

RÉFLEXIONS SUR LES INTERVENTIONS CHIRURGICALES ET LA DÉFENSE DE L'ARTICLE 45 DU CODE CRIMINEL

Robert P. Kouri

Volume 12, Number 2, 1982

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1110303ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1110303ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Kouri, R. P. (1982). RÉFLEXIONS SUR LES INTERVENTIONS CHIRURGICALES ET LA DÉFENSE DE L'ARTICLE 45 DU CODE CRIMINEL. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 12(2), 499–510. <https://doi.org/10.7202/1110303ar>

RÉFLEXIONS SUR LES INTERVENTIONS CHIRURGICALES ET LA DÉFENSE DE L'ARTICLE 45 DU CODE CRIMINEL

par Robert P. KOURI *

Depuis la codification en 1892 du droit pénal canadien¹, jusqu'au début de la dernière décennie, les dispositions de l'article 45 du *Code criminel* n'ont pas fait l'objet de profondes analyses, ni par la jurisprudence, ni par la doctrine. Cet état d'indifférence devait très vite changer grâce à certaines décisions remarquables en matière de droit médical². Malheureusement cette jurisprudence, reflet plus ou moins fidèle d'une doctrine assez récente sur les conditions d'application de la défense de l'article 45, semble présenter quelques divergences quant à l'interprétation de cet article. C'est pourquoi, par ce bref aperçu de la jurisprudence et de la doctrine pertinentes, nous nous proposons de suggérer une façon d'aborder l'interprétation des aspects les plus épineux de ce texte de loi.

L'article 45 du *Code criminel* édicte que:

“Toute personne est à couvert de responsabilité criminelle lorsqu'elle pratique sur une autre, pour le bien de cette dernière, une opération chirurgicale,
(a) si l'opération est pratiquée avec des soins et une habileté raisonnables, et
(b) s'il est raisonnable de pratiquer l'opération, étant donné l'état de santé de la personne au moment de l'opération et toutes les autres circonstances de l'espèce.”

À sa lecture même, il est évident que cette défense comporte quatre éléments cumulatifs: d'abord il doit s'agir d'une intervention chirurgicale; deuxièmement, l'intervention doit être pratiquée avec des soins et une habileté raisonnables; troisièmement, il doit être raisonnable de pratiquer l'intervention compte tenu de l'état de santé du patient et des autres circonstances de l'espèce; et quatrièmement, l'intervention doit être effectuée pour le bien dudit patient.

Avant de se pencher sur ces conditions d'application, il faut souligner que nonobstant les origines de l'actuel article 45 (inspiré par le

* Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

1. 55-56 Vict., c. 29.

2. *La Reine v. Morgentaler*, (1973) 14 C.C.C. (2d) 435; [1974] C.A. 129; [1976] 1 R.C.S. 616; *Cataford v. Dr. Moreau*, [1978] C.S. 933; *Re Eve*, (1979) 10 R.F.L. (2d) 317; (1981) 115 D.L.R. (3d) 283.

English Draft Code de 1878 de Sir James Fitzjames Stephen³), cette défense n'existe pas comme telle en droit anglais⁴. De ce fait, il convient d'affirmer qu'à cet égard, tout emprunt de la doctrine et jurisprudence anglaises risque d'être sinon inutile, du moins fort problématique⁵. De plus, en ce qui concerne son application même, la défense de l'article 45 est fondée sur le caractère raisonnable de ses diverses composantes⁶. Ce caractère raisonnable est un fait objectif relevant donc de l'appréciation du jury⁷.

Les deux premiers éléments de l'article 45 C.cr., c'est-à-dire une intervention chirurgicale et le devoir d'y apporter des soins et une habileté raisonnables, ne nécessitent que peu d'explications. Du seul fait que la qualité de la personne pratiquant l'intervention n'est pas mentionnée dans le texte de loi, il semble que la protection offerte par cette défense s'étende non seulement aux médecins mais également à toute personne "... placée dans une situation où elle doit se substituer au chirurgien et devenir, bon gré mal gré, la personne exerçant l'autorité, forcée qu'elle est de pratiquer une opération chirurgicale"⁸.

