

**Brian Cuthbertson and
Gordon Rubinfeld** *Appellants*

v.

**Hassan Rasouli, by his Litigation Guardian
and Substitute Decision-Maker,
Parichehr Salasel** *Respondent*

and

**Consent and Capacity Board,
Euthanasia Prevention Coalition,
Canadian Critical Care Society,
Canadian Association of Critical Care Nurses,
Advocacy Centre for the Elderly,
ARCH Disability Law Centre, Mental Health
Legal Committee, HIV & AIDS Legal
Clinic Ontario and Evangelical Fellowship
of Canada** *Interveners*

**INDEXED AS: CUTHBERTSON v. RASOULI
2013 SCC 53**

File No.: 34362.

2012: December 10; 2013: October 18.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella,
Rothstein, Cromwell and Karakatsanis JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Health law — Consent to withdrawal of treatment — Health practitioners — Physicians seeking to remove life support and provide palliative care to unconscious patient on basis that all appropriate treatments exhausted and continuation of life support of no medical benefit — Patient’s substitute decision-maker disagreeing and refusing to provide consent — Whether withdrawal of treatment constitutes “treatment” under Health Care Consent Act, 1996, S.O. 1996, c. 2, Sch. A — Whether consent regime under Act governs withdrawal of life support and therefore consent required — Whether substitute decision-maker’s refusal to provide consent must be challenged before Consent and Capacity Board pursuant to the Act rather than in the courts under the

**Brian Cuthbertson et
Gordon Rubinfeld** *Appellants*

c.

**Hassan Rasouli, représenté par sa tutrice à
l’instance et mandataire spéciale,
Parichehr Salasel** *Intimé*

et

**Commission du consentement et de la capacité,
Coalition pour la prévention de l’euthanasie,
Société canadienne de soins intensifs,
Association canadienne des infirmiers/
infirmières en soins intensifs, Advocacy Centre
for the Elderly, ARCH Disability Law Centre,
Mental Health Legal Committee, HIV & AIDS
Legal Clinic Ontario et Alliance évangélique
du Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CUTHBERTSON c. RASOULI
2013 CSC 53**

N° du greffe : 34362.

2012 : 10 décembre; 2013 : 18 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ONTARIO

Droit de la santé — Consentement au retrait d’un traitement — Praticiens de la santé — Médecins souhaitant retirer le traitement de maintien de la vie et administrer plutôt des soins palliatifs à un patient inconscient au motif que tous les traitements appropriés ont été administrés et que le fait de continuer à administrer le traitement de maintien de la vie ne comporte aucun effet bénéfique — La mandataire spéciale du patient n’est pas d’accord et refuse de donner son consentement — Le retrait d’un traitement constitue-t-il un « traitement » au sens de la Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, L.O. 1996, ch. 2, ann. A? — Le régime en matière de consentement prévu par la Loi s’applique-t-il au retrait du traitement de maintien de la vie de sorte

common law — Health Care Consent Act, 1996, S.O. 1996, c. 2, Sch. A, ss. 2(1), 10(1)(b), 20, 21, 37.

R is unconscious and has been on life support since October 2010. The physicians responsible for R's care believed that he was in a persistent vegetative state, that all appropriate treatments for his condition had been exhausted, and that there was no realistic hope for his medical recovery. In their opinion, continuing life support would not provide any medical benefit to R and may cause harm. They sought to remove his life support and to provide palliative care until his expected death. S, R's wife and substitute decision-maker ("SDM"), refused to provide her consent and applied to the Ontario Superior Court of Justice for an order restraining the physicians from withdrawing R from life support without her consent as required by the *Health Care Consent Act, 1996*, S.O. 1996, c. 2, Sch. A ("HCCA"), and directing that any challenge to her refusal of consent be made to the Consent and Capacity Board ("Board"). The physicians cross-applied for a declaration that consent is not required to withdraw life support where such treatment is futile, and that the Board has no jurisdiction to decide these issues.

The Superior Court of Justice granted S's application. The Ontario Court of Appeal upheld the order, finding that withdrawal of life support and administration of end-of-life palliative care were integrally linked and should be viewed as a "treatment package" requiring consent under the *HCCA*.

Held (Abella and Karakatsanis JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Rothstein and Cromwell JJ.: The consent regime imposed by the *HCCA* applies in this case. This legal framework, which aims at protecting patients' autonomy and medical interests, has been used to resolve end-of-life disputes in Ontario for 17 years. Access to this established regime should not be closed off, casting these matters back into the courts.

qu'un consentement est nécessaire? — Le refus de la mandataire spéciale de donner son consentement doit-il être contesté devant la Commission du consentement et de la capacité sous le régime de la Loi plutôt que devant les tribunaux sous le régime de la common law? — Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, L.O. 1996, ch. 2, ann. A, art. 2(1), 10(1)(b), 20, 21, 37.

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

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

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

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Rothstein et Cromwell : Le régime en matière de consentement prévu par la *LCSS* s'applique en l'espèce. Ce cadre juridique, qui vise à protéger l'autonomie du patient ainsi que ses intérêts sur le plan médical, sert depuis 17 ans en Ontario à trancher des différends concernant les décisions de fin de vie. Il ne faudrait

While the common law of consent to medical treatment works well for patients who have the capacity to decide on consent to treatment, that approach is problematic when a patient is incapable of appreciating the nature, purpose, and consequences of the proposed treatment. The *HCCA* sets out clear rules requiring consent before treatment can occur, identifying who can consent for an incapable patient, stating the criteria on which consent must be granted or refused, and creating a specialized body to settle disputes, including those between SDMs and physicians over consent regarding life support. Board decisions are subject to judicial review ensuring that the Board acts within its mandate and in accordance with the Constitution.

The appellant physicians argue that: (1) life support that is not “medically indicated” is not “treatment” under s. 2(1) of the *HCCA*; (2) in any event, the withdrawal of treatment does not itself constitute “treatment” and therefore does not require consent; and (3) requiring consent for withdrawal of life support will place them in an untenable ethical position. Reading the words of the statute in their ordinary sense and in their context, and having regard to the objects and scheme of the Act, those arguments cannot succeed. First, “treatment” and “health-related purpose” are not confined to procedures that are of medical benefit in the view of the patient’s medical caregivers. Rather, “treatment” is broadly defined as “anything that is done” for one of the enumerated purposes (therapeutic, preventive, palliative, diagnostic and cosmetic) or “other health-related purpose”. What the attending physician considers to be of “medical benefit” to the patient is a clinical term having legal implications for the physician’s standard of care. In contrast, “health-related purpose” is a legal term used in the *HCCA* to set limits on when actions taken by health practitioners will require consent. Additionally, in keeping the patient alive and forestalling death, life support arguably falls within “therapeutic” and “preventive” purposes listed in the definition of “treatment”. Inclusion of life support in that definition is also generally supported by the objects of the *HCCA*, by providing consistency with respect to consent, by protecting autonomy through the requirement of consent, and by providing a meaningful role in the consent process for the SDM — often a close family member. An interpretation of

pas bloquer l’accès à ce régime bien établi et renvoyer ces questions aux tribunaux. Bien que les règles de la common law relatives au consentement à un traitement médical s’appliquent bien dans le cas des patients capables de donner un tel consentement, cette approche pose problème lorsque le patient est incapable de comprendre la nature, l’objet et les conséquences du traitement proposé. La *LCSS* énonce des règles claires qui exigent le consentement avant qu’un traitement ne puisse être administré, désignent les personnes autorisées à donner le consentement pour le patient incapable, précisent les critères sur lesquels doivent être fondés le consentement ou son refus, et créent un organisme spécialisé pour régler les litiges, y compris ceux qui opposent les mandataires spéciaux et les médecins au sujet du consentement au traitement de maintien de la vie. Les décisions de la Commission sont susceptibles de contrôle judiciaire, ce qui assure qu’elle agisse dans les limites de son mandat et en conformité avec la Constitution.

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

“treatment” that is confined to what the medical caregiver considers to be of medical benefit to the patient would give these statutory purposes short shrift.

As to the physicians’ second argument, “treatment” in the *HCCA* is broadly defined and therefore should be understood as extending to withdrawal of life support in the situation at issue here and as that process is described in these proceedings. Withdrawal of life support aims at the health-related purpose of preventing suffering and indignity at the end of life, often entails physical interference with the patient’s body, and is closely associated with the provision of palliative care. By removing medical services that are keeping a patient alive, withdrawal of life support impacts patient autonomy in the most fundamental way and goes to the heart of the purposes of the *HCCA*. Those purposes would be ill-served by an interpretation that holds withdrawal of life support cannot constitute “treatment” under the Act. Moreover, the Board regularly exercises its jurisdiction in cases where physicians propose to withdraw life support, consistent with the view that withdrawal of life support constitutes “treatment” under the *HCCA*.

Third, while a physician may feel that the legal obligation not to withdraw life support is in tension with their professional or personal ethics, such tensions are inherent to medical practice. A physician cannot be legally faulted for following the direction of the Board any more than he or she could be faulted for abiding by a judge’s direction at common law not to withdraw life support. Implicit in the physicians’ request that a judge resolve the present dispute is acceptance that if a judge orders that life support cannot be withdrawn, they must comply. Their legal position under the *HCCA* is no different. The *HCCA*’s scheme for dispute resolution offers several avenues through which a clash with a physician’s ethical compunctions may be averted; the physician’s submissions on the patient’s condition, the

du terme « traitement ». L’inclusion du traitement de maintien de la vie dans cette définition trouve également appui, de façon générale, dans les objectifs de la *LCSS*, en garantissant l’uniformité relativement au consentement, en protégeant l’autonomie par l’exigence d’obtenir le consentement et en conférant un rôle important au mandataire spécial — souvent un proche parent — dans le processus de consentement. Donner au terme « traitement » une interprétation qui se limiterait aux mesures que le fournisseur de soins estime présenter un effet bénéfique pour le patient aurait pour effet d’écarter ces objectifs de la Loi.

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

Troisièmement, bien que le médecin puisse estimer que son obligation juridique de ne pas retirer le traitement de maintien de la vie entre en conflit avec son éthique professionnelle ou personnelle, de telles tensions sont inhérentes à la pratique de la médecine. Sur le plan juridique, on ne saurait reprocher au médecin d’avoir suivi les directives de la Commission, pas plus que de s’être conformé aux directives d’un juge, en common law, de ne pas retirer le traitement de maintien de la vie. Dans leur demande pour que le litige qui nous occupe soit tranché par un juge, les médecins acceptent implicitement que, si le juge leur ordonne de ne pas retirer le traitement de maintien de la vie, ils doivent se conformer à cette ordonnance. Sous le régime de la *LCSS*, leur position juridique est du même ordre.

nature of the proposal to withdraw life support, and what will medically benefit the patient will be highly relevant to the Board's analysis. While the end-of-life context poses difficult ethical dilemmas for physicians, this does not alter the conclusion that withdrawal of life support constitutes treatment requiring consent under the *HCCA*.

Having determined that R should be removed from life support, the appellant physicians, applying the *HCCA* in this case, were obliged to seek S's consent to the withdrawal: ss. 10(1)(b) and 20. Since R had not expressed a prior applicable wish within the meaning of s. 21(1), S was required to determine whether removal of life support was in R's best interests, having regard to a series of mandatory factors relating to his medical condition, well-being, values and wishes: s. 21(2). If the appellant physicians do not agree that maintaining life support for R is in his best interests, their recourse is to apply to the Board for a determination of whether S's refusal to provide consent to the withdrawal complied with s. 21: s. 37(1). It will then be for the Board to determine whether S's refusal to provide consent to the withdrawal of life support was in R's best interests, within the meaning of s. 21(2). If the Board is of the opinion it was not, it may substitute its decision for that of S, and clear the way for removal of R's life support.

Per Abella and Karakatsanis JJ. (dissenting): The common law, and not the *HCCA*, governs when doctors and substitute decision-makers disagree regarding the proposed withdrawal of an incapable patient's life support. Thus, the court, and not the Board, is the appropriate forum for resolving any disputes between the doctors and the incapable patient's substitute decision-maker.

The *HCCA* was not intended to cover the withdrawal of treatment or to provide a comprehensive scheme. It specifically provides that it does not affect the law relating to giving or refusing consent to anything not within the definition of "treatment" (s. 8(2)). The definition of "treatment" does not include the withdrawal or the withholding of treatment. Further, the withdrawal of treatment and the provision of palliative care are separate

Le régime de règlement des différends établi par la *LCSS* prévoit plusieurs recours permettant d'éviter le conflit avec les scrupules éthiques d'un médecin; les observations du médecin sur l'état du patient, sur la nature de la proposition de retirer le traitement de maintien de la vie et sur l'effet bénéfique pour le patient sur le plan médical auront une grande pertinence pour l'analyse de la Commission. Le contexte lié à la fin de la vie suscite des dilemmes éthiques difficiles pour les médecins, mais cela ne change en rien la conclusion voulant que le retrait du traitement de maintien de la vie constitue un traitement qui exige un consentement sous le régime de la *LCSS*.

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

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

La *LCSS* ne vise pas à englober le retrait d'un traitement et n'a pas pour objet d'instaurer un régime complet. Elle prévoit expressément qu'elle n'a pas d'incidence sur le droit se rapportant au fait de donner ou de refuser son consentement à tout ce qui n'est pas compris dans la définition du terme « traitement » (par. 8(2)). La définition du terme « traitement » ne comprend pas le retrait d'un traitement ou le refus

issues. The reasonable conclusion is that the *HCCA* does not alter the common law of consent by creating an entitlement to treatment.

The *HCCA* codifies and builds upon the common law of consent in Ontario. It is designed to give effect to the principle of patient autonomy — a principle with deep roots in our common law — that permits a patient to refuse medical treatment, no matter the consequences. The scheme of the Act ensures that when treatment is proposed, doctors, substitute decision-makers and the Board are all bound by the patient's known wishes, if clear and applicable. This is true for all treatments; there are no special provisions for end-of-life scenarios.

However, the *HCCA* does not permit a patient to dictate treatment. Neither the words nor the scheme of the Act contemplate a patient's right to stop a doctor from withdrawing treatment that is no longer medically effective or is even harmful. Such an extension of patient autonomy to permit a patient to insist on the continuation of treatment that is medically futile would have a detrimental impact on the standard of care and legal, ethical, and professional duties in the practice of medicine. The role of patient autonomy must be balanced with the physician's role, expertise, and advice. As well, there are a myriad of important interests, such as the integrity of our health care system, at stake.

As with the *HCCA*, the common law does not entitle a patient to insist upon continuation of treatment; it does not require a patient's consent to the withholding or withdrawal of treatment. Even in those cases in which the court has intervened to prevent doctors from unilaterally withdrawing or withholding treatment, the courts did not conclude that consent was required. Rather, in those cases, the courts ordered an injunction pending trial. Other courts have explicitly concluded that consent is not required for the withdrawal of treatment and that it is not appropriate for a court to interfere with medical doctors acting unilaterally and professionally in the best interests of a patient.

d'administrer un traitement. Par ailleurs, le retrait d'un traitement et l'administration de soins palliatifs sont des questions distinctes. Il convient donc de conclure que la *LCSS* n'a pas pour effet de modifier les règles de la common law en matière de consentement en conférant le droit de recevoir un traitement.

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

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

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

The common law protects the interests of Canadians in the medical realm by requiring physicians to act (1) in accordance with the conduct of a prudent practitioner of the same experience and standing in the field, including a duty to obtain informed consent, and (2) in the best interests of their patients.

In many typical doctor-patient relationships, the fiduciary obligation and the standard of care will likely overlap or resemble one another. However, in the end-of-life scenario where ongoing life support is futile, the foundation and ambit of a doctor's fiduciary duty would be a useful and appropriate conceptual paradigm to supplement the standard of care and address the broader best interests of the patient. These obligations should require doctors to undertake a certain process for resolving important questions in the end-of-life setting by including a role for the family or substitute decision-maker; providing notice and a thorough and accommodating process for determining the condition and best interests of the patient; and, where they are of the opinion that life support for a patient should be withdrawn, exploring alternative institutions willing to continue the treatment. Ultimately, if a doctor is satisfied that treatment is futile, he or she may discontinue treatment notwithstanding the wishes of the patient or family, provided they have followed these consultative processes and considered the patient's best interests.

Where, as here, a family member or a substitute decision-maker disagrees with the medical practitioner's decision to withdraw life support, that person may apply to the court to challenge the physician's decision. In reviewing whether a physician is acting within the professional standard of care, the court should determine whether the life support has any chance of being medically effective and whether withdrawal of the treatment is in the best interests of the patient. This necessarily includes consideration of the patient's wishes, values and beliefs, in addition to the broad mental and physical implications for the patient's condition and well-being. However, in making that determination, the continuation of life is not an absolute value. The ultimate decision whether to withdraw life-sustaining treatment must respect the medical or physical consequences of withdrawal or continuation of life support, and also the personal autonomy, bodily integrity, and human dignity of the patient. A doctor cannot be required to act outside

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

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

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

of the standard of care and contrary to his or her professional duties.

In this case, the application judge made no factual findings about the patient's condition and effectiveness of any treatment, and the patient's diagnosis has been subject to change. The matter should therefore be remitted to the Ontario Superior Court of Justice, so that it may make the necessary findings of fact, and to determine whether the withdrawal of life support is in accordance with the standard of care and the best interests of the patient.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

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

By Karakatsanis J. (dissenting)

Reibl v. Hughes, [1980] 2 S.C.R. 880; *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 S.C.R. 192; *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *Airedale N.H.S. Trust v. Bland*, [1993] A.C. 789; *Sweiss v. Alberta Health Services*, 2009 ABQB 691, 483 A.R. 340; *I.H.V., Re*, 2008 ABQB 250, 449 A.R. 211; *Sawatzky v. Riverview Health Centre Inc.* (1998), 132 Man. R. (2d) 222; *Golubchuk v. Salvation*

humaine du patient. On ne peut exiger du médecin qu'il agisse à l'encontre de ses obligations professionnelles et de la norme de diligence à laquelle il est astreint.

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

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

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

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

Reibl c. Hughes, [1980] 2 R.C.S. 880; *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *Airedale N.H.S. Trust c. Bland*, [1993] A.C. 789; *Sweiss c. Alberta Health Services*, 2009 ABQB 691, 483 A.R. 340; *I.H.V., Re*, 2008 ABQB 250, 449 A.R. 211; *Sawatzky c. Riverview Health Centre Inc.* (1998), 132 Man. R. (2d) 222; *Golubchuk c. Salvation Army*

Army Grace General Hospital, 2008 MBQB 49, 227 Man. R. (2d) 274; *Jin v. Calgary Health Region*, 2007 ABQB 593, 428 A.R. 161; *Child and Family Services of Central Manitoba v. R.L.* (1997), 123 Man. R. (2d) 135; *Rotaru v. Vancouver General Hospital Intensive Care Unit*, 2008 BCSC 318 (CanLII); *Re J (a minor) (wardship: medical treatment)*, [1992] 4 All E.R. 614; *Re R (a minor) (wardship: medical treatment)*, [1991] 4 All E.R. 177; *In Re: The Conservatorship of Helga M. Wanglie*, No. PX-91-283 (1991), reported in (1991), 7 *Issues L. & Med.* 369; *In the Matter of Baby “K”*, 16 F.3d 590 (1994); *ter Neuzen v. Korn*, [1995] 3 S.C.R. 674; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519.

Statutes and Regulations Cited

Care Consent Act, S.Y. 2003, c. 21, Sch. B.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 11 to 25.
Consent to Treatment and Health Care Directives Act, R.S.P.E.I. 1988, c. C-17.2.
Health Care Consent Act, 1996, S.O. 1996, c. 2, Sch. A, ss. 1, 2(1) “plan of treatment”, “treatment”, 8(2), 10(1), (2), 13, 20, 21, 29(1), (2), (3), 35, 36, 37, 85(1)(f).
Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act, R.S.B.C. 1996, c. 181.
Health Care Decisions Act, Va. Code Ann. § 54.1-2990 (2013).
Health Care Directives Act, C.C.S.M. c. H27.
Legislation Act, 2006, S.O. 2006, c. 21, Sch. F, s. 64(1).
 Tex. Health & Safety Code Ann. § 166.052 (Vernon 2012).
Uniform Health-Care Decisions Act § 7, 9 U.L.A. 83 (2011).

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. “Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment”, Working Paper 28. Ottawa: The Commission, 1982.
 Canada. Senate. Special Senate Committee on Euthanasia and Assisted Suicide. *Of Life and Death: Report of the Special Senate Committee on Euthanasia and Assisted Suicide*. Ottawa: The Committee, 1995.
 Canadian Healthcare Association, Canadian Medical Association, Canadian Nurses Association and Catholic Health Association of Canada. “Joint Statement on Preventing and Resolving Ethical Conflicts Involving Health Care Providers and Persons Receiving Care”,

Grace General Hospital, 2008 MBQB 49, 227 Man. R. (2d) 274; *Jin c. Calgary Health Region*, 2007 ABQB 593, 428 A.R. 161; *Child and Family Services of Central Manitoba c. R.L.* (1997), 123 Man. R. (2d) 135; *Rotaru c. Vancouver General Hospital Intensive Care Unit*, 2008 BCSC 318 (CanLII); *Re J (a minor) (wardship : medical treatment)*, [1992] 4 All E.R. 614; *Re R (a minor) (wardship : medical treatment)*, [1991] 4 All E.R. 177; *In Re : The Conservatorship of Helga M. Wanglie*, No. PX-91-283 (1991), publié dans (1991), 7 *Issues L. & Med.* 369; *In the Matter of Baby “K”*, 16 F.3d 590 (1994); *ter Neuzen c. Korn*, [1995] 3 R.C.S. 674; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 11 à 25.
Consent to Treatment and Health Care Directives Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. C-17.2.
Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act, R.S.B.C. 1996, ch. 181.
Health Care Decisions Act, Va. Code Ann. § 54.1-2990 (2013).
Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, L.O. 1996, ch. 2, ann. A, art. 1, 2(1) « plan de traitement », « traitement », 8(2), 10(1), (2), 13, 20, 21, 29(1), (2), (3), 35, 36, 37, 85(1)f).
Loi de 2006 sur la législation, L.O. 2006, ch. 21, ann. F, art. 64(1).
Loi sur le consentement aux soins, L.Y. 2003, ch. 21, ann. B.
Loi sur les directives en matière de soins de santé, C.P.L.M. ch. H27.
 Tex. Health & Safety Code Ann. § 166.052 (Vernon 2012).
Uniform Health-Care Decisions Act § 7, 9 U.L.A. 83 (2011).

Doctrine et autres documents cités

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

- 1999 (online: <http://policybase.cma.ca/dbtw-wpd/PolicyPDF/PD99-03.pdf>).
- Canadian Healthcare Association, Canadian Medical Association, Canadian Nurses Association and Catholic Health Association of Canada. “Joint Statement on Resuscitative Interventions (Update 1995)”, 1995 (online: http://www.cma.ca/index.php/ci_id/33236/la_id/1.htm).
- College of Physicians & Surgeons of Manitoba. Statement No. 1602: “Withholding and Withdrawing Life-Sustaining Treatment”, September 2007 (online: <http://cpsm.mb.ca/cjj39alckF30a/wp-content/uploads/st1602.pdf>).
- College of Physicians and Surgeons of Ontario. Policy Statement #1-06: “Decision-making for the End of Life”, July 2006 (online: <http://www.cpso.on.ca/policies/policies/default.aspx?ID=1582>).
- Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.
- Hoffman, Brian F. *The Law of Consent to Treatment in Ontario*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1997.
- Manitoba. Law Reform Commission. “Withholding or Withdrawing Life Sustaining Medical Treatment”, Report #109, December 2003 (online: http://www.manitobalawreform.ca/pubs/pdf/archives/109-full_report.pdf).
- New Oxford Dictionary of English*. Oxford: Clarendon Press, 1998, “preventive”, “therapeutic”.
- Picard, Ellen I., and Gerald B. Robertson. *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada*, 4th ed. Toronto: Thomson Carswell, 2007.
- Stedman’s Medical Dictionary*, 28th ed. Philadelphia: Lippincott Williams & Wilkins, 2006, “extubation”.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- Young, Hilary. “Why Withdrawing Life-Sustaining Treatment Should Not Require ‘Rasouli Consent’” (2012), 6:2 *M.J.L.H.* 54.
- la réanimation (mise à jour 1995) », 1995 (en ligne : <http://policybase.cma.ca/dbtw-wpd/PolicyPDF/PD95-03F.pdf>).
- Canada. Commission de réforme du droit. « Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement », document de travail 28. Ottawa : La Commission, 1982.
- Canada. Sénat. Comité sénatorial spécial sur l’euthanasie et l’aide au suicide. *De la vie et de la mort : Rapport du Comité sénatorial spécial sur l’euthanasie et l’aide au suicide*. Ottawa : Le Comité, 1995.
- Collège des médecins et chirurgiens du Manitoba. Statement No. 1602 : « Withholding and Withdrawing Life-Sustaining Treatment », September 2007 (online : <http://cpsm.mb.ca/cjj39alckF30a/wp-content/uploads/st1602.pdf>).
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal : Thémis, 2009.
- Hoffman, Brian F. *The Law of Consent to Treatment in Ontario*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1997.
- Manitoba. Commission de réforme du droit. « Withholding or Withdrawing Life Sustaining Medical Treatment », Report #109, December 2003 (online : http://www.manitobalawreform.ca/pubs/pdf/archives/109-full_report.pdf).
- Ordre des médecins et chirurgiens de l’Ontario. Policy Statement #1-06 : « Decision-making for the End of Life », July 2006 (online : <http://www.cpso.on.ca/policies/policies/default.aspx?ID=1582>).
- Picard, Ellen I., and Gerald B. Robertson. *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada*, 4th ed. Toronto : Thomson Carswell, 2007.
- Stedman’s Medical Dictionary*, 28th ed. Philadelphia : Lippincott Williams & Wilkins, 2006, « extubation ».
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.
- Trésor de la langue française informatisé* (en ligne), « préventif », « thérapeutique ».
- Young, Hilary. « Why Withdrawing Life-Sustaining Treatment Should Not Require “Rasouli Consent” » (2012), 6:2 *R.D.S.M.* 54.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Moldaver and Simmons J.J.A.), 2011 ONCA 482, 107 O.R. (3d) 9, 281 O.A.C. 183, 89 C.C.L.T. (3d) 175, [2011] O.J. No. 2984 (QL), 2011 CarswellOnt 14871, affirming a decision of Himel J., 2011 ONSC 1500, 105 O.R. (3d) 761, 231 C.R.R. (2d) 26, [2011] O.J. No. 1100 (QL), 2011 CarswellOnt 1650 (*sub nom. Rasouli (Litigation Guardian of) v. Sunnybrook Health Sciences*

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

Centre). Appeal dismissed, Abella and Karakatsanis JJ. dissenting.

Harry Underwood, Andrew McCutcheon and Erica J. Baron, for the appellants.

J. Gardner Hodder, Guillermo Schible and Stefan A. De Smit, for the respondent.

No one appeared for the intervener the Consent and Capacity Board.

Hugh R. Scher, for the intervener the Euthanasia Prevention Coalition.

Andrew S. Faith and Alexi N. Wood, for the intervener the Canadian Critical Care Society.

Rahool P. Agarwal, Nahla Khouri and Nicholas Saint-Martin, for the intervener the Canadian Association of Critical Care Nurses.

Dianne Wintermute, Graham Webb and C. Tess Sheldon, for the interveners the Advocacy Centre for the Elderly and the ARCH Disability Law Centre.

Marshall Swadron, Ryan Peck and Amy Wah, for the interveners the Mental Health Legal Committee and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

Albertos Polizogopoulos and Don Hutchinson, for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

A. *Overview*

[1] This case presents us with a tragic yet increasingly common conflict. A patient is unconscious. He is on life support — support that may keep

Sciences Centre). Pourvoi rejeté, les juges Abella et Karakatsanis sont dissidentes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

A. *Aperçu*

[1] La Cour est saisie en l'espèce d'un contentieux tragique qui devient néanmoins de plus en plus fréquent. Le patient est inconscient. Il est

him alive for a very long time, given the resources of modern medicine. His physicians, who see no prospect of recovery and only a long progression of complications as his body deteriorates, wish to withdraw life support. His wife, believing that he would wish to be kept alive, opposes withdrawal of life support. How should the impasse be resolved?

[2] In the past, disputes between next of kin and physicians over consent regarding life support and other forms of medical treatment for incapable patients were resolved through the courts, under the common law. However, in Ontario, the *Health Care Consent Act, 1996*, S.O. 1996, c. 2, Sch. A (“*HCCA*”), provides a statutory scheme for resolving such disputes. Under the *HCCA*, a designated substitute decision-maker — often a close family member — has the right to determine whether life support can be withdrawn in the first instance. In making that decision, she must act in accordance with the provisions of the *HCCA*, which aim at protecting patients’ autonomy and medical interests. In the event of disagreement, it is open to the attending physician to challenge the substitute decision-maker’s decision on the ground that it is not in accordance with the *HCCA*, by applying to the Consent and Capacity Board (“*Board*”). The *HCCA* empowers the Board to make the final decision on the issue of consent for incapable patients.

[3] The appellant physicians in this case take the position that the *HCCA* does not apply because consent is not required for withdrawal of life support that does not provide any medical benefit to the patient. The courts below rejected that contention, as would I. It follows that the appeal should be dismissed. Where a substitute decision-maker does not consent to the withdrawal of life support, the physicians’ remedy is an application to the Board.

maintenu en vie artificiellement — traitement qui pourrait le garder en vie très longtemps, compte tenu des ressources de la médecine moderne. Ses médecins, qui ne voient aucune perspective de rétablissement, mais plutôt une longue série de complications à mesure que son corps se détériore, souhaitent retirer le traitement de maintien de la vie. Son épouse, qui pense qu’il souhaiterait être maintenu en vie, s’oppose au retrait du traitement de maintien de la vie. Comment résoudre l’impasse?

[2] Dans le passé, les différends entre les proches parents et les médecins au sujet du consentement au traitement de maintien de la vie et à d’autres formes de traitement médical administrées à des patients incapables étaient réglés devant les tribunaux, selon les règles de la common law. Or, en Ontario, la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, L.O. 1996, ch. 2, ann. A (« *LCSS* » ou « *Loi* »), instaure un régime législatif pour régler les différends de cette nature. Aux termes de la *LCSS*, le mandataire spécial désigné — souvent un proche parent — a le droit de décider avant qui que ce soit d’autre si le traitement de maintien de la vie peut être retiré. En prenant cette décision, le mandataire doit agir en conformité avec la *LCSS*, qui vise à protéger l’autonomie du patient ainsi que ses intérêts sur le plan médical. En cas de désaccord, le médecin traitant, par voie de requête devant la Commission du consentement et de la capacité (« *Commission* »), peut contester la décision du mandataire spécial au motif qu’elle n’est pas conforme à la *LCSS*. La *Loi* habilite la Commission à rendre la décision définitive quant à la question du consentement pour le patient incapable.

