eux [les participants de leur étude] ignorent l'existence des DMA »³⁴.

L'une des participantes explique la connaissance déficiente de l'existence des DMA du fait que leur avènement aurait été occulté par l'aide médicale à mourir, également mentionnée dans la *Loi concernant les soins de fin de vie*. Elle précise ceci :

La plupart, je leur apprends. C'est vraiment une des problématiques et, d'ailleurs, on l'a soulevée au ministère [de la Santé et des Services sociaux]. Ça avait été, à l'époque, une problématique. L'emphase a vraiment été sur l'aide médicale à mourir quand la *Loi sur les soins de fin de vie* a été adoptée. Il devait y avoir une publicité qui soit faite de la part du ministère ou en tout cas de l'information qui tourne autour de ça. [...] La Chambre attendait que le ministère fasse un certain nombre de démarches pour s'arrimer, faire une publicité et emmener les gens à aller faire ça et, ultimement, toutes les démarches judiciaires ont fait que l'emphase a été toute sur l'aide médicale à mourir et non sur les DMA, ce qui fait que ç'a comme [passé] un peu pas mal dans le beurre³⁵.

À cet égard, en 2021, la Chambre des notaires du Québec observait cette méconnaissance des DMA par le public au Québec³⁶ et suggérait à la Commission spéciale sur l'évolution de la *Loi concernant les soins de fin de vie* de « lancer une campagne nationale d'information et de sensibilisation sur les DMA »³⁷. Dans le même sens, plusieurs participantes ont énoncé des propositions qui convergent vers une plus vaste publicité des DMA de la part de la Chambre des notaires, notamment³⁸.

³³ Commission sur les soins de fin de vie, *Rapport sur la situation des soins de fin de vie au Québec : Du 10 décembre 2015 au 31 mars 2018*, Québec, Commission sur les soins de fin de vie et Institut national d'excellence en santé et services sociaux, 2019 à la p 69.

³⁴ *Supra* note 15 à la p 399.

³⁵ Notaire 10.

³⁶ Chambre des notaires du Québec, *Mémoire sur l'aide médicale à mourir et l'inaptitude : Présenté à la Commission spéciale sur l'évolution de la Loi concernant les soins de fin de vie*, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2021 (« [d]epuis leur introduction, tous s'entendent pour dire que les DMA sont grandement méconnues et sous-utilisées » à la p 31).

³⁷ *Ibid* à la p 34.

³⁸ « Le grand défi peut-être face au public, c'est de le faire connaître. Il manque peut-être un peu de publicité, de connaissances, pis je dis public, mais je pense aux médecins aussi. Je suis pas sûre que c'est tant bien travaillé de ce côté-là, du côté médical. Je sais pas à quel point qu'eux connaissaient ce document-là et ont recours à la banque de

Enfin, la pratique habituelle des participantes à notre étude est d'inscrire la réception des DMA dans le continuum des actes notariés liés à la personne physique que sont les testaments et les mandats de protection. De manière quasi unanime, les notaires interrogées ont précisé qu'elles abordent généralement elles-mêmes, mais non systématiquement³⁹, le sujet des DMA lorsque les clients consultent pour la rédaction de leurs testaments et de leurs mandats de protection⁴⁰. Cette approche

données. Moi, je les publie tous à la banque de données via le site de l'Inforoute [notariale] et tout ça. Je sais que les clients reçoivent des lettres, ils sont super contents, ils trouvent ça super efficace et tout ça. Mais je sais pas à quel point les médecins y ont recours et je pense que ça serait important aussi ça parce que, en tout cas, ceux que je connais... » (Notaire 2);

« Bonne question ! Je pense que ça serait un beau mandat sur la Chambre des notaires, une belle future publicité, quelque chose comme ça. Je sais qu'ils sont très occupés en ce moment à montrer au public ce que le notaire fait en immobilier parce que, parfois, c'est le pain et le beurre des notaires, mais ce côté-là aussi est très important, puis je pense que la Chambre des notaires pourrait le faire » (Notaire 3);

« Ben, je sais pas si on est rendu là comme société, mais de faire de la publicité, des *flashes* ici et là. Surtout comme actuellement, on fait beaucoup de publicités sur la violence familiale, sur la violence faite aux femmes, etc. Peut-être faire des genres de publicités de ce genre-là. De faire aussi peut-être des petits pamphlets un peu ludiques que tu laisses dans les bureaux de médecins, dans les cliniques, dans les pharmacies, quand t'attends ton tour. Parce qu'il faut sensibiliser les gens parce que... Je suis convaincue — sauf pour des raisons de croyances religieuses — qu'il y a personne qui veut donner de trouble à personne quand tu n'auras plus la capacité intellectuelle ou la capacité physique de s'acharner » (Notaire 4);

« Il faudrait peut-être que ça soit plus publicisé, il y a pas grand monde qui sait que ça existe » (Notaire 5).

³⁹ « Pas systématiquement. On en parle avec les clients. Donc, au départ, c'est de faire les entrevues de testaments, de mandat, pis je vous dirais que, volontairement, je l'ai toujours séparé du reste » (Notaire 10).

⁴⁰ « Mettons que je reçois des clients, souvent on les reçoit pour testament, mandat. On a beaucoup de choses de comment ils veulent que ça se passe, notamment à travers le mandat de protection. On demande toujours de nous laisser un peu des indications de comment ils veulent leur fin de vie. Je fais toujours l'histoire : on se projette, vous avez un cancer avancé avec de l'Alzheimer, comment vous voyez ça ? De fil en aiguille... Il y a des familles, quand c'est problématique, là, je vais leur vanter beaucoup plus fortement l'utilisation de ce document-là parce que ça va éviter des conflits. Ils vont avoir eux-mêmes fait ces choix-là au lieu de laisser ça sur les épaules des autres. Je l'amène toujours à la fin de mon entrevue en leur disant que j'ai un beau document qui va compléter tout ça, je leur explique ça » (Notaire 2);

« Ça se glisse avec des testaments, mandats, souvent » (Notaire 3); « Moi, quand j'ai mes entrevues pour les testaments, les mandats en général, je parle des directives médicales anticipées comme un document qui est important pour soulager ceux qui sont là quand nous ne le sommes plus. [...] Et pourtant, me semble que c'est un document qui se marie très bien quand on a [un] client qui rentre pour avoir son dossier de protection : testament, mandat, DMA. Ça va bien » (Notaire 5); « C'est souvent abordé quand quelqu'un veut faire son testament, son mandat, ce document-là... Si les gens m'en parlent pas, je vais leur en parler, mais c'est souvent en même temps que la planification

permet d'appréhender ce document peu connu du public dans un contexte qui répond aux besoins de la clientèle, ainsi :

C'est pas compliqué, ça fait un beau trio, c'est le trio *Big Mac*. Mais les gens savent pas trop que ça existe. Je te dirais même les notaires... Je suis en train de penser à moi-même, dans les questionnaires que j'envoie aux clients pour les testaments... quand je les vois en entrevue, oui, je vais toujours parler des DMA. Mais dans les questionnaires que j'envoie, j'ai pas de questionnaire de DMA, j'ai un questionnaire testament, mandat. Il faudrait peut-être mettre juste une ligne pour dire : avez-vous pensé aux directives médicales anticipées ? Parce qu'à la fin, c'est de la vente pour nous aussi, là. Mais oui, je pense que les gens en général savent pas que ça existe et que, les notaires, on fait peut-être pas le travail nécessaire pour transmettre l'information à tous nos clients⁴¹.

De manière marginale, il peut arriver qu'une personne demande spécifiquement au notaire de préparer des DMA. Or, ce cas de figure a été rapporté par une seule participante et concernait typiquement une clientèle travaillant dans le domaine médical. Ces résultats correspondent aux données obtenues par une équipe de recherche de l'Alberta qui a rapporté que 90 % des avocats interrogés soulignaient aborder eux-mêmes le sujet de la planification anticipée des soins de fin de vie dans le cadre de leur pratique relative aux testaments ou aux mandats de protection⁴².