Le *Code* exige également qu'il soit raisonnable de pratiquer l'opération en tenant compte de l'état de santé de la personne au moment de l'intervention *et* toutes les autres circonstances de l'espèce. Ces deux sous-conditions sont également cumulatives et non alternatives⁹. En outre, "les autres circonstances de l'espèce" pou-

3. V. l'opinion du juge en chef Laskin dans l'affaire *Morgentaler*, *id.*, p. 643.
4. *Id.*, p. 645; B. STARKMAN, "A Defence to Criminal Responsibility for Performing Surgical Operations: Section 45 of the Criminal Code", (1981) 26 *Revue de droit de McGill* 1048.
5. À cet égard, nous nous interrogeons sur la justesse de l'affirmation suivante se trouvant dans le Document de travail no 26 de la Commission de Réforme du Droit du Canada et intitulé *Le traitement médical et le droit criminel* (Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1980, à la p. 14): "À part le consentement, [l'art. 45 C.cr.] représente une codification des conditions formulées par la *common law* pour légaliser la chirurgie. En passant le consentement sous silence, cet article est censé embrasser les cas de nécessité ou d'urgence." À la lumière de l'opinion du juge en chef Laskin de la Cour suprême dans *Morgentaler* (*op. cit.*, note 2, pp. 644 et 647) qui distingue nettement la défense de l'article 45 C.cr. de celle de nécessité, la dernière phrase semble manquer de nuance.
6. LASKIN, *id.*, pp. 647 et 651.
7. L.H. LEIGH, "Necessity and the Case of Dr. Morgentaler", [1978] *Crim. L.R.* 151, p. 153.
8. *Per* Rinfret, J. dans la cause *Morgentaler* en Cour d'appel, *op. cit.* note 2, pp. 141-142. En ce qui concerne la qualité des soins apportés, nous n'avons qu'à nous référer à l'article 198 C.cr.
9. *R. v. Morgentaler* (No. 5), (1973) 14 C.C.C. (2d) 459, p. 467 *per* le juge en chef adjoint Hugessen.

vant comprendre des éléments de droit et de fait¹⁰, il serait légitime de tenir compte de toute circonstance se rapportant à la décision de pratiquer l'intervention litigieuse.

À vrai dire, les difficultés d'interprétation de l'article 45 se limitent à deux questions distinctes; la première ayant trait à la nature du bienfait exigé pour la personne opérée, et la deuxième touchant la pertinence de cette défense lorsqu'il y a un consentement libre et éclairé fourni par le patient à l'acte incriminé.

1) La notion nébuleuse de "bien"

S'il faut se fier à une certaine doctrine récente, un des aspects les plus controversés de l'article 45 C.cr. est que l'intervention doit être pratiquée pour le "bien" de l'opéré. Le juge Hugessen, dans ses instructions au jury dans la première cause *Morgentaler*, a expliqué cette exigence de la façon suivante:

"Here, I tell you, as a question of law... that this concept of the patient's welfare does not depend on the latter's will alone. In other words, the simple fact that a patient asks one to perform some operation upon her does not mean necessarily that this operation is for her good. Nonetheless it is a fact which should certainly be taken into account. The law requires that the physician himself make a judgment independent of that of the patient and decide that the operation which the latter is asking for is really for her good. His judgment, obviously, might be in error, without thereby making him guilty of a crime....]

You must judge if the operation was for the patient's good not from the results of the operation but from the intentions of the person who performed it"¹¹.

Ces instructions, si limpides qu'elles soient en ce qui concerne la détermination de l'existence d'un avantage pour le patient, passent sous silence la *nature* même du bienfait recherché par le législateur. Subséquemment, certains tribunaux ont tâché de combler cette

10. *Id.*, p. 464.