[3] En l’espèce, les médecins appelants font valoir que la *LCSS* ne s’applique pas, parce que le consentement n’est pas requis pour retirer un traitement de maintien de la vie qui n’a aucun effet bénéfique pour le patient. Les tribunaux d’instance inférieure ont rejeté cet argument, tout comme je le ferais. Le pourvoi doit donc être rejeté. Lorsque le mandataire spécial refuse de consentir au retrait du traitement de maintien de la vie, le recours des médecins consiste à présenter une requête à la Commission.

[4] This case turns on statutory interpretation — what the *HCCA* provides. It is not a case about who, in the absence of a statute, should have the ultimate say in whether to withhold or withdraw life-sustaining treatment. Nor does the case require us to resolve the philosophical debate over whether a next-of-kin’s decision should trump the physicians’ interest in not being forced to provide non-beneficial treatment and the public interest in not funding treatment deemed of little or no value. The Ontario legislature has addressed the conflicting interests and arguments that arise in cases such as this in the *HCCA*. The Court’s task is simply to determine what the statute requires. I note that the parties did not address resource implications or *Charter* issues in this appeal.

B. *The Events*

[5] In October 2010, Mr. Hassan Rasouli underwent surgery at Sunnybrook Health Sciences Centre (the “Hospital”) to remove a benign brain tumour. Following the procedure, Mr. Rasouli developed an infection that caused severe and diffuse brain damage. As a result, Mr. Rasouli has been unconscious since October 16, 2010, and is being kept alive by mechanical ventilation, connected to a tube surgically inserted into his trachea, and artificial nutrition and hydration, delivered through a tube inserted into his stomach. Without these life-sustaining measures, it is expected that Mr. Rasouli would pass away.

[6] The physicians responsible for Mr. Rasouli’s care, including the appellants, Dr. Cuthbertson and Dr. Rubinfeld, formed the opinion that Mr. Rasouli was in a persistent vegetative state, that all appropriate treatments for his condition had been exhausted, and that there was no realistic hope for his medical recovery. In the opinion of the physicians, continuing to provide life support would not provide any medical benefit to Mr. Rasouli and may cause harm. They seek to

[4] La présente affaire porte sur l’interprétation des dispositions de la *LCSS*. Il ne s’agit pas de décider à qui revient, en l’absence d’une loi, la décision ultime de maintenir ou de retirer le traitement de maintien de la vie. La présente espèce ne nous oblige pas non plus à trancher le débat philosophique quant à la question de savoir si la décision d’un proche parent doit avoir préséance sur l’intérêt des médecins de ne pas être forcés d’administrer un traitement qui n’a pas d’effet bénéfique et sur l’intérêt public à ne pas financer un traitement qui n’a que peu d’utilité, voire aucune. Le législateur ontarien a traité, dans la *LCSS*, des intérêts et des arguments contradictoires soulevés dans des cas comme celui qui nous occupe. La Cour doit donc simplement déterminer les exigences de la Loi. Je note que, dans le présent pourvoi, les parties n’ont pas abordé les questions relatives aux répercussions du débat sur les ressources ou celles relatives à la *Charte*.

B. *Les faits*

[5] En octobre 2010, M. Hassan Rasouli a subi une intervention chirurgicale au Sunnybrook Health Sciences Centre (l’« hôpital ») pour qu’on procède à l’exérèse d’une tumeur cérébrale bénigne. Par la suite, il a contracté une infection qui a causé de graves lésions cérébrales diffuses. En conséquence, M. Rasouli est inconscient depuis le 16 octobre 2010 et il est maintenu en vie par ventilation artificielle, au moyen d’une sonde insérée par voie chirurgicale dans sa trachée, et par alimentation et hydratation artificielles, au moyen d’une sonde insérée dans son estomac. Sans ces mesures de maintien de la vie, M. Rasouli décéderait vraisemblablement.

[6] Les médecins chargés de s’occuper de M. Rasouli, dont les appelants, le D^r Cuthbertson et le D^r Rubinfeld, en sont venus à la conclusion qu’il se trouvait dans un état végétatif persistant, qu’ils avaient administré tous les traitements qui convenaient à son état et qu’il n’y avait pas de véritable espoir pour son rétablissement. Selon les médecins, le fait de continuer à administrer le traitement de maintien de la vie ne porterait aucun effet bénéfique pour M. Rasouli et pourrait

remove his life support and to provide palliative care until his expected death.

[7] The physicians informed Mr. Rasouli's wife, Ms. Parichehr Salasel, who is also his litigation guardian and substitute decision-maker under the *HCCA*, of Mr. Rasouli's diagnosis and their proposed course of action. She would not agree. Ms. Salasel and her family wish to keep Mr. Rasouli alive. Ms. Salasel does not accept that Mr. Rasouli is in a state of permanent and irreversible unconsciousness and believes that, as a devout Shia Muslim, he would wish to be kept alive. She contends that new evidence on Mr. Rasouli's neurological function indicates an increased level of consciousness.

[8] In the face of Ms. Salasel's disagreement, the Hospital arranged for a second opinion from a neurologist who had not been involved in Mr. Rasouli's care. The neurologist concurred with the original diagnosis and assessment. The Hospital also contacted another facility to see whether Mr. Rasouli could be treated elsewhere, but that facility was not prepared to admit Mr. Rasouli. In addition, the physicians offered Ms. Salasel the opportunity to independently obtain an opinion from another neurologist, which she chose not to do.

[9] Faced with an impasse, the physicians agreed to postpone their plans to withdraw life support until Ms. Salasel could apply to the Ontario Superior Court of Justice for an order restraining the physicians from withdrawing Mr. Rasouli from life support, and directing that any challenge to her refusal of consent be made to the Board. The physicians cross-applied for a declaration that Mr. Rasouli is in a permanent vegetative state, that consent is not required to withdraw life support where such treatment is futile, and that the Board has no jurisdiction to decide these issues.

plutôt avoir des effets néfastes. Les médecins souhaitent retirer le traitement de maintien de la vie et administrer plutôt des soins palliatifs jusqu'à ce que survienne le décès prévu de leur patient.

[7] Les médecins ont informé M^{me} Parichehr Salasel — l'épouse de M. Rasouli, mais aussi sa tutrice à l'instance et mandataire spéciale en vertu de la *LCSS* — du diagnostic de celui-ci et des mesures proposées. Elle n'a pas consenti à ces mesures. M^{me} Salasel et sa famille souhaitent maintenir M. Rasouli en vie. Elle n'accepte pas que celui-ci soit dans un état d'inconscience permanent et irréversible et croit que, en tant que musulman chiite dévot, il souhaiterait être maintenu en vie. Elle soutient en outre que de nouveaux éléments de preuve relatifs à la fonction neurologique de M. Rasouli indiquent une augmentation de son état de conscience.

[8] Devant le désaccord de M^{me} Salasel, l'hôpital a pris des dispositions pour obtenir un deuxième avis auprès d'un neurologue qui n'avait pas suivi M. Rasouli. Ce neurologue a souscrit au diagnostic initial et au résultat de la première évaluation. L'hôpital a également communiqué avec un autre établissement pour vérifier s'il pouvait prendre en charge M. Rasouli, mais cet établissement n'était pas disposé à l'admettre. De plus, les médecins ont offert à M^{me} Salasel la possibilité d'obtenir elle-même l'avis d'un autre neurologue, mais celle-ci a décidé de ne pas se prévaloir de cette offre.

[9] Devant l'impasse, les médecins ont convenu de reporter le retrait du traitement de maintien de la vie en attendant que M^{me} Salasel puisse demander à la Cour supérieure de justice de l'Ontario une ordonnance leur interdisant de retirer le traitement de maintien de la vie administré à M. Rasouli et leur enjoignant de contester le refus du consentement devant la Commission. Dans une demande reconventionnelle, les médecins ont sollicité un jugement déclaratoire portant que M. Rasouli se trouve dans un état végétatif permanent, que le consentement au retrait du traitement de maintien de la vie n'est pas obligatoire dans un tel cas de traitement inutile et que la Commission n'a pas compétence pour trancher ces questions.

C. Court Decisions

[10] The Ontario Superior Court of Justice, *per* Himel J., granted Ms. Salasel's application for an order that life support could not be removed without her consent, and that any challenge to her refusal to consent must be brought before the Board: 2011 ONSC 1500, 105 O.R. (3d) 761.

[11] The Ontario Court of Appeal upheld this order. It held that withdrawal of life support and administration of end-of-life palliative care were integrally linked and should be viewed as a "treatment package": 2011 ONCA 482, 107 O.R. (3d) 9, at para. 52. Since consent to the administration of palliative care was clearly required under the *HCCA*, it should also be required for the "treatment package" of withdrawal of life support and administration of palliative care.

[12] In January 2012, before the hearing of the appeal in this Court, assessments by two neurologists resulted in a change to Mr. Rasouli's diagnosis from permanent vegetative state to minimally conscious state. As a result, the appellant physicians took the view that further investigations were required to determine whether Mr. Rasouli may be capable of any communication, which could bear on their assessment of whether life support should be continued. Ms. Salasel, on the other hand, brought a motion to quash the appeal given the change in diagnosis. The motion was dismissed by this Court in May 2012.

[13] In November 2012, both parties brought motions to adduce new evidence on Mr. Rasouli's neurological function. These motions were referred to the panel hearing the appeal to be determined at the hearing. In light of my conclusion that the substance of the dispute must be determined by the Board, I would dismiss the motions to adduce

C. Décisions des tribunaux d'instance inférieure

[10] La juge Himel de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a accueilli la demande par laquelle M^{me} Salasel sollicitait une ordonnance interdisant aux médecins de retirer le traitement de maintien de la vie sans son consentement et leur enjoignant de contester le refus du consentement devant la Commission : 2011 ONSC 1500, 105 O.R. (3d) 761.

[11] La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé cette ordonnance, concluant que le retrait du traitement de maintien de la vie et l'administration de soins palliatifs étaient intrinsèquement reliés et devaient être considérés comme [TRADUCTION] « un traitement global » : 2011 ONCA 482, 107 O.R. (3d) 9, par. 52. Puisque la *LCSS* exige manifestement le consentement à l'administration de soins palliatifs, la Cour d'appel a estimé qu'elle doit également exiger le consentement pour le « traitement global » comprenant le retrait du traitement de maintien de la vie et l'administration de soins palliatifs.

[12] En janvier 2012, avant que la Cour n'entende le présent appel, les évaluations effectuées par deux neurologues ont eu pour effet de remplacer le diagnostic de M. Rasouli d'état végétatif permanent par celui d'état de conscience minimale. Par conséquent, les médecins appelants ont estimé qu'il allait procéder à des examens plus approfondis pour déterminer si M. Rasouli pouvait communiquer d'une quelconque façon ce qui, le cas échéant, pourrait influencer sur leur opinion quant à l'opportunité de poursuivre ou non le traitement de maintien de la vie. Pour sa part, vu le changement apporté au diagnostic de M. Rasouli, M^{me} Salasel a présenté une requête en annulation de l'appel. Notre Cour a rejeté cette requête en mai 2012.

[13] En novembre 2012, les deux parties ont déposé des requêtes en vue de présenter une nouvelle preuve concernant la fonction neurologique de M. Rasouli. Ces requêtes ont été renvoyées à la formation de la Cour chargée d'entendre l'appel pour qu'elle les tranche à l'audience. Comme j'ai conclu qu'il appartient à la Commission de statuer

fresh evidence, without prejudice to the Board receiving any evidence it deems relevant.

D. *Issues*

[14] This appeal raises two questions.

[15] The first is whether the *HCCA* governs the issue of withdrawal of life support with the consequence that Ms. Salasel's consent to withdrawal of life support is required, and that her refusal can be challenged only before the Board.

[16] Only if we conclude that the *HCCA* does not apply, do we reach the second question — whether at common law this Court should order that Mr. Rasouli's life support can be removed without Ms. Salasel's consent.

II. Discussion

[17] In enacting the *HCCA*, the Ontario legislature both codified and in important ways modified the common law of consent to medical treatment. It is therefore useful to begin by situating the statute within the common law legal landscape.

A. *The Common Law Backdrop*

[18] At common law, medical caregivers must obtain a patient's consent to the administration of medical treatment: *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 S.C.R. 192. The physician cannot override the patient's wishes to be free from treatment, even if he believes that treatment is in the vital interests of the patient. The patient's consent must be given voluntarily and must be informed, which requires physicians to ensure the patient understands the nature of the procedure, its risks and benefits, and the availability of alternative treatments before making a decision about a course of treatment. The requirement for

sur le fond du litige, je suis d'avis de rejeter les requêtes en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve, sans préjudice à la possibilité que la Commission reçoive tout élément de preuve qu'elle jugera pertinent.

D. *Questions en litige*

[14] Le présent pourvoi soulève deux questions.

[15] Premièrement, il s'agit de savoir si la *LCSS* régit le retrait du traitement de maintien de la vie, de telle sorte que le consentement de M^{me} Salasel soit requis à cet égard et que son refus de l'accorder ne puisse être contesté que devant la Commission.

[16] Ce ne serait que si nous répondions par la négative à la première question que nous serions appelés à nous prononcer sur la deuxième, soit celle de savoir si, suivant la common law, la Cour devrait ordonner que le traitement de maintien de la vie administré à M. Rasouli peut être retiré sans le consentement de M^{me} Salasel.

II. Analyse

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

A. *La toile de fond en common law*

[18] En common law, les fournisseurs de soins doivent obtenir le consentement du patient à l'administration d'un traitement médical : *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192. Le médecin ne peut passer outre à la volonté du patient de ne pas subir un traitement, même s'il estime que ce traitement est vital pour le patient. Le consentement doit être donné volontairement et doit être éclairé, ce qui oblige les médecins à veiller à ce que le patient comprenne, avant de prendre une décision, la nature du traitement, ses risques et ses effets bénéfiques, ainsi que l'existence d'autres mesures

informed consent is rooted in the concepts of an individual's right to bodily integrity and respect for patient autonomy: see *Fleming v. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74 (C.A.).

[19] The common law of consent to medical treatment works well for patients who have the capacity to decide on consent to treatment, in the sense of being able to understand the nature, purpose, and consequences of the proposed treatment. The patient's autonomy interest — the right to decide what happens to one's body and one's life — has historically been viewed as trumping all other interests, including what physicians may think is in the patient's best interests.

[20] However, the traditional common law approach to medical treatment is more problematic when a patient is incapable of appreciating the nature, purpose, and consequences of the proposed treatment. As explained in *Malette v. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417 (C.A.), at pp. 423-24, the common law doctrine of informed consent “presupposes the patient's capacity to make a subjective treatment decision based on her understanding of the necessary medical facts provided by the doctor and on her assessment of her own personal circumstances”. When such capacity is lacking, the patient is not in a position to exercise his autonomy by consenting to or refusing medical treatment.

[21] If a patient is incapable, disputes over consent to treatment at common law are resolved in the courts. The focus shifts from the patient's autonomy interest, which is compromised or extinguished, to whether receiving treatment is in the best interests of the patient. In emergency situations, where treatment is necessary to save the life or preserve the health of an incapable patient, treatment may be provided without consent: *Malette*, at p. 424. In non-emergency situations, treatment may be authorized by a court, acting under its *parens patriae* jurisdiction, or in the case of an incapable minor, by the child's parents or legal guardian. See, e.g., *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388; *B. (R.)*

possibles. L'obligation d'obtenir un consentement éclairé repose sur le droit d'un individu à l'intégrité physique et au respect de son autonomie : voir *Fleming c. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74 (C.A.).

[19] Les règles de la common law relatives au consentement à un traitement médical s'appliquent bien dans le cas des patients capables de donner un tel consentement, c'est-à-dire de ceux qui sont en mesure de comprendre la nature, l'objet et les conséquences du traitement proposé. On a toujours considéré que le droit du patient à l'autonomie — soit son droit de prendre des décisions concernant son corps et sa vie — l'emporte sur tout autre droit ou intérêt, y compris sur l'avis des médecins quant à ce qui est dans son intérêt véritable.

[20] Cela dit, l'approche traditionnelle de la common law à l'égard du traitement médical pose davantage problème lorsque le patient est incapable de comprendre la nature, l'objet et les conséquences du traitement proposé. Comme il est expliqué dans *Malette c. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417 (C.A.), p. 423-424, la doctrine du consentement éclairé établie en common law, [TRADUCTION] « pré-suppose que le patient a la capacité de prendre une décision subjective à l'égard d'un traitement, à partir de sa compréhension des éléments pertinents d'ordre médical présentés par le médecin et de l'évaluation qu'il fait de sa situation personnelle ». Le patient qui en est incapable n'est pas en mesure d'exercer son autonomie en donnant ou en refusant son consentement au traitement médical.

[21] En common law, si le patient est incapable, les différends concernant le consentement au traitement sont réglés par les tribunaux. Il ne s'agit plus du droit du patient à l'autonomie, qui est compromis ou éteint, mais plutôt de savoir si l'administration du traitement est dans son intérêt véritable. En situation d'urgence, lorsque le traitement est nécessaire pour sauver la vie ou préserver la santé d'un patient incapable, le traitement peut être administré sans consentement : *Malette*, p. 424. En l'absence d'urgence, le traitement peut être autorisé par un tribunal, qui exerce sa compétence *parens patriae*, ou dans le cas d'un mineur incapable, par les parents de l'enfant ou par son tuteur légal. Voir,

v. *Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 83; *Re S.D.*, [1983] 3 W.W.R. 618 (B.C.S.C.), at p. 629.

B. *The Statutory Scheme*

[22] Many provinces found the common law regime for the treatment of incapable patients unsatisfactory and devised new approaches through legislation. In 1996, the Ontario legislature passed the *HCCA*, which provides a statutory framework governing consent to treatment for capable and incapable patients. Similar legislation has been adopted in other provinces. See *The Health Care Directives Act*, C.C.S.M. c. H27; *Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act*, R.S.B.C. 1996, c. 181; *Care Consent Act*, S.Y. 2003, c. 21, Sch. B; *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 11 to 25; *Consent to Treatment and Health Care Directives Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-17.2.

[23] Each of these statutes provides a framework for resolving the difficult issues surrounding treatment of patients who lack capacity to decide for themselves: *Starson v. Swayze*, 2003 SCC 32, [2003] 1 S.C.R. 722. Generally speaking, the statutes give effect to the patient's autonomy interest insofar as possible. If the patient's autonomy is compromised by lack of capacity, they seek to balance it against considerations related to the best interests of the patient. Finally, some statutes provide for resolution of disputes by specialized tribunals instead of the courts. The *HCCA* does all these things.

[24] The purposes of the Act are:

1. . . .

- (a) to provide rules with respect to consent to treatment that apply consistently in all settings;
- (b) to facilitate treatment, admission to care facilities, and personal assistance services, for persons

p. ex., *E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 83; *Re S.D.*, [1983] 3 W.W.R. 618 (C.S.C.-B.), p. 629.

B. *Le régime législatif*

[22] Plusieurs provinces ont jugé le régime de common law relatif au traitement des patients incapables insatisfaisant et ont élaboré, par voie législative, de nouvelles façons de procéder. En 1996, le législateur ontarien a adopté la *LCSS*, qui établit un cadre législatif régissant le consentement au traitement pour les patients capables et incapables. D'autres provinces ont adopté des lois semblables. Voir *Loi sur les directives en matière de soins de santé*, C.P.L.M. ch. H27; *Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 181; *Loi sur le consentement aux soins*, L.Y. 2003, ch. 21, ann. B; *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 11 à 25; *Consent to Treatment and Health Care Directives Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. C-17.2.

[23] Chacune de ces lois établit un cadre pour le règlement des questions délicates entourant le traitement des patients incapables de décider pour eux-mêmes : *Starson c. Swayze*, 2003 CSC 32, [2003] 1 R.C.S. 722. En règle générale, elles donnent effet, dans la mesure du possible, au droit du patient à l'autonomie. Si ce droit est compromis par l'absence de capacité, les lois cherchent à mettre en balance ce droit, d'une part, et les considérations relatives à l'intérêt véritable du patient, d'autre part. Enfin, certaines lois prévoient le règlement des différends par des tribunaux spécialisés plutôt que par les cours de justice. La *LCSS* fait tout cela.

[24] Les objectifs de la Loi sont les suivants :

1. . . .

- a) prévoir des règles en matière de consentement au traitement qui s'appliquent de façon uniforme dans tous les milieux;
- b) faciliter le traitement et l'admission à des établissements de soins des personnes qui n'ont pas

- lacking the capacity to make decisions about such matters;
- (c) to enhance the autonomy of persons for whom treatment is proposed, persons for whom admission to a care facility is proposed and persons who are to receive personal assistance services by,
- (i) allowing those who have been found to be incapable to apply to a tribunal for a review of the finding,
- (ii) allowing incapable persons to request that a representative of their choice be appointed by the tribunal for the purpose of making decisions on their behalf concerning treatment, admission to a care facility or personal assistance services, and
- (iii) requiring that wishes with respect to treatment, admission to a care facility or personal assistance services, expressed by persons while capable and after attaining 16 years of age, be adhered to;
- (d) to promote communication and understanding between health practitioners and their patients or clients;
- (e) to ensure a significant role for supportive family members when a person lacks the capacity to make a decision about a treatment, admission to a care facility or a personal assistance service; and
- (f) to permit intervention by the Public Guardian and Trustee only as a last resort in decisions on behalf of incapable persons concerning treatment, admission to a care facility or personal assistance services.
- la capacité de prendre des décisions concernant ces questions, et faciliter les services d'aide personnelle qui leur sont fournis;
- c) accroître l'autonomie des personnes pour lesquelles un traitement est proposé, de celles dont l'admission à un établissement de soins est proposée et de celles qui doivent recevoir des services d'aide personnelle :
- (i) en permettant à celles dont l'incapacité a été constatée de demander, par voie de requête, à un tribunal administratif de réviser cette constatation,
- (ii) en permettant aux incapables de demander au tribunal administratif de nommer un représentant de leur choix pour prendre en leur nom des décisions concernant le traitement, leur admission à un établissement de soins ou des services d'aide personnelle,
- (iii) en exigeant le respect des désirs que des personnes ont exprimés à l'égard d'un traitement, de leur admission à un établissement de soins ou des services d'aide personnelle devant leur être fournis, lorsqu'elles étaient capables et avaient au moins 16 ans révolus;
- d) favoriser la communication et la compréhension entre les praticiens de la santé et leurs malades ou clients;
- e) veiller à ce que les membres de la famille qui soutiennent des personnes jouent un rôle important lorsque celles-ci n'ont plus la capacité de prendre une décision concernant un traitement, leur admission à un établissement de soins ou un service d'aide personnelle;
- f) permettre l'intervention, mais seulement en dernier ressort, du Tuteur et curateur public dans les décisions concernant le traitement, l'admission à un établissement de soins ou des services d'aide personnelle, qui sont prises au nom des incapables.

[25] The *HCCA* starts from the general premise that medical treatment cannot be administered without consent: s. 10(1). Building on this premise, the *HCCA* goes on to provide a detailed scheme governing consent to treatment for incapable patients. It provides that a substitute decision-maker must consent to treatment of an incapable patient: ss. 10(1)(b) and 20. The statute sets out a clear

[25] La *LCSS* part de la prémisse générale selon laquelle le traitement médical ne peut être administré sans consentement : par. 10(1). Sur la base de cette prémisse, elle instaure un régime détaillé régissant le consentement au traitement pour les patients incapables. Elle prévoit notamment qu'un mandataire spécial doit donner son consentement au traitement administré à un tel patient : al. 10(1)b)

hierarchy designating who will serve as substitute decision-maker: s. 20(1). This will often be a close family member of the patient, furthering the statutory objective of ensuring “a significant role for supportive family members when a person lacks the capacity to make a decision about a treatment”: s. 1(e).

[26] The substitute decision-maker does not have a free hand to grant or refuse consent at will. She must respect prior applicable wishes of the patient expressed while the patient was capable: s. 21(1). If there are no such wishes, the substitute decision-maker must decide based on the best interests of the patient, taking into consideration a series of mandatory factors relating to the medical condition, well-being, values, and wishes of the patient: s. 21(2).

[27] The *HCCA* does not neglect the role of health practitioners in the treatment of incapable patients. First, where there is a prior wish by the patient, the attending physician may ask the Board to find that the wish is not applicable to the patient’s current circumstances (s. 35), or to permit a departure from the wish because the likely result of treatment has significantly improved since the wish was made: s. 36. Second, if the physician feels that a substitute decision-maker has not complied with the *HCCA*’s rules for giving or refusing consent to treatment, he may challenge the consent decision by application to the Board: s. 37. Such a challenge will generally focus on medical considerations within the s. 21(2) best interests analysis. The physician’s views of what will medically benefit the patient are obviously critical to the Board’s determination of the patient’s best interests. However, the *HCCA* gives the Board final responsibility to decide disputes over consent to treatment for incapable patients, based on an objective assessment of whether the substitute decision-maker complied with the requirements of the *HCCA*.

et art. 20. La Loi établit en outre un ordre hiérarchique clair pour désigner qui remplira la fonction de mandataire spécial : par. 20(1). Il s’agit souvent d’un proche parent du patient, ce qui permet de réaliser l’objectif législatif de veiller à ce que « les membres de la famille qui soutiennent des personnes jouent un rôle important lorsque celles-ci n’ont plus la capacité de prendre une décision concernant un traitement » : al. 1e).

[26] Le mandataire spécial n’a pas pleine liberté pour donner ou pour refuser son consentement. Il doit se conformer au désir applicable exprimé par le patient lorsqu’il était capable : par. 21(1). Si le patient n’a pas exprimé pareil désir, le mandataire spécial doit prendre une décision en fonction de ce qui est dans l’intérêt véritable du patient, en tenant obligatoirement compte d’une série de facteurs relatifs à l’état de santé du patient, à son bien-être, à ses valeurs et à ses désirs : par. 21(2).

[27] La *LCSS* ne fait pas abstraction du rôle des praticiens de la santé dans le traitement des patients incapables. Premièrement, lorsque le patient a exprimé un désir antérieurement, le médecin traitant peut demander à la Commission de conclure que ce désir n’est pas applicable à la situation du patient (art. 35) ou qu’il est permis de ne pas s’y conformer, au motif que le résultat vraisemblable du traitement sera dans une large mesure meilleur que ce à quoi on se serait attendu au moment où le patient avait exprimé son désir : art. 36. Deuxièmement, s’il est d’avis que le mandataire spécial ne s’est pas conformé aux règles de la *LCSS* concernant le consentement ou le refus du consentement à un traitement, le médecin peut contester sa décision par voie de requête devant la Commission : art. 37. Une contestation de ce type porte généralement sur des considérations d’ordre médical dans l’analyse de l’intérêt véritable du patient fondée sur le par. 21(2). L’opinion du médecin quant aux mesures bénéfiques pour le patient sur le plan médical est manifestement essentielle à la détermination par la Commission de ce qui est dans l’intérêt véritable du patient. La *LCSS* confie toutefois à la Commission la responsabilité ultime de trancher les différends au sujet du consentement au traitement pour les patients incapables après avoir décidé objectivement si le mandataire spécial s’est conformé ou non aux exigences de la *LCSS*.

[28] In summary, the *HCCA* contemplates disputes between physicians and substitute decision-makers over the care of incapable patients, and provides for their resolution by the Board, an independent, quasi-judicial body with specialized jurisdiction over matters of consent to medical treatment.

C. “Treatment”: Measures That Serve a Health-Related Purpose

[29] The *HCCA* requires consent to all measures that constitute “treatment”. Section 10(1) of the Act provides:

10. (1) A health practitioner who proposes a treatment for a person shall not administer the treatment, and shall take reasonable steps to ensure that it is not administered, unless,

- (a) he or she is of the opinion that the person is capable with respect to the treatment, and the person has given consent; or
- (b) he or she is of the opinion that the person is incapable with respect to the treatment, and the person’s substitute decision-maker has given consent on the person’s behalf in accordance with this Act.

[30] “Treatment”, in turn, is broadly defined as care given for *a health-related purpose*. Section 2(1) provides:

. . . anything that is done for a therapeutic, preventive, palliative, diagnostic, cosmetic or other health-related purpose, and includes a course of treatment, plan of treatment or community treatment plan

[31] The issue raised in this case thus comes down to the interpretation of “treatment” and “health-related” purpose under s. 2(1) of the *HCCA*.

[32] The basic rule of statutory interpretation is that “the words of an Act are to be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act,

[28] Bref, la *LCSS* s’applique aux différends qui opposent les médecins et les mandataires spéciaux au sujet des soins administrés aux patients incapables, et prévoit leur règlement par la Commission, organisme indépendant, quasi judiciaire et spécialisé en matière de consentement au traitement médical.

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

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

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

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

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

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

[31] La question soulevée en l’espèce se résume donc à l’interprétation des termes « traitement » et « but relié au domaine de la santé » qui figurent au par. 2(1) de la *LCSS*.

[32] Selon la règle fondamentale d’interprétation des lois, [TRADUCTION] « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant leur sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec

the object of the Act, and the intention of Parliament”: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 1. Every statute “shall be given such fair, large and liberal interpretation as best ensures the attainment of its objects”: *Legislation Act, 2006*, S.O. 2006, c. 21, Sch. F, s. 64(1).

[33] There is no dispute between the parties that, in general, the provision of life support constitutes treatment under the *HCCA* and therefore requires consent. The question is whether withdrawal of life support constitutes treatment on the facts of this case. The physicians argue that it does not. They raise three arguments: (1) life support that is not “medically indicated” is not “treatment” under the *HCCA*; (2) in any case, withdrawal of treatment does not itself constitute “treatment” under the *HCCA*; and (3) requiring consent for withdrawal of life support will place them in an untenable ethical position. I will consider each argument in turn.

D. *The Argument That “Treatment” Is Confined to What Is of Medical Benefit to the Patient*

[34] The physicians argue that treatment under the *HCCA* is limited to what the attending physician or caregiver deems to be of *medical benefit* to the patient (in other words, what is medically indicated). Mr. Rasouli’s physicians have concluded that life support no longer offers a medical benefit, despite keeping him alive, given his unconscious state and the extreme unlikelihood of his recovery. It follows, they argue, that the provision of life support to Mr. Rasouli has ceased to be treatment under the *HCCA*, obviating the need for consent to its withdrawal.

[35] The difficulty with the physicians’ argument is that it substitutes a physician-made criterion for treatment (medical benefit) for the criterion

l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 1. Les lois doivent « s’interpr[éter] de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de ses objets » : *Loi de 2006 sur la législation*, L.O. 2006, ch. 21, ann. F, par. 64(1).