B. La plus-value des DMA notariées

Si l'utilité du régime instauré par les DMA fait l'unanimité auprès des participantes, nous avons vu qu'il ressort également de nos entretiens le constat d'un manque de formation pour les notaires et, plus largement, d'un manque de diffusion du régime auprès de la population québécoise. En outre, un sentiment de « vendre un service »⁴³, sinon du « sur-

du testament est faite. [...] Alors, je pense que c'est mon devoir tout autant que j'ai à parler du testament, du mandat d'inaptitude. Ce sont des documents juridiques. Il faut informer la population que ce sont des choses possibles. Ensuite, ce sera à eux de faire le choix s'ils veulent ou pas » (Notaire 8); « Non, eux, ils venaient pour les testaments. Mais c'est juste que dans ma rencontre testament-mandat, je parle du testament, je parle du mandat, je parle des DMA » (Notaire 9).

⁴¹ Notaire 5.

⁴² Nola M Ries et al, « How Do Lawyers Assist Their Clients With Advance Care Planning? Findings From a Cross-Sectional Survey of Lawyers in Alberta » (2018) 55:3 *Alta L Rev* 683 à la p 688 [Ries et al, « How Do Lawyers Assist Their Clients? »]. Dans le même sens, tous les participants de l'étude de Johanne Clouet et Christine Morin ayant complété des DMA l'avaient fait de pair avec un mandat de protection (voir *supra* note 15 à la p 369).

⁴³ « Notre bureau, on n'en fait pas plus que ça, pis on le fait pas plus que ça malheureusement parce qu'on sait pas comment vendre ça. [...] C'est juste que là, on dirait

mesure »⁴⁴, se dégage des entrevues. Il entraîne un questionnement analogue sur les honoraires à charger pour procéder à des DMA notariées. En effet : « Payer pour ça, à combien qu'on évalue ça ? Nous, c'est sûr que ça nous donne du travail. On a un acte authentique, on doit émettre une copie conforme, on a la garde. On peut pas non plus charger 50 \$ pour ça, donc on a quand même du travail là-dessus. Ça fait que des fois, c'est quoi le juste prix là-dessus ? »⁴⁵ Une proposition d'imposer un tarif a été avancée comme suit : « Comme je vous dis, peut-être aussi mettre un tarif et que ça soit fait notarié. Parce que je pense que ça sert pas les clients de faire ça [...] Mettez un tarif fixe qui est abordable. Les gens sont capables de payer plein de choses »⁴⁶.

Néanmoins, cette impression de vendre un produit se dissipe parfois avec le temps, comme en témoigne une participante ainsi : « Je sais que quand j'étais jeune notaire — et c'est peut-être le cas des jeunes notaires d'aujourd'hui —, j'étais mal à l'aise de vendre un produit. Alors que maintenant, je le vois comme une responsabilité. C'est pas une question d'honoraires, c'est une question de protection et j'en profite pour parler des DMA »⁴⁷.

qu'on n'a pas le... pour le vendre nécessairement. J'en parle, les gens sont : « Ah ouais ! » Je leur donne le dépliant acte notarié, mais je leur dis : « Vous avez pas besoin de moi finalement. Je vous explique tout, la RAMQ va vous l'envoyer aussi, c'est gratuit. Si vous avez besoin vraiment d'aide, rappelez-moi ». C'est ça, je suis mauvaise vendeuse. Mais c'est important, j'en parle tout le temps. [...] Je sais pas combien de notaires sont à l'aise à les faire et je sais pas comment ils en font par année, les notaires. Peut-être qu'ils sont là pour vendre ça, je sais pas » (Notaire 1);

« Aussi peut-être le côté marketing. Il y en a qui voient ça aussi : tu peux vendre un document de plus, tiens, toi ! » (Notaire 2).

⁴⁴ « C'est sûr que moi, effectivement, je vendais du sur-mesure » (Notaire 4).

⁴⁵ Notaire 1. La même participante ajoute également : « Expliquer c'est quoi la différence entre un mandat de protection et les directives médicales anticipées, c'est la seule valeur qu'on [a] par rapport à ça, mais par rapport au processus et payer pour ça, je suis même pas à l'aise de facturer, on dirait. Je peux pas répondre à aucune question. C'est cocher des cases ».

⁴⁶ Notaire 6.

⁴⁷ Notaire 6. Voir aussi :

Pourquoi je chargerais un client ? Il y a aucune différence. Je leur dis : « ça serait plus... C'est ce que j'ai compris, ce que j'en ai déduit, ça serait plus votre médecin si vous avez des questionnements ». Moi, tout ce que je vais faire, je vais le prendre et il va s'enregistrer de toute façon au même endroit. Donc, je leur dis : « Moi, de vous charger des honoraires... Moi, sincèrement, je trouve que c'est pour rien ». Moi, je suis à 200 \$ de l'heure, même si c'est juste remplir un formulaire dans le fond, il faut que je rencontre le client. Quand on l'a fait, c'est qu'on leur envoyait la brochure et là, on leur faisait... On leur donnait le site, mais souvent, je leur envoyais la brochure avec le site. On leur faisait parvenir le projet de l'acte : « Regardez-le et revenez-

L'avantage, voire la « plus-value »⁴⁸, de procéder aux DMA par acte notarié n'apparaît donc pas de façon probante, d'autant qu'il est possible de remplir le même formulaire mis en ligne par la Régie de l'assurance maladie du Québec (RAMQ) sans déboursier de frais⁴⁹. Les seuls bénéfices énoncés par les participantes portent sur la difficulté de contester un acte notarié en raison de son caractère authentique⁵⁰, ainsi que sur la conservation, la copie et la publicité des DMA notariées⁵¹. Par exemple, une participante illustre ainsi le rôle du notaire en matière de protection juridique de l'acte qu'il signe : « Vous parlez à un notaire, donc on va se rap-

nous avez vos réponses de soins : je consens, je refuse ». Remarque, j'ai jamais été dans la situation de répondre... C'est souvent : « Je refuse, je refuse, je refuse ». Ça nous revenait. Quand je les rencontrais, je leur disais : « Vous avez tout lu, vous avez tout compris ? ». Ils me disaient « oui ». J'ai pas été confrontée à vraiment répondre, mais j'aurais pas été à l'aise si on m'avait demandé. Et écoute avec comment ça se passait, je me disais : « Je charge à des clients... Je suis en train... » J'aime pas ça dire le mot voler, c'est peut-être gros. Mais le temps qu'ils sont assis dans mon bureau, je ne fais pas autre chose, mon adjointe qui doit prendre tout ça, on appelle ça faire des copies, etc., faire parvenir. On finissait sûrement qu'on chargeait sûrement minimalement 300 \$. Donc 300 \$ pour remplir un formulaire... (Notaire 7).

⁴⁸ « Mais au niveau unilatéral comme ça, surtout quand ça touche au médical, je vois pas la plus-value de l'acte notarié là-dedans » (Notaire 3).

⁴⁹ L'absence de plus-value de l'acte notarié est également soulevée dans la littérature s'étant intéressée à la perspective des citoyens. Ainsi, les personnes interrogées par Clouet et Morin dans le cadre de leur étude sur les volontés anticipées des aînés « ont mentionné qu'à leurs yeux, les DMA notariées n'offraient pas de plus-value, et qu'elles n'avaient pas réfléchi à la possibilité de consulter un notaire, ou encore n'avaient pas pris le temps d'en contacter un » (*supra* note 15 à la p 369).

⁵⁰ Une nuance sur l'absence de contestation judiciaire est formulée comme suit :

Je le sais bien que l'acte notarié est difficilement contestable, c'est un acte authentique, tout ça. Je veux bien croire à l'authenticité et à cette force de l'acte authentique là au niveau d'un contrat entre deux parties, mais à ce niveau-là, un document unilatéral pour des soins de santé... En quoi ça pourrait être contesté ? Oui, bon, ça pourrait être contesté par la famille au moment opportun, mais je vous dirais... J'ai été étudiante dans un cabinet en droit médical quand j'étais plus jeune. C'est sûr, même quand on parle au client de non-acharnement thérapeutique, tout ça, il faut toujours comprendre qu'on a beau le prévoir à l'avance, s'il y a quelqu'un qui conteste, les professionnels de la santé ont une certaine responsabilité, ils veulent pas être poursuivis par la famille, ils vont plier. Comme je pourrais dire ça ? On a beau prévoir à l'avance, on n'est pas sûrs que ça va être respecté. Selon moi » (Notaire 3).

