Document généré le 12 juil. 2024 07:54

Les Cahiers de droit

Naissance et mort de la personne humaine ou les confrontations de la médecine et du droit

Edith Deleury

Volume 17, numéro 2, 1976

URI : https://id.erudit.org/iderudit/042098ar
DOI : https://doi.org/10.7202/042098ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Deleury, E. (1976). Naissance et mort de la personne humaine ou les confrontations de la médecine et du droit. *Les Cahiers de droit*, *17*(2), 265–316. https://doi.org/10.7202/042098ar

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1976

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

Naissance et mort de la personne humaine ou les confrontations de la médecine et du droit *

E. DELEURY **

Page

Introduction 267

PREMIÈRE PARTIE : LA CONDITION PRÉNATALE ET LES DROITS DU « PRODUIT DE LA CONCEPTION » 272

1.1 **Les données juridiques** 272
1.1.1 Un droit incohérent 272
1.1.2 Le droit criminel 273
1.1.3 Le droit civil 276
1.1.4 Le droit américain 281
1.1.4.1 *La condition prénatale et la constitution américaine* 281
1.1.4.2 *La condition prénatale et le droit privé américain* 284
1.1.5 Les confrontations de la loi avec la vie humaine 287

1.2 **La médecine et la biologie moderne** 289
1.2.1 Les données scientifiques 290
1.2.2 La problématique 292
1.2.2.1 *La respect de la vie latente et la contraception* 292
1.2.2.2 *La vie en devenir et l'acquisition des connaissances* 293

---

* Ce texte est le rapport présenté par l'auteur au dernier congrès de l'Association Henri Capitant [Bruxelles, 1–6 septembre 1975] sur le thème « Corps humain, personnalité juridique et famille ».

Il est évident que, depuis, ce texte a quelque peu vieilli. Malheureusement, des raisons d'ordre financier nous ont empêché de mettre à jour les références doctrinales qui figurent dans les notes en bas de page. Cependant le lecteur trouvera en annexe un complément bibliographique avec renvoi aux notes dans lesquelles les articles mentionnés s'insèrent.

La deuxième partie du rapport a été préparée par Mme Michèle Rivet, professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval, dont le texte ainsi que les autres rapports nationaux se trouvent reproduits dans le nº 1 du volume 6 de la *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*.

** Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

1.3 Les solutions possibles **301**
1.3.1 Une nouvelle dimension de la condition prénatale 301
1.3.2 Les normes de référence : avortement thérapeutique *v.* avortement sur demande 301
1.3.3 La thérapie expérimentale et le droit à l'intégrité du produit de la conception 302

DEUXIÈME PARTIE : LA MORT ET LES DROITS DU MOURANT 304
2.1 *Les implications juridiques de la détermination du moment de la mort* sur le statut de la personne **306**
2.2 La détermination du moment de la mort et le prélèvement d'organes et de tissus humains **307**
2.3 La définition de la mort : une question qui relève de l'éthique ou un problème qui doit être tranché par le législateur ? **309**

ANNEXE : BIBLIOGRAPHIE COMPLÉMENTAIRE **315**

INTRODUCTION

> Toute discipline, à mesure de ses progrès, tend à modifier plus ou moins profondément les idées qu'elle se forme sur les réalités fondamentales, objet de son étude : ainsi en va-t-il, pour la physique, des notions de matière et d'énergie ; pour la biologie, des notions de personne, de sexe, de vie et de mort.
>
> Jean ROSTAND [1]

Ces modifications sur lesquelles s'interrogeait l'un des plus grands parmi les biologistes ne sont pas sans soulever de problèmes sur le plan juridique. En effet, le juriste se trouve aujourd'hui à faire face à des situations de fait nouvelles dont la dimension et les implications juridiques échappent aux schèmes traditionnels et l'obligent à repenser un certain nombre de concepts considérés comme immuables, mais aujourd'hui fortement ébranlés [2].

C'est sans doute dans le droit des personnes et de la famille que ces interrogations se font les plus pressantes, parce qu'il est adossé à des données à la fois biologiques et physiologiques [3] et qu'il gravite autour des trois notions précédemment évoquées, *i.e.* les notions de personne, de reproduction et de mort.

Déjà les progrès de la médecine et de la chirurgie modernes et plus particulièrement les progrès réalisés dans la technique des greffes et des transplantations d'organes et de tissus ont amené le législateur québécois à codifier et à préciser les limites du principe jusque-là non écrit de l'inviolabilité du corps humain [4] :

---

1. *Biologie et humanisme*, Collection « Les Essais », Paris, Gallimard, 1971, p. 9.
2. Jean-Louis BAUDOUIN, « *L'incidence de la biologie et de la médecine moderne* sur le droit civil », (1970) 2 *R.J.T.*, 217-231, p. 231.
3. Roger NERSON, « L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil », [1970] *Rev. trim. dr. civ.*, 660-683, p. 660.
4. En ce qui concerne l'origine et la portée de ce principe, on consultera avec intérêt l'ouvrage publié récemment par le juge A. Mayrand, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Wainwright Lectures, Montréal, Wilson & Lafleur Limitée, 1975 ; *Cf.* également L. BAUDOUIN, « La personne humaine au centre du droit québécois », 26 *R. du B.*, 66, pp. 67 à 69 : Léon MAZEAUD, « Les contrats sur le corps humain », (1956) 16 *R. du B.*, 157 ; A. NADEAU, *Traité de droit civil du Québec*, Wilson et Lafleur, Montréal, 1949, t. 8, p. 507, et Jean HETU, « L'expertise sanguine dans la recherche de paternité », (1970) I. *R.J.T.*, 233.

> La personne humaine est inviolable. Nul ne doit porter atteinte à la personne d'autrui sans son consentement ou sans y être autorisé par la loi [5].

C'est ainsi notamment que, de manière à concilier le respect dû à la personne humaine, en tant qu'entité physique, avec la progression et les nécessités de la science médicale, que ce soit donc à des fins thérapeutiques ou à des fins expérimentales, le législateur est venu réglementer les actes juridiques dont peut être objet le corps humain [6] ainsi que le droit de disposer du cadavre d'une personne en l'absence de toute directive antérieure du défunt [7].

Mais la cadence s'accélère et « la biologie arrive aujourd'hui à ce point critique où elle met en péril la liberté et la dignité de l'homme » [8] et où les biologistes et cliniciens eux-mêmes, inquiets des pouvoirs dont

---

5. Art. 19, *C.c.*, tel que modifié par la *Loi modifiant à nouveau le Code civil et modifiant la loi abolissant la mort civile*, L.Q. 1971, c. 85. Cet article trouve son origine dans le projet de charte des droits civils élaboré par l'Office de révision du *Code civil* quelques années antérieurement (O.R.C.C., *Rapport sur les droits civils*, Montréal, 1968. *Cf.* également, O.R.C.C., *Rapport sur la reconnaissance de certains droits concernant la personne humaine*, Montréal, 1971), projet dont les dispositions essentielles se trouvent maintenant consacrées dans la *Charte des droits et libertés de la personne* (*Lois sur les droits et libertés de la personne*, Québec, 3ième session, 30ième législature, sanctionnée le 27 juin 1975) dont l'article 1 énonce : « Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité physique et à la liberté de sa personne. »
6. *Cf.* art. 20 et 21 nouveaux *C.c.* En matière de droit statutaire, *vide*, la *Loi de l'étude de l'anatomie*, S.R.Q. 1964, c. 250, la *Loi sur la protection de la santé publique*, L.Q. 1972, c. 42, et la *Loi des inhumations et des exhumations*, S.R.Q. 1964, c. 10, telle que modifiée par L.Q. 1972, c. 42.
7. Art. 22 et 23 nouveaux *C.c.* et en matière de droit statutaire, les articles 11 et 12 de la *Loi des Coroners*, S.Q. 1966–67, c. 19. Pour une étude de ces dispositions, *vide*, Édith DELEURY, « Une perspective nouvelle, le sujet reconnu comme objet du droit », (1972) 13 *C. de D.* 429 ; W. F. BOWKER, « Experimentation on Human and Gifts of Tissue, articles 20–23 of the Civil Code », (1973) 19 *McGill L.J.*, 161 et les commentaires de Monique LAUZON, « chronique de droit civil, droit des personnes », (1972) 32 *R. du B.* 510, (1973) 33 *R. du B.* 516, Angers LAROUCHE, « chronique de législation », (1972) 3 *R.G.D.* 400, et Ethel GROFFIER, « chronique de législation », (1972) vol. 4 *Interlex* nº 4, p. 18. Sur la nécessité d'introduire de telles dispositions en droit québécois, *cf.* R. KOURI, « The Bequest of Human Organs for Purposes of Homotransplantations », (1970) I. *R.D.U.S.*, 77, et J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *loc. cit.*, *supra*, note 2.
8. R. NERSON, « L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil », *op. cit.*, note 3, p. 660.

ils disposent, font appel à la collaboration des juristes pour tracer les frontières de leur action sur la personne humaine [9].

Ce n'est pas à dire cependant que les questions qu'elle soulève nécessitent, dans tous les cas, une réponse immédiate. Le droit est une science normative qui ne peut se contenter d'à peu près [10] ; il ne se doit pas d'anticiper, mais de répondre à des problèmes concrets :

> The art of legislation, both in its technical and political aspects, is a pragmatic one. Its purpose is to find working solutions, through legislation, to real problems. In order to devise legislation, it is necessary that the substantive problem be capable of detailed description and definition, and that enough is known about the substantive area (be it an area involving commerce and industry, welfare, transportation or medicine and biology) to determine whether the solutions proposed are likely to have any impact on the problem, and whether legislation is the method best designed to bring about those solutions. Although legislation may sometimes be developed to anticipate a problem, the stage for the problem's emergence must be pretty well set before it can be done, because the legislative draftsman knows that to devise practical solutions to as yet hypothetical problems is practically impossible. As hypothesis yields to reality, even a slight shift from the problem earlier hypothesized to the problem actually encountered is likely to make the proposed solution quite irrelevant. In brief, a great deal must be known about a problem and the subject area in which it occurs before a legislative response is possible [11].

---

9. Sur cette question, *vide*, notamment Jack MOOALLEN, (1971) 12 *C. de D.*, 613 ; J. G. CASTEL, « Legal Implications of Biomedical Science and Technology in the Twenty First Century », (1973) 51 *R. du B. Can.*, 119 ; B. STARKMAN, « The Control of Life : Unexamined Law and the Life Worth Living », (1973) 11 *Osgoode Hall L.J.*, 1975 ; J.L. BAUDOUIN, *op. cit., loc. cit.*, note 4.
   Le développement des sciences médicales et les découvertes récentes en ce domaine ont d'ailleurs amené les hôpitaux à créer, pour leurs fins internes, des comités d'éthique professionnelle en vue de contrôler et d'autoriser les expériences menées par leurs chercheurs sur des êtres humains. L'approbation par ces comités ne garantit cependant pas pour autant les chercheurs contre d'éventuelles poursuites civiles ou criminelles, ainsi qu'en témoignent les procédures qui ont été entamées récemment contre quatre médecins de l'Hôpital municipal de Boston (Massachusetts). *Cf.* « Grave-Robbing : The Charge against Four from Boston City Hospital », (1974) nov., *Science* 186 : 420–423.
   Soulignons également que la Faculté de médecine de l'Université Laval vient de mettre sur pied un Comité exploratoire sur l'éthique médicale, composé d'universitaires et de chercheurs de différentes disciplines [I.S.S.H. mai 1975].
10. Roger NERSON, *op. cit., loc. cit.*, p. 683.
11. Frank P. GRAD, « Legislative Responses to the New Biology », (1968) 15 *UCLA L.* Rev., 480, p. 480.

Néanmoins, certaines techniques médicales nouvelles et certaines expériences récentes en matière de génétique, parce qu'elles touchent à l'homme lui-même, nous ont conduit à nous interroger sur les zones de compétence respectives de ces deux sciences et à remettre en question la position traditionnelle du droit [12] au regard de la notion de vie et de personne humaines.

Ainsi l'essor prodigieux des techniques de réanimation et la pratique des greffes et des transplantations d'organes et de tissus posent la question de la nécessité, sinon d'une définition, tout au moins d'un contrôle normatif de la détermination du moment de la mort.

Sur un autre plan, et parallèlement aux débats que soulève l'état actuel de la législation sur l'avortement, les perspectives que laissent entrevoir l'embryologie et la chirurgie génétique nous incitent à repenser le statut juridique du produit de la conception.