11. *Id.*, p. 461. Les instructions au jury n'ont pas été critiquées, ni par la Cour d'appel, ni par la Cour suprême et ce, malgré les décisions de ces deux instances décrétant la culpabilité du Dr. Morgentaler. En revanche M. Bernard Starkman est d'avis que, "In that case Hugessen A.C.J. wrongly assumed that section 45 was applicable to the situation where the patient was capable of consenting, and that a benefit was therefore required" ("Sterilization of the Mentally Retarded Adult: the Eve Case", (1981) 26 *Revue de droit de McGill* 931, pp. 933-934). À cette exception près, l'absence de commentaires négatifs, soit par les tribunaux, soit par les autres commentateurs de l'arrêt *Morgentaler* nous permet de présumer que cesdites instructions étaient juridiquement irréprochables, même s'il fut jugé que l'article 45 ne pouvait s'appliquer dans un cas d'avortement thérapeutique.

lacune en optant pour une interprétation plutôt généreuse de la phrase "pour le bien de cette dernière". Dans le célèbre jugement de *Cataford et al. v. Dr. Moreau*¹², où le juge en chef Deschênes s'est interrogé sur la licéité d'une stérilisation purement contraceptive d'une adulte consentante, il a conclu que:

"Dans le présent cas, compte tenu de l'âge des parties, du nombre de leurs enfants, de leur situation économique et sociale, il fait peu de doute que 'toutes les autres circonstances de l'espèce', pour citer le langage de l'article 45 C.cr., conduirait à la conclusion que l'intervention a été pratiquée 'pour le bien' de la demanderesse"¹³.

À l'occasion d'un commentaire de cette décision, nous avons affirmé que le mot "bien" pouvait comprendre non seulement la santé du patient "... but can in fact encompass socio-economic and other considerations. Consequently, surgery may be employed not only to protect health, but also to preserve the quality of life in a broader, non-medical sense"¹⁴.

S'inspirant à la fois du jugement *Cataford* et de nos observations ci-haut reproduites, le juge McQuaid, dans l'affaire *Re E*¹⁵ (ayant trait à une demande d'autorisation afin de stériliser une déficiente mentale), a exprimé l'opinion qu'une telle stérilisation ne peut être valable que si "... it can be found to be for the benefit of the patient having regard to his or her health or being otherwise justifiable within the socio-economic context"¹⁶.

12. *Op. cit.*, note 2.

13. *Id.*, p. 936. Ce jugement est commenté par S. Rodgers-Magnet à (1979) 7 C.C.L.T. 341.

14. "Non-therapeutic Sterilization – Malpractice and the Issues of 'Wrongful Birth' and 'Wrongful Life' in Quebec Law", (1979) 57 *R. du B. Can.* 89, pp. 93-94.

15. *Op. cit.*, note 2.

16. *Id.*, p. 324. Le juge a refusé la demande de stérilisation pour des raisons de protection de l'incapable et d'une absence de juridiction. Porté en appel, ce jugement a été renversé par la Prince Edward Island Supreme Court, *in banco* ((1981) 115 D.L.R. (3d) 283). À la lumière de cet arrêt quasi-unanime (le juge MacDonald était dissident pour partie) donnant ouverture à la possibilité d'une telle stérilisation, nous sommes porté à croire que l'art. 45 C.cr. était pertinent à la discussion et que le mot "bien" ou "benefit" peut comprendre un bienfait non thérapeutique. D'ailleurs dans son opinion, le juge Campbell laisse entendre ce point de vue lorsqu'il écrit (p. 319): "In Eve's case, there is no evidence before the Court to suggest that she would suffer injury in the physical sense by giving birth to a child. Neither is there prospect of her economic suffering since the State has been prepared to address itself to the financial needs arising in such circumstances. The injury, if any, would be in the social or emotional context." C'est pourquoi nous lisons avec étonnement l'affirmation suivante du juge MacDonald

La doctrine pour sa part est nettement divisée sur la question. Certains auteurs rejettent le point de vue du juge Deschênes. Le professeur Castel par exemple est d'opinion que:

"Since the section stipulates that the operation must be for the benefit of the person, it excludes operations such as those necessary to remove an organ from a donor of a kidney transplant. It also excludes a whole host of other operations, such as rhinoplasties (commonly called nose jobs), breast reduction or augmentation, sex change operations, and, presumably, sterilization unless the latter is performed for health reasons"¹⁷.