⁵¹ « L'acte notarié, on explique au client. Donc, s'il le signe en ligne, il n'a aucune explication. Ça se remplit facilement, il faut dire. La publication, la conservation... Le client, peut-être qu'il va le signer et le garder quelque part où est-ce que personne va le trouver, le perdre... Donc, conservation et copie, émission de copie, publicité, etc., donc c'est là que je vois la plus-value » (Notaire 5).

pele que le notaire, comme officier public, donne une présomption de la capacité et du consentement libre et éclairé et de l'identité »⁵².

Au-delà du caractère authentique des DMA notariées et de la difficulté de les contester, la littérature souligne également un aspect singulier des DMA qui mériterait d'être soigneusement expliqué par le notaire : la primauté absolue des volontés exprimées dans les DMA, nonobstant la date de leur signature et la présence d'autres documents juridiques similaires qui pourraient être signés subséquemment, notamment le mandat de protection⁵³. Christine Morin et Marc-Antoine Rioux notent, par exemple, les contradictions potentielles entre des DMA qui viseraient à refuser des soins et une clause de mandat de protection qui aurait pour objectif de maintenir une personne en vie « jusqu'à ce qu'il se soit écoulé le délai nécessaire pour maximiser le rendement financier de toute indemnité en cas de décès prévue dans toutes polices d'assurances maladies graves »⁵⁴. En pareil cas, peu importe que le mandat de protection ait été signé après les DMA, ces dernières ont priorité et court-circuitent la protection financière souhaitée par le mandat de protection. Ces aspects juridiques des DMA, qui entraînent des répercussions névralgiques sur les soins, mais aussi sur le patrimoine des personnes qui les complètent, n'ont toutefois pas été soulevés par les participantes de notre étude. Ils illustrent pourtant la complexité des conséquences potentielles des DMA et participent à la plus-value des conseils juridiques que peuvent offrir les notaires dans la complétion des DMA. Une mise à jour de la formation notariale gagnerait à insister sur cet aspect essentiel de la portée juridique des DMA, pourtant passé sous silence par les participantes de notre étude.

Une participante discute longuement de son rôle de notaire confronté au formulaire contenant les DMA. Il importe de reproduire la teneur de ses propos, qui exposent de façon symptomatique les limites des connaissances médicales qu'un notaire peut détenir, comme suit :

Mon rôle de notaire, donc, au départ, je me disais : « *My God*, c'est un formulaire ». Et puis, ensuite de ça, c'était... On nous dit, dans le fond, notre rôle un peu de s'assurer que la personne a bien compris. Dans le fond, on coche un peu : je refuse, j'accepte, je refuse, j'accepte. Mais qu'elle ait bien compris le document qu'elle signe et tout ce que ça implique? Là, je me sentais comme notaire, non, je ne

⁵² Notaire 10.

⁵³ Morin et Rioux, *supra* note 16 aux pp 178, 189–90. En date du 18 septembre 2023, une recherche sur CanLII n'indique aucune décision concernant la contestation de DMA (notariées ou non), dont on douterait de la validité ou des DMA qui seraient contradictoires avec des documents juridiques rédigés postérieurement.

⁵⁴ *Ibid* à la p 178, référant à la clause type du modèle de mandat de protection pour les cas d'assurances maladies graves du Logiciel Para-maître, 2016.

suis pas une juriste, *me semble que c'est plus un médecin qui pourrait lui faire part de toutes...* J'étais pas confortable et je le suis toujours pas. Je comprends qu'on n'est pas supposé leur dire : « Faites-le ou pas ». Mais on est supposé... dans le fond, le plus notarié, ce serait pour s'assurer qu'ils ont bien compris ce qu'ils signent et pour qu'ils comprennent bien ce qu'ils signent, il faudrait que j'en sache plus. Je comprends « dialyse », c'est quoi. Toutes les sortes de soins, je comprends un peu quand on les refuse, *mais je trouve que c'est très médical. Là, c'est sûr que la personne...* Où s'arrête notre rôle quand elle dit... La Chambre des notaires dit : « Assurez-vous qu'elle a bien lu la brochure ». On avait deux trucs qu'on pouvait leur donner. C'est beau. De m'assurer qu'elle l'a bien lue et de m'assurer qu'elle comprend bien, ça peut aller. C'est quoi, mon rôle ? Elle peut bien me dire : « Oui, je l'ai lue, je comprends tout ». En même temps, je me sens pas confortable d'avoir eu une réponse affirmative sans poser d'autres questions, mais si je veux aller plus loin, j'ai pas les connaissances pour dire : « Vous comprenez la dialyse, vous comprenez ce que ça veut dire quand vous refusez tel soin, tel soin ? ». *Je trouve que c'était médical.* Donc, je trouvais que mon rôle qui était... On ne parle plus que le contenu d'acte — qui est dans le formulaire, on parle de sa compréhension que comme je vous dis moi-même, comme personne citoyenne, je l'ai pas encore rempli ! [Rires] Je l'ai de sorti, donc je peux facilement comprendre le client. C'est ça, ma grande... On dirait que notre rôle... *C'est toujours notre rôle quand quelqu'un signe quelque chose, de vérifier sa capacité, mais de vérifier si c'est bien ce qu'elle veut, je ne suis pas confortable à bien évaluer si c'est vraiment ça que la personne veut* [nos italiques]⁵⁵.

La nature médicale de l'information à transmettre au client semble trop technique ou pointue pour que la notaire ait l'impression que son service est bien rendu et contribue peut-être à la perception rapportée dans notre étude, et dans celle des professeures Clouet et Morin⁵⁶, que l'acte notarié offre une faible — voire aucune — plus-value par rapport au formulaire de la RAMQ. Plusieurs participantes ont discuté ainsi de leur devoir de conseil qui semble constituer le nœud gordien du malaise professionnel ressenti face aux DMA.

II. L'aptitude, le consentement et le devoir de conseil : une évocation d'un malaise professionnel

L'objet et la portée des DMA sont intrinsèquement médicaux; les directives visent à consentir ou à refuser, en amont, des soins spécifiques qui pourraient être proposés par l'équipe traitante dans certaines situa-

⁵⁵ Notaire 7.

⁵⁶ Clouet et Morin, *supra* note 15 à la p 369.

tions cliniques de fin de vie⁵⁷. De ce fait, il se dégage un inconfort chez les participantes du fait qu'elles ne se sentent pas bien outillées ou compétentes pour recevoir des DMA⁵⁸. Un tel inconfort se rapporte principalement au devoir de conseil (A) et, dans une moindre mesure, à l'appréciation de l'aptitude du client et de son consentement libre et éclairé (B).

A. *Le devoir de conseil du notaire*

La plupart des participantes expriment un sentiment de malaise au regard du contenu des DMA, formulé notamment en ces termes : « Au niveau médical, je sais que la Chambre des notaires nous a très bien dit qu'on n'a pas le droit de répondre à aucune question médicale. C'est normal, je suis pas médecin et on veut pas s'enligner là-dedans non plus. C'est peut-être pour ça notre *malaise* face à ça » [nos italiques]⁵⁹. Et encore : « Malgré tout, je sais qu'il y a encore des notaires dans notre regroupement qui ont encore un certain *malaise* à le diffuser » [nos

⁵⁷ Les soins et les situations cliniques visés sont prévus au formulaire, adopté par arrêté ministériel en vertu de l'article 52 de la *Loi concernant les soins de fin de vie* (*supra* note 2). Les situations cliniques visées sont la fin de vie ou l'affectation sévère et irréversible des fonctions cognitives de la personne. Quant aux soins, il s'agit de la réanimation cardio-respiratoire, de la ventilation assistée par un respirateur, de la dialyse, de l'alimentation et de l'hydratation forcées, et de l'alimentation et de l'hydratation artificielles (voir Lacroix, Ferron-Parayre et Lambert, *supra* note 1 à la p 438).