Certes tout être humain, nous dit l'article 18 du *Code civil*, possède la personnalité juridique [13]. Mais si ces termes en soi ne posent pas comme tels de problèmes d'interprétation, ils posent par contre celui de la détermination des limites extrêmes de cette personnalité, *i.e.* la naissance et la mort [14]. Or, que ce soit dans le *Code civil* ou dans les autres textes législatifs québécois, on ne trouve aucune définition précise sur la nature de l'être humain, pas plus qu'on n'y délimite les différentes étapes du statut juridique de la personne [15]. Traditionnellement, la détermination des

12. J.-L. BAUDOUIN, *op. cit., loc. cit.*, p. 225.

13. Notons que cet article a été introduit en 1971 [*Cf. Loi modifiant à nouveau le Code civil et modifiant la Loi abolissant la mort civile, op. cit.*, note 5] et que, jusqu'à cette date, l'expression « personnalité juridique » n'apparaissait pas dans le code.

14. Monique LAUZON, « Chronique de droit civil, droit des personnes », (1972) 32 *R. du B.*, 264, p. 265.

15. Parmi les textes qui sont venus compléter le *Code civil* en ce domaine, *vide* notamment la *Loi de l'étude de l'anatomie*, et la *Loi des inhumations et des exhumations, op. cit.*, note 6. *Cf.* cependant la *Loi sur la protection de la santé publique* [L.Q. 1972, c. 42, telle que modifiée par L.Q. 1975, projet de loi n° 88, Québec, 3ième session, 30ième législature, sanctionné le 27 juin 1975] dont les règlements reprennent certaines données biologiques actuelles, en regard notamment du concept de viabilité [*Cf.* l'article 1.101 ainsi que les formulaires relatifs aux déclarations de naissances vivantes (SP-1) et aux déclarations de mortinaissances (SP-4) qui prennent comme point de référence 20 semaines pour les mentions relatives aux grossesses et qui tiennent compte également de la norme de 500 grammes relativement à la nature

paramètres juridiques de la personnalité humaine, entendus comme référant à des points précis dans le temps, a été abandonnée aux membres du corps médical [16]. Ainsi « la science médicale dit, la science juridique constate » [17].

Doit-on aujourd'hui conserver ces valeurs et laisser la médecine décider à sa guise de notre devenir et de notre fin en tant qu'êtres humains ? Doit-on redéfinir la notion de personnalité juridique et organiser le régime juridique des processus biologiques qui conduisent à la vie ou à la mort ? Telle est la problématique qui retiendra notre attention.

Dans un premier temps, nous nous interrogerons sur l'impact des données scientifiques et médicales nouvelles sur la condition prénatale et les droits du « produit de la conception ».

Dans un second temps, nous nous pencherons sur l'opportunité d'une définition juridique de la mort.

---

des mentions que doit faire le médecin traitant : *Règlement* 74-186, 19 avril 1974, A.C. 17 avril 1974, G.O. Québec, 8 mai 1974, vol. 106, nº 10, p. 1827].

Par ailleurs, pour les fins de la loi, le terme accouchement doit s'interpréter comme suit : « expulsion ou extraction complète de l'organisme maternel humain d'un *produit de conception*, vivant ou non » [*Idem*, art. 0.2 a)].

16. Soulignons également qu'au Québec la constatation civile de la naissance résulte le plus souvent d'un acte de baptême [*Cf.* art. 42, 42b et 54 *C.c.*]. De même, la constatation civile de la mort résulte non pas d'un acte de décès, mais d'un acte de sépulture [art. 67 *C.c.*] ou, à défaut, de la transcription du certificat contenant le jugement déclaratif de décès [art. 72 *C.c.*] Soulignons cependant qu'un tel acte ne peut être dressé par l'officier de l'état civil avant d'avoir été mis en possession d'une déclaration faisant état de la cause du décès [*Cf.* art. 40 et 41 de la *Loi de Protection de la santé publique* et articles 1.301 à 1.303 des règlements y afférant, *op cit.*, note 15. *Cf.* également l'art. 3a de la *Loi de l'étude de l'anatomie*, S.R.Q. 1964, c. 250, telle que modifiée par L.Q. 1972, c. 42 ainsi que les articles 1 à 3 de la *Loi des inhumations et des exhumations*, *op. cit.*, note 6, et l'art. 14 de la *Loi des Coroners*, S.Q. 1966–67, c. 19].
Notons que l'Office de révision du *Code civil* vient de rendre public un projet qui propose la réorganisation complète de l'organisation du système et du contenu des actes de l'état civil. Selon ce projet, l'actuel acte de sépulture serait remplacé par un acte de décès [O.R.C.C., *Rapport sur l'état civil*, Montréal, 1973, art. 25 à 34, pp. 56 à 71] et il n'y aurait plus d'acte de baptême [*idem*, art. 14 à 20, pp. 42 à 48].

17. J.-L. BAUDOUIN, *op. cit*, *loc. cit.*, p. 225. Seul le droit criminel, nous le verrons, contient un embryon de définition de l'être humain.

Il existe très peu de documentation sur ces problèmes au Québec et au Canada [18]. Néanmoins, les récentes prises de position de certains milieux médicaux canadiens nous laissent à penser qu'ouvrir le débat sur la scène juridique n'est pas inapproprié. Par ailleurs, l'abondance de la littérature américaine sur ces questions et les controverses qu'elles suscitent tant sur les plans politique que juridique dans ce pays nous ont permis de sérier avec plus de précision la problématique juridique et de trouver quelques avenues possibles pour l'avenir.

C'est dire que, pour chacune de ces parties, nous ferons de larges emprunts au droit américain ainsi qu'au droit des provinces canadiennes dites de common law. Nous ne voudrions pas cependant nous poser en comparatistes. D'ailleurs, une étude de ce genre exigerait des développements plus complets.

PREMIÈRE PARTIE

LA CONDITION PRÉNATALE ET LES DROITS DU « PRODUIT DE LA CONCEPTION »

On ne peut mesurer l'incidence de la science et de la technologie médicales modernes sur la condition prénatale sans faire état tout d'abord du droit positif. C'est ce que nous tenterons de faire dans un premier point. Nous essaierons ensuite de circonscrire les problèmes juridiques qu'elles soulèvent, pour ébaucher enfin quelques solutions.

1.1 Les données juridiques

1.1.1 Un droit incohérent

« Fetus is live enough not to be dead, not yet mature enough to be an infant, yet a human being enough to deserve protection » [20]. Ce

18. La plupart des articles que nous avons pu relever traitent des problèmes soulevés par les prélèvements et les greffes ou transplantations d'organes et de tissus humains.

20. Paul RAMSEY, « Ethics of Fetal Research », Yale University Press, cité dans le *Time* (Canada, « Fight over Fetuses », 31 mars 1975, p. 48). Soulignons que la situation juridique de l'enfant non encore né est un des thèmes qui a été abordé lors du 13ième colloque international de droit comparé [Ottawa, 17-19 octobre 1975]. Nous référons donc le lecteur aux différents rapports qui ont été présentés sur cette question, notamment, pour le Québec, celui

sophisme nous paraît bien résumer l'état du droit canadien et québécois puisque, d'une part, le droit pénal [21], tout en reconnaissant et protégeant le droit à la vie, se refuse néanmoins à parler en termes de personne humaine avant la délivrance de l'enfant et que, d'autre part, l'existence civile se mesure par le temps qui s'écoule entre la naissance et la mort [22].

1.1.2 Le droit criminel

En effet, d'après l'article 206 du *Code criminel*, « un enfant devient nu être humain [...] lorsqu'il est complètement sorti, vivant, du sein de sa mère, qu'il ait respiré ou non, qu'il ait ou non une circulation indépendante ou que le cordon ombilical soit coupé ou non ». Ainsi, celui qui porte atteinte à l'intégrité d'un enfant simplement conçu ne commet pas un homicide puisqu'il ne « commet pas un acte ou une omission qui entraîne la mort d'un être humain » [23].

Parallèlement cependant, et paradoxalement, compte tenu de la définition qui précède, l'avortement, *i.e.* l'interruption provoquée de la grossesse [24], est considéré comme acte criminel, à moins cependant qu'il

---

de Mme Michèle Rivet et pour les provinces de common law, celui de Mmes Karen Weller et Katherine Catton. On consultera également l'ouvrage consacré par A. MAYRAND à *L'Inviolabilité de la personne humaine*, *op. cit.*, *supra*, note 4, pp. 70 à 79.

21. Le terme droit criminel, eu égard au partage des compétences tel qu'opéré par l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique*, serait au Canada plus approprié. (*Cf.* l'article 91 (27) et l'article 92 (15) de l'*A.A.N.B.*)

22. A. MAYRAND, *Les successions ab intestat*, Montréal, P.U.M. 1971, pp. 59 à 62, nos 68 à 72.

23. Article 205 *C. crim.* :
« Commet un homicide, quiconque directement ou indirectement, par quelque moyen, cause la mort d'un être humain » [...]

24. *A miscarriage or an abortion is any killing of the foetus before natural birth and before the child becomes a human being :* John N. Turner, alors ministre de la Justice, à propos de l'ancien article 237 du *Code criminel*, *Hansard (Débats de la Chambre des Communes)* 1969, p. 8111. Sur le moment à partir duquel un enfant devient un être humain au sens de la législation criminelle, on se référera à la jurisprudence citée par Irenée LAGARDE dans *Le droit pénal canadien*, 2ième éd.. Montréal, Wilson & Lafleur, 1974, p. 480. Pour une étude de la législation canadienne en matière d'avortement et sur son évolution, *vide* I. LAGARDE, *op. cit.*, pp. 683–691, et Natalie FOCHS ISAACS, « Abortion and Just Society », (1970) *R.J.T.*, 27–39. Pour une comparaison entre l'état du droit canadien et du droit américain sur la question, on consultera également avec intérêt l'article de Michèle RIVET, « Quelques réflexions sur le droit à l'avortement dans le monde anglo-saxon », (1972) 13 *C. de D.*, 591-597.

ait été pratiqué à la suite de la décision d'un comité de l'avortement thérapeutique d'un hôpital accrédité ou approuvé [25].

25. Article 251 *C. crim.* :

« est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, quiconque, avec l'intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, qu'elle soit enceinte ou non, emploie quelque moyen pour réaliser son intention.

Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, toute personne du sexe féminin qui, étant enceinte, avec l'intention d'obtenir son propre avortement, emploie, ou permet que soit employé quelque moyen pour réaliser son intention.

Au présent article, l'expression « moyen » comprend

a) l'administration d'une drogue ou autre substance délétère,
b) l'emploi d'un instrument, et
c) toute manipulation.

Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas

a) à un médecin qualifié, autre qu'un membre d'un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital., qui emploie de bonne foi, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen pour réaliser son intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, ou
b) à une personne du sexe féminin qui, étant enceinte, permet à un médecin qualifié d'employer, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen mentionné à l'alinéa a) aux fins de réaliser son intention d'obtenir son propre avortement.

si, avant que ces moyens ne soient employés, le comité de l'avortement thérapeutique de cet hôpital accrédité ou approuvé, par décision de la majorité des membres du comité et lors d'une réunion du comité au cours de laquelle le cas de cette personne du sexe féminin a été examiné,

c) a déclaré par certificat qu'à son avis la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière, et
d) a fait remettre une copie de ce certificat au médecin qualifié.

Vide également l'article 206 alinéa 2 du même *Code*, qui dispose :

« Commet un homicide, quiconque cause à un enfant, avant ou pendant sa naissance, des blessures qui entraînent sa mort après qu'il est devenu un être humain. »

Cette disposition doit être distinguée de l'infraction prévue à l'article 221 du même *Code*, puisqu'il s'agit alors à proprement parler du fait de tuer le fœtus :

« Est coupable d'un acte criminel et passible d'emprisonnement à perpétuité, toute personne qui, au cours de la mise au monde, cause la mort d'un enfant qui n'est pas devenu un être humain, de telle manière que, si l'enfant était un être humain, cette personne serait coupable de meurtre.

Le présent article ne s'applique pas à une personne qui, par des moyens que, de bonne foi, elle estime nécessaires pour sauver la vie de la mère d'un enfant, cause la mort de l'enfant, ».

S'appuyant sur l'autorité des décisions rendues par la Cour suprême des États-Unis dans *Roe* v. *Wade* et *Doe* v. *Bolton* [26], certains ont soutenu que cette disposition de la loi était contraire à la *Déclaration canadienne des droits* [27] comme brimant la liberté de la mère, garantie par les articles 1 et 2 de cette même loi, articles qui trouvent leur origine dans la Constitution des États-Unis [28]. Ces arguments ont été rejetés par la Cour suprême du Canada qui, eu égard au caractère statutaire de la *Déclaration canadienne des droits* et référant à sa décision dans l'arrêt *Curr* v. *La Reine* [28a], a rappelé combien l'immixtion d'un tribunal dans les principes des lois était étrangère aux traditions et au droit constitutionnel canadiens. La suprématie du Parlement interdisait donc à la Cour de « diviser la période normale de gestation en zones d'intérêt, dont l'une ou quelques-unes seraient à l'abri de l'intervention de l'État alors que l'autre ou les autres ne le seraient pas », question par ailleurs indépendante de celle de savoir si le mot liberté « comprend intimité ou liberté de choix dans un sens propre à permettre à une femme enceinte de soutenir que le Parlement fédéral ne peut pas légiférer comme il l'a fait à l'art. 251 dans sa forme actuelle » [29].