En d'autres termes, il semble conclure que le seul bienfait admissible dans l'article 45 C.cr. est celui d'un bienfait thérapeutique. Mme le professeur Somerville abonde dans le même sens. S'appuyant sur une argumentation historique, elle tient le raisonnement suivant: traditionnellement la *common law* pénale, comme notre *Code criminel* d'ailleurs, a toujours eu pour but fondamental la protection de la personne. À cause des aléas que comportaient les interventions chirurgicales surtout avant le vingtième siècle, cette protection de la personne devait être mieux assurée par une prohibition de toute forme de chirurgie, sauf lorsqu'il y avait une justification. Évidemment, cette justification devait se conformer à la notion de "public policy" et, par la force des circonstances, ne pouvait comprendre qu'un bienfait thérapeutique – la chirurgie non thérapeutique étant, à toute fin pratique, inconnue au moment de l'élaboration des principes juridiques faisant l'objet de la discussion. N'envisageant l'article 45 C.cr. que comme une application particulière de la défense de nécessité, Mme Somerville prétend que ce texte de loi ne peut légitimer que les atteintes corporelles de nature thérapeutique¹⁸. Ainsi conclut-elle, "... both from an historical point of view and as a matter of construction [l'opinion du juge Deschênes] is a misinterpretation of section 45"¹⁹.

dans cette même décision (p. 305): "Section 45 of the *Criminal Code* ... is not in my opinion applicable to the present circumstance. ... [T]his section is only intended to apply to cases where consent can be given by the person involved or in cases of emergency or necessity."

17. J.-G. CASTEL, "Nature and Effects of Consent with Respect to the Right to Life and the Right to Physical and Mental Integrity in the Medical Field: Criminal and Private Law Aspects", (1978) 16 *Alta L.R.* 293, p. 315.
18. Margaret A. SOMERVILLE, "Medical Interventions and the Criminal Law: Lawful or Excusable Wounding?" (1980) 26 *Revue de droit de McGill* 82, pp. 85-86. Toutefois, à la page 96 de son étude, elle laisse entendre que le consentement éclairé du majeur capable peut valider une intervention non thérapeutique. à l'égard de l'incapable, seul l'acte thérapeutique est légitimé par l'article 45.
19. *Id.*, p. 86.

Avec déférence, nous ne pouvons nous rallier à ce point de vue car il déroge aux principes d'interprétation devant prévaloir lorsqu'il s'agit de codifications comme le *Code criminel*. En effet, il ne semble plus faire de doute que même si ce texte législatif n'énonce que de façon incomplète tout le droit pénal relevant du parlement fédéral, cette loi demeure néanmoins une véritable codification du droit répressif²⁰. Par voie de conséquence, lorsqu'il faut interpréter les dispositions du *Code criminel*, on ne peut, qu'à ses risques et périls, méconnaître les principes fondamentaux émis par le House of Lords dans *Bank of England v. Vagliano*²¹. Lors de cette décision, le Lord Herschell a déclaré:

"I think the proper course is in the first instance to examine the language of the statute and to ask what is its natural meaning, uninfluenced by any considerations derived from the previous state of the law, and not to start with inquiring how the law previously stood, and then, assuming that it was probably intended to leave it unaltered, to see if the words of the enactment will bear an interpretation in conformity with this view. If a statute, intended to embody in a code a particular branch of the law, is to be treated in this fashion, it appears to me that its utility will be almost entirely destroyed and the very object with which it was enacted will be frustrated"²².

De plus, selon le Lord Halsbury:

"... [Construing] the statute by adding to it words which are neither found therein nor for which authority could be found in the language of the statute itself, is to sin against one of the most familiar rules of construction, and I am wholly unable to adopt the view that where a statute is expressly said to codify