⁵⁸ Le terme « outillé » ou autre référence à des « outils » a été prononcé à 10 reprises, par quatre participantes différentes :

« Je me sentais pas prête à faire ce genre de document là, peu *outillée* à ce moment-là. [...] Là, c'est sûr que moi, je me sens moins *outillée* au moment... [...] Moi, je me sens moins *outillée*. [...] Le contre ballant, c'est peut-être le côté-conseil que je suis moins... que je me sens moins *outillée*. [...] Si j'étais *outillée*, que je sentais que mon devoir de conseil, il est complet, c'est sûr que l'acte notarié, comme le testament, les mandats de protection ou tout autre acte, c'est sûr que sa force probante donnerait de la force à tout ça encore plus que si c'est signé juste devant un médecin. [...] “Mais c'est ça, j'ai plus de misère à l'expliquer et de toujours ramener à ma réponse qu'il me manque peut-être *d'outils* de l'autre de bord, de dire aux clients : oui, quand tu coches ça, quand tu me dis ça, je vais l'écrire comme ça et de l'autre bord, c'est ça qui se passe” (Notaire 2);

« Et aussi nous *outiller* comme notaire. Parce qu'on l'est pas. Je pense que cette formation-là des notaires passe par le niveau médical » (Notaire 3);

« Comme je me sens pas que je peux leur donner de l'information, je me sens pas *outillée*, il y a la question honoraires. [...] Si j'avais apporté quelque chose de plus comme je vous dis, si j'avais été assez *outillée*, je me dis : “Ils sont venus chercher ça de moi” » (Notaire 7);

« D'autant plus que je pense que si ça, c'est bien maîtrisé, bien mis en place et que les notaires sont confortables, quand on avancera dans l'autre direction, vers peut-être des ajouts pour l'aide médicale à mourir, on sera d'autant mieux *outillés* pour faire face à ces ajouts-là » (Notaire 8).

⁵⁹ Notaire 1.

italiques]⁶⁰. Le rôle du notaire apparaît, ici, réduit devant le contenu limité⁶¹, arrêté⁶² et « figé »⁶³ du formulaire correspondant aux DMA, par comparaison au mandat de protection, notamment.

Des participantes signalent à plusieurs reprises que les DMA font davantage appel à des connaissances médicales⁶⁴ :

C'est un volet plus médical que juridique. Dans ma tête à moi, j'aurais peut-être aimé être formée plus sur l'aspect médical. Je dis pas que je veux être formée comme un médecin, mais j'aurais aimé ça, avoir cet aspect-là dans ma pratique. Je me sens pas confortable, je me sens pas compétente pour expliquer ça aux clients ?⁶⁵.

Lors des récentes consultations de la Commission spéciale sur l'évolution de la *Loi concernant les soins de fin de vie*, la Chambre des notaires du Québec a émis des propositions concernant les demandes an-

⁶⁰ Notaire 8.

⁶¹ « Ce que j'ai cru comprendre, c'est que le fameux formulaire a *limité* à certains soins, alors que la loi, c'est de *limiter* pas qu'à ces soins-là. C'est comme quand ils ont fait leur... leur formulaire, ils sont comme venus par formulaire dire : "Voici les soins". Et on peut pas en ajouter. Nous autres, on nous a dit : "Tu touches à rien". Il y a ça que je me dis : "Comment ça se fait que ça a fini juste avec ces soins-là et c'est pas nécessairement ça qui était prévu au départ ? Il y avait juste ça qui me titille" » [nos italiques] (Notaire 7).

⁶² « Aussi parce qu'il faut quand même informer la RAMQ que c'est fait, donc l'acte est protégé. Parce que, au niveau... C'est comme un formulaire d'hypothèque de la Caisse populaire, on peut pas déroger. Donc, les directives médicales anticipées, on peut pas déroger, on peut pas inventer rien et broder » (Notaire 4); « C'est un formulaire qui, en principe, non, on peut pas le modifier » (Notaire 5).

⁶³ Tandis que ça, on est vraiment dans un formulaire *figé*, ils nous demandent de pas y toucher. Et je comprends ça parce que les médecins de l'autre bord, ils en ont besoin comme ça. Ça été négocié et je suis parfaitement à l'aise. Mais c'est ça, j'ai plus de misère à l'expliquer et de toujours ramener à ma réponse qu'il me manque peut-être d'outils de l'autre de bord, de dire aux clients : oui, quand tu coches ça, quand tu me dis ça, je vais l'écrire comme ça et de l'autre bord, c'est ça qui se passe » [nos italiques] (Notaire 2).

⁶⁴ La compréhension adéquate des situations cliniques visées, par exemple, peut poser certaines difficultés pour les notaires. À titre d'illustration, une participante propose d'élargir le champ d'application des DMA aux accidents vasculaires cérébraux (AVC) :

C'est sûr que je leur dis aussi : « Vous savez, il y a seulement trois situations. Il y a des situations qui sont pas couvertes ». Par exemple, le traumatisme crânien est pas couvert, les AVC sont pas couverts. Il y a d'autres situations qui peuvent faire en sorte qu'ils sont pas couverts. À ce moment-là, c'est le mandat qui s'applique ou la loi pour le consentement aux soins (Notaire 9).

Or, si l'AVC cause un coma ou un état végétatif permanent, la condition clinique du client/patient tombera sous le régime d'application des DMA. Ainsi, les DMA ne visent pas tellement les diagnostics, mais plutôt les conséquences de ces diagnostics (et leur évolution) sur l'état général de la personne.

⁶⁵ Notaire 3.

icipées d'aide médicale à mourir. L'une de ces propositions est « d'offrir à tout notaire désireux d'instrumenter ce type d'acte [la demande anticipée d'aide médicale à mourir], une formation portant sur les sujets médicaux en cause et particulièrement sur les éléments psychologiques de base »⁶⁶. À la lumière des résultats de notre étude, et tel que précédemment suggéré, il semble que ce type de formation sur le contexte médical propre aux DMA soit également nécessaire. Il est difficile d'apprécier, selon les entretiens que nous avons menés, dans quelle mesure les composantes médicales des DMA ont été suffisamment décrites, expliquées et imaginées lors des formations initiales sur ce nouvel acte. Néanmoins, il apparaît clairement que la majorité des participantes à notre étude expriment un besoin d'information ou de mise à jour sur ces aspects.

Par ailleurs, devant ce manque d'expertise sur les questions médicales, des participantes proposent à leur clientèle une rencontre ou une consultation médicale au préalable, laquelle pourra répondre aux questions plus techniques :

Bien sûr, moi, je leur dis que je peux les aider au niveau juridique. Au niveau médical, c'est la raison pour laquelle je suis pas confortable que la personne prenne une décision tout de suite. Je leur dis : « Prenez le temps de regarder le document. *Si vous avez des questions au niveau médical, informez-vous auprès d'un professionnel de la santé* ». Moi, c'est important parce que c'est quelque chose pour laquelle je peux pas répondre. Malgré que le document qu'on leur donne est complet. On leur explique un petit peu *grosso modo* ce qu'est la réanimation cardio-respiratoire, la dialyse. *Mais il en reste pas moins que s'ils ont des questions plus pointues, on les invite à les vérifier avec le médecin, le pharmacien, un professionnel de la santé* [nos italiques]⁶⁷.

Une telle affirmation est réitérée à quelques reprises comme suit : « Quand c'était trop pointu par rapport à l'aspect médical ou psychologique, de peut-être en parler plus avec son médecin ou son thérapeute ou quelque chose du genre. Moi, oui, j'étais réceptive, mais je comprenais déjà ça. J'allais pas plus loin que ce j'étais capable de livrer »⁶⁸. Ou encore : « Ça ne m'est pas arrivé d'avoir des questions trop pointues au niveau médical. Et si ça avait été le cas, je les aurais référés au médecin parce que c'est pas mon expertise. Je sais pas si j'avais été une infirmière devenue notaire, j'aurais été plus habile à répondre, mais j'aurais pas répondu »⁶⁹. Et enfin : « C'est sûr que tant les DMA, pour donner de l'information plus médicale ou constater qu'une personne est apte ou pas,

⁶⁶ Chambre des notaires du Québec, *supra* note 36 à la p 21.