[33] Les parties ne contestent pas que, de façon générale, l’administration du traitement de maintien de la vie constitue un traitement au sens de la *LCSS* et exige donc un consentement. Il s’agit plutôt de savoir si le retrait du traitement de maintien de la vie constitue un traitement vu les faits de l’espèce. Les médecins soutiennent que ce n’est pas le cas. Ils présentent trois arguments : (1) le traitement de maintien de la vie qui n’est pas [TRADUCTION] « indiqué sur le plan médical » ne constitue pas un « traitement » au sens de la *LCSS*; (2) de toute manière, le retrait d’un traitement ne constitue pas en soi un « traitement » au sens de la *LCSS*; et (3) l’exigence d’obtenir le consentement au retrait du traitement de maintien de la vie les placera dans une position éthique intenable. Je vais examiner chacun de ces arguments à tour de rôle.

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

[34] Selon les médecins, le traitement au sens de la *LCSS* se résume aux mesures que le médecin traitant ou le fournisseur de soins estime avoir un *effet bénéfique* pour le patient (autrement dit, au traitement indiqué sur le plan médical). Les médecins de M. Rasouli ont conclu que le traitement de maintien de la vie n’a plus d’effet bénéfique pour lui, même s’il le garde en vie, étant donné son état d’inconscience et la probabilité extrêmement faible qu’il se rétablisse. Selon les médecins, l’administration à M. Rasouli du traitement de maintien de la vie ne constitue donc plus un traitement au sens de la *LCSS*, ce qui élimine le besoin d’obtenir le consentement à son retrait.

[35] Le problème que pose l’argument des médecins est qu’il substitue un critère établi par les médecins à l’égard d’un traitement (effet bénéfique) au

specified in the *HCCA* for consent (health-related purpose). These concepts sound similar, but they are in reality different.

[36] The concept of “medical benefit” is a clinical term used by physicians to determine whether a given procedure should be offered to a patient. This clinical term has legal implications for the physician’s standard of care. If a treatment would be of medical benefit to the patient in this sense, the physician may be required to offer that treatment in order to comply with his standard of care. Whether a given treatment offers a medical benefit requires a contextual assessment of the patient’s circumstances, including the patient’s condition and prognosis, the expected result of treatment for that patient, and any risks of treatment for that patient: A.F., at para. 44.

[37] The concept of “health-related purpose”, by contrast, is a legal term used in the *HCCA* to set limits on when actions taken by health practitioners will require consent under the statute. “Treatment” is “anything that is done” for one of the enumerated purposes (therapeutic, preventive, palliative, diagnostic and cosmetic) or “other health-related purpose”. Under the *HCCA*, only acts undertaken for a health-related purpose constitute treatment, and therefore require consent. The concept of health-related purpose in the *HCCA* does not interfere with a physician’s professional assessment of whether a procedure offers a medical benefit. Its only function is to determine when the actions of health care practitioners require patient consent.

[38] The issue here is not the correctness of the physicians’ professional opinion that sustaining life in Mr. Rasouli’s situation confers no medical benefit. In fact, their opinion appears to reflect a widely accepted view in the medical community. The issue

critère prescrit par la *LCSS* à l’égard du consentement (relié au domaine de la santé). Ces notions paraissent semblables, mais, en réalité, elles sont distinctes.

[36] Le terme clinique « effet bénéfique » renvoie à une notion utilisée par les médecins pour établir s’il convient d’offrir d’administrer une procédure donnée à un patient. Ce terme clinique entraîne des conséquences juridiques en ce qui a trait à la norme de diligence applicable au médecin. Si le traitement a un effet bénéfique pour le patient en ce sens, le médecin peut être tenu d’offrir d’administrer ce traitement pour respecter la norme de diligence à laquelle il doit satisfaire. Pour répondre à la question de savoir si un traitement donné présente un effet bénéfique, il faut procéder à une évaluation contextuelle de la situation du patient, notamment de son état et de son pronostic, du résultat prévu du traitement dans le cas du patient et des risques que le traitement comporte pour ce patient : m.a., par. 44.

[37] Par contre, la notion juridique de « but relié au domaine de la santé » est utilisée dans la *LCSS* pour limiter les cas où les praticiens de la santé auront besoin d’un consentement sous le régime de la Loi. Le « traitement » s’entend de « tout ce qui est fait » dans l’un des buts énumérés (thérapeutique, préventif, palliatif, diagnostique ou cosmétique) ou dans « un autre but relié au domaine de la santé ». Sous le régime de la *LCSS*, seuls les actes accomplis dans un but relié au domaine de la santé constituent un traitement et requièrent donc un consentement. La notion de but relié au domaine de la santé énoncée dans la *LCSS* ne fait pas obstacle à l’évaluation professionnelle du médecin pour déterminer si une procédure présente un effet bénéfique sur le plan médical. Elle ne sert que lorsqu’il s’agit de déterminer les cas où les praticiens de la santé ont besoin du consentement du patient.

[38] En l’espèce, le litige ne concerne pas l’exactitude de l’opinion professionnelle des médecins selon laquelle le maintien en vie n’a aucun effet bénéfique dans le cas de M. Rasouli. En fait, leur opinion semble refléter un point de vue largement

at this stage of the argument is whether maintaining Mr. Rasouli's life serves a health-related purpose within the meaning of the *HCCA*.

[39] The wording of the *HCCA* does not limit "health-related purpose" to what the attending physician considers to medically benefit the patient. The *HCCA* does not use the terms "medical benefit" or "medically indicated". The legislature could easily have taken this approach but instead chose to define "treatment" more broadly with a wide-ranging and non-exhaustive list of health-related purposes.

[40] The words of the *HCCA* on their face cover provision of life support that is effective in keeping the patient alive and forestalling death. Life support arguably falls within "therapeutic" and "preventive" purposes, listed in the definition of "treatment" in s. 2(1).

[41] The *New Oxford Dictionary of English* (1998) defines "therapeutic" as "relating to the healing of disease", but also as "having a good effect on the body or mind" (p. 1922). Maintaining life support for Mr. Rasouli does not serve the purpose of "healing of disease". However, it can be argued that maintaining life support has a "good effect on the body", in the sense of keeping it alive.

[42] The same dictionary defines "preventive" as describing a medicine or other treatment "designed to stop disease or ill health from occurring" or "designed to keep something undesirable such as illness, harm, or accidents from occurring" (p. 1469). If death is considered harmful or a manifestation of ill health, then life support serves a preventive purpose so long as it is effective in preventing death.

[43] Inclusion of life support in "treatment" is also generally supported by the objects of the *HCCA*. It provides consistency with respect to consent,

répandu dans la communauté médicale. À la présente étape, il s'agit plutôt de savoir si le traitement de maintien de la vie administré à M. Rasouli vise un but relié au domaine de la santé au sens de la *LCSS*.

[39] Le libellé de la *LCSS* n'a pas pour effet de restreindre le « but relié au domaine de la santé » à un traitement ayant, selon le médecin traitant, un effet bénéfique pour le patient. La *LCSS* n'emploie pas les termes « effet bénéfique sur le plan médical » ou « indiqué sur le plan médical ». Le législateur aurait très bien pu procéder ainsi, mais il a plutôt choisi de définir le mot « traitement » de façon plus large en dressant une liste vaste et non exhaustive de buts reliés au domaine de la santé.

[40] Le libellé de la *LCSS* vise à sa face même le traitement de maintien de la vie qui est efficace pour préserver la vie du patient et empêcher son décès. Le traitement de maintien de la vie relève vraisemblablement d'un but « thérapeutique » et « préventif », au sens de la définition du terme « traitement » énoncée au par. 2(1).

[41] Le *Trésor de la langue française informatisé* (en ligne), définit le terme « thérapeutique » comme ce « [q]ui se rapporte au traitement des maladies », mais aussi comme « [c]e qui adoucit, abolit les maux [du corps et] de l'âme ». Le fait de continuer à administrer à M. Rasouli le traitement de maintien de la vie ne vise pas le but qui se rapporte au « traitement des maladies ». Cependant, il est possible d'affirmer que cela « adoucit, abolit les maux [du corps] », en ce sens où ce traitement maintient le patient en vie.

[42] Le même dictionnaire définit le terme « préventif » comme se rapportant à un remède ou à un traitement « [d]estiné à prévenir une maladie » ou « [d]estiné à éviter une chose fâcheuse, un mal prévisible ». Si le décès est considéré comme la manifestation d'une maladie ou d'un mal, alors le traitement de maintien de la vie vise un but préventif dans la mesure où il permet de prévenir le décès.

[43] L'inclusion du traitement de maintien de la vie dans la définition du terme « traitement » trouve également appui, de façon générale, dans

protects autonomy through the requirement of consent, and provides a meaningful role in the consent process for family members. An interpretation of “treatment” that is confined to what the medical caregiver considers to be of medical benefit to the patient would give these statutory purposes short shrift. The legislature cannot have intended such a crabbed interpretation of “treatment”.

[44] Reading the words of the statute in their ordinary sense and in their context, and having regard to the objects and scheme of the Act, I cannot accept the physicians’ argument that “treatment” and “health-related purpose” are confined to procedures that are of medical benefit in the view of the patient’s medical caregivers.

E. *The Argument That “Treatment” Does not Extend to Withdrawal of Treatment*

[45] The physicians argue that withdrawal of life support does not constitute “treatment” under the *HCCA*, because it is not treatment but *withdrawal* of treatment. They argue that the Act distinguishes between administering a particular type of care, which is “treatment” requiring consent, and removing that care, which is not “treatment” and does not require consent. Consequently, they argue, withdrawal of Mr. Rasouli’s life support does not require Ms. Salasel’s consent. I conclude that this argument cannot succeed, essentially because withdrawal of life support involves — indeed may be viewed as consisting of — a series of acts that serve health-related purposes, and because the critical interests at stake where withdrawal of life support is concerned go to the heart of the purposes of the *HCCA*.

[46] On its face, the definition of “treatment” in s. 2(1) appears broad enough to include “withdrawal of treatment”. The opening words of the definition could not be more expansive: “. . . anything that is done” for one of the enumerated

les objectifs de la *LCSS*. Elle garantit l’uniformité relativement au consentement, protège l’autonomie par l’exigence d’obtenir le consentement et confère un rôle important aux membres de la famille dans le processus de consentement. Donner au terme « traitement » une interprétation qui se limiterait aux mesures que le fournisseur de soins estime présenter un effet bénéfique pour le patient aurait pour effet d’écarter ces objectifs de la Loi. Le législateur ne peut avoir envisagé une interprétation aussi byzantine du terme « traitement ».

[44] Compte tenu du sens ordinaire des termes de la Loi et de leur contexte ainsi que des objets de la Loi et de son esprit, je ne peux accepter l’argument des médecins voulant que les termes « traitement » et « but relié au domaine de la santé » ne visent que les procédures qui ont un effet bénéfique sur le plan médical d’après les fournisseurs de soins du patient.

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

[45] Les médecins font valoir que le retrait du traitement de maintien de la vie ne constitue pas un « traitement » au sens de la *LCSS*, puisqu’il s’agit plutôt du *retrait* d’un traitement. À leur avis, la Loi fait la distinction entre l’administration d’une catégorie particulière de soins, constituant un « traitement » qui exige le consentement, et le retrait de ces soins, qui ne constitue pas un « traitement » et n’exige pas de consentement. Les médecins soutiennent donc que le retrait du traitement de maintien de la vie administré à M. Rasouli n’exige pas le consentement de M^{me} Salasel. Je conclus que cet argument ne peut être retenu, essentiellement parce que le retrait du traitement de maintien de la vie comporte — et, en fait, peut être perçu comme — une série d’actes qui visent des buts reliés au domaine de la santé, et parce que les intérêts cruciaux qui sont en jeu à cet égard touchent à l’essence même des objectifs de la *LCSS*.

[46] À sa face même, la définition du terme « traitement » énoncée au par. 2(1) semble assez large pour comprendre le « retrait d’un traitement ». En effet, le début de la définition ne saurait avoir une plus grande portée : « traitement » s’entend de

health-related purposes or other health-related purpose is included in “treatment”.

[47] The breadth of the concept of “treatment” is reinforced by the express exclusions from this term under the *HCCA*. For example, the assessment or examination of a person, the taking of a person’s health history, and the communication of an assessment or diagnosis are all excluded from the definition of “treatment”: s. 2(1). That the legislature felt it necessary to specify that such actions are not included within the definition of treatment strengthens the view that “treatment” was intended to have a very broad meaning.

[48] The regulatory powers conferred by the *HCCA* further support this conclusion. The statute provides machinery for the scope of the term “treatment” to be narrowed by regulation, but not to be enlarged. The Lieutenant Governor in Council may pass regulations prescribing actions that do not constitute treatment, but cannot prescribe actions that constitute treatment: ss. 2(1) and 85(1)(f). The delegated authority to narrow, but not to enlarge, the definition of “treatment” suggests that the legislature intended the overall concept of treatment to be broadly construed.

[49] Given the breadth of the definition of “treatment” articulated in the *HCCA*, it seems on first impression that withdrawal of treatment could fall within this term. Withdrawal or discontinuance of a given treatment clearly may be something done for a therapeutic, preventive, palliative, or other health-related purpose.

[50] The scheme of the *HCCA* suggests that the legislature contemplated that withdrawal of treatment requires consent in some cases. One form of treatment identified under the *HCCA* is a “plan of treatment”, which is a defined term under the statute: s. 2(1). A physician may obtain consent for a plan of treatment that provides for various treatments and may provide for the *withholding or withdrawal* of treatment: ss. 2(1) and 13.

« tout ce qui est fait » dans l’un des buts reliés au domaine de la santé qui sont énumérés ou dans un autre but relié au domaine de la santé.

[47] La vaste portée de la notion de « traitement » se trouve renforcée par les exclusions expresses énoncées dans la *LCSS*. Par exemple, l’évaluation ou l’examen d’une personne, l’obtention des antécédents en matière de santé et la communication d’une évaluation ou d’un diagnostic sont exclus de la définition de « traitement » : par. 2(1). Le législateur a jugé nécessaire de préciser que ces mesures ne répondent pas à la définition de traitement, ce qui vient renforcer l’argument selon lequel ce terme est censé avoir un sens très large.

[48] Les pouvoirs de réglementation conférés par la *LCSS* confirment également cette conclusion. En effet, la Loi fournit un instrument permettant de limiter par voie réglementaire la portée du terme « traitement », mais non de l’élargir. Le lieutenant-gouverneur en conseil peut, par règlement, prescrire ce qui ne constitue pas un traitement, mais ne peut pas prescrire ce qui en constitue : par. 2(1) et al. 85(1)f). Le pouvoir délégué permettant de limiter, mais non d’élargir, la définition de « traitement » indique que le législateur a voulu que la notion globale de traitement soit interprétée largement.

[49] Compte tenu de la vaste portée de la définition du terme « traitement » formulée dans la *LCSS*, il semble, à première vue, que le retrait d’un traitement pourrait tomber sous le coup de cette définition. En effet, il est manifestement possible que le retrait ou l’interruption d’un traitement donné soit fait dans un but thérapeutique, préventif, palliatif, ou dans un autre but relié au domaine de la santé.

[50] Le régime créé par la *LCSS* suggère que le législateur a prévu que le retrait du traitement exige le consentement dans certains cas. Une des formes de traitement désignées par la *LCSS* consiste en un « plan de traitement », terme défini par la Loi : par. 2(1). Le médecin peut obtenir le consentement au regard d’un plan de traitement qui comporte divers traitements et peut prévoir le *refus d’administrer un traitement ou le retrait* d’un

Section 29(3) then states that if a treatment is withheld or withdrawn in accordance with a plan of treatment that the physician believes reasonably and in good faith was consented to, the physician is not liable for withholding or withdrawing the treatment. This provision would serve no purpose if consent were not required for the withholding or withdrawal of treatment in some circumstances.

[51] The objects of the *HCCA* also support the view that “treatment” may include withdrawal of treatment. The values of autonomy — critical where life is at stake — and providing a meaningful role for family members support regarding withdrawal of life support as “treatment” requiring consent. These values must be balanced against that of ensuring appropriate care for incapable patients. The *HCCA* aims to strike the right balance among these values. Its purposes would be ill served by an interpretation that holds withdrawal of life support cannot constitute “treatment” under the Act.

[52] Nor can I accept that the *HCCA* does not encompass withdrawal of life support because the legislature’s intention was simply to codify the common law. Nothing in the *HCCA* suggests that it is merely a codification of the common law. While the *HCCA* builds on the common law, its consent requirement is in some ways broader and in other ways narrower than the common law, based as it is on the detailed definition of “treatment” in s. 2(1): B. F. Hoffman, *The Law of Consent to Treatment in Ontario* (2nd ed. 1997), at pp. 7, 10 and 163. For anything done which is outside the definition of “treatment”, the common law applies: s. 8(2). For anything done which is inside the definition of “treatment”, the *HCCA* applies. The *HCCA* goes on to provide an administrative scheme that is entirely independent of the common law.

traitement : par. 2(1) et art. 13. Le paragraphe 29(3) précise ensuite que, si un traitement n’est pas administré ou est retiré conformément à un plan de traitement que le médecin croit, en se fondant sur des motifs raisonnables et en toute bonne foi, faire l’objet d’un consentement, ce dernier ne peut être tenu responsable d’avoir refusé d’administrer le traitement ou de l’avoir retiré. Cette disposition perdrait toute son utilité si le refus d’administrer un traitement ou le retrait d’un traitement ne faisait pas l’objet d’un consentement dans certaines circonstances.

[51] Les objectifs de la *LCSS* appuient aussi l’argument selon lequel la définition du terme « traitement » peut inclure le retrait d’un traitement. Les valeurs de l’autonomie — élément crucial lorsque la vie de quelqu’un est en jeu — et le rôle important que jouent les membres de la famille justifient de considérer le retrait du traitement de maintien de la vie comme un « traitement » auquel il faut consentir. Ces valeurs doivent être évaluées au regard de la garantie relative à l’administration des soins appropriés aux patients incapables. La *LCSS* vise à établir le juste équilibre entre ces valeurs. Considérer que le retrait du traitement de maintien de la vie ne saurait constituer un « traitement » au sens de la Loi nuirait à l’atteinte de ses objectifs.

[52] Je ne peux non plus accepter la thèse voulant que la *LCSS* n’englobe pas le retrait d’un traitement de maintien de la vie du fait que le législateur avait simplement l’intention de codifier les règles de la common law. Rien dans la *LCSS* ne donne à penser qu’il ne s’agit que d’une codification de ces règles. Bien que la *LCSS* repose sur la common law, ses exigences en matière de consentement ont, à certains égards, une portée plus large que la common law et, à d’autres, une portée plus étroite, compte tenu de la définition détaillée du terme « traitement » énoncée au par. 2(1) : B. F. Hoffman, *The Law of Consent to Treatment in Ontario* (2^e éd. 1997), p. 7, 10 et 163. Toute mesure qui n’est pas comprise dans la définition du terme « traitement » est régie par la common law : par. 8(2). Toute mesure qui est comprise dans la définition du terme « traitement » est régie par la *LCSS*. La Loi prévoit également un régime administratif qui est tout à fait indépendant de la common law.

[53] Even if the *HCCA* merely codified the common law, this would not answer the question of whether consent is required for withdrawal of life support. The common law is not at all settled on this issue. While the common law has traditionally viewed consent as giving patients the right to refuse medical care rather than to refuse its withdrawal, courts have struggled with the applicability of this paradigm in the end-of-life context and have reached divergent conclusions: see, e.g., *Golubchuk v. Salvation Army Grace General Hospital*, 2008 MBQB 49, 227 Man. R. (2d) 274, at paras. 22 and 25; *Sweiss v. Alberta Health Services*, 2009 ABQB 691, 483 A.R. 340, at para. 48; *Children’s Aid Society of Ottawa-Carleton v. C. (M.)* (2008), 301 D.L.R. (4th) 194 (Ont. S.C.J.), at paras. 33-34.

[54] The arguments just reviewed undermine the view that withdrawal of life support is not “treatment” requiring consent. The physicians, however, advance two counter-arguments.

[55] The first is textual. It is argued that by expressly including withdrawal of treatment in “plan of treatment”, the legislature indicated that it did not intend withdrawal of treatment to be treatment requiring consent unless the withdrawal is part of a plan of treatment.

[56] However, it is difficult to draw inferences of legislative intent on point from these provisions. As pointed out by the courts below, measures must be “treatment” to be included within a “plan of treatment”, making the necessary process of inference circular. Moreover, it is unclear what the legislature meant by “plan of treatment”. A plan of treatment entails obtaining consent to all elements of the plan: s. 13. But the *HCCA* does not clarify whether a plan of treatment is fixed and must be fully specified in advance, or whether it permits flexible alteration in response to changes in the patient’s situation — an understanding that might extend to a case such as this. Whatever the correct

[53] Même si la *LCSS* était uniquement une codification de la common law, cela n’apporterait pas de réponse à la question de savoir si le retrait d’un traitement de maintien de la vie nécessite ou non le consentement. En effet, la common law est loin d’avoir tranché cette question. Bien que les tribunaux aient traditionnellement interprété le consentement comme donnant le droit au patient de refuser des soins médicaux plutôt que de refuser le retrait de ces soins, l’applicabilité de ce paradigme dans le contexte de fin de vie a donné du fil à retordre aux tribunaux qui sont arrivés à des conclusions différentes à cet égard : voir, p. ex., *Golubchuk c. Salvation Army Grace General Hospital*, 2008 MBQB 49, 227 Man. R. (2d) 274, par. 22 et 25; *Sweiss c. Alberta Health Services*, 2009 ABQB 691, 483 A.R. 340, par. 48; *Children’s Aid Society of Ottawa-Carleton c. C. (M.)* (2008), 301 D.L.R. (4th) 194 (C.S.J. Ont.), par. 33-34.

[54] Les arguments que je viens d’examiner minent l’opinion selon laquelle le retrait du traitement de maintien de la vie ne constitue pas un « traitement » qui exige le consentement. Les médecins avancent cependant deux contre-arguments.

[55] Le premier porte sur le texte de la Loi. Ils font valoir que, en incluant expressément le retrait d’un traitement dans la définition du « plan de traitement », le législateur a indiqué ne pas vouloir que le retrait d’un traitement soit un traitement qui exige le consentement, à moins qu’il ne fasse partie d’un plan de traitement.

[56] Il est toutefois difficile de tirer de ces dispositions des inférences sur l’intention du législateur. Comme l’ont fait observer les tribunaux d’instance inférieure, les mesures visées doivent constituer un « traitement » pour qu’elles soient incluses dans un « plan de traitement », ce qui inscrit le processus de déduction nécessaire dans un cercle vicieux. De plus, il est difficile d’établir ce que le législateur entendait par le terme « plan de traitement » qui, lui, nécessite d’obtenir le consentement relatif à tous ses éléments constitutifs : art. 13. Or, la *LCSS* n’indique pas si le plan de traitement est fixe et doit être précisé complètement à l’avance, ou s’il est souple et

response to these questions, the point is simply that it is not clear that the legislature intended only withdrawals of treatment that are part of a “plan of treatment” to be “treatment” under the *HCCA*.

[57] Moreover, common sense suggests that the legislature cannot have intended withdrawal of life support to require consent only in the context of a plan of treatment. This would place the issue of consent at the sole discretion of physicians. A plan of treatment is simply a way in which physicians may choose to group and present various treatments to the patient for the purpose of obtaining consent. Allowing physicians to unilaterally determine whether consent is required in any given case cuts against patient autonomy and the statutory objective of providing consent rules that apply consistently in all settings: s. 1(a).

[58] The second argument against regarding treatment as including withdrawal of life support is that it could lead to deeply undesirable results. If consent is required for withdrawal of life support, patients could arguably compel the continuation of any treatment, regardless of its medical implications. The legislature cannot have intended this. Common sense suggests that many withdrawals of treatment — for example, refusal to renew a prescription for a drug that may harm a patient — must be excluded from the definition of “treatment” under the Act.

[59] The difficulty with this argument is that it treats everything that can be termed a withdrawal of treatment — from refusal to refill a prescription to ending life support — as equivalent for purposes of consent under the *HCCA*. A more nuanced view that withdrawal of treatment may sometimes, although not always, constitute “treatment” better

permet de répondre aux changements survenus dans la situation du patient — interprétation qui pourrait s’appliquer en l’espèce. Quelle que soit la bonne réponse à ces questions, en fait, il n’est pas certain que le législateur ait voulu que seul le retrait de traitements faisant partie d’un « plan de traitement » soit considéré comme un « traitement » au sens de la *LCSS*.

[57] De plus, le bon sens veut que le législateur n’ait pas souhaité que le retrait d’un traitement de maintien de la vie requière le consentement seulement dans le contexte d’un plan de traitement. La question du consentement serait ainsi à la discrétion exclusive des médecins. Le plan de traitement est simplement un moyen, que peuvent choisir les médecins, de regrouper et de présenter les divers traitements au patient dans le but d’obtenir le consentement. Permettre aux médecins de déterminer unilatéralement si le consentement est nécessaire dans un cas donné va à l’encontre de l’autonomie du patient et de l’objet de la Loi visant à prévoir des règles en matière de consentement qui s’appliquent de façon uniforme dans tous les milieux : al. 1a).

[58] Selon le deuxième argument avancé pour soutenir que le terme « traitement » ne vise pas le retrait du traitement de maintien de la vie, le point de vue contraire pourrait avoir des conséquences très fâcheuses. S’il faut consentir au retrait du traitement de maintien de la vie, le patient pourrait forcer la poursuite de tout traitement, peu importe ses répercussions sur le plan médical. Le législateur ne peut avoir souhaité pareil résultat. Le bon sens veut que de nombreux cas de retrait d’un traitement — par exemple, le refus de renouveler une ordonnance pour un médicament qui peut nuire au patient — doivent être exclus de la définition de « traitement » figurant dans la Loi.

[59] Le problème que pose cet argument est qu’il considère toutes les mesures pouvant être qualifiées de retrait d’un traitement — allant du refus de renouveler une ordonnance au retrait du traitement de maintien de la vie — comme équivalentes aux fins du consentement sous le régime de la *LCSS*. Un point de vue plus nuancé voulant que le retrait d’un

fits the provisions of the *HCCA* and the realities of medical care.

[60] At a minimum, if the processes involved in withdrawal of care are health-related, they do not cease to be treatment merely because one labels them cumulatively as “withdrawal of treatment”. This applies to withdrawal of life support, as described in this case. The reality is that in Mr. Rasouli’s situation, the distinction between “treatment” and “withdrawal of treatment” is impossible to maintain. The withdrawal consists of a number of medical interventions, most if not all done for health-related purposes. Viewed globally, a series of distinct acts may be viewed as “withdrawal” of treatment. But viewed individually, each act may be seen as having a health-related purpose, and hence constitute “treatment” requiring consent.

[61] The precise elements of withdrawal of life support will vary from case to case, but the substance of what is being done is the same: the provision of life-sustaining treatment is brought to an end and appropriate care is provided to ease suffering and prevent indignity at the end of life. Typically, the steps taken in withdrawal of life support are either physically required to effect the process of dying or directed to minimizing distress and discomfort as the dying process occurs. Providing services to address these problems serves health-related purposes within the meaning of s. 2(1) of the *HCCA*.

[62] Many of the acts involved in withdrawal of life support entail physical interference with the patient’s body. The reality is that while “withdrawal” sounds like purely negative conduct, it typically involves physically touching or performing procedures upon the patient’s body. This is borne out by the case law of the Consent and Capacity Board: see *E.J.G. (Re)*, 2007 CanLII 44704; *G. (Re)*, 2009 CanLII 25289; and also *Golubchuk*, at para. 23.

traitement constitue parfois, mais pas toujours, un « traitement » s’accorde mieux avec les dispositions de la *LCSS* et avec la réalité des soins médicaux.

[60] À tout le moins, si les processus entourant le retrait des soins sont reliés au domaine de la santé, ils ne cessent pas d’être des « traitements » pour la seule raison qu’ils sont qualifiés globalement de « retrait du traitement ». Cela vaut pour le retrait du traitement de maintien de la vie dont il est question en l’espèce. En réalité, dans le cas de M. Rasouli, il est impossible de maintenir la distinction entre « traitement » et « retrait d’un traitement ». De fait, le retrait d’un traitement comporte plusieurs interventions médicales, dont la plupart, voire la totalité, visent un but relié au domaine de la santé. Pris globalement, une série d’actes distincts peuvent être considérés comme constituant le « retrait » d’un traitement. Pris individuellement, chacun de ces actes peut être considéré comme visant un but relié au domaine de la santé et constitue donc un « traitement » qui exige le consentement.

[61] Les éléments précis du retrait du traitement de maintien de la vie varient d’un cas à l’autre, mais le fond reste le même : on retire le traitement de maintien de la vie et on administre les soins appropriés pour soulager la souffrance et préserver la dignité à la fin de la vie. En général, les mesures prises en vue de retirer le traitement de maintien de la vie sont nécessaires sur le plan physique pour provoquer l’agonie ou visent à réduire la détresse et le malaise pendant qu’elle se déroule. La prestation de services pour remédier à ces problèmes vise un but relié au domaine de la santé au sens du par. 2(1) de la *LCSS*.

[62] Bon nombre des actes concernant le retrait du traitement de maintien de la vie entraînent une intervention physique sur le corps du patient. Dans les faits, bien qu’il semble renvoyer à un comportement tout à fait négatif, le terme « retrait » suppose en général un contact physique avec le corps du patient et des interventions sur le corps du patient. Ce point de vue est confirmé par la jurisprudence de la Commission : voir *E.J.G. (Re)*, 2007 CanLII 44704; *G. (Re)*, 2009 CanLII 25289; voir également *Golubchuk*, par. 23.

[63] Under the *HCCA*, as at common law, physical interference requires consent. The right to be free from unwanted physical interference goes to the heart of the law of consent to medical treatment. As described by the Ontario Court of Appeal in *Malette*, at p. 423:

The right of a person to control his or her own body is a concept that has long been recognized at common law. The tort of battery has traditionally protected the interest in bodily security from unwanted physical interference. Basically, any intentional nonconsensual touching which is harmful or offensive to a person's reasonable sense of dignity is actionable. . . . Thus, as a matter of common law, a medical intervention in which a doctor touches the body of a patient would constitute a battery if the patient did not consent to the intervention.

[64] Furthermore, withdrawal of life support, on the evidence here, entails the provision of palliative care. The case law of the Board suggests that this will generally be the case. Physicians regularly administer palliative care upon the removal of life support: see *A.K. (Re)*, 2011 CanLII 82907, at p. 21; *G. (Re)*.