20. A.W. MEWETT, M. MANNING, *Criminal Law*, Toronto, Butterworths, 1978, pp. 5-6; *contra* Kenneth CHASSE, "The Meaning of Codification", (1976) 35 C.R.N.S. 178, surtout pp. 180-182. Cet auteur affirme que le *Code criminel* canadien n'est pas une véritable codification. Il s'appuie sur la définition suivante d'un code, proposée par le juge Scarman, jadis président du Law Commission of England: "A code is a species of enacted law which purports so to formulate the law that it becomes within its field the authoritative, comprehensive and exclusive source of that law" ("Codification and Judge-Made Law: A Problem of Co-Existence", (1967) 42 *Indiana L.J.* 355, p. 358). Cependant, la Cour suprême du Canada a décidé que le *Code criminel* est bel et bien une codification, cf. *R. v. Maroney*, (1974) 27 C.R. (2d) 185, p. 188, également rapporté à [1975] 2 R.C.S. 306, 18 C.C.C. (2d) 257, 49 D.L.R. (3d) 481, et *Johnson v. R.*, (1976) 37 C.R.N.S. 370, p. 379. Voir également *R. v. Bell*, (1924) 42 C.C.C. 253, p. 256 (Alberta Supreme Court, Appellate Division), permission d'appeler refusée par la Cour suprême du Canada, (1924) 43 C.C.C. 286.

21. [1891] A.C. 107.

22. *Id.*, pp. 144-145.

the law, you are at liberty to go outside the code so created, because before the existence of that code another law prevailed"²³.

À cet égard et de façon plus péremptoire, notre Cour suprême a déjà déclaré:

"We are concerned here with a Code. We start with the Code and not with the previous state of the law for the purpose of inquiring whether the Code has made any change"²⁴.

Enfin, il est reconnu par la jurisprudence qu'en interprétant la portée d'une législation, les tribunaux doivent tenir compte des réalités de la vie moderne²⁵. Sinon, la pertinence de certains aspects du droit pénal par rapport à la médecine moderne par exemple, serait constamment remise en question.

Ceci étant acquis, nous aboutissons inéluctablement à la conclusion qu'il est peu souhaitable que le terme "bien" soit l'objet de certaines limitations apparemment inhérentes au *Digest of the Criminal Law* de Stephen, malgré l'influence indubitable de cet ouvrage lors des travaux préparatoires du *Code criminel* de 1892²⁶. Cette expression, employée sans qualificatif à l'article 45 C.cr. doit plutôt être entendue dans son sens naturel et conforme à la réalité contemporaine. À une époque où la chirurgie esthétique, la stérilisation purement contraceptive et la circoncision à des fins religieuses sont monnaie courante, doit-on toujours invoquer la fiction d'un bienfait psychologique (et donc d'un avantage thérapeutique) pour pouvoir bénéficier de la protection de l'article 45? De même n'est-il pas préférable pour un époux en bonne santé de subir une vasectomie afin de protéger la santé précaire de son épouse? Ce faisant, on lui évite à la fois les risques d'une grossesse et ceux d'une intervention chirurgi-

23. *Id.*, p. 120. Voir également M. KRAUSS, "Interprétation des lois — histoire législative — la queue qui remue le chien", (1980) 58 *R. du B. Can.* 756, p. 758.

24. *Per* Judson, J. in *R. v. Maroney*, *op. cit.*, note 20, p. 188. Voir également l'opinion de Dickson, J. dans *Johnson v. R.*, *op. cit.*, note 20, p. 379. Il est opportun de souligner le jugement dans *R. v. Robinson*, (1951) 100 C.C.C. 1 où la Cour suprême a affirmé que l'équivalent de l'actuel article 11 de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, c. 1-23 s'appliquait au *Code criminel*. Ledit article 11 se lit comme suit: "Chaque texte législatif est censé réparateur et doit s'interpréter de façon juste, large et libérale la plus propre à s'assurer la réalisation de ses objets."

25. *R. v. O'Connor*, (1975) 29 C.R.N.S. 100, p. 103 (B.C. Court of Appeal).

26. 55-56 Vict., c. 29, art. 57 devenu l'art. 45 du Code actuel. Nulle part dans le *Digest* on utilise cependant le mot "benefit".

cale. Enfin le père ne peut-il pas donner un rein pour sauver la vie de son enfant²⁷?

2) Le problème du consentement

Il est intéressant de constater que l'article 45 est muet au sujet du consentement de la victime. Cet article, s'applique-t-il indifféremment à toute intervention chirurgicale, ou doit-on restreindre sa portée aux seules opérations effectuées lorsque le patient refuse ou est incapable d'autoriser les soins nécessaires? Dans l'affaire *Morgentaler*, le juge en chef Laskin préfère la première interprétation:

"Il n'y a certainement dans l'article 45 ou ailleurs dans le *Code criminel* aucune restriction suggérant qu'il ne s'appliquerait que lorsque la personne sur qui l'opération chirurgicale est pratiquée est inconsciente ou paralysée et incapable de donner un consentement"²⁸.