C'est dire qu'en droit criminel, sans pour autant être considéré comme une personne, l'enfant conçu mais non encore né jouit d'une certaine protection, mais cette protection s'arrête lorsqu'elle entre en conflit avec la vie ou la santé de celles qu'on considère légalement comme des êtres humains.

Encore faudrait-il préciser le sens et la portée du mot « santé » ainsi qu'en témoignent les difficultés et les diverses interprétations que soulève la loi dans son application. La décision rendue récemment par la Cour

26. *Cf. infra* notes 50 et 52.
27. *Loi ayant pour objet la reconnaissance et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, S.R.C., 1970, 2ième supplément, appendice III, p. 457.
28. Ces articles garantissent, notamment, « le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de sa personne [...] le droit de ne s'en voir priver que par l'application régulière de la loi ; le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi ; [...] le droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations ; [...] ».

28a. [1972] R.C.S. 889.

29. Notes du Juge LASKIN *in R.* v. *Morgentaler*, (1975) 20 C.C.C. (2d) 449, 30 C.R.N.S. 209. Soulignons cependant qu'il s'agit des notes personnelles du juge en chef, la décision de la Cour étant exprimée par le juge Pigeon dont les motifs n'énoncent pas pourquoi la contestation de la validité et de l'effet de l'art. 251 a été rejetée.

suprême du Canada dans l'affaire *Morgentaler* n'a d'ailleurs pas mis fin au débat, si l'on considère que « toute inégalité dans l'administration des dispositions d'immunité est du ressort du Parlement » et « qu'il n'appartient pas aux tribunaux de la contrôler à titre de déni de l'égalité devant la loi et de la protection de la loi » [30].

Il reste que la loi est interprétée différemment par les comités de l'avortement thérapeutique et qu'il existe encore bon nombre d'hôpitaux, notamment au Québec, qui n'ont pas de tel comité. Aussi les arguments avancés par le Dr Morgentaler au soutien de sa défense trouvent-ils de plus en plus écho dans le public : accusé d'avoir pratiqué des avortements en dehors du cadre prévu par l'alinéa 4 de l'article 251 du *Code criminel*, le docteur Morgentaler a toujours soutenu que la mauvaise application de la loi, notamment l'absence de comité de l'avortement thérapeutique, l'autorisait à pratiquer sans passer par leur autorité. Sa défense, basée essentiellement sur l'article 45 du *Code criminel* et sur ce qu'on appelle en common law la défense de nécessité, permise aux termes de l'article 7(3) du même *Code*, avait d'ailleurs trouvé écho auprès du jury dans son premier procès. Ce verdict cependant fut écarté par la Cour d'appel qui lui substitua un verdict de culpabilité [30a]. C'est cette décision qui est allée devant la Cour suprême où ces mêmes arguments ont été écartés. Mais le cas Morgentaler n'en est pas pour autant définitivement tranché. En effet, le ministre fédéral de la Justice, M. Ron Basford, se prévalant des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 617 du *Code criminel*, a ordonné, toujours par rapport à cette première accusation, la tenue d'un nouveau procès [31].

1.1.3 Le droit civil

Sur ce plan, par contre, le droit civil nous paraît plus nuancé puisque, si l'existence civile commence en principe à la naissance pour se terminer avec la mort, la naissance n'apparaît pas toujours comme la condition

30. *Id.*

30a. *R.* v. *Morgentaler*, [1974] C.A. 129 ; pour un commentaire de cette décision, *vide* M. RIVET, « Le docteur Morgentaler devant la Cour d'appel », (1974) 15 *C. de D.* 889, et J.-P. MAKSYMINCK, « The Abortion Law : A Study of R. v. Morgentaler », (1974-75) 39 *Sask. L. Rev.* 259.

31. *Cf. Le Devoir* et *Le Jour*, 23 et 27 janvier 1976. Soulignons également que dans l'intervalle, le docteur Morgentaler a eu à répondre d'une autre accusation de pratique illégale de l'avortement, accusation qui s'est soldée par un autre verdict d'acquittement, verdict maintenu, cette fois-ci, par la Cour d'appel [*id.*].

nécessaire de l'acquisition de la personnalité. L'enfant simplement conçu, en effet, est déjà apte à être sujet de droit : il est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt. Il est alors représenté par un curateur qu'on appelle « curateur au ventre » et dont les fonctions sont explicitées par l'article 345 du *Code civil*, qui se lit comme suit :

> Le curateur à l'enfant conçu, mais qui n'est pas encore né, est chargé d'agir pour cet enfant dans tous les cas où ses intérêts l'exigent ; il a, jusqu'à sa naissance, l'administration des biens qui doivent lui appartenir et il est alors tenu d'en rendre compte [32].

De fait, c'est la seule disposition d'ordre général que contient le *Code civil* à ce sujet. On y trouve des applications particulières aux chapitres des successions [33], des donations [34], des testaments [35] et des substitutions [36]. Mais ces dispositions, bien que limitées [37], n'ont jamais été considérées comme restreignant la généralité de cet article, et doctrine [38] et jurisprudence ont toujours reconnu l'universalité du principe qui tire son origine du droit romain [39]. C'est ainsi, notamment, que nos tribunaux ont reconnu un droit d'action et accordé des dommages et intérêts à un

---

32. *Cf.* également les articles 37 et 38 du *Code civil.*
33. Article 608 *C.c.* *Cf.* également A. MAYRAND, *op. cit.*, note 22, et Germain BRIÈRE, *Les successions ab intestat*, Cours de Thémis, 5ième éd. Montréal, 1974, p. 10. et *Allard* v. *Monette*, (1928) 66 C.S. 291.
34. Article 771 *C.c.*
35. Article 838 *C.c.*
36. Article 945 *C.c.*
37. Dans certains cas même les enfants à naître, *i.e.* ceux qui ne sont pas encore conçus, sont considérés comme aptes à recueillir des droits. C'est ainsi, notamment, que l'article 819 du *Code civil* autorise les futurs époux à avantager leurs enfants à naître dans leur contrat de mariage. *Cf.* également les articles 818 et 772 *C.c.* Sur cette question, on consultera avec intérêt l'article de M. Roger COMTOIS « Essai sur les donations par contrat de mariage », (1968) 70 *R. du N.* 457 et 549.
38. « Il n'est pas nécessaire de citer les cas qui nécessitent cette nomination. Elle se fait dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant l'exige » : P.-B. MIGNAULT, à propos de l'article 345 du *Code civil, in, Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, Théorêt. 1896, p. 323. *Cf.* également *Traité de droit civil du Québec*, par Gérard TRUDEL. t. 2, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942 (encore que moins éloquent), pp. 433 à 434 ; P. AZARD et Alain F. BISSON, *Droit civil québécois*, t. 1, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1971, pp. 7 et 8, n° 11, et A. MAYRAND, *op. cit.*, note 22.
39. *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur.*

enfant pour le préjudice qu'il avait souffert conséquemment à un accident dont sa mère avait été victime avant sa naissance [40].

Ce principe justifie également la règle qui veut qu'en matière de séparation de corps et de divorce le tribunal puisse confier au père ou à la mère, dès avant sa naissance, la garde de l'enfant [41].

Mais la personnalité juridique de « l'enfant conçu » reste soumise à une condition suspensive : il doit naître vivant et viable [42]. Pour naître vivant, il suffit que l'enfant ait respiré. Pour naître viable, il faut qu'il soit doté de tous les organes nécessaires à la vie, qu'il soit capable d'avoir une existence séparée [43].

Ainsi, en matière de droit civil, l'embryon et le fœtus [44] n'ont pas comme tels de personnalité. C'est l'intérêt de l'enfant, entendu dans un sens plus étroit encore qu'en droit criminel, qui seul autorise à prendre en considération leur existence et leur potentialité. À ce sujet, les notes du juge Lamont dans l'affaire *Montreal Tramways Co.* v. *Léveillé* nous paraissent particulièrement éloquentes :

> If a child after birth has no right of action for prenatal injuries, we have a wrong inflicted for which there is no remedy, for, although the

40. *Montreal Tramways Co.* v. *Léveillé,* (1933) R.C.S. 456, pp. 463 et 465. Il s'agit ici d'une chute que la mère, alors enceinte de 7 mois, avait faite en descendant d'un tramway, chute imputable à la négligence du conducteur du tramway. L'enfant qu'elle avait mis au monde quelques mois plus tard était né avec un pied bot.

    Dans le même sens, *vide* la décision rendue récemment en Ontario, dans l'affaire *Duval* v. *Seguin,* (1972) 26 D.L.R. (3d) 418 (H.C.) ; [1972] O.R. 686, et *Smith* v. *Fox,* [1923] 3 D.L.R. 785 (Ont. H.C., en chambre). Pour une étude de la question, on se référera à l'article de Randall SCOTT ECHLIN, « The Rights of the Unborn Plaintiff ». (1974) 32 *U. of Toronto Fac. of Law Rev.* 75-81.

41. *Cf. Goulet* v. *Dame Tanguay-Goulet,* C.S. (division des Divorces) Québec, nº 200-12-010917-749, 21 octobre 1974, Juge MARQUIS, et *Bhérer* v. *Bélanger,* C.S. (division des Divorces) Rouyn-Noranda, nº 9440D, 20 novembre 1974, Juge DROUIN.

42. A. MAYRAND, *op. cit.,* note 22, à la p. 60.

43. *Allard* v. *Monette, op. cit.,* note 33, pp. 292-293.

44. D'après le *Stedman's Medical dictionary,* l'embryon et le fœtus se distinguent comme suit :

    « Embryo » : « the unborn young [...] from conception until approximately the end of the second month of gestation ».

    « Fetus » : « the unborn young [...] from the end of the eight week to the moment of the birth ».

> father may be entitled to compensation for the loss he has incurred and the mother for what she has suffered. yet there is a *residuum* of injury for which compensation cannot be had save at the suit of the child. If a right of action be denied to the child it will be compelled, without any fault on its part, to go through life carrying the seal of another's fault and bearing a very heavy burden of infirmity and inconvenience without any compensation therefor. To my mind it is but natural justice that a child, if born alive and viable, should be allowed to maintain an action in the courts for injuries wrongfully committed upon its person while in the womb of its mother [45].

Néanmoins, une décision récente vient de remettre en cause ces principes aujourd'hui séculaires et témoigne bien, à notre avis, des interrogations et des hésitations du juriste auxquelles nous faisions allusion précédemment.

En effet, alors qu'il avait à statuer sur une action en responsabilité délictuelle dans laquelle les demandeurs réclamaient une indemnité pour la perte de leur enfant à naître [46], le juge Claude Vallerand, de la Cour supérieure du district de Montréal, déclarait :

> Il est incontestable selon la preuve que cet avortement, au début du septième mois, fut d'origine traumatique directement reliée à l'accident. De même que le fœtus mâle était parfaitement conformé et destiné selon toute probabilité à une naissance viable. Le défenseur a soutenu que la perte de cet enfant à naître ne constituait pas un dommage, une fois

---

45. *Op. cit., supra,* note 40, à la page 464. Ces mêmes principes ont conduit le juge Gérard Lacroix à rejeter, dans une action en dommages-intérêts, la partie des dommages qu'une femme victime d'une chute provoquée par le constable d'une aréna municipale réclamait, relativement à la perte de l'enfant qu'elle portait, car, « comme elle ne s'est pas rendue jusqu'au terme de sa grossesse, il n'y a pas eu, à véritablement parler, d' « enfant ». Dans le droit criminel, lorsqu'on parle d'un être humain, l'on réfère à celui qui est complètement sorti vivant du sein de sa mère. Eût-elle perdu un tel « être humain », elle pourrait alors parler de la perte de son enfant, mais il est difficile de voir comment elle peut le faire dans les circonstances révélées par le présent litige et la Cour ne croit pas devoir accorder la somme de $500. réclamée du chef de la perte de l'enfant ». *Lavoie* v. *Cité de Rivière-du-Loup,* [1955] C.S. 452, p. 457.
Comparer avec la décision rendue dans l'affaire *Julien* v. *J. E. Roy Inc.,* [1975] C.S. 401, dans laquelle le juge Drouin a refusé d'accorder une indemnité pour la perte d'un enfant mort-né au motif que « la présomption » que l'enfant conçu est considéré comme né « ne s'applique que lorsqu'elle est favorable à l'enfant et elle ne s'applique pas à l'égard des parents ». [*id.,* p. 407).
46. L'époux de la demanderesse, qui avait été renversée par un véhicule automobile, s'était porté partie conjointe à l'action.