[65] The Court of Appeal held that withdrawal of life support and the administration of end-of-life palliative care are integrally linked. It reasoned that removal of mechanical ventilation is a necessary precondition to end-of-life palliative care and end-of-life palliative care is a necessary response to removal of the ventilator. Since the administration of palliative care clearly requires consent, the court concluded that consent should be required for the entire "treatment package", including the removal of the ventilator (at paras. 50-52).

[66] The Court of Appeal's "treatment package" approach has been criticized on the basis that removal of life support will not invariably trigger the need for palliative care, and that the administration of palliative care may actually precede the decision to remove life support.

[63] Sous le régime de la *LCSS*, tout comme en common law, l'intervention physique exige un consentement. Le droit d'être protégé contre des interventions physiques non souhaitées touche au cœur même du droit du consentement au traitement médical. Comme l'explique la Cour d'appel de l'Ontario dans *Malette*, p. 423 :

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

[64] En outre, le retrait du traitement de maintien de la vie entraîne, selon la preuve produite en l'espèce, l'administration de soins palliatifs. Il ressort de la jurisprudence de la Commission qu'il en est généralement ainsi. Les médecins administrent régulièrement des soins palliatifs à la suite du retrait du traitement de maintien de la vie : voir *A.K. (Re)*, 2011 CanLII 82907, p. 21; *G. (Re)*.

[65] La Cour d'appel a conclu que le retrait du traitement de maintien de la vie et l'administration des soins palliatifs sont intrinsèquement reliés. Elle a estimé que le retrait de la ventilation artificielle constituait une condition préalable essentielle à l'administration des soins palliatifs et qu'il entraînait nécessairement l'administration des soins palliatifs. Puisque l'administration de ces soins exige clairement un consentement, la cour a conclu qu'il fallait consentir au « traitement global », y compris au retrait du ventilateur mécanique (par. 50-52).

[66] L'approche de la Cour d'appel fondée sur la notion de « traitement global » a été critiquée au motif que le retrait du traitement de maintien de la vie ne déclenche pas invariablement le besoin de soins palliatifs, et que l'administration des soins palliatifs peut en fait précéder la décision de retirer le traitement de maintien de la vie.

[67] While the Court of Appeal's assertion that removal of life support will *always* lead to the administration of end-of-life palliative care may be too broad, the evidence shows that palliative care will be administered in the process of withdrawal of life support in cases like Mr. Rasouli's. It may be impossible to predict precisely how much distress the patient will suffer in the dying process, and hence what palliative care will be required. But what seems clear is that palliative care will inevitably be administered in Ontario hospitals as part of the process of withdrawing life support in cases like Mr. Rasouli's. The simple fact is that appropriate medical care at the end of life, including palliative care, is closely tied to the withdrawal of life support.

[68] In summary, withdrawal of life support aims at the health-related purpose of preventing suffering and indignity at the end of life, often entails physical interference with the patient's body, and is closely associated with the provision of palliative care. Withdrawal of life support is inextricably bound up with care that serves health-related purposes and is tied to the objects of the Act. By removing medical services that are keeping a patient alive, withdrawal of life support impacts patient autonomy in the most fundamental way. The physicians' attempt to exclude withdrawal of life support from the definition of "treatment" under s. 2(1) of the *HCCA* cannot succeed.

[69] The practice of the Board, although not determinative, reinforces the conclusion that treatment under s. 2(1) includes withdrawal of life support. Whether implicit or explicit, a specialized tribunal's interpretation of its home statute constitutes persuasive authority: Sullivan, at p. 621; P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at pp. 584-85. The Board has regularly exercised its jurisdiction in cases where physicians

[67] Si l'affirmation de la Cour d'appel, selon laquelle le retrait du traitement de maintien de la vie entraînera *toujours* l'administration des soins palliatifs, est possiblement trop large, la preuve démontre que des soins palliatifs seront administrés dans le cadre du processus de retrait du traitement de maintien de la vie dans des cas comme celui de M. Rasouli. Il peut être impossible de prédire avec exactitude le niveau de détresse qu'éprouvera le patient durant son agonie, et donc, les soins palliatifs qui seront nécessaires. Cela dit, il semble évident que des soins palliatifs seront systématiquement administrés dans les hôpitaux ontariens dans le cadre du processus de retrait du traitement de maintien de la vie dans des cas comme celui de M. Rasouli. En fait, l'administration des soins médicaux appropriés en fin de vie, y compris des soins palliatifs, est étroitement liée au retrait du traitement de maintien de la vie.

[68] En résumé, le retrait du traitement de maintien de la vie vise le but relié au domaine de la santé qui consiste à prévenir les souffrances et à préserver la dignité à la fin de la vie, entraîne souvent une intervention physique sur le corps du patient et a un lien étroit avec l'administration de soins palliatifs. Le retrait du traitement de maintien de la vie est inextricablement lié aux soins qui visent un but relié au domaine de la santé et aux objectifs de la Loi. En supprimant des services médicaux qui servent à garder le patient en vie, le retrait du traitement de maintien de la vie a une incidence des plus considérables sur l'autonomie du patient. La tentative des médecins d'exclure le retrait du traitement de maintien de la vie de la définition du terme « traitement » au sens du par. 2(1) de la *LCSS* ne saurait donc réussir.

[69] Bien qu'elle ne soit pas déterminante, la pratique de la Commission renforce la conclusion que le « traitement » au sens du par. 2(1) englobe le retrait du traitement de maintien de la vie. Qu'elle soit expresse ou implicite, l'interprétation que donne un tribunal spécialisé de sa loi constitutive reste convaincante : Sullivan, p. 621; P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2011), p. 633. Or, la Commission a régulièrement exercé sa compétence

proposed to withdraw life support, consistent with the view that withdrawal of life support constitutes “treatment” under the *HCCA*: see *A.K. (Re)*; *E.J.G. (Re)*; *G. (Re)*. Courts on review have endorsed this interpretation: see *Scardoni v. Hawryluck* (2004), 69 O.R. (3d) 700 (S.C.J.).

[70] These considerations lead me to conclude that “treatment” in the *HCCA* should be understood as extending to withdrawal of life support in the situation at issue here and as that process is described in these proceedings. This case does not stand for the proposition that consent is required under the *HCCA* for withdrawals of other medical services or in other medical contexts.

F. *The Argument That Requiring Consent for Withdrawal of Life Support Will Place Physicians in an Untenable Ethical Situation*

[71] A final argument raised by the physicians is that they may be placed in an untenable ethical situation if consent is required for withdrawal of life support. They could effectively be compelled to continue providing life support, even where they consider it to provide no medical benefit to, or even to harm, the patient. This could place physicians in breach of their legal and professional obligations to act in the best interests of the patient.

[72] Legally, a physician cannot be faulted for following the direction of the Board, any more than he could be faulted for abiding by a judge’s direction at common law not to withdraw life support. Implicit in the physicians’ request that a judge resolve the present dispute is acceptance that if a judge orders that life support cannot be withdrawn, they must comply. Their legal position under the *HCCA* is no different.

dans des cas où les médecins proposaient de retirer le traitement de maintien de la vie et confirmé le point de vue selon lequel ce retrait constitue un « traitement » au sens de la *LCSS* : voir *A.K. (Re)*; *E.J.G. (Re)*; *G. (Re)*. Les cours saisies de demandes de contrôle judiciaire ont confirmé cette interprétation : voir *Scardoni c. Hawryluck* (2004), 69 O.R. (3d) 700 (C.S.J.).

[70] Pour ces motifs, je conclus qu’il faut interpréter le terme « traitement » utilisé dans la *LCSS* de telle sorte qu’il englobe le retrait du traitement de maintien de la vie dans la situation dont il est question en l’espèce et tel que ce processus est décrit dans les présentes procédures. La présente affaire ne permet pas d’affirmer que la *LCSS* exige le consentement au retrait d’un autre service médical ou le retrait qui aurait cours dans un autre contexte médical.

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

[71] Les médecins font valoir en dernier lieu que l’exigence d’obtenir le consentement au retrait du traitement de maintien de la vie pourrait les placer dans une situation intenable sur le plan déontologique. Ils pourraient effectivement être tenus de continuer l’administration d’un traitement de maintien de la vie, même s’ils estiment qu’il ne comporte aucun effet bénéfique sur le plan médical pour le patient et qu’il pourrait même lui causer du tort. Cela pourrait les amener à manquer à leur obligation juridique et professionnelle d’agir dans l’intérêt véritable du patient.

[72] Sur le plan juridique, on ne saurait reprocher au médecin d’avoir suivi les directives de la Commission, pas plus que de s’être conformé aux directives d’un juge, en common law, de ne pas retirer le traitement de maintien de la vie. Dans leur demande pour que le litige qui nous occupe soit tranché par un juge, les médecins acceptent implicitement que, si le juge leur ordonne de ne pas retirer le traitement de maintien de la vie, ils doivent se conformer à cette ordonnance. Sous le régime de la *LCSS*, leur position juridique est du même ordre.

[73] However, a physician may feel that his legal obligation not to withdraw life support is in tension with his professional or personal ethics. Such tensions are inherent to medical practice. Indeed, the law of consent to medical treatment evolved through cases in which the patient did not wish to be treated, but the physician felt a professional obligation to treat: see *Malette*, at p. 420; *Fleming*, at pp. 85-86. The law is now clear that treatment cannot be administered without consent, irrespective of the ethical imperative that physicians may feel. Similarly, a physician's duty of care may require that treatment not be withdrawn despite the physician's ethical objections to its administration: see *R. (Burke) v. General Medical Council*, [2005] EWCA Civ 1003, [2005] 3 W.L.R. 1132, at para. 34. If the present case were resolved as my colleague Justice Karakatsanis proposes, the physicians may still be required not to withdraw life support based on their common law or fiduciary duties. Their ethical position under the *HCCA* is no different.

[74] The *HCCA*'s scheme for dispute resolution offers several avenues through which a clash with a physician's ethical compunctions may be averted. If the substitute decision-maker refuses consent to withdrawal of life support based on a patient's prior wish, the physician may seek direction from the Board on whether the wish is applicable to the patient's current circumstances (s. 35) or request permission for the substitute decision-maker to depart from the wish: s. 36. Where there is no applicable prior wish, the substitute decision-maker must act in the best interests of the patient. If the physician feels that the substitute decision-maker has not done so, he can challenge the decision before the Board: s. 37. In each of these types of proceedings, the physician's submissions on the patient's condition, the nature of the proposal to

[73] Toutefois, le médecin peut estimer que son obligation juridique de ne pas retirer le traitement de maintien de la vie entre en conflit avec son éthique professionnelle ou personnelle. De telles tensions sont inhérentes à la pratique de la médecine. En effet, le droit en matière de consentement à un traitement médical a évolué par suite d'affaires où le patient ne voulait pas recevoir des soins, mais où le médecin croyait avoir une obligation professionnelle de le soigner : voir *Malette*, p. 420; *Fleming*, p. 85-86. Le droit établit maintenant clairement qu'un traitement ne peut être administré sans consentement, quel que soit l'impératif éthique que peuvent éprouver les médecins. Dans le même ordre d'idées, suivant son obligation de diligence, le médecin peut être tenu de ne pas retirer un traitement de maintien de la vie malgré ses objections éthiques à son administration : voir *R. (Burke) c. General Medical Council*, [2005] EWCA Civ 1003, [2005] 3 W.L.R. 1132, par. 34. Si la présente affaire était tranchée comme le propose ma collègue la juge Karakatsanis, les médecins pourraient quand même être tenus de ne pas retirer le traitement de maintien de la vie, en raison de leurs obligations fiduciaires ou découlant de la common law. Leur position déontologique sous le régime de la *LCSS* est du même ordre.

[74] Le régime de règlement des différends établi par la *LCSS* prévoit plusieurs recours permettant d'éviter le conflit avec les scrupules éthiques d'un médecin. Si le mandataire spécial refuse de donner son consentement au retrait du traitement de maintien de la vie en raison d'un désir exprimé antérieurement par le patient, le médecin peut, par voie de requête, demander des directives à la Commission pour savoir si le désir est applicable aux circonstances actuelles du patient (art. 35), ou demander à la Commission d'accorder au mandataire spécial la permission de ne pas respecter le désir exprimé : art. 36. En l'absence d'un désir applicable exprimé antérieurement, le mandataire spécial doit agir dans l'intérêt véritable du patient. S'il estime que le mandataire spécial ne l'a pas fait, le médecin peut contester sa décision devant

withdraw life support, and what will medically benefit the patient will be highly relevant to the Board's analysis.

[75] Wherever one tries to draw the line, it is inevitable that physicians will face ethical conflicts regarding the withdrawal of life support. No legal principle can avoid every ethical dilemma. What may be needed is a practical solution that enables physicians to comply with the law and to satisfy their professional and personal ethics. In this case, for example, the physicians explored the possibility of transferring Mr. Rasouli to a different Toronto hospital. Alternate staffing arrangements within Mr. Rasouli's present hospital could also be considered. Finally, other physicians qualified to undertake Mr. Rasouli's care may not hold an ethical objection to continuing the administration of life support. Such practical solutions could go far in averting any ethical conflict.

[76] While the end-of-life context poses difficult ethical dilemmas for physicians, this does not alter the conclusion that withdrawal of life support constitutes treatment requiring consent under the *HCCA*.

G. *Resolving Disagreements Over Withdrawal of Life Support*

[77] Having rejected the physicians' arguments, it follows that the consent regime imposed by the *HCCA* applies in this case. I earlier outlined that regime. At this point, it may be useful to discuss in greater depth the role of the substitute decision-maker, health practitioners and the Board in cases like this.

la Commission : art. 37. Dans le cas de chacun de ces recours, les observations du médecin sur l'état du patient, sur la nature de la proposition de retirer le traitement de maintien de la vie et sur l'effet bénéfique pour le patient sur le plan médical auront une grande pertinence pour l'analyse de la Commission.

[75] Lorsqu'on tente de trancher, les médecins ont forcément à composer avec des conflits éthiques concernant le retrait d'un traitement de maintien de la vie. Aucun principe juridique ne saurait écarter tous les dilemmes éthiques. Il faudrait plutôt trouver une solution pratique permettant aux médecins de se conformer à la loi et de respecter leur éthique professionnelle et personnelle. En l'espèce, par exemple, les médecins ont examiné la possibilité de transférer M. Rasouli dans un autre hôpital de Toronto. Il est aussi possible d'envisager des solutions en matière de dotation au sein de l'hôpital où se trouve présentement M. Rasouli. Enfin, il se peut que d'autres médecins qualifiés pour prendre en charge M. Rasouli ne s'opposent pas du point de vue éthique à l'administration continue du traitement de maintien de la vie. De telles solutions pratiques permettraient d'écarter tout conflit éthique.

[76] Le contexte lié à la fin de la vie suscite des dilemmes éthiques difficiles pour les médecins, mais cela ne change en rien la conclusion voulant que le retrait du traitement de maintien de la vie constitue un traitement qui exige un consentement sous le régime de la *LCSS*.

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

[77] Ayant rejeté les arguments des médecins, je conclus que le régime en matière de consentement prévu par la *LCSS* s'applique en l'espèce. J'ai exposé précédemment les grandes lignes de ce régime. À ce stade, il peut être utile d'examiner plus profondément le rôle du mandataire spécial, celui des praticiens de la santé et celui de la Commission dans des affaires comme celle qui nous occupe.

[78] To recap, the *HCCA* is a carefully tailored statute. It deals with patients capable of consent and patients who no longer have the power to consent. It seeks to maintain the value of patient autonomy — the right to decide for oneself — insofar as this is possible. This is reflected in the consent-based structure of the Act. If the patient is capable, she has the right to consent or refuse consent to medical treatment: s. 10(1)(a). If the patient is incapable, the *HCCA* transfers the right of consent to a substitute decision-maker, often next of kin (s. 10(1)(b)), who is required to act in accordance with the patient's declared applicable wishes or, failing that, the patient's best interests: s. 21. Finally, it provides that a physician may challenge a substitute decision-maker's consent decision by application to the Board: ss. 35 to 37. The physician may make submissions to the Board regarding the medical condition and interests of the patient. If the Board finds that the substitute decision-maker did not comply with the *HCCA*, it may overrule the substitute decision-maker and substitute its own opinion in accordance with the statute: s. 37(3). To be clear, this means that, even in life-ending situations, the Board may require that consent to withdrawal of life support be granted.

[79] Under the *HCCA*, the substitute decision-maker does not have *carte blanche* to give or refuse consent. He or she must comply with the requirements of s. 21 of the Act, which contemplates two situations. The first is where the substitute decision-maker knows of a prior expressed wish by the patient which is applicable to the circumstances. The second is where there is no such wish, in which case the substitute decision-maker “shall act in the incapable person's best interests”.

(1) Prior Expressed Wishes

[80] If the substitute decision-maker knows of a prior wish regarding treatment that the patient expressed when capable and over 16 years old, and that is applicable in the circumstances, the wish must be followed: s. 21(1). This reflects the patient's autonomy interest, insofar as it is possible.

[78] Pour résumer, la *LCSS* est une loi soigneusement conçue. Elle s'applique aux patients qui sont en mesure de donner leur consentement ainsi qu'à ceux qui n'ont plus cette capacité. Elle vise à maintenir l'autonomie du patient — le droit de décider pour soi-même — dans la mesure du possible. C'est ce qui ressort de sa structure fondée sur le consentement. S'il est capable, le patient a le droit de donner ou de refuser son consentement au traitement médical : al. 10(1)a). S'il est incapable, la *LCSS* confère ce droit au mandataire spécial, souvent un membre de la proche famille (al. 10(1)b)), qui est tenu d'agir conformément aux désirs applicables exprimés par le patient, ou, à défaut, d'agir dans l'intérêt véritable de ce dernier : art. 21. Enfin, la Loi prévoit que le médecin peut contester la décision du mandataire spécial par voie de requête devant la Commission : art. 35 à 37. Le médecin peut présenter à la Commission des observations concernant l'état de santé et les intérêts du patient. Si la Commission conclut que le mandataire spécial ne s'est pas conformé à la *LCSS*, elle peut annuler la décision de celui-ci et lui substituer son opinion, conformément à la Loi : par. 37(3). Ainsi, même dans des cas où il s'agit de fin de la vie, la Commission peut exiger le consentement au retrait du traitement de maintien de la vie.

[79] Selon la *LCSS*, le mandataire spécial n'a pas carte blanche en matière de consentement. Il doit se conformer à l'art. 21 de la Loi qui prévoit deux situations : la première est celle où le mandataire spécial sait que le patient a exprimé antérieurement un désir applicable aux circonstances. La deuxième situation est celle où le patient n'a pas exprimé un tel désir, auquel cas le mandataire spécial « agit dans l'intérêt véritable de l'incapable ».

(1) Désirs exprimés antérieurement

[80] Si le mandataire spécial sait que le patient, lorsqu'il était capable et âgé d'au moins 16 ans, a exprimé à l'égard du traitement un désir applicable aux circonstances, il doit se conformer à ce désir : par. 21(1). Cela reflète le droit du patient à l'autonomie, dans la mesure du possible.

[81] While the *HCCA* gives primacy to the prior wishes of the patient, such wishes are only binding if they are applicable to the patient's current circumstances. This qualification is no mere technicality. As the Ontario Court of Appeal held in *Conway v. Jacques* (2002), 59 O.R. (3d) 737, at para. 31:

. . . prior capable wishes are not to be applied mechanically or literally without regard to relevant changes in circumstances. Even wishes expressed in categorical or absolute terms must be interpreted in light of the circumstances prevailing at the time the wish was expressed.

[82] Needless to say, where an incapable patient has expressed a prior wish that life support not be withdrawn, the intended meaning and scope of the wish must be carefully considered: see *Fleming*, at p. 94. The question is whether, when the wish was expressed, the patient intended its application in the circumstances that the patient now faces: see *Conway*, at para. 33; *Scardoni*, at para. 74. Changes in the patient's condition, prognosis, and treatment options may all bear on the applicability of a prior wish: *Conway*, at paras. 37-38. For example, had Mr. Rasouli expressed a prior wish regarding life support, his substitute decision-maker would have to consider whether, when the wish was expressed, Mr. Rasouli intended the wish to apply if he were in a permanent vegetative state, with recovery extremely improbable according to medical evidence, and facing the health complications associated with long-term provision of life support.

[83] A prior wish need not identify every possible future development in order to be applicable: *Scardoni*, at para. 74; *K.M.S. (Re)*, 2007 CanLII 29956 (Ont. C.C.B.). However, a wish that is unclear, vague, or lacks precision may be held inapplicable to the circumstances. On this basis, the Board has found there were no prior wishes relating to life support applicable to the existing circumstances in numerous cases: *D.D. (Re)*, 2013

[81] Bien que la *LCSS* donne primauté aux désirs exprimés par le patient, ces désirs ne sont contraignants que s'ils sont applicables à la situation actuelle du patient. Cette précision est loin d'être purement technique. Comme l'a affirmé la Cour d'appel de l'Ontario dans *Conway c. Jacques* (2002), 59 O.R. (3d) 737, par. 31 :

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

[82] Il va sans dire que, lorsque le patient incapable a exprimé antérieurement le désir que le traitement de maintien de la vie ne soit pas retiré, le sens et la portée de ce désir doivent être examinés attentivement : voir *Fleming*, p. 94. La question est de savoir si, au moment où le désir a été exprimé, le patient voulait qu'il s'applique dans sa situation actuelle : voir *Conway*, par. 33; *Scardoni*, par. 74. Les changements survenus dans l'état du patient, le pronostic et les options de traitement peuvent tous avoir une incidence sur l'applicabilité d'un désir exprimé antérieurement : *Conway*, par. 37-38. Par exemple, si M. Rasouli avait exprimé un désir concernant le traitement de maintien de la vie, son mandataire spécial aurait à se demander si, au moment où il a exprimé ce désir, M. Rasouli voulait que le désir s'applique s'il se trouvait dans un état végétatif permanent, avec des perspectives de rétablissement extrêmement improbables selon la preuve médicale, et qu'il risquait de faire face à des complications de santé liées à l'administration prolongée du traitement de maintien de la vie.

[83] Le désir exprimé antérieurement n'a pas à préciser toute évolution future possible pour qu'il soit applicable : *Scardoni*, par. 74; *K.M.S. (Re)*, 2007 CanLII 29956 (C.C.C. Ont.). Il est toutefois possible que le désir vague ou imprécis soit jugé inapplicable aux circonstances. Pour ce motif, la Commission a conclu dans de nombreuses affaires que les désirs exprimés antérieurement concernant un traitement de maintien de la vie étaient

CanLII 18799; *P. (D.), Re*, 2010 CarswellOnt 7848; *E.B. (Re)*, 2006 CanLII 46624; *G. (Re)*; *E. (Re)*, 2009 CanLII 28625; *H.J. (Re)*, 2003 CanLII 49837. I have been unable to locate any case in which there was a prior expressed wish opposing withdrawal of life support that was held to be applicable and therefore binding in the circumstances.

[84] If it is unclear whether a prior wish is applicable, the substitute decision-maker or physician may seek directions from the Board: s. 35. Alternatively, if the substitute decision-maker acts on a prior wish that the physician believes is not applicable, the physician may challenge the consent decision before the Board: s. 37. The physician's submissions on the patient's condition, prognosis, and any adverse effects of maintaining life support will be relevant to the Board's assessment of applicability.

[85] In addition, either the substitute decision-maker or physician may apply to the Board for permission to depart from prior wishes to refuse treatment: s. 36. The Board may grant permission where it is satisfied that the incapable person, if capable, would probably give consent because of improvement in the likely result of the treatment since the wish was expressed: s. 36(3).

[86] I note that the *HCCA* also provides that the substitute decision-maker is not required to comply with an expressed prior wish if "it is impossible to comply with the wish": s. 21(1)2. This is not raised on the facts of this appeal, and I consider it no further.

(2) The Best Interests of the Patient

[87] If the substitute decision-maker is not aware of an expressed prior wish of the patient or if the

inapplicables aux circonstances du moment : *D.D. (Re)*, 2013 CanLII 18799; *P. (D.), (Re)*, 2010 CarswellOnt 7848; *E.B. (Re)*, 2006 CanLII 46624; *G. (Re)*; *E. (Re)*, 2009 CanLII 28625; *H.J. (Re)*, 2003 CanLII 49837. Je n'ai pas réussi à trouver une seule décision où un désir exprimé antérieurement à l'encontre du retrait d'un traitement de maintien de la vie a été jugé applicable et donc contraignant dans les circonstances.

[84] Lorsqu'on ne sait pas si le désir exprimé antérieurement est applicable, le mandataire spécial ou le médecin peut demander des directives à la Commission : art. 35. Par ailleurs, si le mandataire spécial agit conformément à un désir exprimé antérieurement que le médecin estime inapplicable, ce dernier peut contester devant la Commission la décision relative au consentement : art. 37. Les observations du médecin concernant l'état de santé du patient, son pronostic et les effets préjudiciables de l'administration continue du traitement de maintien de la vie seront pertinents pour l'évaluation par la Commission de l'applicabilité du désir en question.

[85] En outre, le mandataire spécial ou le médecin peut, par voie de requête, demander à la Commission l'autorisation de ne pas respecter les désirs exprimés antérieurement quant au refus d'un traitement : art. 36. La Commission peut accorder cette autorisation si elle est convaincue que l'incapable, s'il était capable, donnerait probablement son consentement parce que le résultat vraisemblable du traitement est dans une large mesure meilleur que ce à quoi on se serait attendu au moment où le désir a été exprimé : par. 36(3).

[86] Je note que la *LCSS* prévoit également que le mandataire spécial n'est pas tenu de respecter le désir exprimé antérieurement « s'il est impossible de [s'y] conformer » : al. 21(1)2. Puisqu'il ne s'agit pas d'une question que posent les faits de l'espèce, je ne l'examinerai pas davantage.

(2) L'intérêt véritable du patient

[87] Si le mandataire spécial n'a pas connaissance d'un désir exprimé auparavant par le patient ou si

wish is not applicable to the circumstances, the substitute decision-maker must make her consent decision based on the best interests of the patient, according to the criteria set out in s. 21(2). These criteria include the medical implications of treatment for the patient, the patient's well-being, the patient's values, and any prior expressed wishes that were not binding on the substitute decision-maker. This legislative articulation of the best interests of the patient aims at advancing the values that underpin the *HCCA*: enhancing patient autonomy and ensuring appropriate medical treatment.

[88] The substitute decision-maker is not at liberty to ignore any of the factors within the best interests analysis, or substitute her own view as to what is in the best interests of the patient. She must take an objective view of the matter, having regard to all the factors set out, and decide accordingly. This is clear from the mandatory wording of the opening portion of s. 21(2): the decision-maker “shall take into consideration” the listed factors. The need for an objective inquiry based on the listed factors is reinforced by s. 37, which allows the decision of the substitute decision-maker to be challenged by the attending physician and set aside by the Board, if the decision-maker did not comply with s. 21. The intent of the statute is to obtain a decision that, viewed objectively, is in the best interests of the incapable person.

[89] The first consideration under s. 21(2), heavily relied on by Ms. Salasel in this case, concerns the values and beliefs of the incapable person. Section 21(2)(a) provides that the substitute decision-maker must consider the values and beliefs that the incapable person held when capable and that the substitute decision-maker believes that the incapable person would still act on if capable. Here, Ms. Salasel argues that sustaining life as long as possible accords with the religious beliefs of Mr. Rasouli, and that as a result he would not have consented to the removal of life support.

[90] The second consideration relates to known wishes of the incapable person that were not binding

le désir n'est pas applicable aux circonstances, il doit prendre une décision en tenant compte de ce qui est dans l'intérêt véritable du patient, suivant les critères énoncés au par. 21(2). Parmi ces critères, mentionnons les conséquences d'ordre médical du traitement administré au patient, son bien-être, ses valeurs ainsi que les désirs qu'il a exprimés et auxquels le mandataire spécial n'est pas tenu de se conformer. L'énoncé législatif de ce qui est dans l'intérêt véritable du patient vise à promouvoir les valeurs fondamentales de la *LCSS*, soit accroître l'autonomie du patient et veiller à l'administration d'un traitement médical approprié.

[88] Le mandataire spécial n'a pas le loisir d'écarter l'un ou l'autre des facteurs relatifs à l'intérêt véritable du patient ou de substituer son opinion quant à ce qui est dans l'intérêt véritable du patient. Il doit adopter un point de vue objectif, compte tenu de tous les facteurs énumérés, et prendre une décision en conséquence. C'est ce qui ressort clairement de l'énoncé impératif, au début du par. 21(2) : le mandataire « tient compte » des facteurs énumérés. La nécessité de prendre une décision objective fondée sur les facteurs énumérés est renforcée par l'art. 37, qui permet au médecin traitant de contester la décision du mandataire spécial et à la Commission d'annuler cette décision, si le mandataire ne s'est pas conformé à l'art. 21. La Loi vise l'atteinte d'une décision qui, considérée objectivement, est dans l'intérêt véritable de l'incapable.

[89] Le premier élément à considérer suivant le par. 21(2), et sur lequel M^{me} Salasel s'est fortement appuyée en l'espèce, porte sur les valeurs et les croyances de l'incapable. Selon l'al. 21(2)a), le mandataire spécial doit tenir compte des valeurs et des croyances de l'incapable lorsqu'il était capable et conformément auxquelles il croit que l'incapable agirait encore s'il était capable. En l'espèce, M^{me} Salasel soutient que le fait de maintenir la vie aussi longtemps que possible est conforme aux croyances religieuses de M. Rasouli, et que celui-ci n'aurait donc pas consenti au retrait du traitement de la vie.

[90] Le deuxième élément à considérer porte sur les désirs exprimés par l'incapable auxquels le

on the substitute decision-maker under s. 21(1)1. For example, wishes expressed when a person was under the age of 16 or when incapable do not bind a substitute decision-maker, but must be taken into consideration at this stage of the best interests analysis.

[91] Third, in addition to considering the values and beliefs of the patient and any relevant wishes, s. 21(2)(c) requires that the substitute decision-maker consider four factors that relate to the impact of the treatment on the patient's condition, well-being, and health. This stage of the best interests analysis focuses on the medical implications of the proposed treatment for the patient. The attending physician's view of what would medically benefit the patient must be taken into account.

[92] The first factor asks whether receiving the treatment is likely to improve the patient's condition or well-being, prevent deterioration of the person's condition or well-being, or reduce the extent or rate of the deterioration of the person's condition or well-being: s. 21(2)(c)1. In this case, the inquiry must determine whether removing life support would improve, prevent deterioration of, or reduce the extent or rate of deterioration of Mr. Rasouli's condition or well-being. The physicians argue that artificially prolonging Mr. Rasouli's life will lead to health complications such as bedsores, respiratory infections, and organ failure — a scenario that can be avoided if life support is removed. On the other hand, Ms. Salasel argues that new evidence and evaluation suggest that Mr. Rasouli's condition may improve in the future, militating against removal of life support.