Par contre, l'opinion du juge Dickson dans ce même jugement est moins catégorique. Il déclare que:

"L'article 45 *peut* valoir comme réponse à une accusation découlant d'une opération chirurgicale pratiquée sur un patient inconscient mais il n'est pas, à mon avis, un moyen de défense à l'encontre de l'accusation d'avoir procuré un avortement contrairement à l'article 251"²⁹.

S'agit-il simplement d'une illustration de l'application de l'article 45 ou veut-il réserver cette défense exclusivement aux cas d'interventions pratiquées sur les inconscients? D'après le contexte, nous sommes enclins à dire que le juge Dickson ne cherche qu'à démontrer

27. Il est intéressant de lire les remarques de B. DICKENS dans "The Control of Living Body Materials", (1977) 27 *U. of T.L.J.* 142, p. 164, où il tente de rendre subjectif, la notion de "lésions corporelles" de l'article 228 C.cr. afin de valider le don d'organes: "Wounding consists objectively in breaking the skin, but the concept of harm is more subjective, recognizing one person's willingness or even enthusiasm to experience what another would find too prejudicial and hurtful. The law thus accomodates the organ donor who receives psychological benefit from his sacrifice even though the removal surgery causes discomfort and bears a risk of harm, and life without the organ is at greater risk than life with it." Si cet argument s'avère valable dans le cas de la transplantation d'organes, ne pourrait-on, à plus forte raison, utiliser une telle approche à l'égard de la notion de "bien" mentionnée à l'article 45 C.cr.?

28. *Op. cit.*, note 2, p. 643. En première instance (*op. cit.*, note 9, surtout aux pp. 465-466), le juge Hugessen a laissé entendre au jury que cette défense pouvait s'appliquer aux deux hypothèses. Dans cette cause, la victime avait autorisé son avortement et de plus, pour illustrer le mécanisme de l'article 45, le juge a donné l'exemple du médecin qui soigne un blessé inconscient, victime d'un accident de circulation.

29. *Id.*, p. 676. Nos italiques.

que son refus d'admettre l'application de l'article 45 en matière d'avortement, n'affecte aucunement sa pertinence quant aux autres genres d'opérations³⁰.

La doctrine aussi est partagée sur cette question. Certains auteurs ne limitent pas l'application de l'article 45 aux seules hypothèses de personnes inconscientes³¹, probablement parce que la loi ne fait pas allusion à une telle distinction³².

Par contre, M. Starkman, dans un rapport préparé pour la Commission de Réforme du Droit du Canada, est d'opinion que l'article 45 n'a trait qu'à la situation où le patient n'est pas capable de consentir³³. Son argumentation est essentiellement historique. Selon lui, l'actuel article 45 (art. 57 du *Code criminel* de 1892) est tiré de l'article 67 du *English Draft Code*, qui était en très grande partie l'oeuvre de Sir James Stephen. D'ailleurs, la formulation de ces deux articles est sensiblement homogène³⁴. L'article 67 du *English Draft Code* était à son tour inspiré par *Stephen's Digest of the Criminal Law*, plus particulièrement par l'article 205 de cet ouvrage, se lisant comme suit:

"If a person is in such circumstances as to be incapable of giving consent to a surgical operation, or to the infliction of other bodily harm of a similar nature

30. Dans un commentaire de ce jugement, ("Criminal Law: Defence: §45 Criminal Code: Charge of Performing Illegal Abortion: Whether Defence Available Where Criminal Code Procedure not Followed: Elements of the Defence", (1978) 8 *Ottawa L.R.* 59), W. NOEL-McHALE a écrit (à la p. 67): "It is difficult to determine from his Lordship's judgment on what grounds this conclusion was reached. There is nothing in the wording of section 45 itself to indicate that the defence was intended to apply only where the person on whom the operation is performed was unable to give a consent ... By restricting the scope and applicability of section 45, is the Court not inserting limitations which were never intended by Parliament? It is submitted that where there is nothing to indicate a contrary interpretation, section 45 should be given its plain meaning and be found applicable to all criminal prosecutions involving a surgical operation, whether the patient be conscious or unconscious."