> acquis, selon une jurisprudence maintenant constante, que le *solatium doloris* ne peut être indemnisé. Il s'est là-dessus appuyé sur le seul précédent que les avocats et le tribunal ont pu trouver [*Lavoie* v. *Cité de Rivière-du-Loup et Autre*]. Le soussigné, avec la plus grande déférence, ne peut se rendre à l'argument de son collègue, particulièrement lorsqu'il l'assoit sur le principe que, selon le droit pénal, un être humain n'est tel que lorsqu'il est complètement sorti vivant du sein de sa mère. Il est vrai, ainsi que l'affirme l'arrêt cité, qu'on ne peut parler de la perte de son enfant que pour autant que celui-ci soit né et viable. Est-ce à dire cependant que la perte de l'enfant à naître, pour ne pas dire le fœtus, particulièrement à un stade avancé de la grossesse, ne cause pas un préjudice susceptible d'être indemnisé ? *Cet enfant à naître n'est certes pas une personne et les principes du droit civil concernant le décès ne peuvent s'y appliquer. Il n'est pas non plus une chose, non plus qu'un membre ou un organe de sa mère. Il ne se situe, à vrai dire, dans aucune catégorie de biens ou de personne qu'identifie la loi.* Cela ne signifie pas pour autant que sa perte ne constitue pas un dommage. L'article 1053 C.C., en effet, parle « du dommage causé par sa faute à autrui », mais ne dit pas que ce dommage se limite à la perte ou à la dépréciation d'une chose ou d'une personne que la loi a cru utile d'identifier comme tel dans l'une ou l'autre de ses dispositions.
>
> Le soussigné estime, avec respect, que la perte d'un enfant qu'on porte depuis plus de six mois, qu'on espère, dont on attend des joies, des consolations et des secours éventuels, constitue un dommage au sens de l'article 1053 C.C. et mérite une indemnité. Une indemnité, tant pour la mère que pour le père qui ont procréé ensemble, subi de concert la période de gestation et fondé les mêmes espoirs [46a].

Étrange réalité que le fœtus, puisque, sans être une entité légale, il n'en mérite pas moins la considération de la loi ! N'eut-il pas été plus logique, à tout le moins, de lui reconnaître une personnalité juridique au regard du concept de viabilité, puisqu'il avait atteint le stade où il pouvait être maintenu en vie en tant qu'entité séparée ? [47]

46a. *Langlois* v. *Meunier*, [1973] C.S. 301, p. 305.

47. Cette décision nous apparaît par ailleurs contraire au principe fermement établi qui veut qu'en droit québécois, on n'indemnise pas pécuniairement une personne de la détresse morale ou de la douleur (*solatium doloris*) que lui cause la perte d'un être cher. Il est vrai que sur le plan de l'indemnité, le tribunal a raisonné par analogie et appliqué les standards qu'on applique généralement à la perte d'un enfant (*op. cit., supra*, p. 306). Mais tant sur le plan de l'article 1053 qu'au regard de l'interprétation de l'article 1056, la décision reste critiquable.

Sur cette question, *vide* le *Traité de droit civil du Québec*, t. 8, par André NADEAU, Montréal, Wilson & Lafleur, 1949, p. 512 et *seq* ; A. et R. NADEAU, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1971, pp. 528–538 et 555 à 559 ; et Jean-Louis BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle, op. cit.*, pp. 433 à 437.

Mais avant d'aller plus loin dans nos propos, il nous a paru pertinent de nous interroger sur l'état du droit américain sur la question.

1.1.4 Le droit américain

Le droit américain présente, lui aussi, des paradoxes, notamment dans l'état du droit privé en regard des différentes lois qui, aux États-Unis, régissent la question de l'avortement. Ces mêmes lois ont d'ailleurs soulevé récemment des controverses sur le plan constitutionnel.

1.1.4.1 *La condition prénatale et la constitution américaine*

Le 22 juin 1973, la Cour suprême des États-Unis, appelée à statuer sur la validité des articles du *Code pénal* du Texas qui récriminaient l'avortement à moins qu'il ne fût pratiqué et ce, quel que soit le stade de la grossesse, lorsque la vie de la mère était en danger [48], déclarait ces dispositions inconstitutionnelles en autant qu'elles violaient le 14e amendement de la Constitution (*Due process clause*) [49] et que, durant les trois premiers mois de la grossesse, la décision appartenait au médecin et à la mère, sans aucune restriction de l'État [50]. Le même jour, référant à la décision précédente, et aux droits individuels protégés par le 14e amendement, le 9e amendement (*Rights retained by the people*) et le *Bill of Rights*, elle invalidait les dispositions de la loi georgienne qui soumettaient l'avortement à la décision d'un comité de l'hôpital où l'avortement devait être pratiqué [51], comme brimant la liberté de la femme au cours des trois premiers mois de la grossesse [52].

48. Il s'agissait essentiellement des articles 1191, 1194 et 1196 du *Code pénal* de l'État. Soulignons que la plupart des lois des différents États étaient au même effet.
49. Article 1 du 14ième amendement, qui se lit comme suit :
« Tout individu né ou naturalisé dans les États-Unis et soumis à leur juridiction est citoyen des États-Unis et de l'État où il réside. Aucun État ne pourra faire appliquer des lois restreignant les privilèges ou les immunités des citoyens des États-Unis ; aucun État ne pourra non plus priver une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans une procédure légale ni refuser à quiconque relève de sa juridiction une égale protection des lois. » Traduction de M. DUVERGER, *Constitutions et documents politiques*, P.U.F., 1966, p. 308.
50. *Jane Roe* v. *Henry Wade*, (1973) 92 S. Ct. 705.
51. Il s'agit de l'article 26–1201 du *Code pénal* de Georgie. L'ensemble des dispositions de la loi georgienne sur le sujet était largement inspiré du *Model Penal Code* (THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Proposed Official Draft*, 1962).
52. *Mary Doe* v. *Arthur K. Bolton*, (1973) 93 S.Ct. 739.

C'est donc essentiellement le droit au respect de la vie privée (*right to privacy*) [53] qui constitue le fondement de ces décisions :

> This right of Privacy, wether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or as the District Court determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy [54].

Ce droit au respect de sa vie privée pour la femme ne constitue pas cependant, dans l'opinion de la Cour suprême, un droit absolu :

> [...] the right of personal privacy includes the abortion decision but [...] this right is not unqualified and must be considered against important state interests in regulation [55].

Or, au nombre des intérêts de l'État qui peuvent entrer en conflit avec le respect de ce droit, figurent, notamment, la protection de la santé et celle de la vie prénatale [56]. Il s'agit donc de déterminer à partir de

---

53. Ce droit a été défini par le Juge Brandeis comme « *the right to be alone* » [*Olmsted* v. *United States*, 277 U.S. 438, 478, 48 S.Ct. 564, (1928) 72 L. Ed. 944], soit le droit de s'épanouir librement et de s'exprimer selon ses goûts, son intelligence et sa personnalité ; le droit d'organiser sa vie librement, notamment en ce qui a trait au mariage et au divorce, à la procréation et à l'éducation des enfants ; le droit de circuler librement, de manifester, etc... [notes du Juge DOUGLASS, pp. 757–758 *in Doe* v. *Bolton*]. *Cf.* Michèle RIVET, « Quelques réflexions sur le droit à l'avortement dans le monde anglo-saxon », *op. cit.*, p. 591.

54. Notes du Juge BLACKMUM, parlant au nom de la majorité, *in Roe* v. *Wade*, *op. cit.*, p. 727. Avant de relier la question à la Constitution, la Cour suprême, après avoir étudié les opinions médicales et scientifiques, avait dégagé, à partir d'une étude historique et des positions actuelles des différents organismes juridiques dans ce pays, les principes qui régissent le droit américain sur la question. *Cf.* Michèle RIVET, *op. cit.*, *loc. cit.*, pp. 592–593.

55. *Id.*, p. 727. Pas plus d'ailleurs, la Cour n'entend-elle qu'on lui prête l'intention de favoriser l'avortement sur demande.

56. *Ib.*, pp. 727 et 728. C'est au nom de cet intérêt que, notamment, on a autorisé les hôpitaux à procéder à des transfusions sanguines sur le fœtus, nonobstant les objections religieuses des parents. Le droit à la santé et à la vie prénatale, dans ces circonstances, devient supérieur à la liberté de religion. Sur ce point, nous référons le lecteur à l'ouvrage publié par Neil L. CHAYET, *Legal Implications of Emergency Care*, New York, Meredith Corp., 1969. *Cf.* également, William J. MALEDON, « The Law and the Unborn Child : the Legal and Logical Inconsistencies », 46 *Notre-Dame Lawyer*, 349, p. 361.

quel moment, au cours de la grossesse, l'intérêt de la mère et l'intérêt de l'enfant sont liés, puisque toute législation visant à limiter l'exercice des droits fondamentaux ne peut se justifier qu'à partir du moment où l'intérêt de l'individu et l'intérêt de l'État méritent une égale considiération [57] :

> The pregnant woman cannot be isolated in her privacy. She carries an embryo and later, a fetus, if one accepts the medical definitions of the developing young in the human uterus [...] As we have indicated above, it is reasonable and appropriate for a State to decide that at some point in time another interest, that of health of the mother or that of potential human life, becomes significantly involved. The woman's privacy is no longer sole and any right of privacy she possesses must be measured accordingly [58].

Ce *compelling point*, la Cour suprême, à la lumière des connaissances scientifiques et médicales actuelles, le situe entre la 24e et la 28e semaines, c'est-à-dire à partir du quatrième mois de la grossesse, une fois que le fœtus a atteint le stade de la viabilité :

> With respect to the State's important and legitimate interest in potential life, the « compelling » point is at viability. This is so because the fetus then presumably has the capability of meaningful life outside the mother's womb. State regulation protective of fetal life after viability thus has both logical and biological justifications. If the State is interested in protecting fetal life after viability, it may go so far as to proscribe abortion during that period except when it is necessary to preserve the life or health of the mother [59].

Ce n'est pas à dire cependant que le fœtus doive être compris comme inclus dans le mot personne dont parle le 14e amendement, pas plus d'ailleurs que dans les autres lois [60], et la question de savoir quand commence une vie humaine est encore trop controversée pour que la Cour puisse prendre position sur le sujet :

> We need not resolve the difficult question of when life begins. When those trained in the respective disciplines of medecine, philosophy, and theology

57. *Ib.*, p. 728 et la jurisprudence citée.

58. *Ib.*, p. 730.

59. *Ib.*, p. 732. *Cf.* également les pp. 724 et 731. Sur l'impact de cette décision, on consultera notamment, William J. CURRAN, « Aftermath of the Abortion Decision : Action in the Legislatures and in the Courts », (1973) 289 *N. Engl. J. Med.* 955, et John M. SYKES, « A proposed Statute for implementing the Abortion Decisions », (1973–74) 73 *J. of Fam. L.* 332.

60. *Id.*, p. 729 et p. 731.

are unable to arrive at any consensus, the judiciary, at this point in the development of man's knowledge, is not in a position to speculate as to the answer [61].

C'est donc seulement pour les fins de la législation sur l'avortement qu'on doit reconnaître au fœtus une certaine personnalité.

1.1.4.2 *La condition prénatale et le droit privé américain*

À l'exemple du droit civil et selon un principe qui puise aux mêmes origines, l'enfant simplement conçu a toujours été réputé né en regard des droits patrimoniaux [62]. Les droits patrimoniaux [*property rights*] de l'enfant conçu, écrit William J. Maledon, sont aussi vieux que la common law elle-même [63].

Cette personnalité demeure cependant, ici encore, conditionnelle : l'enfant doit naître vivant et viable. Il semble néanmoins que le principe

---

61. *Id.*, p. 730. La Cour reconnaît cependant que l'absence d'une définition n'est pas sans soulever de problèmes au regard des données actuelles de l'embryologie : « Substantial problems for precise definition of this view are posed, however, by new embryological data that purport to indicate that conception is a « process » over time, rather than an event, and by new medical techniques such as menstrual extraction, the « morning-after » pill, implantation of embryos, artificial insemination, and even artificial wombs. » (p. 731).