[93] The second factor requires the substitute decision-maker to consider whether, in the absence of the proposed treatment, the incapable person's

mandataire spécial n'est pas tenu de se conformer aux termes de l'al. 21(1)1. Par exemple, les désirs exprimés lorsque la personne visée avait moins de 16 ans ou lorsqu'elle était incapable n'engagent pas le mandataire spécial, mais ils doivent être pris en considération à ce stade de l'analyse de l'intérêt véritable du patient.

[91] Troisièmement, en plus de prendre en considération les valeurs et croyances du patient ainsi que tout désir pertinent, le mandataire spécial est tenu par l'al. 21(2)c) de prendre en compte quatre facteurs se rapportant aux conséquences du traitement sur l'état du patient, son bien-être et sa santé. À ce stade, l'analyse relative à l'intérêt véritable du patient est axée sur les conséquences d'ordre médical du traitement proposé. Il faut tenir compte de l'opinion du médecin traitant quant aux mesures bénéfiques sur le plan médical pour le patient.

[92] En ce qui concerne le premier facteur, il faut se demander s'il est vraisemblable ou non que le traitement, selon le cas, améliorera l'état ou le bien-être du patient, empêchera la détérioration de l'état ou du bien-être du patient, ou diminuera l'ampleur selon laquelle ou le rythme auquel l'état ou le bien-être du patient se détériorera : sous-al. 21(2)c)1. En l'espèce, il faut donc décider si le retrait du traitement de maintien de la vie aurait pour effet d'améliorer l'état ou le bien-être de M. Rasouli, d'empêcher la détérioration de son état ou de son bien-être, ou de diminuer l'ampleur selon laquelle ou le rythme auquel son état ou son bien-être se détériorera. Les médecins soutiennent que le fait de prolonger artificiellement la vie de M. Rasouli entraînera des complications pour la santé, par exemple, des escarres, des infections respiratoires et une défaillance polyviscérale, scénario qui peut être écarté par le retrait du traitement de maintien de la vie. Par contre, M^{me} Salasel fait valoir que de nouveaux éléments de preuve et une nouvelle évaluation indiquent que l'état de M. Rasouli pourrait s'améliorer à l'avenir et militent contre le retrait du traitement de maintien de la vie.

[93] Pour ce qui est du deuxième facteur, le mandataire spécial doit se demander s'il est vraisemblable ou non que l'état ou le bien-être de

condition or well-being is likely to improve, remain the same or deteriorate: s. 21(2)(c)2. In this case, the inquiry is into the likely medical outcomes for Mr. Rasouli if life support is not withdrawn. The decision-maker must cast her mind into the future and ask what the patient's condition will be in one year, five years, or ten years.

[94] The third factor requires the substitute decision-maker to consider risks of harm associated with the treatment and weigh whether the benefits from the treatment will outweigh those risks: s. 21(2)(c)3. This factor is particularly important in cases where the substitute decision-maker must decide whether to go ahead with a risky procedure, like high-risk surgery, that while offering some hope, could worsen the patient's situation. In this case, the substitute decision-maker must consider the benefits of removing life support, such as avoidance of protracted physical deterioration from bedsores, infections and organ deterioration ultimately leading to death, against the risks, which quite plainly are the hastening of death and the loss of whatever chance of recovery Mr. Rasouli has according to medical evidence.

[95] The fourth factor requires the substitute decision-maker to consider alternative courses of treatment — whether less intrusive or restrictive treatment would be as beneficial as the treatment proposed: s. 21(2)(c)4. In a case such as this, the question is whether maintaining life support would be less intrusive or restrictive than its withdrawal, and if so, whether maintaining life support would be more beneficial to the patient than withdrawal.

[96] As I see it, this review of s. 21(2) reveals that although a patient's beliefs and prior expressed wishes are mandatory considerations, there is no doubt that the medical implications of a proposed

l'incapable s'améliorera, restera le même ou se détériorera sans le traitement : sous-al. 21(2)c)2. En l'espèce, il faut donc déterminer les résultats possibles sur le plan médical pour M. Rasouli de l'administration continue du traitement de maintien de la vie. Le mandataire doit envisager les perspectives d'avenir et se demander quel serait l'état du patient dans un an, dans cinq ans ou dans dix ans.

[94] Le troisième facteur exige que le mandataire spécial prenne en compte le risque d'effets néfastes liés au traitement et qu'il établisse si l'effet bénéfique de ce dernier l'emporte ou non sur ce risque : sous-al. 21(2)c)3. Ce facteur joue un rôle particulièrement important lorsque le mandataire spécial doit décider de donner son consentement à une procédure risquée, par exemple une intervention chirurgicale à risque élevé, qui donne un certain espoir, mais qui peut entraîner la détérioration de l'état du patient. En l'espèce, le mandataire spécial doit tenir compte des effets bénéfiques du retrait du traitement de maintien de la vie, par exemple le fait d'empêcher une détérioration physique prolongée causée par des escarres, des infections et par une défaillance polyviscérale entraînant finalement le décès, par rapport aux risques, soit le fait, bien franchement, de précipiter la mort et d'écarter toute chance de rétablissement qu'a M. Rasouli selon la preuve médicale.

[95] Le quatrième facteur exige que le mandataire spécial tienne compte d'autres traitements possibles — et soupèse si un traitement moins contraignant ou moins perturbateur aurait ou non un effet aussi bénéfique que celui qui est proposé : sous-al. 21(2)c)4. Dans un cas comme celui qui nous occupe, il s'agit donc de savoir si l'administration continue du traitement de maintien de la vie serait moins contraignante ou moins perturbatrice que son retrait, et, dans l'affirmative, si elle aurait ou non davantage un effet bénéfique que son retrait.

[96] À mon avis, l'examen du par. 21(2) révèle que, même s'il est impératif de tenir compte des croyances du patient et de ses désirs exprimés antérieurement, il ne fait aucun doute que les

treatment will bear significant weight in the analysis.

[97] Where physicians and substitute decision-makers disagree about whether withdrawal of life support would be in the best interests of the patient, the *HCCA* provides the procedure for resolving this conflict. Under s. 37, the health care practitioner may apply to the Board to have the decision of the substitute decision-maker set aside on the ground that it is not in the best interests of the incapable person, having regard to the factors set out in s. 21(2) of the Act. This is an important avenue of recourse for physicians who believe that life support can no longer be ethically administered because it is not in the best interests of the patient to do so. The Board must duly consider the physician's professional opinion and submissions on what would be of medical benefit to the patient.

[98] If the Board agrees that the substitute decision-maker did not act in the best interests of the patient, it may substitute its own opinion for that of the substitute decision-maker: s. 37(3). Alternatively, if the Board concludes that the substitute decision-maker did act in the best interests of the patient, it can affirm the decision of the substitute decision-maker. In making these determinations, the Board must objectively apply the same criteria that substitute decision-makers are required to consider under s. 21. The Board is well placed to make a determination of whether treatment is in the best interests of the patient, in light of the statutory objectives of enhancing patient autonomy and ensuring appropriate medical care. This was observed by the Ontario Court of Appeal in *M. (A.) v. Benes* (1999), 46 O.R. (3d) 271:

A case will come before the Board only when the health practitioner disagrees with the S.D.M.'s application of the best interests test under s. 21(2). The Board will then have before it two parties who disagree about the application of s. 21: the S.D.M., who may have better knowledge than the health practitioner about

conséquences d'ordre médical du traitement proposé revêtiront une importance majeure dans l'analyse.

[97] Lorsque les médecins et les mandataires spéciaux ne s'entendent pas sur la question de savoir si le retrait du traitement de maintien de la vie serait dans l'intérêt véritable du patient, la *LCSS* prévoit un moyen de régler ce conflit. Aux termes de l'art. 37, le praticien de la santé peut, par voie de requête, demander à la Commission d'annuler la décision du mandataire spécial au motif qu'elle est contraire à l'intérêt véritable de l'incapable, compte tenu des facteurs énoncés au par. 21(2) de la Loi. Il s'agit d'une voie de recours importante pour les médecins qui estiment qu'il ne convient plus, du point de vue éthique, d'administrer le traitement de maintien de la vie parce qu'il n'est plus dans l'intérêt véritable du patient. La Commission doit dûment tenir compte de l'opinion professionnelle du médecin et de ses observations quant à ce qui aurait un effet bénéfique pour le patient.

[98] Si elle convient que le mandataire spécial n'a pas agi dans l'intérêt véritable du patient, la Commission peut substituer son opinion à celle du mandataire spécial : par. 37(3). En revanche, si elle conclut que le mandataire spécial a bel et bien agi dans l'intérêt véritable du patient, elle peut confirmer sa décision. Pour rendre ces décisions, la Commission doit appliquer objectivement les mêmes critères que ceux dont doivent tenir compte les mandataires spéciaux aux termes de l'art. 21. La Commission est bien placée pour déterminer si le traitement est ou non dans l'intérêt véritable du patient, compte tenu des objectifs de la Loi visant à accroître l'autonomie du patient et à veiller à l'administration des soins médicaux appropriés. C'est ce qu'a fait observer la Cour d'appel de l'Ontario dans *M. (A.) c. Benes* (1999), 46 O.R. (3d) 271 :

[TRADUCTION] La Commission ne sera saisie d'une affaire que lorsque le praticien de la santé est en désaccord avec l'application par le mandataire du critère relatif à l'intérêt véritable prévu au par. 21(2). La Commission sera ainsi appelée à entendre deux parties qui ne s'entendent pas quant à l'application de l'art. 21 : d'une part,

the incapable person's values, beliefs and non-binding wishes; and the health practitioner, who is the expert on the likely medical outcomes of the proposed treatment. The disagreement between the S.D.M. and the health practitioner potentially creates tension and the Act recognizes this by providing for a neutral expert board to resolve the disagreement. Indeed, after hearing submissions from all parties, the Board is likely better placed than either the S.D.M. or the health practitioner to decide what is in the incapable person's best interests. [para. 46]

[99] The Board must apply a standard of correctness in reviewing the decision of the substitute decision-maker: *Benes*, at para. 36; *Scardoni*, at para. 36. The wording of s. 37, which provides for full representation and gives the Board the right to substitute its decision for that of the substitute decision-maker, indicates that the Board must consider the matter *de novo*. The critical nature of the interests at stake support the Board's obligation to review the decision of the substitute decision-maker on a correctness standard.

[100] The legislature has given the Board the final responsibility to decide these matters. This is not to say that the courts have no role to play. Board decisions are subject to judicial review. This mechanism for court oversight ensures that the Board acts within its mandate and in accordance with the Constitution.

[101] Over the past 17 years, the Board has developed a strong track record in handling precisely the issue raised in this case.

[102] In some cases, the Board has upheld the decisions of substitute decision-makers to refuse withdrawal of life support as being in the best interests of the patient: *D.W. (Re)*, 2011 CanLII 18217; *S.S. (Re)*, 2011 CanLII 5000; *P. (D.)*, *Re*. In others, it has reversed the decision of the substitute decision-maker and required consent to be given for the withdrawal of life support: *A.K. (Re)*; *E.J.G. (Re)*; *N., Re*, 2009 CarswellOnt 4748. The

mandataire spécial qui peut connaître mieux que le praticien de la santé les valeurs et les croyances de l'incapable ainsi que ses désirs auxquels il n'est pas tenu de se conformer, et, d'autre part, le praticien de la santé qui est l'expert quant aux résultats possibles sur le plan médical du traitement proposé. Le désaccord entre le mandataire spécial et le praticien de la santé risque d'être source de tension. La Loi reconnaît ce risque et prévoit le règlement du désaccord par une commission d'experts neutres. En effet, après avoir entendu les observations de toutes les parties, la Commission est vraisemblablement mieux placée que le mandataire spécial ou le praticien de la santé pour décider de ce qui est dans l'intérêt véritable de l'incapable. [par. 46]

[99] La Commission doit examiner la décision du mandataire spécial selon la norme de la décision correcte : *Benes*, par. 36; *Scardoni*, par. 36. Le libellé de l'art. 37, qui prévoit la pleine représentation et qui confère à la Commission le droit de substituer sa décision à celle du mandataire spécial, indique que la Commission doit examiner l'affaire à nouveau. La nature critique des intérêts en jeu vient appuyer l'obligation de la Commission d'examiner la décision du mandataire spécial selon la norme de la décision correcte.

[100] Le législateur a conféré à la Commission la responsabilité ultime de trancher ces questions. Cela ne signifie pas que les tribunaux n'ont aucun rôle à jouer. En effet, les décisions de la Commission sont susceptibles de contrôle judiciaire. Ce mécanisme qui confère un droit de regard aux tribunaux assure que la Commission agisse dans les limites de son mandat et en conformité avec la Constitution.

[101] Au cours des 17 dernières années, la Commission a fait ses preuves en tranchant précisément la question soulevée dans la présente affaire.

[102] Dans certains cas, la Commission a confirmé le refus du mandataire spécial de consentir au retrait du traitement de maintien de la vie au motif que le traitement était dans l'intérêt véritable du patient : *D.W. (Re)*, 2011 CanLII 18217; *S.S. (Re)*, 2011 CanLII 5000; *P. (D.)*, *Re*. Dans d'autres cas, la Commission a infirmé la décision du mandataire spécial et a demandé le consentement au retrait du traitement de maintien de la vie : *A.K. (Re)*; *E.J.G.*

particular facts of each case determine whether withdrawal of life support is in the best interests of the patient.

[103] Bringing its expertise to the issue, the Board's decisions may be expected to bring consistency and certainty to the application of the statute, thereby providing essential guidance to both substitute decision-makers and health care providers in this difficult area of the law.

H. *The Dissenting Reasons*

[104] I have had the benefit of reading Justice Karakatsanis' reasons. Respectfully, I cannot agree with her approach in this case.

[105] First, I do not agree that the important role the *HCCA* accords to prior wishes indicates that the legislature did not intend the statute to apply to the withdrawal of life support (reasons of Justice Karakatsanis, at paras. 140-50). When it comes to the life and death matter of withdrawal of life support, there is every reason to think that the legislature intended a patient's applicable prior wishes to be respected. Moreover, as discussed, a prior wish will only be binding if it is applicable to the patient's current circumstances. Vagueness in a prior wish or changes in the patient's condition, prognosis, or treatment options may mean that the prior wish is inapplicable. Where prior wishes are inapplicable, the best interests analysis governs.

[106] Second, my colleague's proposal that consent is required under the *HCCA* only where withdrawal of life support is part of a "plan of treatment" under the Act merely pushes the analysis back one step to the thorny problem of defining "plan of treatment" (paras. 154-55). Moreover, since the *HCCA* gives physicians discretion over whether withdrawal of life support will be presented as part of a plan of treatment, the ultimate

(*Re*); *N., Re*, 2009 CarswellOnt 4748. Les faits propres à chaque affaire permettent d'établir si le retrait du traitement de maintien de la vie est dans l'intérêt véritable du patient.

[103] Puisqu'elle apporte son expertise quant à la question en jeu, on peut s'attendre à ce que les décisions de la Commission assurent la cohérence et la certitude quant à l'application de la Loi, fournissant ainsi des indications essentielles tant aux mandataires spéciaux qu'aux fournisseurs de soins de santé à l'égard de ce domaine difficile du droit.

H. *Les motifs dissidents*

[104] J'ai eu l'occasion de lire les motifs de la juge Karakatsanis. En toute déférence, je ne peux souscrire à son approche en l'espèce.

[105] Premièrement, je ne peux convenir que l'importance attribuée par la *LCSS* aux désirs exprimés antérieurement par le patient indique que le législateur ne souhaitait pas que la Loi s'applique au retrait d'un traitement de maintien de la vie (motifs de la juge Karakatsanis, par. 140-150). Lorsqu'il s'agit de la question de vie ou de mort du retrait d'un traitement de maintien de la vie, il y a tout lieu de croire que le législateur voulait le respect des désirs applicables exprimés antérieurement par le patient. De plus, comme nous l'avons vu, ce type de désir ne sera contraignant que s'il est applicable aux circonstances actuelles du patient. L'imprécision d'un désir exprimé antérieurement ou les changements survenus dans l'état de santé, le pronostic ou les options de traitement du patient peuvent rendre le désir exprimé inapplicable. Dans ces cas, c'est l'analyse relative à l'intérêt véritable du patient qui prévaut.

[106] Deuxièmement, la proposition de ma collègue, selon laquelle le consentement n'est requis aux termes de la *LCSS* que lorsque le retrait d'un traitement de maintien de la vie fait partie d'un « plan de traitement » au sens de la Loi, ramène simplement l'analyse au problème épineux que pose la définition du terme « plan de traitement » (par. 154-155). En outre, puisque la *LCSS* confère aux médecins le pouvoir discrétionnaire de présenter ou non

issue of whether consent is required might well turn on the physician's choice of what to call the procedure, risking arbitrariness. (As the record shows, withdrawal of life support is in practice often but not always proposed as a "plan of treatment": see *P. (D.)*, *Re*, at para. 16.)

[107] Third, if the *HCCA* does not apply, the fact that the common law tort of battery may prohibit the withdrawal of life support without consent in some cases raises further difficulties. Justice Karakatsanis leaves open the possibility that the law of battery may be engaged if the mechanics of withdrawal of life support are invasive (paras. 162-63). However, it is unclear what rules for substitute consent would govern in these circumstances, and on what legal basis the physician could proceed with withdrawal of life support.

[108] I cannot agree that, on the record before us, withdrawal of life support from Mr. Rasouli would not be invasive (reasons of Justice Karakatsanis, at para. 163). Mechanical ventilation is delivered to Mr. Rasouli through a tube surgically inserted into his throat. His hospital chart indicates that withdrawal of life support would entail "extubation" (*A.R.*, vol. II, at p. 50), which is the "[r]emoval of a tube from an organ, structure, or orifice": *Stedman's Medical Dictionary* (28th ed. 2006), at p. 688. On the record before us, the possibility of an invasive medical procedure to withdraw life support cannot be excluded.

[109] Fourth, it can be questioned whether the legal tools my colleague relies on to provide judicial oversight of physicians' decisions to withdraw life support are sufficient for the task. At this point in the development of the standard of care and fiduciary duty, they do not appear to support the

le retrait d'un traitement de maintien de la vie dans le cadre d'un plan de traitement, la nécessité du consentement pourrait très bien reposer, en dernière analyse, sur le choix du médecin quant à la façon de définir cette procédure, ce qui présente le risque de recourir à l'arbitraire. (D'après le dossier, en pratique, le retrait d'un traitement de maintien de la vie est souvent, mais pas toujours, proposé en guise de « plan de traitement » : voir *P. (D.)*, *Re*, par. 16.)

[107] Troisièmement, si la *LCSS* ne s'applique pas, la possibilité que le délit de voies de fait en common law interdise dans certains cas le retrait d'un traitement de maintien de la vie sans consentement pose d'autres problèmes. La juge Karakatsanis ouvre la porte à l'application de ce délit si les procédures de retrait d'un traitement de maintien de la vie sont envahissantes (par. 162-163). Or, on ne sait pas quelles règles régiraient dans ces circonstances le consentement donné par un mandataire et quel fondement juridique permettrait au médecin de procéder au retrait d'un traitement de maintien de la vie.

[108] Je ne peux me rallier à la thèse voulant que, au vu du dossier dont dispose la Cour, le retrait du traitement de maintien de la vie administré à M. Rasouli ne comprendrait pas de procédures invasives (motifs de la juge Karakatsanis, par. 163). M. Rasouli est maintenu en vie par ventilation artificielle, au moyen d'une sonde insérée par voie chirurgicale dans sa gorge. Son dossier hospitalier indique que le retrait du traitement de maintien de la vie entraînerait un [TRADUCTION] « détu- bage » (*d.a.*, vol. II, p. 50), à savoir le [TRADUCTION] « [r]etrait d'une sonde introduite dans un organe, une structure ou un orifice » : *Stedman's Medical Dictionary* (28^e éd. 2006), p. 688. Au vu du dossier, on ne saurait exclure la possibilité que le retrait du traitement de maintien de la vie comprenne des procédures médicales invasives.

[109] Quatrièmement, on peut se demander si les outils juridiques auxquels a recours ma collègue pour faire en sorte que les décisions des médecins de retirer un traitement de maintien de la vie soient soumises à la surveillance des tribunaux suffisent à la tâche. À l'étape où en est l'élaboration de la

broad-based common law/equity review that my colleague envisions (paras. 190-201).

[110] There has been no trial on the standard of care in this case, so we can only speculate as to its content in situations like Mr. Rasouli's. Whatever its content, the standard of care does not hold physicians to a standard of perfection but, rather, only to one of reasonable care: E. I. Picard and G. B. Robertson, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada* (4th ed. 2007), at p. 225; *Crits v. Sylvester* (1956), 1 D.L.R. (2d) 502 (Ont. C.A.), at p. 508, aff'd [1956] S.C.R. 991. As such, standard of care is a blunt instrument for reviewing physician decisions to withdraw life support, and not one that supports the broad-based review contemplated by my colleague.

[111] As for fiduciary duty, once again the waters into which my colleague ventures are untested. While this Court has recognized that the doctor-patient relationship is fiduciary in nature, it has never reviewed physicians' good-faith treatment decisions on the basis of fiduciary duty: *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138, at p. 149; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, at p. 274. My colleague's approach thus contemplates a substantial expansion of the role of fiduciary duty in regulating the doctor-patient relationship.

[112] Finally, how the standard of care and fiduciary duty relate to one another is unclear on the proposed approach. Which analysis comes first — standard of care or fiduciary duty? And in case of conflict, which prevails?

[113] Fifth, if the *HCCA* does not apply, it is unclear who will protect the interests of the incapable patient when a physician determines that life support should be withdrawn. The proposed approach contemplates the involvement of a

norme de diligence et de l'obligation fiduciaire, ces outils ne semblent pas appuyer l'examen général de la common law et de l'equity qu'envisage ma collègue (par. 190-201).

[110] Comme il n'y a pas eu, en l'espèce, de procès sur la norme de diligence, nous ne pouvons qu'émettre des hypothèses quant à sa teneur dans des cas comme celui de M. Rasouli. Cela dit, peu importe sa teneur, la norme de diligence n'impose pas aux médecins de satisfaire à une norme de perfection, mais plutôt à celle de diligence raisonnable : E. I. Picard et G. B. Robertson, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada* (4^e éd. 2007), p. 225; *Crits c. Sylvester* (1956), 1 D.L.R. (2d) 502 (C.A. Ont.), p. 508, conf. par [1956] R.C.S. 991. La norme de diligence est ainsi un instrument imprécis pour contrôler les décisions des médecins de retirer un traitement de maintien de la vie, et non pas un instrument qui justifie l'examen général envisagé par ma collègue.

[111] En ce qui concerne l'obligation fiduciaire, ma collègue s'aventure, là encore, en terrain inconnu. Si la Cour a reconnu que la relation entre le médecin et son patient est de nature fiduciaire, elle n'a jamais examiné de décisions prises de bonne foi par des médecins au sujet d'un traitement sur le fondement de cette obligation : *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, p. 149; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, p. 274. L'approche adoptée par ma collègue vise donc un élargissement substantiel du rôle de l'obligation fiduciaire pour régler la relation entre le médecin et son patient.

[112] Enfin, l'approche proposée n'indique pas clairement le lien qui existe entre la norme de diligence et l'obligation fiduciaire. Quelle analyse a priorité — celle relative à la norme de diligence ou celle relative à l'obligation fiduciaire? Et quelle analyse a préséance en cas de conflit?

[113] Cinquièmement, si la *LCSS* ne s'applique pas, il est difficile de savoir qui doit défendre les intérêts du patient incapable lorsque le médecin décide qu'il y a lieu de retirer le traitement de maintien de la vie. L'approche proposée envisage

“substitute decision-maker”, but does not state who this person would be or under what legal authority he would act (reasons of Justice Karakatsanis, at paras. 202 and 204). The *HCCA* creates the legal designation of “substitute decision-maker”, and sets out a hierarchy for identifying this individual. However, this designation is unavailable if the *HCCA* does not apply to the withdrawal of life support.

[114] Sixth, I am concerned about the practical impact of the proposed approach on patients, families, and physicians. It may heighten the vulnerability of incapable patients, since the legal burden will be on family or friends to initiate court proceedings to prevent the withdrawal of life support, rather than on physicians to obtain consent before acting. The implications of this shift are particularly troubling where the incapable patient lacks a network of family and friends with the financial resources to fund legal action, which could entail a trial on the medical standard of care. Furthermore, it is unclear on the proposed approach whether the physician could withdraw life support without judicial oversight if no legal action is taken by the patient’s family or friends.

[115] One of the legislature’s primary motivations in enacting the *HCCA* was to simplify the law governing the treatment of incapable patients. The *HCCA* sets out clear rules requiring consent before treatment can occur, identifying who can consent for an incapable patient, stating the criteria on which consent must be granted or refused, and creating a specialized body to settle disputes. The legal framework of the *HCCA* has been used to resolve end-of-life disputes in Ontario for 17 years. I would be reluctant to close off access to this established regime and cast these matters back into the courts.

l’intervention d’un « mandataire spécial », mais ne désigne pas cette personne ni n’indique en vertu de quel pouvoir légal il agirait (motifs de la juge Karakatsanis, par. 202 et 204). La *LCSS* crée le statut juridique de « mandataire spécial » et établit la hiérarchie des personnes pouvant assumer ce rôle. Or, cette désignation ne peut être invoquée si la *LCSS* ne s’applique pas au retrait d’un traitement de maintien de la vie.

[114] Sixièmement, je suis préoccupée des effets concrets de l’approche proposée sur les patients, sur leurs familles et sur les médecins. Elle pourrait accroître la vulnérabilité des patients incapables, puisqu’il incombera aux membres de la famille ou aux amis d’engager des poursuites judiciaires pour empêcher le retrait du traitement de maintien de la vie, plutôt qu’aux médecins d’obtenir le consentement avant d’agir. Ce déplacement du fardeau pose particulièrement problème lorsque le patient incapable ne bénéficie pas d’un réseau de parents ou d’amis ayant les ressources financières nécessaires pour intenter une action en justice qui pourrait entraîner un procès sur la norme de diligence en matière de soins de santé. En outre, l’approche proposée n’indique pas clairement si le médecin pourrait retirer un traitement de maintien de la vie sans un contrôle judiciaire, si aucune action en justice n’était intentée par les parents du patient ou par ses amis.

[115] En adoptant la *LCSS*, le législateur a notamment souhaité simplifier le droit régissant le traitement administré aux patients incapables. La *LCSS* énonce des règles claires qui exigent le consentement avant qu’un traitement ne puisse être administré, désignent les personnes autorisées à donner le consentement pour le patient incapable, précisent les critères sur lesquels doivent être fondés le consentement ou son refus, et créent un organisme spécialisé pour régler les litiges. Le cadre juridique établi par la *LCSS* sert depuis 17 ans en Ontario à trancher des différends concernant les décisions de fin de vie. J’hésiterais à bloquer l’accès à ce régime bien établi et à renvoyer ces questions aux tribunaux.

I. *Summary*

[116] I conclude that the following steps apply under the *HCCA* in a case such as this, where the substitute decision-maker and the medical health care providers disagree on whether life support should be discontinued.

1. The health practitioner determines whether in his view continuance of life support is medically indicated for the patient;
2. If the health practitioner determines that continuance of life support is no longer medically indicated for the patient, he advises the patient's substitute decision-maker and seeks her consent to withdraw the treatment;
3. The substitute decision-maker gives or refuses consent in accordance with the applicable prior wishes of the incapable person, or, in the absence of such wishes, on the basis of the best interests of the patient, having regard to the specified factors in s. 21(2) of the *HCCA*;
4. If the substitute decision-maker consents, the health practitioner withdraws life support;
5. If the substitute decision-maker refuses consent to withdrawal of life support, the health practitioner may challenge the substitute decision-maker's refusal by applying to the Consent and Capacity Board: s. 37;
6. If the Board finds that the refusal to provide consent to the withdrawal of life support was not in accordance with the requirements of the *HCCA*, it may substitute its own decision for that of the substitute decision-maker, and permit withdrawal of life support.

I. *Résumé*

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

1. Le praticien de la santé établit si, à son avis, l'administration continue du traitement de maintien de la vie est indiquée sur le plan médical pour le patient;
2. S'il établit que l'administration du traitement de maintien de la vie n'est plus indiquée sur le plan médical pour le patient, le praticien de la santé en avise le mandataire spécial du patient et demande son consentement au retrait du traitement;
3. Le mandataire spécial donne ou refuse son consentement conformément aux désirs applicables aux circonstances exprimés antérieurement par l'incapable, ou, en l'absence de pareils désirs, conformément à ce qui est dans l'intérêt véritable du patient, compte tenu des facteurs énoncés au par. 21(2) de la *LCSS*;
4. Si le mandataire spécial donne son consentement, le praticien de la santé procède au retrait du traitement de maintien de la vie;
5. Si le mandataire spécial refuse de donner son consentement au retrait du traitement de maintien de la vie, le praticien de la santé peut, par voie de requête devant la Commission, contester le refus du mandataire spécial : art. 37;
6. Si la Commission conclut que le refus de consentir au retrait du traitement de maintien de la vie ne se conformait pas aux exigences de la *LCSS*, elle peut substituer sa propre décision à celle du mandataire spécial et autoriser le retrait du traitement de maintien de la vie.

III. Conclusion

[117] Applying the *HCCA* in the manner just discussed, we arrive at the following conclusions.

[118] The appellant physicians, having determined that in their view Mr. Rasouli should be removed from life support, were obliged to seek Ms. Salasel's consent to the withdrawal. Since Mr. Rasouli had not expressed a wish within the meaning of s. 21(1)1, Ms. Salasel was required to determine whether removal of life support was in Mr. Rasouli's best interests, having regard to the factors set out in s. 21(2) of the Act.

[119] If the appellant physicians do not agree that maintaining life support for Mr. Rasouli is in his best interests, their recourse is to apply to the Board for a determination as provided by s. 37(1) of the *HCCA*.

[120] When the application is brought, it will be for the Board to determine whether Ms. Salasel's refusal to provide consent to the withdrawal of life support was in Mr. Rasouli's best interests, within the meaning of s. 21(2) of the *HCCA*. If the Board is of the opinion it was not, it may substitute its decision for that of Ms. Salasel, and clear the way for removal of Mr. Rasouli's life support.

[121] It follows that I would dismiss the appeal. I would also dismiss the motions to adduce fresh evidence on the appeal to this Court, without prejudice to the Board receiving any evidence it deems relevant on the hearing before it.

[122] This being a matter of public interest, I would not award costs.