⁶⁷ Notaire 8.

⁶⁸ Notaire 4.

⁶⁹ *Ibid.*

c'est pas du tout dans notre champ de compétence, donc on va référer ça aux professionnels et c'est important de le faire, tant au niveau du DMA que des autres documents »⁷⁰.

Une participante signale la possibilité d'être jumelée à un médecin ainsi :

Comme je vous dis, je suis ambiguë. Je trouve ça bien qu'on ait pensé à nous, *mais on dirait qu'on n'est pas le bon juriste, ou il faudrait être jumelés avec le médecin*. Comme dire : « Vous allez voir votre médecin, posez cette question-là à votre médecin ». Moi, j'ai dit à des clients, puis même parfois même je suis obligée de vous dire... J'en parle toujours — je sais pas si vous avez une question là-dessus, j'en parle toujours à chaque client que ça existe, il y a pas une fois où j'en parle pas. Mais je ne donne pas d'opinion. Je leur dis : « Vous irez voir, c'est une question de cas par cas » [nos italiques]⁷¹.

Certaines précisent qu'une attestation médicale pourrait être jointe aux DMA en ces termes : « J'aurais aucune difficulté, moi, à avoir une note médicale que je brocherais à mon acte notarié pour montrer que j'ai pris la peine de revérifier. C'est *bulletproof* après. Qui va vouloir l'attaquer ? J'ai un joker dans ma manche »⁷².

Cet inconfort ressenti par les juristes à l'égard des aspects médicaux inhérents aux DMA est également documenté dans d'autres contextes. Dans l'étude albertaine portant sur la planification anticipée des soins de fin de vie par les avocats, par exemple, près de la moitié des participants interrogés ont exprimé un certain degré d'inquiétude face à leur propre manque de connaissances médicales⁷³. Par ailleurs, la recherche effectuée jusqu'à maintenant sur les préférences et les besoins des patients qui choisissent de rédiger des DMA, sous diverses formes et dans différents pays, souligne l'apport que les connaissances et l'expertise des professionnels de la santé revêtent dans ce processus. Cependant, les études indiquent également qu'un élément central de ce processus réside dans la *confiance*. Effectivement, les conseils d'un professionnel de confiance qui

⁷⁰ Notaire 8.

⁷¹ Notaire 7.

⁷² Notaire 10. Voir aussi Notaire 3 (« [m]oi, comme professionnelle du droit, je me sentirais beaucoup plus à l'aise de recevoir un tel acte d'un client quand j'ai un avis médical au dossier »); Notaire 7 (« [m]ais je voudrais pas, moi, répondre aux questions qu'ils ont. Moi, je voudrais juste m'assurer — justement, ça serait une bonne chose... Quand on dit : "Il faut que tu t'assures qu'elle ait bien compris". Quand la personne, elle vient, elle signe ses trucs et elle dit : "Oui, oui, j'ai bien compris". C'est vrai qu'avec un truc de médecin, je dirais : la bonne personne lui a donné les bonnes informations »).

⁷³ Ries et al, « How Do Lawyers Assist Their Clients? », *supra* note 42 à la p 691.

connaît la personne et son historique médical sont valorisés⁷⁴. Or, dans le contexte québécois où plus de 800 000 personnes sont toujours en attente d'un médecin de famille⁷⁵, et où l'accès aux médecins de famille n'est pas toujours simple, même pour ceux qui en ont un⁷⁶, il y a lieu de s'interroger sur les obstacles systémiques que peuvent rencontrer les clients qui sont dirigés vers un médecin pour obtenir plus d'information sur les DMA.

Afin que le devoir de conseil soit adéquatement rempli, certaines notaires discutent de la nécessité d'être proactives. À l'appui, elles n'hésitent pas à discuter avec des professionnels de la santé, ainsi qu'à lire des documents complémentaires pertinents. Elles précisent ce qui suit : « À force de lecture, je dirais, à votre de discussion avec des confrères. Puis j'ai parlé avec des amies infirmières de ça, des amis ambulanciers. J'ai parlé à des pharmaciens. Des médecins, ça m'a pas adonné, les médecins, mais j'ai essayé de trouver de l'information directement [sur] comment eux l'appliquent. Mais tsé, ça demeure du ramassis »⁷⁷. Et encore :

J'ai fait mes propres recherches. Je suis allée lire les documents. Il y a des documents d'accompagnement : « Vous déclarez que vous avez lu l'article tel de je sais pas quelle loi ». Je suis allée lire les documents dont ils parlaient, j'ai fait mes recherches à moi pour essayer d'appriivoiser les documents. Il n'est pas très compliqué si on lit les articles de loi qu'ils mentionnent. L'avantage que j'ai, c'est que j'ai beaucoup de clients médecins. Donc discuter en long et en large avec les clients quand on les faisait⁷⁸.

Dans la même veine, une notaire a décidé de créer un blogue pour retransmettre une information vulgarisée, comme suit :

J'ai comme fait un petit guide pour expliquer un petit peu c'est quoi, qui vulgarise un petit peu. J'ai un article de blogue qui en parle sur mon site Web que peut-être je pourrais leur dire de le lire. Mais... Je leur fais cocher ce qu'ils veulent. Un peu comme les vraies DMA, ils ont comme un petit formulaire. C'est récent, que je fais ça. Juste pour qu'ils puissent en prendre connaissance. Mais c'est sûr que... Peut-être que je devrais ajouter : « Pour toutes questions tech-

⁷⁴ Joshua A Rolnick et al, « Patients' Perspectives on Approaches to Facilitate Completion of Advance Directives » (2019) 36:6 Am J Hospice & Palliative Medicine 526 à la p 530; Matthias Becker et al, « Did you Seek Assistance for Writing your Advance Directive? A Qualitative Study » (2010) 122:21/22 Wiener Klinische Wochenschrift 620 aux pp 623-24.

⁷⁵ Nahila Bendali, « *La Vérif* : y a-t-il vraiment plus de Québécois qui ont accès à un médecin ? » (1 septembre 2022), en ligne : <ici.radio-canada.ca> [perma.cc/9S6W-77YT].

⁷⁶ Élisabeth Fleury, « Des médecins de famille difficiles d'accès, même si on est inscrit à une clinique » (24 août 2022), en ligne : <lesoleil.com> [perma.cc/CMV8-V7BR].

⁷⁷ Notaire 2.

⁷⁸ Notaire 5. Voir aussi Notaire 9 (« [q]uand j'avais des clients médecins ou des clients dans les soins de santé, j'en profitais pour poser mes questions »).

niques, parlez-en à votre médecin ». J'ai vulgarisé au maximum, j'ai posé des questions à mes amis pour voir : « Est-ce que ça peut être vulgarisé d'une meilleure façon, comme c'est quoi, les soins »⁷⁹ ?

Se greffent au devoir de s'informer l'« expérience de vie » et l'entourage familial composé de professionnels de la santé pour certaines notaires. À ce sujet, une notaire expose sa situation en ces termes :

Peut-être pas parce que le fait que j'aie l'âge que j'ai, que j'aie plus d'expérience que j'en avais. Je l'ai vécu aussi, ma belle-mère a eu des problèmes cognitifs, donc je sais en théorie, comme notaire, mais en pratique aussi. J'ai un frère qui est médecin et on en discute beaucoup. J'ai lu aussi. Tout ce que j'envoie à mes clients, je l'ai lu moi-même. Donc, et ça m'intéresse personnellement. J'ai fait mes directives médicales anticipées et j'ai coché que je refusais tout, donc je sais de quoi je parle. Ceci étant dit, c'est pas bon pour tout le monde, mais le sujet m'intéresse donc j'ai pas nécessairement besoin de plus. C'est sûr que si une formation est offerte supplémentaire, je vais aller la suivre. Si je peux améliorer ma compréhension de tout ça, c'est sûr que je vais le faire⁸⁰.