62. « Life is the immediate gift of God, a right inherent by nature in every individual : and it begins in contemplation of law as soon as an infant is able, to stir in the mother's womb. For if a woman is quick with child, and by a potion or otherwise killeth it in her womb ; or if any one beat her whereby the child dieth in her body, and she is delivered of a dead child ; this though not murder was by the ancient law homicide or manslaughter [...] An infant in [*sic*] *ventre sa mère*, or in the mother's womb, is supposed in law to be born for many purposes. It is capable of having a legacy, or a surrender of a copyhold estate made to it. It may have a guardian assigned to it ; and it is enabled to have an estate limited to its use, and to take afterwards by such limitation, as if it were then actually born. And in this point the Civil law agrees with ours. » [BLACKSTONE, *Commentaries Comm.* 1, 129–130 (4th ed 1771), cité par David A. GORDON *in* « The Unborn Plaintiff », (1965) 63 *Mich. L. Rev.* 579, p. 581. *Cf.* également William J. MALEDON, « The Law and the Unborn Child : the Legal and Logical Inconsistencies », (1971) 46 *Notre-Dame Lawyer*, p. 351].

63. *Op. cit.*, p. 351. *Cf.* également les notes du Juge LAMONT *in Montreal Tramways Co.* v. *Léveillé, op. cit.*, pp. 459–460.

américain, à la différence du droit civil, soit appliqué quand bien même il n'y va pas de l'intérêt de l'enfant [64].

De même, dans le domaine de la responsabilité délictuelle, et depuis la décision rendue dans l'affaire *Bonbrest* v. *Kotz* [65], il est maintenant acquis qu'un enfant peut recouvrer des dommages-intérêts pour le préjudice qu'il a subi du fait d'autrui avant sa naissance. Le droit à réparation est cependant subordonné à la preuve qu'au moment du dommage l'enfant était capable d'une vie autonome : la viabilité devient ici le critère déterminant ; à partir de ce moment, l'enfant est considéré comme ayant une entité propre qui détermine son droit d'action [66]. Néanmoins, dans certains États, les tribunaux accordent des indemnités alors même que le dommage a pu être subi avant le stade de la viabilité [67]. Il semble d'ailleurs qu'on s'attache aujourd'hui davantage au lien de causalité [68].

64. W. J. MALEDON, *op. cit.*, pp. 353–354 et la jurisprudence citée. Soulignons également que le droit civil de la Louisiane ne considère pas la viabilité comme une condition nécessaire à l'acquisition de la personnalité. Ainsi l'enfant qui est né vivant mais non viable n'en sera pas moins appelé à hériter [art. 956 du *Code civil* de la Louisiane]. *Cf.* sur ce point le rapport présenté par Robert A. PASCAL au 13ième congrès international de droit comparé, « *The unborn child in Louisiana and in the anglo-american jurisdictions of the United States* ».
65. (D.D.C. 1946) 65 F. Supp. 138. Cette décision est venue renverser l'autorité de la décision rendue par le juge HOLMES dans *Dietrich* v. *Inhabitants of Northampton* [(1884) 138 Mass. 4] et selon laquelle le fœtus et la mère ne formant qu'une seule entité, il ne pouvait y avoir lieu pour l'enfant à une action en dommages-intérêts.
66. Cette décision trouve elle-même son fondement dans la dissidence exprimée par le juge BOGGS dans l'affaire *Allaire* v. *St Luke Hospital* [184 Ill. 359, (1900) 56 N.E. 638] où il déclarait : « It is but to deny a palpable fact to argue there is but one life, and that the life of the mother. Medical science and skill and experience have demonstrated that at a period of gestation in advance of the period of parturition the fœtus is capable of independent and separate life, and that though within the body of the mother, it is not merely a part of her body. » (p. 641]
67. *Cf.* la jurisprudence citée par William J. MALEDON [*op. cit., loc. cit.*, pp. 356–357], notamment l'affaire *Kelly* v. *Gregory* dans laquelle la Cour déclarait : « We ought to be safe in this respect in saying that legal separability should begin where is biological separability. We know something more of the actual process of conception and fœtal development now than when some of the common law cases were decided ; and what we know makes it possible to demonstrate clearly that separability begins at conception. » [282 App. Div. 542, (1953) 125 N.Y.S. 2d 696 p. 697. *Cf.* également David A. GORDON, *op. cit, loc. cit.*, et Robert A. PASCAL, *loc. cit., supra*, note 64.
68. *Cf.* la bibliographie citée *supra* ainsi que R. E. KRUGER, « *Wrongful Death and the Unborn Child : An Examination of Recovery after Roe* v. *Wade* », (1973-74) 13 *J. of Fam.* L. 99, pp. 101–102.

Les parents de l'enfant qui décède à la suite des lésions qu'il a subies par la faute d'un tiers, *in utero*, peuvent également en leur qualité d'héritiers recouvrer des dommages-intérêts [69]. Mais, chose plus remarquable, les ayants droit et les parents de l'enfant mort-né ont également un droit d'action. En effet, et bien qu'il s'agisse là d'une tendance minoritaire [70], certains tribunaux interprètent l'expression *wrongful death of a person* comme incluant le fœtus viable, s'appuyant pour ce faire sur les principes qui régissent l'acquisition des droits patrimoniaux et la réparation du préjudice corporel prénatal :

> If property interests of unborn persons are protected by the law, how much more solutions should the law be of the first inalienable right of man — the right to life itself [71].

De fait, ces décisions, quant à leur fondement, ne sont pas sans analogie avec le raisonnement tenu par le juge Vallerand dans *Langlois* v. *Meunier* [72] par rapport à l'article 1056 du *Code civil* [73] et sont généralement perçues comme l'expression d'une justice naturelle au regard de la douleur et de l'affliction que peuvent ressentir les parents [74]. Néanmoins, seuls les parents ou ayants droit du fœtus viable peuvent percevoir une indemnité [75].

Le droit privé américain présente donc, lui aussi, un certain nombre de contradictions [76], sans compter les problèmes d'ajustement qui se posent

---

69. *Ib.*
70. À l'heure actuelle, les tribunaux de 18 États ont fait droit à une telle action. *Cf.* la bibliographie citée par R. E. KRUGER, *op. cit., loc. cit.*, pp. 113–114.
71. *O'Neill* v. *Morse*, 385 Mich. 130, p. 138, (1971) 188 N.W. 2d 785, cité par Eric E. KRUGER, *op. cit., loc. cit.*, p. 104. Le précédent, dans ce domaine, est l'affaire *Verkennes* v. *Corniea*, 229 Minn. 365, (1949) 38 N.W. 2d 828.
72. *Op. cit., supra* note 46a.
73. *Id.*
74. « Although it is true that parents have been able to recover substantially for the loss of a minor child, the grant of compensation to the beneficiaries of such a minor, and a fortiori to the parents of an infant in utero, is in reality compensation for sentimental loss framed as though it were pecuniary loss. » David A. GORDON, « The Unborn Plaintiff », *op. cit.*, p. 594.
75. Eric E. KRUGER, *op. cit., loc. cit.*, pp. 107–108.
76. « [...] even in the common law an incongruous position is reached in that there is a tort rule applying to the child in utero that is different from the property rule » : David A. GORDON, *loc. cit.*, p. 395. Seul le droit civil californien présente une certaine uniformité. En effet, que ce soit sur le plan des droits réels ou des droits personnels, l'enfant simplement conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt : « A child conceived, but not yet born, is to be deemed an existing person, so far as may be necessary for its interests in the event of subsequent birth » [...] [*West's Annotated California Codes, Civil Code*, Sect. 29, p. 108].

en la matière depuis la décision rendue par la Cour suprême sur le plan du droit criminel [77].

1.1.5 Les confrontations de la loi avec la vie humaine

Ces hésitations, ces contradictions et les débats que suscitent le respect et les droits qu'on doit accorder à la vie et à la personne humaine soulèvent des questions d'ordre à la fois philosophique, moral et religieux [78].

En effet, si la prohibition de l'avortement était fondée uniquement sur l'intérêt de l'État dans la protection de la vie et de la santé de la mère, le problème, à la limite, ne devrait plus ressortir au droit criminel puisque, pratiqué dans les premières semaines de la grossesse et dans de bonnes conditions d'hygiène, l'avortement, à l'heure actuelle, ne présente aucun danger [79]. Tout au plus, dans cette hypothèse, une intervention par voie législative pourrait-elle se justifier par le souci d'assurer à la patiente le

77. En effet si l'on considère, comme l'a fait la Cour suprême, que le fœtus n'est pas une personne au sens légal du terme et que sauf pour les fins du droit criminel, il ne représente pas une entité qui mérite la considération de la loi, on peut sérieusement s'interroger sur la possibilité pour les différents États de définir expressément le mot personne comme incluant le fœtus, ainsi qu'on l'a déjà interprété en matière de responsabilité délictuelle relativement aux « *wrongful death statutes* ». Néanmoins, un *dictum* du Juge Blackmum, dans *Roe* v. *Wade*, laisse à entendre qu'il n'y aurait pas nécessairement incompatibilité : « Such an action, however, would appear to be one to vindicate the parents' interest and is thus consistent with the view that the fetus, at most, represents only the potentiality of life. » [*op cit.*, p. 731] Sur cette question, on lira avec intérêt les observations de Eric E. KRUGER, *loc. cit.*, pp. 104, 109 et 110. Le même problème se pose également en Angleterre au regard du document de travail publié par la Law Commission relativement à la réparation du préjudice prénatal. [*Published Working Paper n° 47 : Injuries to Unborn Children*, Londres, 1973]. *Cf.* les observations de Sean F. O'BRIEN, *in Br. Med. J.*, 24 mars 1973, p. 740.

78. À ce sujet, la Commission des droits civils des États-Unis déclarait, dans un document récent, que légiférer pour déterminer à quel moment commence la vie équivaut à privilégier le point de vue d'une religion et, donc, à interdire les autres [U.S. CIVIL RIGHTS COMMISSION : *Constitutional Limits of Childbearing*, Washington, D.C., 1975, cité dans (1975) vol. 3 *Intercom*, « Anti-Abortion Amendments May « undermine » Civil Rights » n° 5, p. 9.]

79. La méthode actuellement la plus simple et la plus sûre étant celle de l'évacuation menstruelle, encore appelée méthode de Karman, planning menstruel ou aspiration endométriale (*cf.* « Une nouvelle méthode d'avortement », *Chatelaine*, Février 1975, p. 52 et *seq*). Des études récentes ont par ailleurs démontré que l'interruption de la grossesse, pratiquée dans de bonnes conditions et sous contrôle médical, était sans conséquence sur les grossesses futures et la fertilité de la femme (*cf.* « Miscarriage Chances not Increased by Abortion » et « Institute Urges Early as Possible Abortion Attitude »

maximum de sécurité [80]. La question deviendrait alors *ultra vires* du Parlement du Canada puisque relevant de la compétence exclusive des provinces en tant que loi relative à « l'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux » et comme touchant à la réglementation et à la pratique de la médecine (art. 92(7) et 92(16) de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique*).

Ce point de vue a été rejeté par la Cour suprême, au motif que l'article 251 du *Code criminel*, dans sa teneur actuelle, ne reflète pas une préoccupation particulière, pour ne pas dire exclusive, pour la santé de la femme enceinte mais qu'il porte interdiction d'une intervention que le Parlement, dans l'exercice de sa souveraineté, a considérée comme une conduite socialement indésirable et passible de sanctions ; dans un tel contexte donc, il n'y avait pas lieu, pour la Cour, de se prononcer sur la constitutionnalité de la disposition précitée [81].

C'est donc sous l'angle de la protection du droit à la vie que la question doit être abordée. Elle devient alors plus complexe. À partir de quel moment, en effet, la vie acquiert-elle une valeur humaine ? Est-ce au moment de la conception, de la naissance ou lorsque le fœtus atteint le stade de la viabilité ? Il n'existe pas de consensus à ce sujet. Certes les biologistes connaissent aujourd'hui la plupart des secrets du processus qui mène à la vie mais ils ne peuvent situer avec précision dans le temps le devenir de l'être humain. D'ailleurs, il ne leur appartient pas de le faire. C'est à la société et à elle seule de trancher la question.

Le problème en est un d'ordre politique et si les controverses et les mouvements d'opinion que soulève la question de l'avortement [82] témoi-

---

(1975) vol. 3 *Intercom* nº 7, pp. 5 et 7). Ceci explique d'ailleurs, dans une certaine mesure, la remise en cause par les médecins des comités d'avortement thérapeutique, la question, selon eux, devant être décidée entre la patiente et le médecin (*cf. supra*, la position de l'Association médicale canadienne qui rejoint, sur ce point, celle de l'American Medical Association ; *cf. Roe* v. *Wade, op. cit.*, p. 722).

80. *Cf. Roe* v. *Wade, op. cit.*, notes du Juge BLACKMUM, pp. 724–725 et p. 732.