III. Conclusion

[117] En appliquant la *LCSS* selon les étapes mentionnées précédemment, nous arrivons aux conclusions suivantes.

[118] Ayant déterminé que, selon eux, le traitement de maintien de la vie administré à M. Rasouli devait être retiré, les médecins appelants étaient tenus de demander le consentement de M^{me} Salasel à cet égard. Puisque M. Rasouli n'avait exprimé aucun désir au sens de l'al. 21(1)1, M^{me} Salasel était tenue de déterminer si le retrait du traitement de maintien de la vie était dans l'intérêt véritable de M. Rasouli, compte tenu des facteurs énoncés au par. 21(2) de la Loi.

[119] Si les médecins appelants ne sont pas d'accord pour dire que l'administration à M. Rasouli du traitement de maintien de la vie est dans son intérêt véritable, en vertu du par. 37(1) de la *LCSS*, leur recours consiste à demander à la Commission de trancher la question.

[120] Lorsqu'elle sera saisie de la demande, il appartiendra à la Commission de déterminer si le refus de M^{me} Salasel de consentir au retrait du traitement de maintien de la vie était dans l'intérêt véritable de M. Rasouli, au sens du par. 21(2) de la *LCSS*. Si elle en venait à la conclusion que ce n'est pas le cas, la Commission pourrait substituer sa décision à celle de M^{me} Salasel et permettre le retrait du traitement de maintien de la vie administré à M. Rasouli.

[121] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Je suis aussi d'avis de rejeter les requêtes en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve dans le cadre du présent pourvoi, sans préjudice à la possibilité que la Commission reçoive tout élément de preuve qu'elle juge pertinent.

[122] Vu qu'il s'agit d'une question d'intérêt public, je n'adjugerais pas de dépens.

The reasons of Abella and Karakatsanis JJ. were delivered by

[123] KARAKATSANIS J. (dissenting) — This appeal addresses the roles of the doctor, the incapable patient's substitute decision-maker, Ontario's Consent and Capacity Board and the courts, in the decision to withdraw or withhold life support.

[124] Unlike the Chief Justice, I conclude that the common law, and not the *Health Care Consent Act, 1996*, S.O. 1996, c. 2, Sch. A (the *HCCA* or the Act), governs when doctors and substitute decision-makers disagree regarding the proposed withdrawal of an incapable patient's life support. Thus, the court, and not the Consent and Capacity Board, is the appropriate forum for resolving any disputes between the doctors and the incapable patient's substitute decision-maker.

[125] In my view, the *HCCA* does not apply to the *withdrawal* of treatment. The *HCCA* codifies the deeply rooted common law right to refuse treatment, no matter the medical consequences. It does not, however, give patients, or their substitute decision-makers, the right to insist on the continuation of a treatment that is futile, harmful, or contrary to professional medical standards of care.

[126] In reviewing whether a physician is acting within the professional standard of care at common law, the court should determine whether the life support has any chance of being medically effective and whether withdrawal of the treatment is in the best interests of the patient. This necessarily includes consideration of the patient's wishes, values and beliefs, in addition to the broad mental and physical implications for the patient's condition and well-being, all within the framework of the governing legal principles.

[127] Accordingly, I would allow the appeal and remit this matter to the Ontario Superior Court of Justice, so that it may make the necessary findings of fact and determine whether the withdrawal of life

Version française des motifs des juges Abella et Karakatsanis rendus par

[123] LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente) — Le présent pourvoi porte sur les rôles du médecin, du mandataire spécial du patient incapable, de la Commission du consentement et de la capacité de l'Ontario (« Commission »), et des tribunaux quant à la décision de retirer un traitement de maintien de la vie ou de refuser d'administrer un tel traitement.

[124] Contrairement à la Juge en chef, je conclus que c'est la common law, et non la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, L.O. 1996, ch. 2, ann. A (« *LCSS* » ou « Loi »), qui s'applique lorsque les médecins et le mandataire spécial ne s'entendent pas sur le retrait proposé d'un traitement de maintien de la vie administré à un patient incapable. C'est donc au tribunal, et non à la Commission, qu'ils doivent s'adresser pour régler les différends qui les opposent.

[125] À mon avis, la *LCSS* ne s'applique pas au *retrait* d'un traitement. La *LCSS* codifie le droit profondément enraciné dans la common law de refuser un traitement, peu importe les conséquences d'ordre médical. La Loi ne confère toutefois pas aux patients ou à leurs mandataires spéciaux le droit d'insister pour que soit maintenu un traitement qui est inutile, préjudiciable ou contraire à la norme de diligence professionnelle des médecins.

[126] Pour établir si le médecin respecte la norme de diligence professionnelle établie par la common law, le tribunal doit déterminer si le traitement de maintien de la vie a quelque chance de réussite sur le plan médical et si le retrait du traitement est dans l'intérêt véritable du patient. Cet exercice comporte nécessairement l'examen des désirs exprimés par le patient, de ses valeurs et de ses croyances, en plus des conséquences importantes mentales et physiques sur son état et son bien-être, le tout dans le cadre des principes juridiques applicables.

[127] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire à la Cour supérieure de justice de l'Ontario pour qu'elle tire les conclusions de fait nécessaires et qu'elle détermine

support is in accordance with the standard of care and the best interests of the patient.

I. Background

[128] The patient in this case suffered brain damage that, according to his doctors, left him in a persistent vegetative state. For almost three years, he has been kept alive by life support, including mechanical ventilation and artificial nutrition. It is his medical team's opinion that there is no realistic hope for his recovery. In their view, the provision of life support offers him no medical benefit and may, in fact, cause harm. As such, they wish to withdraw life support.

[129] The patient's wife, who is his substitute decision-maker, does not want life support withdrawn. She has filed more recent medical assessments as fresh evidence of a change in the patient's diagnosis to a minimally conscious state. Further, she believes that her husband's religious beliefs dictate that he would wish to be kept alive in these circumstances. Accordingly, she brought an application to restrain the patient's doctors from withdrawing life support.

[130] The application judge concluded that, under the *HCCA*, the physician's decision to remove life support requires the consent of the patient or the patient's substitute decision-maker. As a result, the doctors are required to apply to the Consent and Capacity Board if they wish to challenge the substitute decision-maker's decision to refuse to consent to the withdrawal of life support (2011 ONSC 1500, 105 O.R. (3d) 761).

[131] The Court of Appeal dismissed the doctors' appeal (2011 ONCA 482, 107 O.R. (3d) 9). While the court was prepared to accept for present purposes "that the Act does not require doctors to obtain consent from a patient or substitute decision-maker to withhold or withdraw 'treatment' that they view as

si le retrait du traitement de maintien de la vie est conforme à la norme de diligence applicable et dans l'intérêt véritable du patient.

I. Contexte

[128] Le patient dont il est question en l'espèce a subi des lésions cérébrales et se trouve de ce fait, selon ses médecins, dans un état végétatif persistant. Depuis près de trois ans, il est maintenu en vie par ventilation et alimentation artificielles. L'équipe médicale qui le soigne estime qu'il n'y a pas de véritable espoir pour son rétablissement et que l'administration du traitement de maintien de la vie ne comporte aucun effet bénéfique pour le patient, mais, en fait, possiblement des effets néfastes. Les médecins souhaitent donc retirer ce traitement.

[129] L'épouse du patient, qui est sa mandataire spéciale, ne veut pas que le traitement de maintien de la vie soit retiré. Elle a déposé des évaluations médicales plus récentes à titre de nouveaux éléments faisant la preuve d'un changement du diagnostic du patient qui serait désormais celui d'état de conscience minimale. Elle pense en outre que, dans ces circonstances, compte tenu des croyances religieuses de son époux, il souhaiterait être maintenu en vie. Elle a donc présenté une demande visant à empêcher les médecins du patient de retirer le traitement de maintien de la vie.

[130] La juge saisie de la demande a conclu que, suivant la *LCSS*, la décision des médecins de retirer le traitement de maintien de la vie exige le consentement du patient ou de son mandataire spécial. Les médecins sont donc tenus de s'adresser par voie de requête à la Commission, s'ils souhaitent contester la décision du mandataire spécial de refuser le consentement au retrait du traitement de maintien de la vie (2011 ONSC 1500, 105 O.R. (3d) 761).

[131] La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par les médecins (2011 ONCA 482, 107 O.R. (3d) 9). Même si elle était disposée à conclure pour les besoins de la présente affaire que [TRADUCTION] « la Loi n'exige pas des médecins qu'ils obtiennent le consentement du patient ou de son mandataire

medically ineffective or inappropriate” (para. 46), it concluded that the withdrawal of life support was inextricably bound with palliative care as a “treatment package” (para. 52) and therefore fell within the definition of “treatment” in the Act. In these specific circumstances, the Court of Appeal held that consent was required.

[132] For the reasons that follow, I conclude that the Ontario legislature did not intend the *HCCA* to require patient consent for the *withdrawal* of medical treatment.

II. Analysis

A. *The Health Care Consent Act, 1996*

[133] The *HCCA* codifies and builds upon the common law of consent in Ontario. Similar legislation exists in several provinces across Canada.¹ The Act provides that a medical practitioner who proposes a treatment cannot administer it without the consent of the patient, or, if the patient is incapable of consenting, the consent of the substitute decision-maker (s. 10(1)). It does not say that a physician who proposes to withdraw treatment must obtain the consent of the patient or substitute decision-maker. Further, “treatment” is defined as “anything that is done for a . . . health-related purpose” (s. 2(1)). The definition does not say that “treatment” includes the withdrawal or withholding of treatment.

[134] The legislative history, similarly, discloses no intention to create a right for a patient to insist on treatment that a physician considers medically futile. Rather, the Act is designed to provide for

spécial quant au refus d’administrer un “traitement” ou quant au retrait d’un “traitement” qu’ils jugent inefficace ou inapproprié sur le plan médical » (par. 46), la Cour d’appel a conclu que le retrait du traitement de maintien de la vie était intrinsèquement lié à l’administration des soins palliatifs, le tout constituant un « traitement global » (par. 52), et s’inscrivait dans la définition de « traitement » figurant dans la Loi. Dans ces circonstances particulières, la Cour d’appel a statué que le consentement était requis.

[132] Pour les motifs qui suivent, je conclus que le législateur ontarien ne voulait pas que la *LCSS* exige le consentement du patient au *retrait* d’un traitement médical.

II. Analyse

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

[133] La *LCSS* codifie les règles de la common law en matière de consentement en Ontario et prend appui sur elle. Des lois similaires ont été adoptées dans plusieurs provinces du Canada¹. Selon la Loi, le praticien de la santé qui propose un traitement ne peut pas l’administrer sans le consentement du patient, ou, s’il est incapable de le donner, sans le consentement de son mandataire (par. 10(1)). La Loi ne prévoit pas que le médecin qui propose le retrait d’un traitement doive obtenir le consentement du patient ou de son mandataire spécial. En outre, le « traitement » s’entend de « tout ce qui est fait dans un [. . .] but relié au domaine de la santé » (par. 2(1)). Il n’est pas précisé dans la définition que le « traitement » comprend le retrait d’un traitement ou le refus d’administrer un traitement.

[134] Dans le même ordre d’idées, l’historique législatif ne révèle aucune intention de conférer au patient le droit d’insister sur l’administration d’un traitement que le médecin estime inutile sur

¹ See *The Health Care Directives Act*, C.C.S.M. c. H27; *Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act*, R.S.B.C. 1996, c. 181; *Care Consent Act*, S.Y. 2003, c. 21, Sch. B; *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 11 to 25; *Consent to Treatment and Health Care Directives Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-17.2.

¹ Voir *Loi sur les directives en matière de soins de santé*, C.P.L.M. ch. H27; *Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 181; *Loi sur le consentement aux soins*, L.Y. 2003, ch. 21, ann. B; *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 11 à 25; *Consent to Treatment and Health Care Directives Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. C-17.2.

findings of incapacity and an orderly and principled regime for substitute decision-makers (see H. Young, “Why Withdrawing Life-Sustaining Treatment Should Not Require ‘*Rasouli* Consent’” (2012), 6:2 *M.J.L.H.* 54, at p. 66).

(1) Codifying Patient Autonomy

[135] One of the *HCCA*’s purposes is to require that medical professionals adhere to the treatment wishes expressed by a person while capable and over the age of 16 (s. 1(c)(iii)). The known express wishes of a patient to refuse treatment must prevail, notwithstanding the medical consequences (s. 10(1)). As with the common law, this respects the autonomy of a person to refuse a proposed treatment — no matter the reason — even if the treatment is medically necessary (see *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 S.C.R. 192). Thus, for example, an adult patient has the right to refuse a blood transfusion even if, as a result, death is inevitable. When it comes to refusing treatment, personal autonomy is paramount.

[136] However, the converse is not true. As discussed below, there is no clear right under the Act or at common law for a patient to insist on a particular treatment if the doctor is not prepared to provide or continue to provide it. The *HCCA* reflects the consensus at common law, and does not require that a patient’s wishes prevail. When the issue is the withdrawal of treatment that is no longer medically effective or is even harmful, a patient’s choice alone is not an appropriate paradigm. A patient’s autonomy must be balanced against broader interests, including the nature of her condition, the implications of continuing the treatment, the professional obligations of her physicians, and the impact on the broader health care system. This reflection of the common law is evident from the purposes, provisions, and scheme of the Act.

le plan médical. La Loi vise plutôt les constatations d’incapacité et prévoit un régime ordonné et raisonné concernant les mandataires spéciaux (voir H. Young, « Why Withdrawing Life-Sustaining Treatment Should Not Require “*Rasouli* Consent” » (2012), 6:2 *R.D.S.M.* 54, p. 66).

(1) Codification de l’autonomie du patient

[135] La *LCSS* a pour objet, entre autres, d’exiger que les professionnels de la santé respectent les désirs qu’une personne a exprimés à l’égard d’un traitement lorsqu’elle était capable et avait au moins 16 ans révolus (sous-al. 1c)(iii)). Les désirs connus exprimés par un patient quant au refus d’un traitement doivent prévaloir, quelles que soient les conséquences d’ordre médical (par. 10(1)). À l’instar de la common law, cette mesure respecte l’autonomie d’une personne de refuser un traitement proposé — quelle que soit la raison du refus — même si le traitement est nécessaire sur le plan médical (voir *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192). Ainsi, le patient adulte a le droit de refuser une transfusion sanguine, même si la mort s’ensuivra inévitablement. Lorsqu’il s’agit du refus d’un traitement, l’autonomie personnelle est primordiale.

[136] L’inverse n’est cependant pas vrai. Comme nous le verrons plus loin, la Loi ou la common law ne confèrent aucun droit manifeste au patient d’insister sur l’administration d’un traitement particulier si le médecin n’est pas disposé à l’administrer ou à continuer de l’administrer. La *LCSS* reflète le consensus établi en common law et n’exige pas que les désirs du patient prévalent. Lorsqu’il s’agit du retrait d’un traitement qui n’est plus efficace sur le plan médical ou qui est même préjudiciable, le choix du patient, à lui seul, ne constitue pas un bon paradigme. L’autonomie du patient doit être évaluée au regard d’intérêts plus larges, dont la nature de l’état du patient, les conséquences de la continuation du traitement, les obligations professionnelles de ses médecins et les répercussions sur le système de soins de santé. Les objets, les dispositions et l’esprit de la Loi traduisent clairement ces principes de common law.

(2) The Purposes, Provisions, and Scheme of the Act

[137] The purposes of the *HCCA* under s. 1 include:

1. . . .

- (a) to provide rules with respect to consent to treatment that apply consistently in all settings;
- (c) to enhance the autonomy of persons for whom treatment is proposed . . . by,
 - (i) allowing those who have been found to be incapable to apply to [the Board] for a review of the finding,
 - (ii) allowing incapable persons to request that a representative of their choice be appointed by [the Board] for the purpose of making decisions on their behalf concerning treatment . . . , and
 - (iii) requiring that wishes with respect to treatment, . . . expressed by persons while capable and after attaining 16 years of age, be adhered to;
- (e) to ensure a significant role for supportive family members when a person lacks the capacity to make a decision about a treatment . . . ;

[138] The Act sets out the framework for choosing a substitute decision-maker, determines the principles and process by which treatment decisions are made for incapable patients, and provides a limited mechanism to resolve disputes that may arise between the decision-maker and medical practitioners.

[139] For the reasons that follow, I am of the view that a withdrawal of treatment does not fall within the meaning of “treatment” under the Act. Further, given the role of known wishes under the Act, I am satisfied that the legislature did not intend for the Act to extend to such decisions, and has left such matters to be determined before the courts, according to the common law.

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

[137] Voici quelques-uns des objets de la *LCSS* énoncés à son article premier :

1. . . .

- a) prévoir des règles en matière de consentement au traitement qui s’appliquent de façon uniforme dans tous les milieux;
- c) accroître l’autonomie des personnes pour lesquelles un traitement est proposé . . . :
 - (i) en permettant à celles dont l’incapacité a été constatée de demander, par voie de requête, à [la Commission] de réviser cette constatation,
 - (ii) en permettant aux incapables de demander [à la Commission] de nommer un représentant de leur choix . . . ,
 - (iii) en exigeant le respect des désirs que des personnes ont exprimés à l’égard d’un traitement [. . .] lorsqu’elles étaient capables et avaient au moins 16 ans révolus;
- e) veiller à ce que les membres de la famille qui soutiennent des personnes jouent un rôle important lorsque celles-ci n’ont plus la capacité de prendre une décision concernant un traitement . . .

[138] La Loi établit le cadre relatif au choix d’un mandataire spécial, les principes et le processus quant aux décisions à l’égard d’un traitement pour les patients incapables, ainsi qu’un mécanisme limité permettant de régler les différends qui peuvent survenir entre le mandataire spécial et les praticiens de la santé.

[139] Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que le retrait d’un traitement n’est pas visé par le terme « traitement » tel qu’il est défini dans la Loi. De plus, compte tenu du rôle, sous le régime de la Loi, des désirs exprimés connus, je suis convaincue que le législateur ne voulait pas que la Loi s’applique à de telles décisions, et qu’il entendait laisser aux tribunaux le pouvoir de trancher ces questions, en application de la common law.

(a) *The Role of Known Wishes in the Scheme of the Act*

[140] My conclusion that the *HCCA* does not require patient consent for withdrawing or withholding treatment is informed by the scheme of the Act.

(i) Principles for Giving or Refusing Consent

[141] The scheme of the Act ensures that when treatment is proposed, doctors, substitute decision-makers and the Board are all bound by the patient's known wishes, if clear and applicable. This is true for all treatments; there are no special provisions for end-of-life scenarios.

[142] Where the wishes of the patient are not known, the Act provides a broad test for determining whether it is in the best interests of the incapable patient to consent to or refuse treatment (s. 21(2)). It requires that the incapable patient's values, beliefs, and wishes be considered along with the consequences of a treatment on the patient's medical condition and broader well-being of the patient going forward.

[143] The best interests test has no role, however, when the express and clear wishes of the patient are known and applicable. The provisions of the Act, read together, ensure that if the express wishes of the patient are known, they must be followed.

[144] When the Act is engaged, s. 21(1)1 *requires* a substitute decision-maker *to follow* the express wishes of the patient if those wishes are known. Only if the wishes are not known can the substitute decision-maker act in the best interests of the patient:

21. (1) A person who gives or refuses consent to a treatment on an incapable person's behalf shall do so in accordance with the following principles:

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

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

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

[141] L'esprit de la Loi fait en sorte que, lorsqu'un traitement est proposé, les médecins, les mandataires spéciaux et la Commission sont tous tenus de se conformer aux désirs connus exprimés par le patient, si ceux-ci sont clairs et applicables. Cela vaut pour tout traitement; la Loi ne renferme aucune disposition particulière concernant les situations de fin de vie.

[142] Lorsqu'on ne connaît pas les désirs du patient, la Loi établit un critère large visant à déterminer si le consentement ou le refus du consentement est dans l'intérêt véritable du patient incapable (par. 21(2)). Ce critère exige de tenir compte des valeurs, des croyances et des désirs du patient incapable ainsi que des conséquences d'un traitement sur son état de santé et, de façon plus générale, sur son bien-être futur.

[143] Le critère relatif à l'intérêt véritable ne joue toutefois aucun rôle lorsque les désirs clairs et exprimés du patient sont connus et applicables. Considérées dans leur ensemble, les dispositions de la Loi garantissent que si les désirs exprimés par le patient sont connus, il faut s'y conformer.

[144] Lorsque la Loi est applicable, le par. 21(1)1 *exige* que le mandataire spécial *se conforme*, s'ils sont connus, aux désirs exprimés par le patient. Ce n'est que si ces désirs ne sont pas connus que le mandataire spécial peut agir dans l'intérêt véritable du patient :

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

1. If the person knows of a wish applicable to the circumstances that the incapable person expressed while capable and after attaining 16 years of age, the person shall give or refuse consent in accordance with the wish.
2. If the person does not know of a wish applicable to the circumstances that the incapable person expressed while capable and after attaining 16 years of age, or if it is impossible to comply with the wish, the person shall act in the incapable person's best interests.

(ii) Limited Role of the Consent and Capacity Board

[145] The Act permits applications to the Consent and Capacity Board with respect to the consent of incapable patients under three different provisions. (These applications to the Board are not available to resolve disputes between a doctor and his capable patient; any such disputes must be resolved through the courts.) These provisions permit the substitute decision-maker or the health practitioner to seek clarification or direction from the Board. They do not, however, give the Board the authority to override any clear and applicable known wishes.

[146] Section 35 provides for an application to the Board (by the substitute decision-maker or the health practitioner) for directions if there is need for clarity about the wishes of the incapable person. However, in giving directions, the Board *shall* apply s. 21, which in turn requires consent be given or refused in accordance with any known wish.

[147] Section 36 permits a substitute decision-maker (or health practitioner) who seeks the consent for treatment, despite known wishes to refuse the treatment, to apply to the Board. However, the Board may override the known wishes only if the patient would have likely consented because "the likely result of the treatment is significantly better than would have been anticipated in comparable circumstances at the time the wish was expressed" (s. 36(3)).

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

(ii) Rôle restreint de la Commission

[145] La Loi permet, aux termes de trois dispositions différentes, de présenter des requêtes à la Commission quant au consentement des patients incapables. (Ces requêtes ne permettent pas de régler les différends survenus entre le médecin et son patient capable qui, eux, doivent être réglés devant les tribunaux.) Selon les dispositions en question, le mandataire spécial ou le praticien de la santé peut demander des précisions ou des directives à la Commission. Ces dispositions ne confèrent toutefois pas à cette dernière le pouvoir d'écarter un désir connu, clair et applicable.

[146] Selon l'art. 35, le mandataire spécial ou le praticien de la santé peut, par voie de requête, demander des directives à la Commission s'il a besoin de précisions quant aux désirs exprimés par la personne incapable. Toutefois, en donnant des directives, la Commission *met en application* l'art. 21 qui, à son tour, requiert que le consentement soit donné ou refusé conformément à tout désir connu.

[147] L'article 36 prévoit que le mandataire spécial (ou le praticien de la santé) qui veut obtenir le consentement à un traitement, malgré le désir connu du patient de refuser le traitement, peut présenter une requête à la Commission. Toutefois, celle-ci ne peut écarter le désir connu que si le patient donnerait probablement désormais son consentement « parce que le résultat vraisemblable du traitement est dans une large mesure meilleur que ce à quoi on se serait attendu, dans des circonstances comparables, au moment où le désir a été exprimé » (par. 36(3)).

[148] Finally, a health practitioner can apply to the Board under s. 37 to determine whether the substitute decision-maker complied with the requirements for providing consent under s. 21. Once again, pursuant to s. 21, the best interests test applies only if there are no clear known wishes. There is no provision that gives the Board authority to permit a substitute decision-maker to ignore known wishes and to determine and act on the best interests of the patient if the patient, over the age of 16 years, expressed a clear and applicable wish.

[149] Thus, where there are known wishes, the only available applications to the Consent and Capacity Board are (1) to obtain clarification of those wishes if unclear; or (2) to consider whether the wishes would likely have been different because of a change in the effectiveness of the treatment; or (3) to ensure the known wishes are being respected.

[150] A clearly expressed and still applicable wish to refuse treatment must therefore be followed by the substitute decision-maker, the physicians, and, crucially, by the Consent and Capacity Board. In this context, if the legislation was intended to go beyond the common law right to refuse medical treatment — to provide a patient or their substitute decision-maker with the right to insist on the continuation of treatment — it would have done so in clear terms. It provides no such right.

(b) *“Treatment” Does Not Include Withdrawal of Treatment*

[151] In Ontario, s. 10 of the *HCCA* requires physicians to secure consent to treatment:

10. (1) A health practitioner who proposes a treatment for a person shall not administer the treatment, and shall take reasonable steps to ensure that it is not administered, unless,

(a) he or she is of the opinion that the person is capable with respect to the treatment, and the person has given consent; or

[148] Enfin, aux termes de l’art. 37, le praticien de la santé peut, par voie de requête, demander à la Commission de déterminer si le mandataire spécial s’est conformé aux exigences relatives au consentement prévues à l’art. 21. Là encore, suivant cette disposition, le critère relatif à l’intérêt véritable s’applique uniquement si aucun désir clair et connu n’a été exprimé. Aucune disposition ne confère à la Commission le pouvoir d’autoriser le mandataire spécial à faire fi des désirs connus du patient et de décider de ce qui est dans son intérêt véritable, puis d’agir dans cet intérêt si le patient, alors qu’il était âgé de 16 ans ou plus, a exprimé un désir clair et applicable.

[149] Par conséquent, lorsqu’il existe des désirs connus, les seules requêtes possibles devant la Commission visent (1) à obtenir des précisions si les désirs exprimés ne sont pas clairs; (2) à déterminer si les désirs exprimés auraient été différents en raison d’un changement lié à l’efficacité du traitement; ou (3) à veiller à ce que les désirs connus soient respectés.

[150] Le mandataire spécial, les médecins et, cela est crucial, la Commission doivent respecter le désir exprimé clairement, et qui est toujours applicable, de refuser un traitement. Si le législateur avait eu l’intention d’aller au-delà du droit reconnu par la common law de refuser un traitement médical — pour conférer au patient ou à son mandataire spécial le droit d’insister pour que le traitement soit maintenu —, il l’aurait fait en termes clairs. Or, la Loi ne confère pas un tel droit.

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

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

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

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

- (b) he or she is of the opinion that the person is incapable with respect to the treatment, and the person's substitute decision-maker has given consent on the person's behalf in accordance with this Act.

[152] While ss. 10 and 21(1) give a central role to consent in the context of treatment, the Act also specifically provides that it does not affect the law relating to giving or refusing consent to anything not within the definition of "treatment" (s. 8(2)).

[153] Section 2 of the *HCCA* provides the scope of the procedures for which consent must be secured under s. 10(1) in the following definition of "treatment":

"treatment" means anything that is done for a therapeutic, preventive, palliative, diagnostic, cosmetic or other health-related purpose, and includes a course of treatment, plan of treatment

and of "plan of treatment", which is defined as follows:

"plan of treatment" means a plan that,

- (a) is developed by one or more health practitioners,
- (b) deals with one or more of the health problems that a person has and may, in addition, deal with one or more of the health problems that the person is likely to have in the future given the person's current health condition, and
- (c) provides for the administration to the person of various treatments or courses of treatment and may, in addition, provide for the withholding or withdrawal of treatment in light of the person's current health condition;

[154] On its face, the definitions of "treatment" or "plan of treatment" in s. 2 do not require a doctor to obtain consent to *withdraw* treatment, except where it is specifically provided as a component of a "plan of treatment". The word "treatment" in the Act is associated with something that is proposed

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

[152] Bien que l'art. 10 et le par. 21(1) accordent un rôle central au consentement dans le contexte d'un traitement, la Loi prévoit aussi expressément qu'elle n'a pas d'incidence sur le droit se rapportant au fait de donner ou de refuser son consentement à tout ce qui n'est pas compris dans la définition du terme « traitement » (par. 8(2)).

[153] L'article 2 de la *LCSS* établit la portée des actes nécessitant le consentement, aux termes du par. 10(1), en énonçant la définition suivante du terme « traitement » :

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

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

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

- a) il est élaboré par un ou plusieurs praticiens de la santé;
- b) il porte sur un ou plusieurs problèmes de santé qu'une personne présente et peut également porter sur un ou plusieurs problèmes de santé que la personne présentera vraisemblablement à l'avenir étant donné son état de santé actuel;
- c) il prévoit l'administration à la personne de divers traitements ou séries de traitements et peut également prévoir, en fonction de l'état de santé actuel de la personne, le refus d'administrer un traitement ou le retrait d'un traitement.

[154] À leur face même, ces définitions n'exigent pas du médecin qu'il obtienne le consentement au *retrait* d'un traitement, sauf lorsqu'il est expressément prévu que le traitement en question fait partie d'un « plan de traitement ». Le terme « traitement » figurant dans la Loi s'entend d'un acte

by a health practitioner (s. 10) and done for a health-related purpose (s. 2). Although withdrawal of life support is something that is proposed by a health practitioner, it is not done for a health-related purpose. Rather, it is done for the purpose of discontinuing treatment. Stated differently, withdrawing life support brings that treatment to an end. The definition of “treatment” does not say that it includes discontinuing treatment.

[155] In my view, the reference to withholding or withdrawing treatment, in the definition of a “plan of treatment”, does not provide support for interpreting “treatment” generally to include its withholding or withdrawal. Rather, this specific reference to withholding or withdrawal of treatment in the definition of “plan of treatment” makes it clear that the framers of the Act differentiated between treatment and the withholding or withdrawal of treatment. They could have specifically included it in the definition of “treatment”, if they wished to do so. Instead, withholding or withdrawal of treatment is included only as an optional *additional* element in the context of an overall plan that is focused on providing “various treatments or courses of treatment” to deal with a health problem. While the definition of a “plan of treatment” may create some arbitrariness by including some withdrawals of treatment and not others, the Act has addressed *only* those withdrawals of treatment that are bound up with an overall plan that provides for more than one treatment or course of treatment.

[156] The protection of liability provisions further support the conclusion that the *HCCA* only contemplates a requirement of consent for the withholding or withdrawal of treatment that is included in a “plan of treatment”. A physician is protected when there is an apparently valid consent to “treatment” or apparently valid refusal of “treatment” (s. 29(1) and (2)). When a physician obtains an apparently valid consent to a “plan of treatment”, no

proposé par le praticien de la santé (art. 10) et posé dans un but relié au domaine de la santé (art. 2). Bien que le retrait du traitement de maintien de la vie soit un acte proposé par le praticien de la santé, il n’est pas fait dans un but relié au domaine de la santé. Il est plutôt fait dans le but de cesser l’administration d’un traitement. Autrement dit, le retrait du traitement de maintien de la vie met fin à ce traitement. Or, il n’est pas précisé dans la définition du terme « traitement » que celui-ci comprend la cessation d’un traitement donné.