Au surplus, le type de clientèle — composée ou non de membres du corps hospitalier⁸¹ — et son degré d'éducation⁸² ont été relevés par certaines notaires. Notamment, l'une d'elles affirme ceci :

Je vous dirais que j'ai une collègue qui en reçoit beaucoup plus que moi, une collègue qui a une grosse clientèle de pharmaciens, [de] médecins. Ces gens-là sont très au fait et ils sont très confortables pour aller de l'avant et le faire. De mon côté, moi, j'ai plus une clientèle de personnes âgées. [...] C'est plus favorable du côté des gens qui sont en médecine, pharmacie. On dirait qu'ils sont plus au fait. D'autres clientèles, ils vont plus aller vers le formulaire⁸³.

Enfin, la question du délai à considérer dans les informations transmises par la notaire pour stimuler les réflexions du client est abordée par certaines, comme suit : « J'envoie l'information, prenez le temps d'y réfléchir, discutez avec votre médecin »⁸⁴. Dans le même sens : « Je vais envoyer l'information, prenez le temps de [la] lire. C'est sérieux, c'est im-

⁷⁹ Notaire 9.

⁸⁰ Notaire 6.

⁸¹ « Et je vais vous faire une confidence : les seules DMA que j'ai reçues depuis que c'est sorti, c'est des clients médecins, donc qui savaient dans quoi ils s'embarquaient parce que moi je me sentais pas à l'aise de commencer à jouer là-dedans » (Notaire 3).

⁸² « C'est récurrent, ma clientèle, pis j'ai la chance d'avoir une clientèle qui est assez éduquée, donc c'est facile pour moi quand même de l'expliquer. Si je vois que la personne ne comprend pas ou ça l'intéresse pas, je veux dire, je pousserai pas là-dessus » (Notaire 6).

⁸³ Notaire 8

⁸⁴ Notaire 6.

portant. Moi, je les ai faites [les DMA]. Je les rassure quand même avec le fait que c'est pas juste bon pour les autres »⁸⁵. Enfin, l'importance d'accorder un délai de réflexion aux clients est nettement signalée ainsi :

On le faisait toujours en deux rencontres, je leur donne l'opportunité d'aller chercher de l'information, d'aller consulter sur le site ou autrement. Quand on se revoit, j'ai pas à aller vérifier dans le fin détail. Les gens : « Écoutez, je vous ai envoyé les choses, je vous ai donné ce qui était pour avoir dans le document ». Habituellement, je leur donne [une] espèce de formulaire de ce à quoi ressemble [une] DMA. Je leur dis : « Voici le site où vous pouvez aller chercher de l'information pour que vous puissiez bien y réfléchir et apporter les nuances ». Parfois, les gens vont me dire : « Je veux avoir de l'hydratation forcée, par exemple, ou artificielle, mais je peux pas avoir de ventilation et je veux pas avoir de gavage ». Bon, là, à ce moment-là, quand on a une situation particulière, c'est que la personne a eu le temps d'y réfléchir, est allée. Donc c'est pour ça que je le fais toujours en deux fois. Jamais je vais signer des DMA. Quelqu'un qui vient me voir : « Je veux faire des DMA, je refuse tout, je signe », je dis : « Non, non, tu vas aller [faire] tes vérifications, tu vas aller regarder tes choses, on va s'être parlé dans un premier temps, avant ». Justement pour être certain que ça soit quelque chose de bien réfléchi, songé⁸⁶.

La nature essentiellement médicale des DMA crée donc un malaise pour la plupart des notaires que nous avons rencontrés, qui perçoivent que leur devoir de conseil est compromis par le peu de connaissances qu'elles possèdent en la matière. Les témoignages recueillis rejoignent ici des critiques déjà formulées contre le régime des DMA, notamment par le professeur Robert P. Kouri :

Le notaire a normalement la compétence nécessaire afin d'aviser son client sur les modalités de l'acte, ses effets éventuels et les règles pertinentes quant à sa révocation. Mais lorsque la discussion portera sur la notion de « fin de vie » ou encore sur « une démence de type Alzheimer ou autre type de démence à un stade avancé », le notaire sera-t-il au courant des aspects médicaux visés par les DMA ? [références omises]⁸⁷.

B. L'appréciation de l'aptitude et le consentement aux soins

Le devoir de conseil n'est pas le seul aspect de la pratique professionnelle ayant trait aux DMA qui suscite des questionnements pour les no-

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Notaire 10.

⁸⁷ « Les directives médicales anticipées : une œuvre perfectible » dans Vincent Gautrais, Laurence Largenté et Catherine Régis, dir, *Mélanges Molinari : mélanges en l'honneur du professeur Patrick A Molinari*, Montréal, Thémis, 2018, 171 à la p 184.

taires rencontrées. Nous l'avons vu précédemment, la valeur ajoutée des DMA notariées réside en grande partie dans le fait qu'elles sont un acte authentique et, par voie de conséquence, difficilement contestables. L'authenticité de cet acte provient principalement du fait que le notaire, après avoir pris des moyens raisonnables pour s'en assurer, atteste la capacité de la personne dont il reçoit la signature⁸⁸. Mais de quelle capacité s'agit-il ? Selon l'article 51 de la *Loi concernant les soins de fin de vie*, les DMA peuvent être complétées par toute personne majeure et apte à consentir aux soins⁸⁹. En raison de la portée circonscrite des DMA, les experts précisent que, même en cas de DMA notariées, le notaire doit attester l'aptitude de la personne à consentir aux soins, mais non sa capacité juridique, contrairement à ce qui est requis pour la signature d'un acte notarié. Ainsi, la professeure et notaire M^e Christine Morin et la notaire M^e Katherine Champagne affirment que :

lorsqu'il est question de DMA, [l'article 51 de] la *Loi concernant les soins de fin de vie* n'exige pas que le signataire des DMA ait la capacité requise pour contracter ou pour rédiger un acte juridique. La loi prévoit simplement qu'il doit avoir l'aptitude requise pour consentir aux soins. Par conséquent, on comprend qu'un notaire peut recevoir les DMA d'un majeur protégé en vertu d'un régime ou d'un mandat de protection, pourvu que ce dernier soit apte à consentir à des soins au moment de la signature des DMA. [...] Comme la validité des DMA est tributaire de l'aptitude à consentir aux soins de la personne qui les signe, cette aptitude doit être vérifiée par le notaire⁹⁰.

Seulement une personne interrogée a énoncé clairement les distinctions entre les concepts de capacité et d'aptitude. Elle a exprimé l'avis selon lequel un notaire peut recevoir des DMA de la part d'une personne qui serait *apte à consentir aux soins*, mais dont la *capacité juridique* ne

⁸⁸ *Loi sur le notariat*, RLRQ c N-3, art 43.

⁸⁹ « Toute personne majeure et apte à consentir aux soins peut, au moyen de directives médicales anticipées, indiquer si elle consent ou non aux soins médicaux qui pourraient être requis par son état de santé au cas où elle deviendrait inapte à consentir aux soins. Elle ne peut toutefois, au moyen de telles directives, formuler une demande d'aide médicale à mourir » [nos italiques] (*supra* note 2, art 51). Sur les distinctions entre la capacité juridique et l'aptitude, voir notamment Benoît Moore, « Considérations terminologiques sur les notions d'aptitude et de capacité » dans Christelle Landheer-Cieslak et Louise Langevin, dir, *La personne humaine, entre autonomie et vulnérabilité. Mélanges en l'honneur d'Édith Deleury*, Montréal, Yvon Blais, 2015, 389.