81. *Dr. Henry Morgentaler* v. *Sa Majesté la Reine*, notes du juge LASKIN, *op. cit.*, *supra* note 29.

82. Ainsi, récemment, une pétition rassemblant un million de signatures était présentée au Premier ministre du Canada dans le but de restreindre le cadre légal dans lequel est actuellement autorisée la pratique de l'avortement. On y demandait notamment que le mot « santé » soit enlevé du *Code criminel*. Dans le même temps, au Québec, les journaux faisaient état d'une déclaration dans laquelle 116 médecins de la Province dénonçaient la loi et reconnaissaient publiquement avoir aidé des femmes qui voulaient se faire avorter sans consultation préalable d'un comité (*cf. Le Devoir*, 29 mai 1975).

gnent d'un bouleversement et, en tout cas, d'une remise en cause des valeurs traditionnelles [83], les débats sont empreints de trop d'émotivité pour qu'il nous soit permis de prendre position [84]. Sur le plan des valeurs, le juriste n'a pas à arbitrer [85]. Son rôle est de les faire respecter et si, à cet égard, des situations de fait nouvelles exigent qu'on en précise les limites et le contenu, il se doit alors d'ébaucher des solutions [86]. Ce sont ces situations nouvelles qui vont maintenant retenir notre attention.

1.2 La médecine et la biologie modernes

Dans le contexte actuel de la législation sur l'avortement et des valeurs sur lesquelles elle repose, peut-on, aujourd'hui encore, protéger la vie latente sans pour autant lui accorder de statut sur le plan juridique ? Si, jusqu'à ces dernières années, la solution pouvait être satisfaisante, elle ne répond plus, où plutôt elle ne répond que partiellement aux problèmes que soulèvent certaines découvertes et certaines techniques, en ce qu'elles

---

83. Certains organismes para-publics ont d'ailleurs demandé la libéralisation de l'avortement. *Vide* sur ce point la position du Conseil du statut de la femme rapportée dans *Le Soleil* du 10 juillet 1975. Certaines des recommandations du Conseil du statut de la femme rejoignent d'ailleurs les propositions formulées par la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada puisqu'on y demande que le *Code criminel* soit amendé de manière à permettre à un medecin qualifié de procéder à l'avortement à la seule requête de la femme qui est enceinte de 12 semaines ou moins (*cf. Rapport de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada,* Information Canada, Ottawa, 1970, pp. 317 à 323). Sur la position de l'Association médicale canadienne, *cf.* « Abortion : C.M.A. Policy and Positions », (1974) 111 *Can. Med. Ass. J.,* 474–477.

84. Il en va différemment par contre en ce qui concerne l'application de la loi. Sur les problèmes relatifs à l'application de la législation sur l'avortement, nous référons le lecteur au document publié par le Conseil des Affaires sociales et de la famille, *Dossier sur l'avortement, « Contribution du C.A.S.F. à une information et à une réflexion collective sur un problème d'actualité »,* Québec, 1974, Éditeur officiel du Québec ; *cf.* également le dossier publié par la Ligue des droits de l'homme, *La Société québécoise face à l'avortement,* Montréal, Éditions Leméac, 1974.

85. Pas plus d'ailleurs que les tribunaux. *Cf.* sur ce point les décisions rendues par la Cour suprême des États-Unis et par la Cour suprême du Canada *in Roe* v. *Wade, op. cit., supra,* note 50 et dans *Morgentaler* v. *Sa Majesté la Reine, op. cit., supra,* note 29.

86. « Il faut tout de même rendre compte aussi des changements dans la science médicale et la pratique médicale. Ce n'est pas la loi qui a changé mais les faits auxquels s'applique la loi qui ont changé » : Juge HUGESSEN *in R.* v. *Morgentaler,* 12 D.C. 2436, 16 *C.C.C.* 459.

touchent à ce qui constitue l'essence même de la vie, *i.e.* la reproduction par eux-mêmes des êtres vivants [87].

1.2.1 Les données scientifiques

Qu'on puisse en effet maîtriser la fécondité — soit en paralysant le processus de la procréation, c'est la contraception ; soit au contraire en la stimulant, c'est la thérapie hormonale ; ou même en l'interrompant, c'est l'avortement —, voilà qui a suscité et qui suscite encore des controverses, sans compter les problèmes que ces techniques soulèvent sur le plan d'une politique de natalité. Mais qu'on puisse dissocier le processus de la reproduction, qu'il puisse y avoir fécondation et conception en l'absence de toutes relations sexuelles — soit que le sperme soit déposé artificiellement dans l'utérus de la femme, c'est l'insémination thérapeutique ; soit que l'ovule fécondé *ex* ou *in utero* soit implanté dans l'utérus de celle qui a produit l'ovule ou même transplanté dans celui d'une « *nurse* », c'est la fécondation *in vitro* et *in vivo* —, voilà qui modifie profondément l'image de la famille [88] et qui ajoute une dimension nouvelle au corps humain ! Plus inquiétantes encore sont les perspectives que laissent entrevoir les expériences réalisées dans le domaine de l'embryologie, de la chirurgie génétique et la reproduction clonienne : bientôt, un enfant pourra venir au monde sans avoir connu le confort du sein maternel [89] ; ses caracté-

87. *Cf.* G. RATTREY-TAYLOR, *La révolution biologique (The Biological Time Bomb,* Londres, Thames et Hudson, 1968), traduction Yves MALARTIC, Paris, Librairie Laffont, 1969, p. 30.

88. *Vide* sur ce point la seconde partie du rapport, « Quand la médecine intervient dans la genèse de la conception, que fait le droit ? », par Michèle RIVET, (1975) 6. *R.D.U.S.*, 199–222.

89. Certes l'usine à bébés du *Meilleur des mondes* d'Aldoux Huxley n'est pas encore pour demain, mais déjà les savants ont résolu le problème de la capacitation du spermatozoïde : fécondé *ex utero*, l'œuf humain peut maintenant être cultivé jusqu'au stade du blastocyte, *i.e.* étape qui précède la différentiation des cellules embryonnaires.

Parmi les nombreux articles consacrés à l'étude de ces travaux, mentionnons P. SOUPART ET AL, « Human Sperm capacitation and *in vitro* fertilization », (1973) 24 *Fertil Steril*, 462–478 ; C. THIBAULT, « La fécondation *in vitro* », *Concours médical 1971*, 6695 ; B. J. BRACKETT, « Mamalian Fertilization *in vitro* » (1973) 32 *Fed. Proc.*, 2065–2069 ; M. A. PETROV-MASLAKOV, A. J. NIKITIN et M. P. NIKOLAICHUCK, « Fertilization of human ova *in vitro* », (1974) 76(12) *Bull. Exp. Biol. Med.*, 156–1458 ; R. G. EDWARDS, B. D. BAVISTOR et P. C. STEPTOE, « Early stages of fertilization *in vitro* of human ovocytes matures in vitro », (1969) 221 *Nature*, 632–635 ; P. C. STEPTOE et R. G. EDWARDS et J. M. PURDY, « Human blastocyts grown in culture »,

ristiques physiques, voire intellectuelles, qu'on peut dès à présent connaître avant la naissance [90], seront déterminées par des ingénieurs généticiens et nous pourrons même être reproduits, en tant qu'entités génétiques, en milliers d'exemplaires [91] !

Certes, la plupart de ces techniques n'en sont encore qu'au stade expérimental et si l'on veut distinguer à ce niveau ce qui relève de la recherche pure par rapport à la thérapie expérimentale [92], seule à vrai dire l'insémination artificielle, d'ailleurs appelée insémination thérapeutique dans les milieux médicaux [93], entrerait dans cette dernière catégorie. Mais qu'elles soient ou non opérationnelles, ces méthodes soulèvent un certain nombre d'interrogations, ainsi qu'en témoigne l'institution récente par le Congrès des États-Unis d'une Commission fédérale aux fins d'étudier les problèmes que soulèvent, à l'échelon de ce pays, la recherche et l'expérimentation sur les êtres humains [94].

Pour l'homme de science, le problème se pose en termes de limites, par rapport à l'étendue de ses pouvoirs et à l'utilisation de ses connaissances face à un eugénisme qui devient réalité et à une société qui n'est pas encore préparée à les assumer.

(1971) 229 *Nature*, 132–133 ; K. G. GOULD, « Application of in vitro fertilization », (1973) 32 *Fed. Proc.*, 2069–2074 ; et sur un plan plus global, une étude très fouillée : R. G. EDWARDS, « Fertilization of human eggs in vitro : moral, ethics and the law », (1974) 49 *Quart. Rev. of Biol.*, 3–26.

90. En agissant sur la molécule de l'A.D.N., il semble en effet qu'on puisse arriver à supprimer des gênes indésirables. On pourrait même y insérer des gênes manquants et en la synthétisant, on arriverait à un complet contrôle de l'hérédité. *Cf.* Gordon RATTRAY-TAYLOR, *op. cit.*, pp. 222–227. Actuellement, en prélevant une partie du liquide amniotique, on peut diagnostiquer certaines anomalies génétiques (amniosynthèse). Sur cette méthode, *vide* A. MILUNSKY, *The Prenatal diagnosis of hereditary disorders*, 1973.

91. Nous entrerions alors dans l'ère de l'hominiculture, selon la formule de Jean Rostand. *Cf.* également Gordon RATTRAY-TAYLOR, *op. cit.*, pp. 31–41.

92. La thérapie expérimentale a pour objectif immédiat le bien-être des patients : elle est donc de nature curative alors que la recherche expérimentale vise essentiellement à l'acquisition des connaissances quand bien même elle puisse être bénéfique pour le sujet. Sur la distinction, *vide* W. F. BOWKER, « Experimentations on Human and Gifts of Tissue : articles 20–23 of the Civil Code », (1973) 19 *McGill L.J.* 161, p. 165–166, et J.-G. CASTEL, « *Legal Implications of Biomedical Science and Technology in the Twenty-First Century* », *op. cit.*, note 9, à la p. 121.

93. *Cf.* Michèle RIVET, *loc. cit. supra*, note 88.

94. *National Research Act*, Public Law 93–348, Sect. 213, 88 Stat. 342 *US Statutes at Large*, V87 ; H.R. 7724, 93 d. Cong. 2d Sess. (1974).

Mais pour le juriste et plus particulièrement pour le civiliste, ce sont les concepts de personne et de famille qui se trouvent remis en question.

Quels sont donc, en regard de notre thème, les problèmes juridiques que soulèvent ces réalités nouvelles ?

1.2.2 La problématique

Nous avons situé la problématique sur deux plans : la contraception d'une part et l'expérimentation sur le produit de la conception d'autre part. Le premier nous ramène au problème de l'avortement ; le second pose avec tout autant d'acuité celui des limites du principe de l'inviolabilité de la vie en devenir. C'est dire que nous n'aborderons pas l'aspect positif ou curatif de la question, *i.e.* le droit à l'amélioration de sa condition, qui ressortit beaucoup plus d'ailleurs du cadre de la responsabilité médicale.

Mais reprenons chacune des données.

1.2.2.1 *Le respect de la vie latente et la contraception*

À côté des anovulants qui, comme leur nom l'indique, empêchent la libération de l'œuf par l'ovaire, il existe maintenant des procédés contraceptifs qui empêchent l'implantation de l'ovule dans la matrice, nuisant ainsi au développement de l'œuf qui a été fécondé. Il s'agit essentiellement de la pilule communément appelée « la pilule du lendemain » et des dispositifs intra-utérins [95].

Or, dans la mesure où l'on considère qu'il y a potentialité de vie dès la conception, ces méthodes devraient être considérées non plus comme contraceptives mais comme abortives et, dans le cadre d'une législation qui n'admet que l'avortement thérapeutique, elles devraient être condamnées. De fait, n'entrent-elles pas déjà dans la définition du mot « moyen » de l'article 251 du *Code criminel* [96] ?

Si, par contre, on admet le point de vue du professeur Parkes qui situe l'instant de la conception au moment où l'œuf fécondé se niche

95. *Cf.* J. STEPAN et E. H. KELLOG, « The world's Laws on Contraceptive », (1974) 22 *Am. J. of Comp. L.* 615–651.

96. *Cf. supra,* note 25. Pour une étude de la question en droit américain, *vide* « Criminal Law – Abortion : The « Morning-After » Pill and other Pre-implantation Birth Control Methods and the Law », note xx, (1967) 46 *Ore. L. Rev.* 211. et « Senate Group Tackles Abortion Amendments », (1975) 3 *Intercom* 7.

dans la paroi de l'utérus [97], le problème ne se pose évidemment plus. *Quid* cependant si la fécondation *in vitro* peut être suivie du développement de l'embryon, puis du fœtus ? Les expériences réalisées dans ce domaine risquent en effet de remettre sérieusement en cause ces préceptes. Doivent-elles, elles aussi, être condamnées ? Mais nous abordons déjà le second volet de la question, celui de l'expérimentation sur le produit de la conception.