[155] À mon avis, le renvoi au refus d’administrer un traitement ou au retrait d’un traitement dans la définition du « plan de traitement » n’appuie pas une interprétation du terme « traitement » qui inclurait un tel refus ou retrait. Au contraire, cette mention exprime du refus d’administrer un traitement ou du retrait d’un traitement dans la définition du « plan de traitement » établit clairement que les rédacteurs de la Loi faisaient une distinction entre un traitement, d’une part, et le refus d’administrer un traitement ou le retrait d’un traitement, d’autre part. S’ils l’avaient souhaité, ils auraient pu inclure expressément cette distinction dans la définition de « traitement ». Or, le refus d’administrer un traitement ou le retrait d’un traitement sont seulement inclus à titre d’éléments *supplémentaires* optionnels dans le cadre d’un plan général qui vise l’administration de « divers traitements ou séries de traitements » pour régler un problème de santé. Bien que la définition du « plan de traitement » puisse revêtir un caractère arbitraire par l’inclusion du retrait d’un traitement dans certains cas et non dans d’autres, la Loi porte sur le retrait d’un traitement *uniquement* dans le cas d’un plan global de traitement qui prévoit plusieurs traitements ou séries de traitements.

[156] Les dispositions relatives à l’immunité confirment la conclusion selon laquelle la *LCSS* n’exige le consentement que dans le cas du refus d’administrer un traitement ou du retrait d’un traitement qui fait partie d’un « plan de traitement ». Le médecin est protégé en cas de consentement apparemment valide au « traitement » ou de refus apparemment valide du « traitement » (par. 29(1) et (2)). Si le médecin obtient un consentement

liability can ensue for the withholding or withdrawal of the treatment, as set out in the plan of treatment (s. 29(3)). There is no similar general provision to protect a physician from liability if a patient consents to the withdrawal of “treatment” that is not part of a “plan of treatment”.

(3) The HCCA Does Not Govern Consent to Withdrawal of Treatment

[157] In light of the purpose, text and scheme of the Act, I conclude that the definition of “treatment” does not include the withdrawal of treatment. As the Court of Appeal recognized, “if the legislature intended that consent was required to the withholding or withdrawal of life support measures that are considered to be medically ineffective or inappropriate”, clearer language to that effect would have been used in the statute (para. 41). The reasonable conclusion is that the *HCCA* does not alter the common law of consent by creating an entitlement to treatment.

[158] The Chief Justice, however, concludes that withdrawal of treatment may sometimes, although not always, constitute “treatment” as defined in the Act. She notes that the definition of “treatment” does not include the withdrawal of treatment in every case. For example, a doctor would not require consent for the withdrawal of prescription medication that was not medically indicated. To require consent in that scenario would allow patients to compel the continuation of any treatment despite any of the attendant medical implications and would be absurd.

[159] The Chief Justice concludes that the withdrawal of life support is included in the definition of “treatment” in s. 2 and consent is required under s. 10(1) because the processes involved in the withdrawal of life support are a series of distinct acts — most serving health-related purposes — and the critical interests at stake go to the heart of the purposes of the Act. In particular, the steps taken

apparemment valide à un « plan de traitement », il ne peut être tenu responsable d’avoir refusé d’administrer un traitement ou de l’avoir retiré, conformément à un plan de traitement (par. 29(3)). La Loi ne comporte aucune disposition générale similaire lorsque le patient donne son consentement au retrait d’un « traitement » qui ne fait pas partie d’un « plan de traitement ».

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

[157] Compte tenu de l’objet, du libellé et de l’esprit de la Loi, je conclus que la définition du terme « traitement » ne comprend pas le retrait d’un traitement. Comme l’a reconnu la Cour d’appel, [TRADUCTION] « si le législateur avait eu l’intention d’exiger le consentement pour le refus d’administrer un traitement de maintien de la vie ou le retrait d’un tel traitement jugé inefficace ou inapproprié sur le plan médical », il l’aurait exprimé plus clairement (par. 41). Il convient donc de conclure que la *LCSS* n’a pas pour effet de modifier les règles de la common law en matière de consentement en conférant le droit de recevoir un traitement.

[158] La Juge en chef conclut plutôt que le retrait d’un traitement peut constituer parfois, mais pas toujours, un « traitement » au sens de la Loi. Elle indique que la définition de « traitement » ne comprend pas toujours le retrait d’un traitement. Par exemple, le médecin n’aurait pas besoin du consentement au retrait d’un médicament sur ordonnance qui n’est pas recommandé sur le plan médical. L’obligation d’obtenir le consentement dans ce cas permettrait aux patients d’exiger le maintien de tout traitement malgré les conséquences sur le plan médical et serait absurde.

[159] Selon la Juge en chef, le retrait d’un traitement de maintien de la vie serait, lui, visé par la définition du terme « traitement » énoncée à l’art. 2 et nécessiterait le consentement conformément au par. 10(1) parce que les processus entourant un tel retrait constituent une série d’actes distincts — visant pour la plupart un but relié au domaine de la santé — et que les intérêts cruciaux qui sont

in withdrawing life support are physically required to effect the process of dying (or are directed to minimizing distress and discomfort as the dying process occurs), and serve health-related purposes. She concludes that such steps are often (but not always) bound up with palliative care treatment. They often (but not always) involve physical interference with the body of the patient.

[160] I take a different view. I am not satisfied that, under the Act, there is a coherent basis upon which to conclude that some withdrawals of treatment require consent and others do not. In my view, whether withdrawal of treatment is considered to be treatment should not depend upon the *process* involved in the withdrawal of the treatment. Nor should it depend upon whether it is withdrawn in conjunction with other treatment to ease distress or discomfort, or upon how invasive the particular process is. Finally, it should not depend upon how a treatment has been administered in a particular case, whether orally, by injection or intravenously. These distinctions provide little clarity about when the Act will be engaged.

[161] There is no doubt that, under the Act, the provision of treatment to provide palliative care requires consent. However, while the decision to withdraw life support may also lead to a decision regarding palliative care, these decisions are not always bound together. The record shows that the relationship between the two, as a matter of implementation, will depend upon the specific circumstances of the case. The requirement for consent for withdrawal should not rest on whether palliative care is required or has preceded the withdrawal of life support. They are separate issues. There is nothing in the Act to support tying these separate issues together as a “treatment package”.

en jeu à cet égard touchent à l’essence même des objectifs de la Loi. Plus précisément, les mesures prises en vue de retirer le traitement de maintien de la vie sont nécessaires sur le plan physique pour provoquer l’agonie (ou tendent à réduire la détresse et le malaise pendant qu’elle se déroule), et visent un but relié au domaine de la santé. La Juge en chef conclut que ces mesures sont souvent (mais pas toujours) liées à l’administration des soins palliatifs. Elles entraînent souvent (mais pas toujours) une intervention physique sur le corps du patient.

[160] Je ne partage pas cette opinion. Je ne suis pas convaincue que la Loi permet logiquement de conclure que, dans certains cas, le retrait d’un traitement exige un consentement, alors que dans d’autres, tel n’est pas le cas. À mon avis, la réponse à la question de savoir si le retrait d’un traitement est considéré comme un traitement ne devrait pas dépendre du *processus* de retrait du traitement. Elle ne devrait pas non plus dépendre de la question de savoir si le traitement retiré est rattaché à un autre traitement destiné à réduire la détresse et le malaise, ou de la nature invasive de ce processus particulier. Enfin, cette réponse ne devrait pas dépendre de la façon d’administrer un traitement dans un cas donné, par voie orale, par injection ou par voie intraveineuse. Ces distinctions ne clarifient pas vraiment le moment où la Loi s’appliquera.

[161] Aux termes de la Loi, il ne fait aucun doute que l’administration des soins palliatifs exige un consentement. Toutefois, s’il est vrai que la décision de retirer un traitement de maintien de la vie peut aussi mener à la décision d’administrer des soins palliatifs, ces décisions ne sont pas toujours reliées. Le dossier révèle que, pour des raisons de mise en œuvre, le lien entre les deux décisions dépendra des circonstances particulières de chaque cas. L’exigence d’obtenir le consentement au retrait d’un traitement ne devrait pas dépendre de la question de savoir si l’administration des soins palliatifs est nécessaire ou si elle a précédé le retrait d’un traitement de maintien de la vie. Il s’agit de questions distinctes. Rien dans la Loi ne permet de rattacher ces questions distinctes à titre de « traitement global ».

[162] The withdrawal of life support does not necessarily engage the common law tort of battery. Discontinuing life support need not require physical touching of the patient. Stopping a ventilation machine or discontinuing the provision of sustenance to the patient are both activities undertaken without any physical interaction with the patient.

[163] On this record, the withdrawal of life support — the stopping of the respirator or the provision of sustenance itself — would not be invasive. The withdrawal of treatment may in some cases, however, entail some physical interference so that it can be undertaken more comfortably, or to respect the patient’s dignity. In this case, it may be that extubation would be undertaken once the tube no longer serves a purpose in the provision of life support. To the extent such measures constitute palliative care, consent is required.

(4) Summary

[164] In conclusion, the *HCCA* was not intended to cover the withdrawal of treatment. The Act is not intended to provide a comprehensive scheme. Indeed, it specifically provides that it does not affect the law relating to giving or refusing consent to anything not within the definition of “treatment” (s. 8(2)). A “plan of treatment” is described as something *proposed* or “*developed*” by the health care team *for health-related purposes* (s. 2(1)). The Act itself does not refer to the withdrawal of treatment, except as a specific component of a larger plan for the provision of treatments or courses of treatment.

[165] The Act is designed to give effect to the principle of patient autonomy — a principle with deep roots in our common law — that permits a patient to refuse medical treatment, no matter the consequences. However, neither the *HCCA* nor the common law permits a patient to dictate treatment; as I discuss below, there is no common law

[162] Par ailleurs, le retrait d’un traitement de maintien de la vie ne donne pas nécessairement lieu à l’application du délit de voies de fait qui existe en common law. En effet, un tel retrait ne requiert pas nécessairement de contact physique avec le corps du patient. L’arrêt de la ventilation artificielle ou l’interruption de l’alimentation sont deux activités exercées sans aucune intervention physique sur le corps du patient.

[163] Au vu du dossier, le retrait du traitement de maintien de la vie — soit arrêter l’appareil respiratoire ou interrompre l’alimentation — ne saurait constituer des procédures invasives. Cela dit, le retrait d’un traitement peut, dans certains cas, entraîner une intervention physique afin d’assurer le confort du patient ou le respect de sa dignité. En l’espèce, il se pourrait que le détubage soit pratiqué uniquement une fois que la sonde ne servirait plus au traitement de maintien de la vie. Dans la mesure où ces procédures constituent des soins palliatifs, il est nécessaire d’obtenir le consentement à cet égard.

(4) Sommaire

[164] En conclusion, la *LCSS* ne vise pas à englober le retrait d’un traitement. La Loi n’a pas pour objet d’instaurer un régime complet. En effet, elle prévoit expressément qu’elle n’a pas d’incidence sur le droit se rapportant au fait de donner ou de refuser son consentement à tout ce qui n’est pas compris dans la définition du terme « traitement » (par. 8(2)). Un « plan de traitement » s’entend de ce qui est *proposé* ou « *élaboré* » par l’équipe soignante *dans un but relié au domaine de la santé* (par. 2(1)). La Loi elle-même ne fait pas mention du retrait d’un traitement, sauf dans le cas où il s’agit d’un élément spécifique d’un plan plus large visant l’administration de traitements ou séries de traitements.

[165] La Loi vise à donner effet au principe de l’autonomie du patient — profondément enraciné dans notre common law — qui permet à celui-ci de refuser un traitement médical, peu importe les conséquences. Toutefois, ni la *LCSS* ni la common law ne permettent à un patient d’imposer un traitement. Comme je l’explique plus loin, il n’existe

consensus that a doctor requires the consent of the patient to withhold or withdraw treatment. Neither the words nor the scheme of the Act contemplate a patient's right to stop a doctor from withdrawing treatment that is no longer medically effective or is even harmful. Indeed, such an extension of patient autonomy to permit a patient to insist on the continuation of treatment that is medically futile would have a detrimental impact on the standard of care and legal, ethical, and professional duties in the practice of medicine.

[166] The role of patient autonomy must be balanced with the physician's role, expertise, and advice. As well, there are a myriad of important interests, such as the integrity of our health care system, at stake. But the doctor's ability to challenge the decision of the substitute decision-maker under the Act is limited in scope, particularly where the patient has made a prior wish with respect to treatment. The Board in such circumstances has no authority under the Act to override express clear and relevant wishes of the patient.

[167] For all these reasons, I conclude that the legislature did not intend that the Act would apply to the withholding or withdrawal of life-sustaining treatment.

B. *The Common Law*

(1) Overview

[168] In my view, the common law does not entitle a patient to insist upon continuation of treatment; it does not require a patient's consent to the withholding or withdrawal of treatment that the physician considers has no chance of being medically effective and that is no longer consistent with the professional standard of care. For the reasons that follow, I conclude that such consent is not required at common law, even in the context of withholding or withdrawal of life support. I note

pas de consensus en common law selon lequel le médecin est tenu d'obtenir le consentement du patient au refus d'administrer un traitement ou à son retrait. Ni le libellé ni l'esprit de la Loi ne comprennent le droit du patient d'empêcher le médecin de retirer un traitement qui n'est plus efficace sur le plan médical ou qui est même préjudiciable. En fait, l'élargissement de l'autonomie du patient de manière à lui permettre d'insister sur le maintien d'un traitement qui est inutile sur le plan médical aurait un effet préjudiciable sur la norme de diligence et sur les obligations juridiques, déontologiques et professionnelles dans la pratique de la médecine.

[166] Il faut mettre en balance le rôle de l'autonomie du patient, d'une part, et le rôle, l'expertise ainsi que l'avis du médecin, d'autre part. De plus, il existe une multitude d'intérêts importants en jeu, par exemple l'intégrité de notre système de soins de santé. Or, la capacité du médecin de contester la décision du mandataire spécial en vertu de la Loi a une portée restreinte, particulièrement lorsque le patient a exprimé antérieurement un désir concernant le traitement. Dans de pareilles circonstances, la Loi n'habilite pas la Commission à écarter les désirs clairs et pertinents exprimés par le patient.

[167] Pour tous ces motifs, je conclus que le législateur n'avait pas l'intention que la Loi s'applique au refus d'administrer un traitement de maintien de la vie ou au retrait d'un tel traitement.

B. *La common law*

(1) Aperçu

[168] J'estime que la common law ne donne pas au patient le droit d'insister sur le maintien d'un traitement. Elle n'exige pas non plus le consentement du patient au refus d'administrer un traitement ou au retrait d'un traitement que le médecin estime inefficace sur le plan médical et qui ne correspond plus à la norme de diligence professionnelle. Pour les motifs qui suivent, je conclus que le consentement à cet égard n'est pas exigé en common law, même dans le contexte du refus

that rights pursuant to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* have not been raised or argued in this appeal.

[169] A patient's wishes, ideals, and values are important considerations in end-of-life decisions in an institutional setting. However, the continuation of life is not an absolute value. The ultimate decision whether to withdraw life-sustaining treatment must respect the medical or physical consequences of withdrawal or continuation of life support, and also the personal autonomy, bodily integrity, and human dignity of the patient. A doctor cannot be required to act outside of his standard of care and contrary to his professional duties.

[170] In addition to the obligation to perform their medical duties in accordance with the standard of care, however, doctors have fiduciary obligations to their patients (see *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138). La Forest J. described the fiduciary duty in *McInerney*: "As part of the relationship of trust and confidence, the physician must act in the best interests of the patient" (p. 154).

[171] In my view, these obligations should require doctors to undertake a certain *process* for resolving such important questions, similar to the decisions that families and substitute decision-makers must make in the end-of-life setting. For one, the doctor should include a role for the family or substitute decision-maker. The doctor's obligations should include, for example, providing notice and a thorough and accommodating process for determining the condition and best interests of the patient. When the medical team determines an appropriate course of action and the patient or their substitute decision-maker disagrees, doctors should also explore alternative institutions willing to continue the treatment.

d'administrer un traitement ou du retrait d'un traitement de maintien de la vie. Je tiens à souligner que les droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* n'ont été ni invoqués ni débattus dans le cadre du présent pourvoi.

[169] Les désirs exprimés par le patient, ses idéaux ainsi que ses valeurs sont des facteurs importants au regard des décisions concernant la fin de vie prises en établissement. Toutefois, le maintien de la vie n'est pas une valeur absolue. La décision définitive de retirer ou non un traitement de maintien de la vie doit respecter les conséquences sur le plan médical ou physique de ce retrait ou de la continuation du traitement, ainsi que l'autonomie personnelle, l'intégrité physique et la dignité humaine du patient. On ne peut exiger du médecin qu'il agisse à l'encontre de ses obligations professionnelles et de la norme de diligence à laquelle il est astreint.

[170] Cela dit, outre le devoir d'accomplir ses tâches d'ordre médical selon la norme de diligence, le médecin a des obligations fiduciaires envers ses patients (voir *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138). Dans cet arrêt, le juge La Forest a décrit comme suit l'obligation fiduciaire : « Dans le cadre de cette relation de confiance, le médecin doit agir dans le meilleur intérêt du patient » (p. 154).

[171] J'estime que, selon ces obligations, le médecin devrait être tenu de suivre un certain *processus* pour régler des questions d'une telle importance, semblables aux décisions concernant la fin de vie que la famille et le mandataire spécial sont appelés à prendre. Tout d'abord, le médecin devrait accorder un rôle à la famille ou au mandataire spécial. Il devrait être tenu, par exemple, de les aviser et de suivre un processus détaillé et conciliant visant à déterminer l'état de santé et l'intérêt véritable du patient. Lorsque l'équipe médicale établit les mesures à prendre et que le patient ou son mandataire spécial est en désaccord, le médecin devrait également examiner la possibilité que d'autres établissements soient disposés à continuer l'administration du traitement.

[172] In light of the duties that the doctor owes to her patient in the end-of-life setting, if the family objects to the physician's and institution's final assessment, the court will review the circumstances to ensure that the doctor's decision to withdraw life support accords with the required standard of care and that the doctor has discharged her fiduciary obligations to act in the best interests of the patient.

(2) Common Law Jurisprudence

[173] The right to refuse treatment is well entrenched in the common law. However, the reverse is not true. I know of no, nor have I been directed to any, Canadian decision holding that consent is a necessary condition for the withholding or withdrawal of treatment generally. In my view, there is no general common law right or entitlement to treatment that a doctor considers medically ineffective or contrary to the professional standard of care.

[174] The withdrawal of life support, however, involves stark emotional responses, competing values and difficult choices. Increasingly, medical advances permit institutions to use extraordinary measures to prevent patients from dying. In *Airedale N.H.S. Trust v. Bland*, [1993] A.C. 789 (H.L.), at p. 868, Lord Goff of Chieveley stated that the court's task is not to determine "whether it is in the best interests of the patient that he should die. The question is whether it is in the best interests of the patient that his life should be prolonged by the continuance of this form of medical treatment or care." As the application judge Himel J. noted, in her careful and thorough review of the common law (at paras. 53-83), the issue of whether consent is required for the withdrawal of life support treatment has come before the courts in recent years.

[175] A number of common threads emerge from the jurisprudence.

[172] Compte tenu des obligations du médecin envers son patient dans le contexte de fin de vie, si la famille du patient conteste son évaluation finale et celle de l'établissement de soins de santé, le tribunal examinera les circonstances pour s'assurer que la décision du médecin de retirer le traitement de maintien de la vie respecte la norme de diligence requise et qu'il s'est acquitté de son obligation fiduciaire d'agir dans l'intérêt véritable du patient.

(2) La jurisprudence de common law

[173] Le droit de refuser un traitement est bien établi en common law. L'inverse n'est cependant pas vrai. Je ne connais et on ne m'a cité aucune décision canadienne portant que le consentement est une condition essentielle pour le refus d'administrer un traitement ou pour le retrait d'un traitement en général. À mon avis, il n'existe aucun droit général en common law à un traitement que le médecin estime inefficace sur le plan médical ou contraire à la norme de diligence professionnelle.

[174] Le retrait d'un traitement de maintien de la vie comporte toutefois des conséquences émotionnelles douloureuses, met en présence des valeurs opposées et entraîne des choix difficiles. Les progrès de la médecine permettent de plus en plus aux établissements de soins de santé de prendre des mesures extraordinaires pour empêcher le décès des patients. Dans *Airedale N.H.S. Trust c. Bland*, [1993] A.C. 789 (H.L.), p. 868, lord Goff of Chiveley a affirmé que le rôle du tribunal ne consiste pas à déterminer [TRADUCTION] « si l'intérêt véritable du patient consiste en son décès, mais plutôt si l'intérêt véritable du patient consiste à prolonger sa vie en continuant d'administrer cette forme de traitement médical ou de soins ». Dans son examen minutieux de la common law (aux par. 53-83), la juge Himel (la juge saisie de la demande en l'espèce) a noté que, au cours des dernières années, les tribunaux ont déjà eu à se prononcer sur la question de la nécessité du consentement au retrait d'un traitement de maintien de la vie.

[175] La jurisprudence fait état de plusieurs éléments communs à cet égard.

- (a) *Consent Is Not Required to Withdraw or Withhold Treatment That Is Medically Ineffective*

[176] First, even in end-of-life situations, I have not been directed to any Canadian decision ordering that a physician obtain consent to withhold or withdraw treatment that is not medically effective. When faced with the question of whether or not consent is required for the withdrawal or withholding of life support, some courts have reviewed a physician's decision to withhold life-sustaining treatment on the basis of whether or not it was in the best interests of the patient. See *Sweiss v. Alberta Health Services*, 2009 ABQB 691, 483 A.R. 340; *I.H.V., Re*, 2008 ABQB 250, 449 A.R. 211.

[177] Even in those cases in which the court has intervened to prevent doctors from unilaterally withdrawing or withholding treatment, the courts did not conclude that consent was required. Rather, in those cases, the courts ordered an injunction pending trial. In *Sawatzky v. Riverview Health Centre Inc.* (1998), 132 Man. R. (2d) 222 (Q.B.), the court granted an interim injunction removing a “do not resuscitate” order pending trial, as the case involved factual questions as to the patient's status and raised the question of whether the *Charter* or *The Human Rights Code*, C.C.S.M. c. H175, prevented a doctor from unilaterally imposing a “do not resuscitate” order.

[178] In *Golubchuk v. Salvation Army Grace General Hospital*, 2008 MBQB 49, 227 Man. R. (2d) 274, the court observed, at paras. 18-23, that there would be some situations in which withdrawal of life support may necessitate some touching of the patient, including for the administration of drugs for pain. The requirement of consent, therefore, would seem to be predicated upon whether it was necessary to touch the patient in order to withdraw life support or to make him more comfortable by

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

[176] Tout d'abord, même pour ce qui est des situations concernant la fin de vie, on ne m'a présenté aucune décision canadienne enjoignant à un médecin d'obtenir le consentement au refus d'administrer un traitement ou au retrait d'un traitement inefficace sur le plan médical. Saisis de la question de savoir si le consentement était ou non requis pour le retrait d'un traitement de maintien de la vie ou pour le refus d'administrer un tel traitement, certains tribunaux ont examiné la décision du médecin de refuser de l'administrer en se demandant si ce refus était dans l'intérêt véritable du patient. Voir *Sweiss c. Alberta Health Services*, 2009 ABQB 691, 483 A.R. 340; *I.H.V., Re*, 2008 ABQB 250, 449 A.R. 211.

[177] Même dans les affaires où ils sont intervenus pour empêcher des médecins de retirer ou de refuser unilatéralement un traitement, les tribunaux n'ont pas conclu à l'obligation d'obtenir le consentement. Ils ont plutôt prononcé une injonction en attendant l'instruction de l'affaire. Dans *Sawatzky c. Riverview Health Centre Inc.* (1998), 132 Man. R. (2d) 222 (B.R.), le tribunal a accordé une injonction provisoire annulant une ordonnance de [TRADUCTION] « ne pas réanimer » dans l'attente de l'instruction de l'affaire, puisqu'il s'agissait de questions de fait quant à l'état du patient et de la question de savoir si la *Charte* ou le *Code des droits de la personne*, C.P.L.M. ch. H175, avait pour effet d'empêcher un médecin d'imposer unilatéralement une ordonnance de « ne pas réanimer ».

[178] Dans *Golubchuk c. Salvation Army Grace General Hospital*, 2008 MBQB 49, 227 Man. R. (2d) 274, le tribunal a fait remarquer aux par. 18-23 que, dans certains cas, le retrait d'un traitement de maintien de la vie peut entraîner le contact physique avec le corps du patient, notamment pour l'administration d'analgésiques. L'exigence d'obtenir le consentement semblerait donc reposer sur la nécessité du contact physique avec le corps du patient afin de retirer son traitement de maintien

administering palliative care. This is similar to the “treatment package” reasoning used by the Court of Appeal in this case and is subject to the same objections outlined above.

[179] In another set of cases, an injunction was ordered for a period of time in order to allow the patient’s representatives to procure a second opinion or an ethics committee report before the doctors would be able to act unilaterally (see *Sweiss*, at paras. 67-68; *Jin v. Calgary Health Region*, 2007 ABQB 593, 428 A.R. 161, at paras. 40-42).

[180] However, other courts, including the only other appellate decision in Canada prior to the Court of Appeal’s decision in this case (*Child and Family Services of Central Manitoba v. R.L.* (1997), 123 Man. R. (2d) 135 (C.A.)), have explicitly concluded that consent is not required, and that it is not appropriate for a court to interfere with medical doctors acting unilaterally and professionally in the best interests of a patient. See also *I.H.V., Re; Rotaru v. Vancouver General Hospital Intensive Care Unit*, 2008 BCSC 318 (CanLII).

[181] In *R.L.*, the Manitoba Court of Appeal concluded that consent was not required to place a “Do Not Resuscitate” order on a patient’s chart. The patient was an 11-month old infant in a persistent vegetative state. Doctors agreed that the patient would not regain any form of consciousness and, like in this case, continuing life support would not improve the patient’s condition. The patient’s parents objected to the order. The Court of Appeal stated, at para. 17:

... neither consent nor a court order in lieu is required for a medical doctor to issue a non-resuscitation direction where, in his or her judgment, the patient is in an irreversible vegetative state. Whether or not such a direction should be issued is a judgment call for the doctor to make having regard to the patient’s history and condition and the doctor’s evaluation of the hopelessness of the

de la vie ou de le soulager en lui administrant des soins palliatifs. Ce raisonnement est similaire au raisonnement concernant le « traitement global » formulé par la Cour d’appel en l’espèce et fait l’objet des objections mentionnées précédemment.

[179] Dans d’autres affaires, le tribunal a accordé une injonction pendant un certain temps pour permettre aux représentants du patient d’obtenir un deuxième avis ou le rapport d’un comité déontologique avant que les médecins ne puissent agir unilatéralement (voir *Sweiss*, par. 67-68; *Jin c. Calgary Health Region*, 2007 ABQB 593, 428 A.R. 161, par. 40-42).

[180] Toutefois, dans d’autres décisions, dont la seule décision d’un tribunal d’appel au Canada antérieure à l’arrêt de la Cour d’appel en l’espèce (*Child and Family Services of Central Manitoba c. R.L.* (1997), 123 Man. R. (2d) 135 (C.A.)), les tribunaux ont explicitement conclu que le consentement n’était pas requis et qu’il n’appartenait pas au tribunal d’intervenir lorsque les médecins agissaient unilatéralement et professionnellement dans l’intérêt véritable du patient. Voir également *I.H.V., Re; Rotaru c. Vancouver General Hospital Intensive Care Unit*, 2008 BCSC 318 (CanLII).

[181] Dans *R.L.*, la Cour d’appel du Manitoba a conclu que le consentement n’était pas obligatoire pour placer une ordonnance de « Ne pas réanimer » dans le dossier du patient. Ce dernier était un enfant de 11 mois qui se trouvait dans un état végétatif persistant. Les médecins ont convenu que le patient ne reprendrait jamais connaissance et que, comme en l’espèce, le fait de continuer d’administrer le traitement de maintien de la vie n’entraînerait pas une amélioration de son état de santé. Les parents du patient se sont opposés à l’ordonnance. La Cour d’appel a dit ce qui suit, au par. 17 :

[TRADUCTION] ... le médecin n’est pas tenu d’obtenir un consentement ni une ordonnance judiciaire pour donner des instructions de ne pas réanimer lorsqu’il estime que le patient se trouve dans un état végétatif irréversible. Il appartient au médecin de donner ou non de telles instructions, compte tenu des antécédents et de l’état de santé du patient ainsi que de son évaluation

case. The wishes of the patient's family or guardians should be taken into account, but neither their consent nor the approval of a court is required.

[182] This reasoning in *R.L.* reflects the well-established approach in the United Kingdom. U.K. courts generally agree that consent is not required to withdraw life support. Holding that physicians were not obligated to adopt a course of treatment that, in their view, was not in the patient's best interests, the Court of Appeal considered that a court order would be "an abuse of power as directly or indirectly requiring the practitioner to act contrary to the fundamental duty which he owes to his patient" (*Re J (a minor) (wardship: medical treatment)*, [1992] 4 All E.R. 614, at p. 622; see also *Re R (a minor) (wardship: medical treatment)*, [1991] 4 All E.R. 177; *Bland*).

[183] In *Bland*, the leading case in the U.K., the House of Lords held that health care providers would not be criminally or civilly liable for withdrawing treatment from a patient in a persistent vegetative state, where, in the physicians' view, there was no possibility that he would regain consciousness and that continuing life support was not in the patient's best interests. The House of Lords concluded that the withdrawal of life support was not illegal without a court order:

... in the absence of an application, the doctor who proposes the cessation of life-supporting care and treatment on the ground that their continuance would not be in the patient's best interests will have reached that conclusion himself and will be judge in his own cause unless and until his chosen course of action is challenged in criminal or civil proceedings. [p. 875, *per* Lord Lowry]

[184] In the United States, some state legislatures have addressed the withholding and withdrawal of

du caractère désespéré de la situation. Il y a lieu de prendre en considération les désirs de la famille ou des tuteurs du patient, mais ni leur consentement ni l'autorisation du tribunal ne sont obligatoires.