⁹⁰ *Supra* note 16 à la p 3. Voir aussi Morin et Rioux, *supra* note 16 (« [a]insi, un majeur sous régime de protection, mais qui est apte à consentir à des soins peut rédiger une DMA, tant devant notaire que grâce au formulaire ministériel » à la p 174); Jean Lambert, « Les directives médicales anticipées : une nouvelle responsabilité professionnelle pour le notaire » [2015] Congrès CNQ 25 aux pp 31–32; Kouri, *supra* note 87 à la p 187.

serait pas suffisante pour tester, par exemple. Il convient de reprendre en détail ses propos :

Parce que la capacité juridique est à un niveau *X* et la capacité, l'aptitude est à un niveau *Y* beaucoup plus bas. Une personne peut être inapte à signer un contrat, mais elle est apte à consentir aux soins. Alors là, on est toujours dans cette espèce de situation un peu délicate de dire : « Moi, j'ai à recevoir à un document juridique où, normalement, mon client doit avoir la capacité juridique pour signer versus l'aptitude à consentir ». Encore là, à partir du moment où j'ai une personne qui va être capable... Où on le voit bien que son consentement est libre et éclairé. C'est un petit peu la même chose que d'avoir quelqu'un qui pourrait être avec une déficience intellectuelle légère qui pourrait peut-être faire un testament. Pas avec quelque chose qui est complexe, mais qui est capable de comprendre la portée de certains éléments, mais qui est pas déclarée inapte. Ben oui, on pourrait le faire. Même au niveau d'une personne déclarée inapte, quand on sait que la personne comprend [...] ce qui en est et qu'on est capable de le faire et que le *Code [civil du Québec]* nous dit juste qu'il faut qu'on le fasse revalider au moment du décès... Moi, j'ai des clients que j'ai des documents de médecins qu'on a été capables de le faire. Théoriquement, il a été déclaré... Ils sont sous tutelle, mais on l'a fait quand même parce qu'on avait cet élément-là qui nous permettait de le faire. Il faut juste être plus prudent dans la capacité de la personne au moment où on le signe. Et c'est là que je pense que le notaire, si on le fait sous forme notariée... Je pourrais avoir une personne qui aurait des difficultés sur un point de vue de capacité juridique, mais encore la capacité à consentir et de le faire⁹¹.

Bien que cette interprétation du rôle du notaire au regard des DMA et de l'aptitude du client soit conforme à la doctrine, elle fait néanmoins figure d'exception parmi les entretiens que nous avons réalisés. En effet, les notaires interrogées ont plutôt discuté de l'appréciation de la capacité dans le contexte des DMA par analogie au mandat de protection ou au testament. Par exemple, l'une d'elles précise ceci : « Mon devoir fait en sorte que je doive m'assurer que la personne comprenne ce qu'elle signe, qu'elle soit toujours apte et je dois l'identifier. Donc, pièces d'identité et je m'assure qu'elle est apte. C'est la même chose dans les testaments, dans les mandats »⁹².

Si nos résultats indiquent un décalage entre le rôle attendu du notaire en matière d'évaluation de l'aptitude à consentir aux soins, et les pra-

⁹¹ Notaire 10.

⁹² Notaire 1. Également : « [t]out ce que je fais, j'atteste la capacité, finalement. Je trouve. [...] Tout ce que j'atteste, c'est qu'elle avait une capacité mentale à signer un acte juridique quand elle est venue » (Notaire 7); « [j]e dirais que c'est peut-être de la même façon parce que c'est dans le cadre d'une rencontre de testament, mandat » (Notaire 6).

tiques courantes au sein de notre échantillon de participantes, il est cependant difficile d'en interpréter les causes. S'agit-il d'une méconnaissance de la distinction entre l'aptitude et la capacité ? D'un manque d'information et de sensibilisation à l'égard du fait que les DMA commandent une évaluation différente que pour un acte juridique plus « conventionnel » ? Ou encore, cela découle-t-il du fait que, pour la grande majorité des participantes interrogées, la réception des DMA se combine à la réception du testament et du mandat de protection dans le cadre de leurs activités professionnelles, créant ainsi un amalgame erroné, sinon une confusion dans l'évaluation de l'aptitude et de la capacité pour l'ensemble de ces actes ? Des études subséquentes seront nécessaires pour vérifier de telles hypothèses⁹³.

À l'évaluation de l'aptitude se conjugue l'obtention du consentement éclairé de la clientèle au moment de la signature des DMA. À l'instar du malaise ressenti par rapport au devoir de conseil, plusieurs participantes ont soulevé les limites qu'elles perçoivent face à leur rôle professionnel en matière de consentement éclairé aux DMA. Par exemple, une participante aborde ainsi l'aptitude et le consentement : « C'est sûr que l'aptitude, moi, je la vérifie toujours au niveau des faits quand je reçois un mandat. Selon moi, je veux dire, si mon client est capable de signer un mandat, il serait capable de signer des DMA aussi. *C'est juste qu'il va peut-être manquer un peu d'information au niveau médical* » [nos italiques]⁹⁴. Dans le même sens, une autre notaire précise : « On dirait que notre rôle... C'est toujours notre rôle quand quelqu'un signe quelque chose, de vérifier sa capacité, mais de vérifier si c'est bien ce qu'elle veut, je ne suis pas confortable à bien évaluer si c'est vraiment ça que la personne veut »⁹⁵. De manière encore plus explicite, une notaire mentionne qu'elle est incapable d'attester le consentement éclairé du client en pratique, alors qu'il en va de son rôle professionnel lors de la signature des DMA :

Mais tsé, je leur dis un peu : « Vous comprenez que je comprends pas. Je comprends pas tout ce que vous confirmez. Je ne vais qu'attester votre capacité ». Mais c'est pas vraiment ça. C'est venu dans les instructions : « Assurez-vous qu'elles ont bien compris. Pas juste dans sa capacité juridique. Assurez-vous qu'elles aient bien compris ce qu'elles signent ». Pour bien comprendre ce qu'elles

⁹³ Dans le cadre de cette étude, nous avons préféré ne pas investiguer et ne pas poser davantage de questions pour comprendre la source de cette confusion, puisque nos interventions auraient alors teinté les réponses des participantes.

⁹⁴ Notaire 3.

⁹⁵ Notaire 7.

signent, je trouve qu'il faudrait que je comprenne ce qu'elles signent⁹⁶ !

Ainsi, des éléments intimement liés à l'expertise professionnelle des notaires font l'objet d'importantes préoccupations au sein des participantes de notre étude. De fait, le devoir de conseil est une obligation légale qui incombe à tout notaire dans le cadre de sa pratique⁹⁷ et qui implique, « compte tenu des circonstances, d'aviser les parties des conséquences juridiques normalement prévisibles des actes reçus et de les mettre en garde contre les effets possibles de ceux-ci »⁹⁸. Ce devoir va de pair, dans le cadre des DMA, avec l'obligation d'obtenir un consentement éclairé aux soins prévus par le législateur. L'analyse des entretiens réalisés permet de constater qu'au regard du contenu hautement médical des DMA, les notaires ont du mal à cerner les contours spécifiques du devoir de conseil qui leur incombe; cet élément a, par ailleurs, également été soulevé dans la littérature⁹⁹. Elles constatent également les limites de leur expertise au regard du consentement éclairé de leurs clients. Or, la *Loi concernant les soins de fin de vie* crée une présomption que la personne a « obtenu l'information nécessaire pour lui permettre de prendre une décision éclairée au moment de [la] signature » des DMA. Bien que cette présomption soit critiquable sur le plan de la reconnaissance de l'autonomie de la personne et de la protection de sa vulnérabilité¹⁰⁰, il n'en demeure pas moins qu'elle offre une balise explicite au devoir de conseil du notaire, en présumant d'emblée du consentement éclairé. Cependant, cette présomption n'a été soulevée par aucune des participantes de notre étude. Il est permis de croire que cette règle, particulière aux DMA, est méconnue de la plupart des notaires.

Par ailleurs, les propos tenus par les participantes sur le rôle que pourraient jouer les professionnels de la santé dans le devoir de conseil et d'information renvoient notamment à l'obtention d'une « attestation » quelconque que le client a réellement rencontré un professionnel de la santé, donnant une meilleure indication du caractère éclairé du consentement aux DMA. De fait, notre étude révèle de façon patente certaines zones de friction qui peuvent survenir dans l'exercice des rôles respectifs

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Loi sur le notariat*, *supra* note 88, art 11; *Code de déontologie des notaires*, RLRQ c N-3, r 2, arts 7, 16–17; Quant à l'arrimage du devoir de conseil au contexte spécifique des DMA, voir Lacroix, Ferron-Parayre et Lambert, *supra* note 1 aux pp 451–55.