31. Cf. CASTEL, *loc. cit.*, note 17, p. 314 où il affirme: "Furthermore, section 45 is not confined to situations where an unconscious or disabled person is the subject of the surgical operation and is unable to give a consent. It applies to both consensual and non consensual surgery." Voir également LEIGH, *loc. cit.*, note 7, p. 154 et NOEL-McHALE, *ibid.*

32. P. BELIVEAU, "La réforme de l'avortement et l'avortement d'une réforme", (1975) 35 *R. du B.* 563, p. 583, note 86.

33. Ce rapport inédit intitulé *Preliminary Study on Law and the Control of Life* (août 1974) est la base de l'étude de M. STARKMAN publiée dans la *Revue de droit de McGill*, *loc. cit.*, note 4, p. 1052.

34. *Id.*, p. 1049.

and for similar objects, it is not a crime to perform such operation or to inflict such bodily harm upon him without his consent or in spite of his resistance"³⁵.

Si nous admettons les principes d'interprétation déjà soulignés lors de notre discussion sur la portée du mot "bien", les différences majeures entre la rédaction de l'article 205 du *Digest* et celle de l'article 45 du *Code criminel* actuel nous obligent à restreindre notre analyse à une appréciation contextuelle du langage emprunté par le législateur. Or, comment pouvons-nous imputer à l'article 45 C.cr. une nuance qui n'y est, ni manifestement, ni implicitement exprimée? Par conséquent, nous déduisons que l'article 45 vise à la fois les interventions chirurgicales où le patient est consentant et celles où il est incapable de donner son autorisation³⁶.

CONCLUSION

Il importe maintenant de concilier notre interprétation des différents éléments de la défense de l'article 45 avec le principe fondamental et primordial de l'inviolabilité de la personne. En règle générale, l'on ne peut se dispenser d'obtenir le consentement du patient, compte tenu de l'ensemble des circonstances. Même si dans la plupart des cas, l'avantage recherché est de nature thérapeutique, la rédaction de l'article 45 C.cr. admet la possibilité de reconnaître la licéité d'une intervention non thérapeutique, à condition bien entendu de ne pas outrager la notion d'ordre public³⁷. Donc, à l'égard de ceux qui

35. Afin de replacer l'article 205 dans son contexte, il serait opportun de reproduire les articles 203 et 204. Selon l'article 203: "The consent of a person killed or maimed to the infliction of death or bodily harm, affects the criminality of such infliction to the extent defined in Articles 204-209, both inclusive. In each of these Articles the word 'consent' means a consent freely given by a rational and sober person so situated as to be able to form a rational opinion upon the matter to which he consents...". Quant à l'article 204, il édicte que: "Everyone has a right to consent to the infliction of any bodily injury in the nature of a surgical operation upon himself or upon any child under his care, and too young to exercise a reasonable discretion in such a matter, but such consent does not discharge the person performing the operation from the duties hereinafter defined in relation thereto."

36. Un autre argument que l'on pourrait invoquer en faveur de ce point de vue est celui suggéré par NOEL-McHALE, *loc. cit.*, note 30, p. 69: "Even assuming that the applicability and availability of section 45 is not as clear cut as has been argued here, there exists, in law, a well known rule of statutory interpretation which requires a broad and liberal construction to be given any ambiguity in a penal statute in favour of an accused."