[182] Le raisonnement de l'arrêt *R.L.* reflète l'approche bien établie appliquée au Royaume-Uni. Les tribunaux de ce pays s'entendent en effet de manière générale pour dire que le consentement au retrait d'un traitement de maintien de la vie n'est pas obligatoire. En concluant que les médecins n'étaient pas tenus d'adopter une série de traitements qui, de leur avis, n'étaient pas dans l'intérêt véritable du patient, la Cour d'appel a estimé qu'une ordonnance judiciaire constituerait [TRADUCTION] « un abus de pouvoir obligeant le praticien de la santé, directement ou indirectement, à agir à l'encontre du devoir fondamental qui lui incombe envers son patient » : *Re J (a minor) (wardship : medical treatment)*, [1992] 4 All E.R. 614, p. 622; voir également *Re R (a minor) (wardship : medical treatment)*, [1991] 4 All E.R. 177; *Bland*.

[183] Dans *Bland*, l'arrêt de principe dans la jurisprudence du Royaume-Uni, la Chambre des lords a conclu que les fournisseurs de soins de santé ne sont pas criminellement ou civilement responsables du retrait d'un traitement administré à un patient qui se trouve dans un état végétatif persistant, s'ils estiment qu'il n'est pas possible que le patient reprenne connaissance et que le fait de continuer d'administrer le traitement de maintien de la vie n'est pas dans l'intérêt véritable du patient. Selon la Chambre des lords, le retrait d'un traitement de maintien de la vie sans ordonnance judiciaire n'était pas illégal :

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

[184] Aux États-Unis, certaines législatures des États ont abordé directement le refus d'administrer

life support directly.² While U.S. courts have shown deference to patient wishes, they have declined to address the issue of whether a patient has the right to insist on life support (*In Re: The Conservatorship of Helga M. Wanglie*, No. PX-91-283 (Minn. Dist. Ct. (Prob. Ct. Div.) 1991), reported in (1991), *7 Issues L. & Med.* 369), and whether consent was required to withdraw life sustaining treatment that has no benefit to the patient (*In the Matter of Baby “K”*, 16 F.3d 590 (4th Cir. 1994)).

[185] Thus, courts throughout Canada, the U.K. and the U.S. have been reluctant to require a doctor to provide or continue life support treatment that was found to be outside the professional medical standard of care. As Hilary Young points out (at p. 63), neither the origins of consent as a defence to battery, nor the more recent development of the doctrine of informed consent in negligence, ground a legal entitlement to life-sustaining treatment outside the standard of care.

2 At least 11 states, including: Arizona, Idaho, Indiana, Kentucky, Maryland, Minnesota, North Dakota, Oregon, Pennsylvania, South Dakota, and Wisconsin, permit requests for life-sustaining treatments in an advance directive. Other states, however, have enacted statutes that allow for the unilateral withdrawal or withholding of life-sustaining treatment by health care providers when it is deemed medically inappropriate. For example, Virginia’s *Health Care Decisions Act*, Va. Code Ann. § 54.1-2990 (2013), provides that physicians are not required to provide treatment which, in their opinion, is medically or ethically inappropriate. The *Uniform Health-Care Decisions Act*, 9 U.L.A. 83 (2011), adopted (at least in part) by Maine, New Mexico, Mississippi, and Delaware, provides that health care providers may refuse to comply with an advance directive that “requires medically ineffective health care or health care contrary to generally accepted health-care standards applicable to the health-care provider or institution” (§ 7(f)). Other states have struck more of a middle ground in their legislation. In Texas, the *Tex. Health & Safety Code Ann.* § 166.052 (Vernon 2012), creates a process for resolving disagreements between physicians and substitute decision-makers with respect to the withdrawal of life support.

un traitement de maintien de la vie ou le retrait de celui-ci². Bien qu’ils aient fait preuve de retenue à l’égard des désirs exprimés par le patient, les tribunaux américains ont refusé de trancher la question de savoir si le patient a le droit d’insister sur l’administration d’un traitement de maintien de la vie (*In Re : The Conservatorship of Helga M. Wanglie*, No. PX-91-283 (Minn. Dist. Ct. (Prob. Ct. Div.) 1991), publié dans (1991), *7 Issues L. & Med.* 369), et sur celle de savoir si le consentement est obligatoire pour retirer un traitement de maintien de la vie qui n’a aucune utilité pour le patient (*In the Matter of Baby « K »*, 16 F.3d 590 (4th Cir. 1994)).

[185] Par conséquent, les tribunaux au Canada, au Royaume-Uni et aux États-Unis ont hésité à exiger du médecin qu’il administre ou continue d’administrer un traitement de maintien de la vie jugé non conforme à la norme de diligence des professionnels de la santé. Comme le souligne Hilary Young (à la p. 63), ni les origines du consentement comme moyen de défense contre une accusation de voies de fait, ni l’évolution récente de la doctrine du consentement éclairé en matière de négligence, ne donne droit à l’administration d’un traitement de maintien de la vie qui échappe à la norme de diligence.

2 Au moins 11 États, soit l’Arizona, l’Idaho, l’Indiana, le Kentucky, le Maryland, le Minnesota, le Dakota du Nord, l’Oregon, la Pennsylvanie, le Dakota du Sud et le Wisconsin, prévoient la possibilité de demander l’administration des traitements de maintien de la vie par voie de directive préalable. D’autres États ont cependant adopté des lois permettant aux fournisseurs de soins de santé de retirer unilatéralement un traitement de maintien de la vie ou de refuser d’administrer un tel traitement lorsqu’ils estiment que celui-ci est inapproprié sur le plan médical. Par exemple, selon la *Health Care Decisions Act*, Va. Code Ann. § 54.1-2990 (2013), de la Virginie, les médecins ne sont pas tenus d’administrer un traitement qu’ils estiment inapproprié sur le plan médical ou déontologique. Selon la *Uniform Health-Care Decisions Act*, 9 U.L.A. 83 (2011), adoptée (au moins en partie) par le Maine, le Nouveau-Mexique, le Mississippi et le Delaware, les fournisseurs de soins de santé peuvent refuser de se conformer à une directive préalable qui [TRADUCTION] « exige l’administration de soins de santé inefficaces sur le plan médical ou contraires aux normes généralement reconnues en matière de soins de santé applicables aux fournisseurs ou aux établissements de soins de santé » (§ 7f)). D’autres États encore ont choisi un compromis. Au Texas, la *Tex. Health & Safety Code Ann.* § 166.052 (Vernon 2012), prévoit un processus de règlement des différends entre les médecins et les mandataires spéciaux portant sur le retrait d’un traitement de maintien de la vie.

[186] In my view, even in end-of-life situations, there is no common law right to insist on medical treatment that the doctor and the institution consider medically futile, harmful, and outside professional standards. Consent is not required to withdraw life-sustaining treatment in such circumstances. Patients cannot force doctors to act in violation of the standard of care.

(b) *Doctor/Institutional Decisions Are Subject to Judicial Oversight*

[187] The second thread that runs through the jurisprudence is the court's supervisory role in adjudicating end-of-life decisions; such decisions are not entirely within the discretion of doctors (see, for example, *Sawatzky; Jin; Golubchuk; Rotaru*).

[188] Even in *Bland*, where the House of Lords held that at common law, doctors do not require consent to withdraw life support treatment, the court suggested that, at least for a time, it would be desirable that physicians receive court approval before ending life support treatments (p. 859, *per* Lord Keith of Kinkel).

[189] Typically, the courts have become engaged in end-of-life decision making when a patient's family has sought an injunction to stop the institution from withholding or withdrawing life-sustaining treatment. Most often, the analysis centres on the factual record and whether the treatment is futile or medically ineffective. In addition, courts have also looked broadly to the best interests of the patient.

[186] À mon avis, même dans des situations concernant la fin de vie, il n'existe aucun droit reconnu par la common law permettant d'insister sur l'administration d'un traitement médical que le médecin et l'établissement de soins de santé estiment inutile sur le plan médical, préjudiciable et contraire aux normes professionnelles. Le consentement n'est pas obligatoire pour retirer un traitement de maintien de la vie dans de pareilles circonstances. Les patients ne peuvent pas forcer les médecins à manquer à la norme de diligence.

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

[187] Le deuxième élément commun qui ressort de la jurisprudence porte sur le rôle de surveillance que joue le tribunal lorsqu'il est appelé à se prononcer au sujet de décisions concernant la fin de vie; ces décisions ne relèvent pas entièrement du pouvoir discrétionnaire des médecins (voir, p. ex., *Sawatzky; Jin; Golubchuk; Rotaru*).

[188] Même dans l'arrêt *Bland*, où elle concluait que, en common law, les médecins n'étaient pas obligés d'obtenir le consentement au retrait d'un traitement de maintien de la vie, la Chambre des lords a indiqué que, pour un certain temps du moins, il serait souhaitable que les médecins obtiennent l'autorisation du tribunal avant de mettre fin à un tel traitement (p. 859, lord Keith of Kinkel).

[189] En règle générale, les tribunaux ont été appelés à se prononcer au sujet de la prise de décisions concernant la fin de vie lorsque la famille du patient avait demandé une injonction pour empêcher l'établissement de santé de refuser d'administrer ou de retirer un traitement de maintien de la vie. Le plus souvent, l'analyse portait sur le dossier factuel et sur la question de savoir si le traitement était inutile ou inefficace sur le plan médical. De plus, les tribunaux se sont reportés de façon générale à l'intérêt véritable du patient.

(i) Decisions to Withdraw Life Support Must Be in Accordance With the Standard of Care

[190] In my view, Canadian courts should assess whether the decision to withdraw life support accords with the physician's standard of care and her fiduciary duty, as well as considerations of patient autonomy and human dignity. In any review, the doctor's medical diagnosis and view of the implications of continued treatment feature prominently. The wishes, values, and beliefs of the patient should be considered; however, they cannot be determinative. A doctor cannot be required to act contrary to her standard of care.

[191] The common law protects the interests of Canadians in the medical realm — whether doctor or patient — by requiring physicians to act (1) in accordance with the conduct of a prudent practitioner of the same experience and standing in her field, including a duty to obtain informed consent (*ter Neuzen v. Korn*, [1995] 3 S.C.R. 674; *Reibl*, at pp. 899-900), and (2) in the best interests of their patients (*Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, at pp. 270-72). Typically, decisions to provide or to withdraw treatment are made on the basis of medical benefit to the patient. This approach will likely satisfy the standard of care and advance the patient's best interests where the patient's medical condition is the primary concern.

(ii) Fiduciary Duties Play a Role in the Withdrawal of Life Support

[192] The fiduciary duty is a broad and evolving set of obligations inhering in some elements of the doctor-patient relationship. La Forest J. held in *McInerney*:

In characterizing the physician-patient relationship as “fiduciary”, I would not wish it to be thought that a fixed set of rules and principles apply in all circumstances

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

[190] À mon avis, les tribunaux canadiens devraient déterminer si la décision de retirer un traitement de maintien de la vie respecte la norme de diligence du médecin et son obligation fiduciaire ainsi que l'autonomie et la dignité humaine du patient. Le diagnostic médical et la perception des conséquences de la poursuite d'un traitement occupent le premier plan dans tout examen. Il faut tenir compte des désirs exprimés par le patient, de ses valeurs et de ses croyances, mais ces éléments ne peuvent être déterminants. On ne peut exiger du médecin qu'il agisse à l'encontre de la norme de diligence à laquelle il doit satisfaire.

[191] La common law protège les intérêts des Canadiens dans le domaine médical — qu'ils soient médecins ou patients — en exigeant du médecin qu'il agisse (1) comme le ferait un praticien de la santé prudent ayant la même expérience et réputation dans son domaine, notamment en se conformant à l'obligation d'obtenir un consentement éclairé (*ter Neuzen c. Korn*, [1995] 3 R.C.S. 674; *Reibl*, p. 899-900), et (2) dans l'intérêt véritable de ses patients (*Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, p. 270-272). En règle générale, la décision d'administrer ou de retirer un traitement repose sur l'effet bénéfique pour le patient. Cette approche répondra fort probablement à la norme de diligence et à l'intérêt véritable du patient lorsque l'état de santé de celui-ci est la principale préoccupation.

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

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

En qualifiant de « fiduciaire » la relation entre le médecin et son patient, je ne voudrais pas qu'on s'imagine qu'un ensemble immuable de règles et de principes

or to all obligations arising out of the doctor-patient relationship. As I noted in *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, not all fiduciary relationships and not all fiduciary obligations are the same; these are shaped by the demands of the situation. [p. 149]

[193] In other words, the fiduciary obligation is not a closed category; it maintains a flexibility to apply in a variety of situations and it is meant to be available if the relationship of trust required to ground the duty is present. Medical decisions in the end-of-life context are unique and challenging, and will give rise to obligations under the fiduciary duty that may not apply to other medical decisions. Given the early state of the jurisprudence in this domain, the exact contours of the obligation remain to be defined and explored in future cases.

[194] Generally, in many typical doctor-patient relationships, the fiduciary obligation and the standard of care will likely overlap or resemble one another. It seems to me, however, that in the end-of-life scenario where ongoing life support is futile, the foundation and ambit of a doctor's fiduciary duty would be a useful and appropriate conceptual paradigm to supplement the standard of care and address the broader best interests of the patient. In such difficult circumstances, in my view, the ambit and operation of the fiduciary and standard of care duties tend to diverge. As the Chief Justice observed in *Norberg*: "The foundation and ambit of the fiduciary obligation are conceptually distinct from the foundation and ambit of contract and tort. Sometimes the doctrines may overlap in their application, but that does not destroy their conceptual and functional uniqueness" (p. 272). The fiduciary may ensure that additional processes are undertaken to ensure that the patient's best interests are respected, while the standard of care requires that the correct medical decisions and operations are undertaken according to medical standards.

s'appliquent dans tous les cas ou à toutes les obligations découlant de cette relation. Comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, les relations et les obligations fiduciaires ne sont pas toutes les mêmes; elles sont tributaires des exigences de la situation. [p. 149]

[193] Autrement dit, l'obligation fiduciaire n'est pas immuable; elle est suffisamment souple pour s'adapter à diverses situations et elle est censée s'appliquer lorsque la relation de confiance nécessaire est bel et bien présente. Les décisions d'ordre médical concernant la fin de vie sont délicates et différentes les unes des autres; elles donnent aussi lieu à des devoirs imposés par l'obligation fiduciaire qui ne s'appliquent pas nécessairement aux autres décisions prises par les médecins. Compte tenu du peu de jurisprudence dans ce domaine, la portée exacte de cette obligation devra être précisée et étudiée dans des affaires ultérieures.

[194] En règle générale, dans le cadre de la relation typique entre le médecin et son patient, il est probable qu'il y ait chevauchement entre l'obligation fiduciaire et la norme de diligence ou qu'elles se ressemblent. Toutefois, il me semble que, dans des situations de fin de vie où l'administration continue d'un traitement de maintien de la vie est inutile, l'obligation fiduciaire du médecin, dans sa portée et son fondement, s'avérerait un modèle théorique utile et approprié permettant de compléter la norme de diligence et de traiter des intérêts véritables plus larges du patient. Dans des circonstances aussi difficiles, j'estime que l'obligation fiduciaire et la norme de diligence, dans leur fonctionnement et leur portée, ont tendance à diverger. Comme le faisait observer la Juge en chef dans *Norberg*, « [l']obligation fiduciaire, dans sa portée et son fondement, diffère sur le plan notionnel de l'obligation contractuelle et de la responsabilité délictuelle. Elles peuvent parfois se chevaucher dans leur application, mais leurs fondements théoriques et leurs fonctions demeurent distincts » (p. 272). Le fiduciaire peut garantir que des processus supplémentaires sont entrepris pour assurer le respect des intérêts véritables du patient, tandis que la norme de diligence exige que les décisions et les mesures convenables sur le plan médical soient conformes aux normes médicales.

(iii) Factors in the Decision-Making Process

[195] As with all medical decisions, health care practitioners must consider the medical effectiveness of the course of action, which involves weighing the course of action's risks and benefits, as well as its implications for the condition and the well-being of the patient.

[196] The prospect of imminent death, however, elevates the significance of other interests, such as religious beliefs and personal values. Due to the important interests involved in life-sustaining treatment, factors such as maintaining respect for autonomy and human dignity are particularly vital in this balancing process. However, these considerations cannot prevail if a doctor considers the treatment to be outside the standard of care due to its futility or harmful effects.

[197] Artificial continuation of life will not always be in the best interests of the patient. While the sanctity of life is an important principle of our legal system, it is not absolute; it is subject to exceptions where notions of dignity must prevail (*Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 605, *per* Sopinka J.). Further, the suggestion that life is an absolute value is contrary to medical and scientific notions of treatment. The Law Reform Commission of Canada noted in "Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment", Working Paper 28 (1982), that

the guiding principle for medical decision-making is not life in itself as an absolute value, but the patient's overall welfare. In most instances, this welfare imposes the maintenance of life, but this is not always the case. It is not the case when the prolonging of life has become purely artificial. It is not the case when the maintenance of life can only be achieved by an undue prolongation of the patient's agony. It is not the case when the maintenance of life results only in the infliction of additional suffering. In other

(iii) Facteurs pertinents dans le processus décisionnel

[195] Comme pour toute décision médicale, les praticiens de la santé doivent prendre en compte l'efficacité sur le plan médical de la mesure prise, ce qui comprend l'évaluation de ses risques et de ses bénéfices, ainsi que ses conséquences sur l'état de santé et le bien-être du patient.

[196] L'imminence de la mort amplifie toutefois l'importance d'autres intérêts, telles les croyances religieuses et les valeurs personnelles. Compte tenu de l'importance des intérêts liés à un traitement de maintien de la vie, des facteurs comme le respect pour l'autonomie et la dignité humaine sont particulièrement importants dans le processus de mise en balance. Par contre, ces considérations ne peuvent pas prévaloir si le médecin estime que le traitement en question échappe à la norme de diligence en raison de son inutilité ou de ses effets préjudiciables.

[197] Le fait de prolonger artificiellement la vie ne sera pas toujours dans l'intérêt véritable du patient. Certes, le principe du caractère sacré de la vie joue un rôle important dans notre système de droit, mais il n'est pas absolu; ce principe fait l'objet d'exceptions dans les cas où la notion de dignité doit prévaloir (*Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 605, le juge Sopinka). En outre, l'idée que la vie est une valeur absolue va à l'encontre des notions médicale et scientifique de traitement. La Commission de réforme du droit du Canada a fait remarquer ce qui suit dans « Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement », Document de travail 28 (1982) :

. . . à la base de toute décision médicale le principe essentiel à respecter n'est pas la vie en tant que telle et en tant que valeur suprême, mais le bien du patient. Ce bien coïncide, il est vrai, la plupart du temps avec le maintien de la vie. Il n'en est pas cependant toujours ainsi. Il n'en est pas ainsi lorsque le prolongement de la vie est devenu purement artificiel. Il n'en est pas ainsi lorsque le maintien de la vie ne peut se faire que par une prolongation induite de l'agonie. Il n'en est pas ainsi

words, it is not the case when treatment is diverted from its proper end and merely prolongs the dying process rather than life itself. [p. 59]

[198] A physician's duties in the end-of-life context are informed by policy statements from the governing professional bodies, including in Ontario, the College of Physicians and Surgeons of Ontario ("CPO") (Policy Statement #1-06, "Decision-making for the End of Life" (July 2006) (online)). These guidelines allow a physician to withhold or withdraw life support against the wishes of a patient or substitute decision-maker under certain circumstances, if the patient will almost certainly not benefit from it, although the issue of benefit must take into account the patient's values (CPO Policy, at p. 5). Indeed, various policy statements of professional medical organizations adopt the position that physicians are not obliged to provide treatments that will almost certainly not benefit the patient, either because the patient's condition is such that recovery or improvement is virtually unprecedented or because the patient will be unable to experience any permanent benefit from the treatment (CPO Policy, at pp. 4-5).³

[199] The CPO Policy, however, also stipulates that patients have the "right to receive life-sustaining

lorsque le maintien de la vie passe par le fait d'infliger des souffrances supplémentaires. En d'autres termes, il n'en est pas ainsi lorsque le traitement est détourné de sa finalité propre et ne fait que prolonger le « mourir » plutôt que de prolonger la vie. [p. 67]

[198] Les obligations du médecin dans le contexte de fin de vie sont guidées par les énoncés de politique des ordres professionnels, dont, en Ontario, l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario (« OMCO ») (Énoncé de politique n° 1-06, « Decision-making for the End of Life » (juillet 2006) (en ligne)). Ces lignes directrices permettent au médecin, dans certaines circonstances, de refuser d'administrer ou de retirer un traitement de maintien de la vie contre le gré du patient ou de son mandataire spécial, s'il n'aura ou n'a presque certainement pas d'effet bénéfique, même s'il faut prendre en considération les valeurs du patient pour juger de l'effet bénéfique (politique de l'OMCO, p. 5). En fait, selon divers énoncés de politique des organisations professionnelles médicales, les médecins ne sont pas tenus d'administrer des traitements qui n'auront presque certainement pas d'effet bénéfique sur le patient, soit parce que l'état de santé du patient est tel que son rétablissement ou qu'une amélioration serait pratiquement sans précédent, soit que le patient ne sera pas en mesure d'éprouver un effet bénéfique permanent à la suite du traitement (Politique de l'OMCO, p. 4-5).³

[199] La politique de l'OMCO prévoit cependant aussi que les patients ont [TRADUCTION] « le droit

³ See also The College of Physicians & Surgeons of Manitoba, Statement No. 1602, "Withholding and Withdrawing Life-Sustaining Treatment" (2007) (online); Canadian Healthcare Association, Canadian Medical Association, Canadian Nurses Association, and Catholic Health Association of Canada, "Joint Statement on Resuscitative Interventions (Update 1995)" (1995) (online); Canadian Healthcare Association, Canadian Medical Association, Canadian Nurses Association, and Catholic Health Association of Canada, "Joint Statement on Preventing and Resolving Ethical Conflicts Involving Health Care Providers and Persons Receiving Care" (1999) (online); Manitoba Law Reform Commission, "Withholding or Withdrawing Life Sustaining Medical Treatment", Report #109 (2003) (online).

³ Voir aussi l'énoncé de politique n° 1602 du Collège des médecins et chirurgiens du Manitoba, « Withholding and Withdrawing Life-Sustaining Treatment » (2007) (en ligne); Association canadienne des soins de santé, Association médicale canadienne, Association des infirmières et infirmiers du Canada et Association catholique canadienne de la santé, « Déclaration conjointe sur la réanimation (mise à jour 1995) » (1995) (en ligne); Association canadienne des soins de santé, Association médicale canadienne, Association des infirmières et infirmiers du Canada et Association catholique canadienne de la santé, « Déclaration conjointe sur la prévention et le règlement de conflits éthiques entre les prestataires de soins de santé et les personnes recevant les soins » (1999) (en ligne); le rapport de la Commission manitobaine de réforme du droit, « Withholding or Withdrawing Life Sustaining Medical Treatment », Rapport n° 109 (2003) (en ligne).

treatments that may be of benefit to them and that take into account their goals, values and beliefs. When it is not clear whether treatment might be of benefit, the choice should be made on the side of providing life-sustaining treatment” (p. 5). The CPO Policy clearly indicates that, in end-of-life decisions, physicians are required to account for the “personal, cultural and religious values, goals, beliefs and practices” of their patients (p. 2).

[200] Moreover, the 1995 report of the Special Senate Committee on Euthanasia and Assisted Suicide states that life-sustaining treatment should not be withheld against a patient’s wishes unless it is “futile” (*Of Life and Death: Report of the Special Senate Committee on Euthanasia and Assisted Suicide* (1995), at p. 45). “Futile treatment”, defined by the report, must be understood as “treatment that in the opinion of the health care team will be completely ineffective” (p. 15). See also E. I. Picard and G. B. Robertson, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada* (4th ed. 2007), at pp. 345-46.

[201] While the common law does not permit personal autonomy to be the overriding consideration for the withdrawal of life support, it has long recognized the role of values, beliefs, and the dignity of human life, including dying with dignity (see *Rodriguez*, at pp. 585 and 605). This respect is reflected in the medical profession’s and institution’s policy statements. Thus, a doctor must consider these factors in determining the patient’s best interests, in accordance with her professional and fiduciary responsibilities. For example, a patient’s wishes may require that life support be withdrawn. Alternatively, as discussed previously, the wish to continue life support indefinitely may result in deferring a decision pending further discussions with the family, receipt of further medical opinions, or exploration of other available treatment facilities. However, if a doctor is ultimately satisfied that treatment is futile, she may discontinue treatment

de recevoir des traitements de maintien de la vie pouvant avoir un effet bénéfique pour eux, et qui tiennent compte de leurs objectifs, de leurs valeurs et de leurs croyances. Lorsque l’effet bénéfique d’un traitement n’est pas certain, le choix devrait favoriser l’administration d’un traitement de maintien de la vie » (p. 5). La politique de l’OMCO indique clairement que, dans le contexte des décisions concernant la fin de vie, les médecins sont tenus de prendre en considération « les valeurs personnelles, culturelles et religieuses ainsi que les objectifs, les croyances et les pratiques » de leurs patients (p. 2).

[200] En outre, selon le rapport de 1995 du Comité spécial du Sénat sur l’euthanasie et l’aide au suicide, il ne faut pas refuser d’administrer ou d’interrompre un traitement de survie contre le gré d’un patient à moins que le traitement ne soit « inutile » (*De la vie et de la mort : Rapport du Comité sénatorial spécial sur l’euthanasie et l’aide au suicide* (1995), p. 47). Selon le rapport, un « traitement inutile » s’entend d’un « [t]raitement qui, de l’avis de l’équipe soignante, sera entièrement inefficace » (p. 16). Voir également E. I. Picard et G. B. Robertson, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada* (4^e éd. 2007), p. 345-346.

[201] Si elle ne permet pas à l’autonomie personnelle d’être le facteur déterminant lorsqu’il s’agit de retirer un traitement de maintien de la vie, la common law reconnaît depuis longtemps le rôle des valeurs et des croyances ainsi que la dignité de la vie humaine, notamment le droit de mourir avec dignité (voir *Rodriguez*, p. 585 et 605). C’est ce qui ressort des énoncés de politique de la profession médicale et des établissements. Le médecin doit donc tenir compte de ces facteurs lorsqu’il décide de ce qui est dans l’intérêt véritable du patient, conformément à ses obligations professionnelles et fiduciaires. Par exemple, le patient peut exprimer le désir que le traitement de maintien de la vie soit retiré. Ou encore, comme nous l’avons vu antérieurement, le désir que le traitement soit administré pour une période indéfinie peut donner lieu au report d’une décision en attendant de mener des discussions supplémentaires avec la famille, de recevoir d’autres

notwithstanding the wishes of the patient or family, provided they have followed these consultative processes and considered the patient's best interests.

(iv) End-of-Life Decisions Must Follow a Fair, Inclusive, and Accommodating Process

[202] These broader considerations, reflected in the profession's policies, are framed by a doctor's fiduciary obligation — to act in the best interests of the patient. These obligations include broad duties to ensure the well-being of the patient, including the duty to consult the patient (or the patient's substitute decision-maker) in arriving at a decision regarding what constitutes the patient's best interests in the circumstances.

[203] In keeping with these duties, the various policy statements illustrate a process of giving notice, of seeking further medical opinions if requested, and of making efforts to transfer care to another institution willing to continue administering treatment. Indeed, in this case, each of these avenues was made available to the respondent's substitute decision-maker.

[204] Where a family member, or a substitute decision-maker, disagrees with the medical practitioner's decision to withdraw life support, she may apply to the court to challenge the physician's decision. That is what the substitute decision-maker did in this case.

III. Conclusion

[205] In this case, the application judge made no factual findings about the patient's condition and effectiveness of any treatment, and the patient's diagnosis has been subject to change. Accordingly, there are factual issues that remain to be determined and it is not within this Court's ability to do so.

avis médicaux ou d'envisager la possibilité de transférer les soins à un autre établissement médical. Cependant, s'il est convaincu en dernière analyse que le traitement est inutile, le médecin peut en arrêter l'administration malgré les désirs exprimés par le patient ou sa famille, pourvu qu'il ait suivi ces processus de consultation et tenu compte de l'intérêt véritable du patient.

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

[202] Ces considérations d'ordre plus général, que traduisent les politiques professionnelles, sont circonscrites par l'obligation fiduciaire du médecin d'agir dans l'intérêt véritable du patient. Cette obligation comprend des devoirs étendus visant à garantir le bien-être du patient, notamment le devoir de consulter ce dernier (ou son mandataire spécial) lorsque le médecin doit décider de ce qui est dans l'intérêt véritable du patient dans les circonstances.

[203] Conformément à ces obligations, les divers énoncés de politique présentent un processus consistant à donner avis, à obtenir, sur demande, d'autres avis médicaux et à faire des efforts pour transférer les soins à un autre établissement disposé à continuer l'administration du traitement. En l'espèce, chacun de ces recours a été offert à la mandataire spéciale de l'intimé.

[204] Lorsqu'il est en désaccord avec la décision du praticien de la santé de retirer un traitement de maintien de la vie, un membre de la famille du patient ou le mandataire spécial peut contester cette décision, par voie de requête, devant le tribunal. C'est ce que la mandataire spéciale a fait dans la présente affaire.

III. Conclusion

[205] En l'espèce, la juge saisie de la demande n'a tiré aucune conclusion de fait sur l'état de santé du patient ou sur l'efficacité de quelque traitement que ce soit; de plus, le diagnostic du patient a été modifié. Il reste donc des questions de fait à trancher. Il n'appartient toutefois pas à la Cour de le faire.

[206] I would allow the appeal and remit the matter to the Superior Court of Justice, rather than the Consent and Capacity Board, so that the application judge can determine whether to issue an injunction or declaration in accordance with these reasons and the facts as found on the application. In light of the public importance of the questions raised in this appeal, the parties should bear their own costs.

Appeal dismissed, ABELLA and KARAKATSANIS JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the respondent: Hodder Barristers, Toronto.

Solicitors for the intervener the Euthanasia Prevention Coalition: Scher Law Professional Corporation, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Critical Care Society: Polley Faith, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Critical Care Nurses: Norton Rose Fulbright, Toronto.

Solicitors for the interveners the Advocacy Centre for the Elderly and the ARCH Disability Law Centre: ARCH Disability Law Centre, Toronto; Advocacy Centre for the Elderly, Toronto.

Solicitors for the interveners the Mental Health Legal Committee and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario: Swadron Associates, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada: Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.

[206] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire à la Cour supérieure de justice, plutôt qu'à la Commission du consentement et de la capacité, pour que la juge saisie de la demande puisse déterminer s'il y a lieu de prononcer une injonction ou de rendre un jugement déclaratoire conformément aux présents motifs et aux conclusions de faits tirées dans le cadre de la demande. Compte tenu de l'importance pour le public des questions que soulève le présent pourvoi, les parties devraient assumer leurs propres dépens.

Pourvoi rejeté, les juges ABELLA et KARAKATSANIS sont dissidentes.

Procureurs des appelants : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Hodder Barristers, Toronto.

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

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

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

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

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

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