⁹⁸ Jean-Louis Baudouin, Patrice Deslauriers et Benoît Moore, *La responsabilité civile*, 9^e éd, vol 2 : *Responsabilité professionnelle*, Montréal, Yvon Blais, 2020 au para 2-165.

⁹⁹ Kouri, *supra* note 87; Lacroix, Ferron-Parayre et Lambert, *supra* note 1 aux pp 448 et s.

¹⁰⁰ Voir notamment Bernier et Régis, *supra* note 16 aux pp 40–44.

du notaire et des professionnels de la santé. Les entretiens réalisés illustrent l'ambivalence vécue par les notaires entre leurs expertises professionnelle et juridique, et le contenu hautement médical de l'acte. Le notaire doit considérer alors la diversité de sa clientèle : pour celle composée de médecins qui privilégient d'emblée les DMA, cela ne semble pas poser de problème. En revanche, il importe d'orienter une clientèle profane vers un professionnel médical pour une rencontre, une consultation, ainsi que l'obtention d'une attestation médicale au besoin. Si nous pouvons souhaiter que les DMA soient les gardiennes de l'autonomie et de la volonté des patients, les notaires interrogées signalent que leur rôle professionnel devrait être revisité, pour l'essentiel, afin d'assurer une plus grande collaboration avec les professionnels de la santé. De telles préoccupations convergent notamment avec les recommandations exprimées par plusieurs experts ayant étudié les soins de fin de vie et l'expression des volontés individuelles¹⁰¹. En plus de favoriser une meilleure compréhension des enjeux médico-légaux de part et d'autre des professions juridiques et de la santé, la collaboration interprofessionnelle permettrait de répondre plus adéquatement aux besoins et aux préoccupations des clients¹⁰².

Conclusion

Les directives médicales anticipées ont été mises en place par le législateur québécois dans l'objectif explicite de reconnaître « la primauté des volontés relatives aux soins exprimées clairement et librement par

¹⁰¹ Ries et al, « How Do Lawyers Assist Their Clients? », *supra* note 42 à la p 695; Donna Goodridge et al, « Planning for Serious Illness by the General Public: A Population-Based Survey » (2013) ISRN Family Medicine (hors-série, 30 décembre); Dr Duncan G Sinclair, « Advance directives, dignity and care-giving: a voice for frail elderly Canadians » (juillet 2015), en ligne : <longwoods.com> [perma.cc/BVN4-6KEC]; Lesley S Castillo et al, « Lost in Translation: The Unintended Consequences of Advance Directive Law on Clinical Care » (2011) 154:2 *Annals Internal Medicine* 121.

¹⁰² « *Working within their professional silos, neither doctors nor lawyers are optimally effective in helping their clients with ACP [advance care planning]. Uncertainties about the legal validity of advance directives and the authority of substitute decision-makers are barriers to doctors having ACP conversations with patients. Fears about liability for limiting care at the end of life are a further medico-legal obstacle. Lawyers also face challenges in helping their clients with ACP. A main criticism is that lawyers are too "transactional," helping clients prepare ACP documents, but not promoting the ongoing communication that is vital to ensuring the client's wishes are known and respected* » (Nola M Ries et al, « Doctors, Lawyers and Advance Care Planning: Time for Innovation to Work Together to Meet Client Needs » (2016) 12:2 *Healthcare Policy* 12 aux pp 14–15).

Par ailleurs, nous notons que le législateur a confié des rôles distincts, mais complémentaires, aux professionnels de la santé et aux notaires dans le cadre des demandes anticipées d'aide médicale à mourir (voir *Loi concernant les soins de fin de vie*, *supra* note 2, arts 29(3), 29(8)).

une personne »¹⁰³. Le notaire étant le seul professionnel autorisé par la loi à recevoir des DMA (puisque le formulaire prescrit par le ministre n'a qu'à être signé devant des témoins), joue un rôle névralgique dans la mise en œuvre de ce régime¹⁰⁴. D'ailleurs, près de 25 % des DMA inscrites au Registre des directives médicales anticipées ont été notariées¹⁰⁵. Si ce projet de recherche nous a permis de sonder d'abord les tenants et les aboutissants théoriques du rôle attribué au notaire confronté aux DMA¹⁰⁶, nous nous sommes intéressées, ici, au vécu, à l'expérience et aux perspectives rapportées par les notaires dans le cadre de leur pratique liée aux DMA. Les assises conceptuelles ont alors été éprouvées et les constats sont des plus éloquentes.

Bien que le fait que les DMA aient été confinées, selon certains, dans l'ombre de l'aide médicale à mourir, nous avons mis en lumière la question de la légitimité de la pratique notariale face aux DMA — sans nous prononcer sur leur efficacité —, tout en signalant les malaises éprouvés par les notaires qui choisissent d'instrumenter cet acte.

Pour ce faire, l'étude empirique de type qualitative entreprise nous a permis de réaliser des entretiens avec dix notaires exerçant dans différentes régions du Québec et ayant un nombre varié d'années de pratique. L'analyse thématique des entrevues a révélé que, d'un point de vue social et citoyen, les participantes sont unanimement favorables au régime des DMA. Cependant, leur attitude face à leur rôle professionnel dans le cadre de ce régime est plus nuancée. La coexistence du formulaire prescrit par le ministre et de l'acte notarié, dont la forme et le contenu sont pratiquement identiques et ne peuvent être altérés, crée un questionnement inhérent à la plus-value de l'acte notarié (outre la reconnaissance d'un caractère authentique). Dans certains cas, ce questionnement se traduit même par un inconfort à recevoir cet acte et à facturer des honoraires aux clients. Au-delà de la « vente » d'un service ou d'un produit, les notaires rencontrées expriment également un malaise au regard de certaines de leurs obligations professionnelles dans le contexte des DMA, à savoir les limites inhérentes à leur devoir de conseil, l'évaluation de l'aptitude et l'obtention d'un consentement éclairé du client.

Par ailleurs, les obligations professionnelles du notaire dans le cadre des DMA exigent à la fois une certaine proactivité du professionnel, mais également une réactivité du client. En effet, les contours du devoir de conseil du notaire demeurent tributaires, dans une certaine mesure, des

¹⁰³ *Loi concernant les soins de fin de vie*, *supra* note 2, art 1, al 3.

¹⁰⁴ *Ibid.*, art 52, al 1.

¹⁰⁵ Régie de l'assurance-maladie du Québec, *supra* note 24.

¹⁰⁶ Lacroix, Ferron-Parayre et Lambert, *supra* note 1.

démarches et des lectures du client afin de parvenir à l'obtention d'un consentement libre et éclairé de sa part. Peut-on aller pour autant jusqu'à postuler une « co-responsabilité » ? En d'autres termes, où commence la responsabilité d'informer du notaire et où se termine la responsabilité de s'informer du client ? Les DMA s'inscrivent ici dans un continuum d'obligations à la fois professionnelles et individuelles.

D'un point de vue pratique, les résultats de notre étude suggèrent que des formations supplémentaires sur les DMA seraient de mise pour mieux outiller les notaires qui instrumentent cet acte dans leur pratique. Dans le contexte des modifications apportées à la *Loi concernant les soins de fin de vie*, les demandes anticipées d'aide médicale à mourir ont été adoptées par le législateur québécois. On y prévoit, d'une part, que la personne devra être accompagnée et conseillée par un professionnel compétent — à savoir un médecin — et, d'autre part que la demande pourra être faite par acte notarié. S'il ne fait aucun doute que cette nouvelle responsabilité du notaire fera l'objet d'écrits professionnels et de formations spécifiques, l'occasion sera idéale pour arrimer la réception des DMA aux demandes anticipées d'aide médicale à mourir, et ainsi mieux épauler les notaires qui souhaitent exercer ces fonctions en toute humanité.