37. Tel le cas de la stérilisation purement contraceptive, cf. *Cataford v. Dr. Moreau*, *op. cit.*, note 2. (À cet égard, il est surprenant de lire l'affirmation

sont incapables d'autoriser une intervention rendue nécessaire par leur état de santé, l'article 45 légitimera l'atteinte thérapeutique. Lorsque le patient ne peut consentir à cause d'un état d'incapacité permanent (v.g. l'imbécillité) et que l'intervention proposée, tout en étant pour son bien, n'est pas à vrai dire thérapeutique (v.g. par hypothèse la stérilisation purement contraceptive), l'article 45 ne peut exonérer celui ayant pratiqué l'opération sans l'approbation du

suivante du juge MacDonald dans *Re Eve*, *op. cit.*, note 16, p. 304: "The only Canadian Case (affirmant la licéité de la stérilisation non thérapeutique) which is cited is *Cataford et al. v. Moreau*, (1978) 114 D.L.R. (3d) 585, [1978] Que S.C. 933 and although I do not have access to this report there is a commentary of the case in "Comments", 57 Can. Bar Rev. 89 (1979). From this commentary I cannot agree that non-therapeutic sterilization may be said to be in accordance with public policy in Canada. It appears to me that the decision in *Cataford* is to a large extent based upon the particular situation in Quebec, as perceived by Chief Justice Deschênes". Est-ce que cela veut dire qu'une législation canadienne comme le *Code criminel* peut recevoir une interprétation qui est propre au Québec et que l'ordre public en matière pénale peut varier d'une province à l'autre?)

Selon le juge Rinfret dans *R. v. Morgentaler* (en Cour d'appel) *op. cit.*, note 2, p. 141: "L'opération chirurgicale envisagée par l'art. 45, est l'activité coutumière du chirurgien et doit s'entendre de l'opération chirurgicale pratiquée dans le cours normal des devoirs professionnels du chirurgien, de l'opération licite ou du moins non déclarée illicite et prohibée." Dans ce même jugement, le juge Bélanger décrit le rôle des articles 45 et 198 du *Code criminel* comme suit (à la p. 135): "Il est remarquable qu'avant les amendements de 1969, encore aujourd'hui, aucun traitement chirurgical ou médical n'était en soi prohibé par le *Code criminel*, quels que soient les risques pour le patient; aucune intervention chirurgicale n'était définie comme une infraction. C'est donc de façon indirecte, soit par les articles 45 et [198] du *Code criminel* que le législateur avait décidé de contrôler les actes médicaux et les interventions chirurgicales, sous l'aspect du droit criminel. L'intervention la plus risquée était permise lorsque les conditions [des articles 45 et 198] étaient satisfaites." Ce point de vue n'est pas admis par Somerville (*loc. cit.*, note 18), qui déclare au sujet de l'art. 45 (à la p. 87): "Its purpose is to ensure that a person who undergoes an operation is not put at greater risk through having it than not having it. In current medical-law parlance, the provision enacts a risk/benefit criterion which will take all relevant circumstances into account, and which must be positive on the side of overall benefit." Alors cela laisse entendre que le médecin qui accepte de prélever un rein du père pour fins de transplantation chez son enfant ne peut bénéficier de l'exonération de l'article 45 C.cr. Nous écartons bien sûr les interprétations exagérées de la notion de bienfait thérapeutique comme celle proposée par *Strunk v. Strunk* ((1969) 445 S.W. 2d 145 (Kentucky Court of Appeal)) i.e. prendre le rein d'un déficient mental profond afin de sauver la vie de son frère capable, en prétextant que le donneur "... was greatly dependent upon [his brother], emotionally and psychologically, and that his well-being would be jeopardized more severely by the loss of his brother than by the removal of a kidney" (à la p. 146).

représentant légal de la victime³⁸. Dans ce dernier cas, l'intervention ne serait pas "raisonnable" compte tenu des "autres circonstances de l'espèce".

Quant aux capables maintenant, leur acquiescement à une opération thérapeutique ou non thérapeutique et non contraire à l'ordre public selon les critères de l'article 45 fournira une bonne défense à l'encontre d'une plainte portée sous l'article 228 C.cr. (lésions corporelles causées intentionnellement). Le consentement valablement obtenu serait une des "circonstances de l'espèce".

Enfin, en cas de refus de soins par le patient capable et dûment renseigné, sa volonté doit être respectée. Ainsi, l'intervention effectuée sans son consentement ne saurait être validée par l'article 45. La raison est que le *Code criminel* consacre le principe de l'inviolabilité et de la liberté du sujet de droit.

38. Par exemple le curateur à l'interdit pour folie, cf. art. 343 C.c..