1.2.2.2 *La vie en devenir et l'acquisition des connaissances*

L'intérêt de la science peut-il justifier qu'on porte atteinte à la vie latente et qu'on se livre à des expérimentations sur le produit de la conception ? Peut-on, en ce domaine, raisonner par analogie avec les principes qui gouvernent l'expérimentation sur les êtres humains [98] ?

Il ne s'agit pas en effet de contester la valeur de ces recherches par rapport à l'amélioration de la condition humaine, mais de mesurer les risques que l'expérimentation présente par rapport à l'avantage espéré. Mais là s'arrête l'analogie, encore qu'en ce domaine les risques comme l'avantage soient difficiles à évaluer.

Le sujet, par hypothèse, ne peut donner un consentement éclairé. Qui, dans ces circonstances, peut consentir à l'expérimentation et sur quel fondement ?

Doit-on distinguer à cet égard le blastocyte de l'embryon et l'embryon du fœtus ? Faut-il s'attacher à l'environnement, selon que ce dernier est naturel ou purement artificiel ? Doit-on protéger le produit de la conception mort au même titre que celui qui est vivant ?

Ces questions font l'objet de nombreuses controverses au regard, notamment, de la fécondation *in vitro* et des transplants d'embryons. Certains les condamnent parce qu'ils ne sont pas de nature essentiellement curative et qu'il existe d'autres moyens de remédier à la stérilité [99]. Mais

97. Gordon RATTREY-TAYLOR, *op. cit.*, pp. 55 et 64. Mais la conception n'est-elle pas en elle-même un processus graduel : « [moment of conception] is a figment of the imagination, since conception like everything else is a process which takes time » : WILLIAMS, « The Legalization of Medical Abortion », (1964) 21 *Eug. Rev.* 19, cité par Donald W. BRODIE, « The New Biology and the Prenatal Child », (1970) 9 *J. of Fam. L.* 391, note 2.
98. Art. 20 et suivants *C.c.*
99. C'est notamment la position de l'American Medical Association : Editorial, « Genetic Engineering in Man : Ethical Considerations », (1972) 220 *A.M.A.J.* 721.

si l'insémination artificielle peut être considérée comme une thérapie, comment alors justifier la distinction [100] ? Par ailleurs si, à long terme, la fécondation *in vitro* peut permettre d'éliminer les hasards et les risques de l'accouchement et de la grossesse, comment alors ne pas l'encourager [101] ?

D'autres sont partisans d'un moratoire et de reprendre la discussion une fois que les recherches effectuées sur des primates supérieurs auront permis de mieux évaluer les risques et d'établir de manière systématique les bases scientifiques de la manipulation *in vitro* chez l'homme [102]. C'est

---

100. « The principal justification for attempting in vitro fertilization and reimplantation of human embryos (rather than, say, adoption or artificial insemination) has been to afford childless couples a means of having their own offspring. (In the United States, there are some two and a half million childless couples, a small proportion of whom would qualify for in vitro procedures.) [...] When we speak of justification for medical practice, we are talking simply about a universal obligation to relieve suffering. And childlessness is a particularly acute form of such suffering. There is a deep and pervasive felt need for family lineage and continuity of generations common to all peoples ; I believe that human compassion dictates a response to individual couples who strongly sense that need, including the provision of in vitro fertilization. » LAPPE, « *Ethics of in vitro Fertilization : Risk taking for the Unborn* », 2 Hastings Center Report, 2, cité par Mary Ann OAKLEY, in « Test Tube Babies : Proposals for Legal Regulation of New Methods of Human conception and Prenatal Development », (1974) *F.L.Q.* 385–400.

101. « We are sure that these studies will enhance the understanding of the basis of human conception and may provide valuable data on new clinical approaches to other human problems. We believe that our studies conform with the Hippocratic Oath in that they are for the benefit of patients and not for their hurt or for any wrong – indeed we believe they hold out the prospect of widespread benefit. » : R. G. EDWARDS et P. C. STEPTOE, « Biological Aspects of Embryo Transfer, » *in* CBA FOUNDATION, *Symposium : Legal and Other Aspects of Artificial Insemination by Donor (A.I.D.) and Embryo Transfer,* 11, pp. 16–17. *Cf.* également R. G. EDWARDS et D. J. SHARPE, « Social values and Research in Human Embryology », (1971) 231 *Nature* 87-91.

102. « The moral issue of human embryo manipulation is so great and of such importance to the course of the history of man, that nothing short of a consensus of the scientific communities involved would be needed before proceeding [...] The first step would be a moratorium on experiments leading directly to human egg implantation. The second would be the establishment of an international body to study systematically the scientific bases of in vitro manipulation in man. Finally, one can only hope that the first baby fertilized in vitro would be produced as the endpoint of a collective and public effort of responsible scientists, and not as the premature experiment

d'ailleurs l'attitude qu'a adoptée le Congrès des États-Unis puisqu'il a interdit toute expérimentation sur le fœtus humain vivant dans les établissements fédéraux jusqu'à ce que la Commission nationale, instituée par la même loi en vue d'étudier les problèmes que soulève l'expérimentation sur les êtres humains, ait déposé son rapport [103]. Nous en comparerons ici les conclusions avec le projet élaboré en 1974 par le Ministère de la santé, de l'éducation et du bien-être et la législation adoptée par certains États de ce pays.

La position du Ministère américain de la santé et du bien-être

Le projet, au même titre que le rapport de la Commission fédérale, couvre les multiples facettes du problème que peuvent soulever la recherche et l'expérimentation sur les êtres humains [104]. Nous n'en retiendrons que les éléments qui portent sur le produit de la conception.

Dans un premier stade, le ministère recommande l'établissement, dans chacune de ses agences, d'un comité éthique de révision multidisciplinaire, afin de promouvoir « *a rigourous review of ethical issues in research involving human subjects by people whose interests are not solely those of the scientific community* » [105]. À cet organisme, le projet superpose un comité de protection qui, dans chaque institution, superviserait la sélection des sujets [106].

Par ailleurs et compte tenu de l'intérêt que présente la recherche dans le domaine de la fécondation *in vitro*, celle-ci doit être encouragée, mais elle ne peut se poursuivre que si on la situe dans un cadre

---

of a single physician or scientist. » : LAPPE, *loc. cit.*, p. 9. Comparer avec L. R. KASS, « Babies by Means of in vitro Fertilization : unethical experiments on the unborn », cité par Michèle RIVET, *loc. cit.*, *supra*, note 8.

103. *Cf.* « Panel Calls for End to Fetal Study Ban », (1975) vol. 3 *Intercom* nº 5, pp. 1 et 3. Le rapport de la Commission a été déposé au mois de mai. La plupart de ses recommandations se trouvent aujourd'hui incorporées dans les règlements relatifs à la recherche subventionnée par le Ministère de la santé, de l'éducation et du bien-être [Federal Reg. 11854, 8 août 1975]. *Cf.* (1975) vol. 3 *Intercom* nº 9, p. 14, et Dale H. COWAN, *op. cit.*, *loc. cit.* en *annexe*, note 9.

104. Devenu (1974) 45 C.F.R. §§ 46.1–22 et amendé par (1975) 40 Fed. Reg. *Cf.* également, NATIONAL INSTITUTE OF HEALTH, PUBLIC HEALTH SERVICE, U.S. DEP'T OF HEALTH, *Education and Welfare, The Institutional Guide to DHEW Policy on Protection of Human Subjects*, D.H.E.W. Pub. L. nº [NIH] 72–102, 1971 (*Institutional Guide*).

105. *Protection of Human Subjects : Policies and Procedures*, 38 Fed. Reg. 221 (16 nov. 1973), tel qu'amendé par 39 Fed. Reg. 105 (30 mai 1974).

106. *Cf.* Mary Ann B. OAKLEY, *loc. cit.*, p. 396.

déterminé [107]. À cette fin, il est proposé que le comité éthique de révision base sa décision finale sur les critères suivants :

> Care must be taken not to bring human ova fertilized in vitro to viability — whether in the laboratory or implanted in the uterus — until the safety of the technique has been demonstrated as far as possible in sub-human primates. To this end :
>
> 1. All proposals for research involving human *in vitro* fertilization must be reviewed by the Ethical Review Board.
>
> 2. No research involving the implantation of human ova fertilized in the laboratory into recipient women should be supported until the appropriate scientific review boards are satisfied that there has been sufficient work in animals (including sub-human primates) to demonstrate the safety of the technique. It is recommended that this determination of safety include studies of natural born offspring of the products of *in vitro* fertilization.
>
> 3. No implantation of human ova fertlized in the laboratory should be attempted until guidelines are developed governing the responsibilities of the donor and recipient « parents » and of research institutions and personnel [108].

D'une part donc, on admet que la fécondation *in vitro* puisse avoir pour objectif *et* l'implantation de l'embryon *et* son développement *ex utero* ; d'autre part, mais de manière indirecte, on se trouve à imposer un moratoire dans ce domaine de la recherche, puisqu'on exige avant de les mettre en œuvre que ces techniques ne présentent pas plus de risques qu'une grossesse ordinaire [109]. Or comment s'en assurer tant qu'on ne les a pas expérimentées ? L'expérimentation sur les animaux n'est pas en effet un critère certain, car l'organisme et le produit de la conception humains peuvent réagir différemment [110]. Mais, quelles sont, sur ce plan, les conclusions de la Commission fédérale américaine ?

Le rapport de la Commission Ryan et le droit à l'intégrité du produit de la conception

La Commission, dans un premier temps, recommande la levée du moratoire précédemment voté par le Congrès par rapport à ce domaine de la recherche, autorisant ainsi sa poursuite dans le cadre de la législation

107. *Id.*, note 82.
108. *Ibid.*, p. 397.
109. P. 398.
110. Sur ce point, *vide* les observations de David A. GORDON, « The Unborn Plaintiff, *op. cit.*, p. 606.

actuelle [111]. Dans un deuxième temps, elle suggère l'adoption d'un certain nombre de lignes directrices qui pourraient s'appliquer aux investigations scientifiques dans un avenir ultérieur : elle oppose, sur ce plan, la thérapie expérimentale à la recherche expérimentale.

Sur le premier plan, *i.e.* la recherche thérapeutique, la Commission recommande que le Ministère de la santé, de l'éducation et du bien-être encourage, appuie et dirige même la thérapie expérimentale sur le fœtus, en autant qu'elle soit conforme à l'éthique et aux standards médicaux et que, conformément à la procédure existante, les parents y aient donné leur consentement éclairé. Le même appui devrait être apporté à la recherche sur la femme enceinte, sous réserve ici encore du consentement éclairé de cette dernière et dans la mesure où elle implique pour le fœtus le minimum de risques compatible avec les soins qui lui sont nécessaires [112].

En ce qui concerne la recherche expérimentale, il n'est plus question d'encouragement ni de soutien de la part du Ministère. La Commission cependant s'est entendue sur un certain nombre de critères qui pourraient guider son attitude dans ce domaine. Quatre points essentiellement ont retenu son attention : l'évaluation des risques par rapport à l'intérêt scientifique de la recherche ; le consentement éclairé de la mère et l'absence d'opposition du père ; le concept de viabilité et les problèmes d'éthique que soulèvent la libéralisation et la pratique de l'avortement.

Ces conditions ont été résumées comme suit :

> Nontherapeutic research on the pregnant woman should be evaluated and understood to impose only a minimal risk to the fetus's well-being, and be conducted with the woman's informed consent, particularly with regard to the implications for the fetus, under a monitored process. Further, the nontherapeutic research with the pregnant woman may be carried out « only if the father has not objected, both where abortion is not an issue and where an abortion is anticipated ».
>
> All nontherapeutic research with the fetus, whether *in utero*, in an abortion or anticipated abortion, or in the case of a viable infant, must have as its purpose « important biomedical knowledge that cannot be obtained by alternative means » and must be preceded by investigations on animal models and nonpregnant humans (when appropriated).
>
> Nontherapeutic research involving the fetus during the abortion procedure and the nonviable fetus *eex utero* is limited to fetuses less than

111. *Cf. op. cit. supra*, note 103, p. 1. Soulignons qu'à l'expiration de son mandat (fin 1976), la Commission sera remplacée par un Conseil consultatif national. *Cf. Pub. L.* nº 94–348, 88 Stat : 342, § 211 (a).

112. *Id.*

> 20 weeks gestation age. The mother must give properly monitored informed consent, and the father must not object. No « significant procedural changes » may be introduced into the abortion procedure for research purposes alone, and no survival-threatening « intrusion into the fetus » may be made.
>
> A national ethical review board should be established by HEM to approve research presenting special problems under the recommended guidelines, especialy as they relate to nonthrapeutic work involving the fetus when abortion is anticipated or being carried out, or when it concerns a nonviable fetus *ex utero*. Public attendance and participation in the national review process is urged [113].

Ces recommandations se trouvent donc à couvrir toutes les dimensions de la recherche. Mais les conditions négatives précédemment invoquées, avec peut-être un peu plus de nuances, y sont toujours présentes.

Les différents États qui ont légiféré sur la question se sont montrés encore plus circonspects. C'est ainsi notamment que l'État du Kentucky prohibe toute expérimentation sur le produit de la conception viable [114]. La loi adoptée récemment par le Massachusetts, par contre, n'est pas sans analogie avec les recommandations de la Commission.

La législation étatique : le cas du Massachusetts

Depuis le 26 juin 1974, l'expérimentation sur le fœtus humain vivant, que ce soit *ex* ou *in utero*, est prohibée au Massachusetts [115]. La loi qui réglemente par ailleurs l'expérimentation sur le fœtus « mort » admet cependant quelques exceptions au regard du fœtus vivant.

Ce dernier, qui englobe l'embryon et l'enfant prématuré, est défini comme « *one showing evidence of life as determined by the same medical criteria as are used in determining life in a spontaneously aborted fetus of the same gestional development* ». C'est dire qu'on laisse au médecin le soin de déterminer s'il y a vie latente ou non [116].

Mais voyons plutôt les cas dans lesquels la loi tolère l'expérimentation sur le produit de la conception tel que défini. Ils sont au nombre de trois.

---

113. p. 3.
114. « Kentucky Latest to Lose on Abortion Law », (1975) vol. 3 *Intercom* nº 1, p. 8.
115. *An Act Prohibiting Experimentation on Human Fetuses,* Massachusetts Acts of 1974, Ch. 221. La violation de cette loi constitue un crime passible d'une peine allant jusqu'à cinq ans d'emprisonnement.
116. *Cf.* William J. CURRAN, « Experimentation Becomes a crime : Fetal Research in Massachusetts », (1975) 292 *N. Engl. J. of Med.* 300–301.

La première exception concerne les méthodes qui permettent de diagnostiquer l'état de santé du fœtus et de savoir s'il est toujours en vie [117].

La seconde couvre les cas dans lesquels la vie ou la santé de la mère et du fœtus sont en danger et où donc il s'agit de les préserver. En d'autres termes, on se trouve à exclure de la définition du mot « expérimentation » la thérapie expérimentale [118].

La dernière réserve par contre vient limiter considérablement la portée du principe. On entre ici dans le champ de la recherche expérimentale : la loi, en effet, autorise l'étude du fœtus *in utero* mais en autant que les techniques employées ne présentent pas de rissques sérieux pour la vie et la santé de ce dernier et que la mère n'a pas l'intention de se faire avorter [119].

Sur le plan de l'évaluation des risques, la loi est donc beaucoup moins restrictive que les recommandations dont nous avons fait état précédemment. Il n'est pas question ici d'investigations préalables sur des animaux, encore que les mots « *do not substantially jeopardize* » [119a] puissent recouvrir cette exigence. Il est vrai également que certains termes demanderaient à être précisés. Ainsi, que faut-il entendre par « *procedures incident to study human fetus* » [119b] ? De quelles techniques s'agit-il ? Cette ambiguïté, qui de prime abord pourrait s'interpréter dans l'intérêt du chercheur, ne constitue-telle pas au contraire une épée de Damoclès [120] ? N'oublions pas en effet que nous sommes en matière criminelle !

---

117. *Id.* On se trouve donc à couvrir des méthodes telles que l'amniosynthèse qui permettent de diagnostiquer certaines anomalies chromosomiques. *Cf. supra*, note 90.

118. « The law does not apply to the use of diagnostic tests to determine the state of health of the fetus, or to determine whether it is alive. This exception was specifically intended to cover such procedures as amniocentesis seeking information on birth defects, including genetic disorders. The law does not apply to the use of « remedial procedures » intended to preserve the life or health of the fetus or of the mother. » William J. CURRAN, *loc. cit.*, p. 300.

119. « The law allows « procedures incident to the study of a human fetus » within the womb to be conducted if such procedures do not « substantially jeopardize » the life or health of the fetus, and if the fetus is not the subject of a « Planned abortion ». » *Ibid.*

119a. Dans le texte cité en note 119.

119b. Dans le texte cité en note 119.

120. *Id.*, p. 301.

Le chercheur, par contre, se trouve mieux protégé en ce qui a trait à la restriction relative à l'expérimentation sur le fœtus dont on a planifié l'avortement. À cet égard, l'attestation écrite de la mère, qu'il n'est pas dans ses intentions au moment de l'expérimentation de se faire avorter, constitue une présomption irréfragable de l'absence de toute intention et de toute tractation à cet effet.

Cette concession faite au chercheur ne nous apparaît pas sans danger et si la possibilité du chantage dont il pourrait être victime peut la justifier, il nous semble à tout le moins qu'on aurait pu se montrer plus exigeant sur la forme et le contenu de l'attestation. Il est vrai que la loi interdit à toute personne de vendre, céder, distribuer ou donner un fœtus aux fins d'une utilisation qui ne serait pas conforme aux dispositions de la loi [121], prohibition que certains interprètent comme limitée au produit de la conception vivant [122].

Au regard du fœtus « mort », il ne semble pas, en effet, que l'expérimentation soit soumise à d'autres conditions que celle du consentement de la mère. Encore faut-il que cette dernière soit âgée de 18 ans ou plus. D'autre part, la loi interdit aux médecins de pratiquer ou d'offrir de pratiquer gratuitement un avortement en vue d'obtenir l'autorisation d'utiliser le fœtus pour fins de recherche [123].

Bien que différentes dans leur approche, les solutions que nous venons de présenter renferment les mêmes variables et gardent la même constante : celle de la dimension sociale du produit de la conception et ses corollaires, *i.e.* la nécessité d'intégrer certaines réalités scientifiques à la dimension légale jusque-là reconnue à la vie latente et d'en tracer le cadre juridique.

Sur le plan du droit criminel ,il s'agit donc de préciser, en termes d'infractions et d'immunités ,le principe de l'inviolabilité de la vie en devenir au regard, non plus des droits de la mère, mais de celui des tiers.

Il n'est pas nécessaire non plus de bouleverser les principes qui régissent la reconnaissance civile du fœtus ou de l'embryon. De fait, il ne s'agit pas tant d'innover que de préciser.

---

121. *Id.*
122. C'est tout au moins l'opinion de Monsieur CURRAN, *loc. cit.*
123. P. 301.

1.3 Les solutions possibles

1.3.1 Une nouvelle dimension de la condition prénatale

Il ne s'agit pas en effet de reconnaître au produit de la conception la qualité de personne avec tous les droits qui y sont afférents, mais plutôt d'organiser un régime juridique qui soit propre à la condition prénatale.

Nous ne pensons pas non plus qu'il soit nécessaire de lui donner un cadre général, tout au moins pour le moment. Mais en partant du postulat que l'enfant simplement conçu a les mêmes droits que le nouveau-né, que viennent limiter cependant les particularités que présentent sa potentialité et son environnement, on pourrait élaborer un certain nombre de principes qui permettraient de forger des solutions juridiques aux problèmes concrets précédemment évoqués.

C'est la solution que propose Donald W. Brodie :

> In determining the legal protection to be extended to the prenatal child it may be helpful to start with the assumption that the prenatal child has rights similar to those of the postnatal child, limited, of course, by the peculiarities of his particular environment. It will then be necessary to ask whether these rights should be recognized in a particular instance when weighed against other socio-scientific interests. The assumption of rights and the balancing process would avoid both metaphysical speculation as to whether the prenatal child « exists » as an entity to which rights can adhere and pseudo-scientific debate on topics such as viability [124].

Partant de ce postulat, on pourrait transposer, en les adaptant, les normes qui régissent les conventions sur le corps humain [125]. Mais les solutions proposées par nos voisins du Sud sont-elles transposables en droit canadien et québécois ?

1.3.2 Les normes de référence : avortement thérapeutique *v.* avortement sur demande

Enfore faut-il, en effet, circonscrire les normes de référence, car les variables peuvent être plus ou moins nombreuses selon que, au-delà du droit à la vie et à la santé de la mère, on lui reconnaît ou non, en-deçà d'un certain seuil, le droit d'interrompre délibérément sa grossesse. Tout dépend donc du système de valeurs dans lequel on se situe.

---

124. « The New Biology and the Prenatal Child », *op. cit., supra,* note 97, p. 403.
125. *Cf.* articles 20 à 22 *C.c.*

Il nous semble en effet que dans le cadre d'une législation qui n'admet que l'avortement thérapeutique, l'expérimentation sur le produit de la conception vivant ne peut être permise. Une telle éventualité serait par ailleurs incompatible, sur le plan du droit civil, avec la règle selon laquelle seul le mineur doué de discernement peut, à certaines conditions, se soumettre à une expérimentation [126]. Il n'y a donc que la thérapie expérimentale qui puisse justifier des exceptions et elle doit alors être strictement réglementée.

Il en va différemment, par contre, dans la seconde hypothèse où l'on raisonne en termes de sémantique, *i.e.* en fonction des différentes phases du développement du produit de la conception. Est-ce à dire que dans ces circonstances, la recherche scientifique doit rester en dehors de tout contrôle et que l'embryon et le fœtus non viable n'ont pas à être protégés ? Nous ne le pensons pas. Mais il reste qu'il y a déplacement dans l'échelle des valeurs et il devient alors plus difficile de contester la légitimité de la recherche scientifique, tout au moins lorsqu'il n'y a pas disproportion entre les risques encourus et l'avantage qu'on peut espérer en retirer à long ou à moyen terme. Ceci oblige évidemment à distinguer le fœtus viable du fœtus non viable.

La loi canadienne, nous l'avons vu, ne tolère que l'avortement thérapeutique. Nous n'envisageons donc que la première hypothèse.

1.3.3 La thérapie expérimentale et le droit à l'intégrité du produit de la conception

Il s'agit donc ici de déterminer dans quel cadre et à quelles conditions le médecin, en vue d'améliorer ou d'aider à améliorer la condition actuelle du sujet ou du patient, peut utiliser des méthodes qui excèdent le cadre de la thérapeutique courante et dont la potentialité de risques est supérieure à la normale.

Légitimes en soi lorsque pratiqués sur la personne humaine, ces actes alors n'engagent la responsabilité du médecin que si ce dernier s'est écarté de l'éthique et des standards médicaux ou qu'il n'a pas obtenu le consentement éclairé de cette dernière. Il suffirait alors de transposer ces normes au regard du fœtus en les limitant cependant au cadre de

126. *Cf.* Art. 20 du *Code civil.*

la responsabilité criminelle [127]. Il ne peut être question évidemment d'accorder un recours en dommages-intérêts au produit de la conception : seule l'acquisition de la personnalité juridique au sens traditionnel du terme peut lui donner l'aptitude à exercer ce droit [128]. Pas plus sa mort d'ailleurs, en tant que potentialité, ne peut-elle engendrer l'ouverture d'un recours personnel pour les parents.

En admettant même qu'on puisse évaluer l'incidence de la négligence ou de la faute du professionnel et de manière plus générale des tiers, relativement à la perte d'un fœtus viable *in utero*, le droit québécois, nous l'avons vu, ne reconnaît pas l'indemnisation du *solatium doloris* [129]. Ceci n'exclut pas pour autant la possibilité d'un recours au regard du préjudice matériel qui peut en résulter. Mais le fondement du droit d'action devient alors différent [130].

Outre le problème qu'engendre la reconnaissance du produit de la conception en tant qu'entité légale sur le plan de la responsabilité, que l'on distingue ou non celui qui est capable de vie de celui qui ne l'est pas, deux questions restent à déterminer : celle du consentement d'une part et celle de la nécessité de définir les techniques que peut recouvrir la thérapie prénatale, d'autre part.

La première n'appelle pas de commentaires particuliers. Le sujet, par hypothèse, n'étant pas apte à exprimer son consentement à la

---

127. Il s'agit essentiellement des dispositions des articles 198, 199 et 45 du *Code criminel* qui se lisent comme suit :

Art. 198 : « Quiconque entreprend d'administrer un traitement chirurgical ou médical à une autre personne ou d'accomplir un autre acte légitime qui peut mettre en danger la vie d'une autre personne est, sauf dans les cas de nécessité, légalement tenu d'apporter, en ce faisant, une connaissance, une habileté et des soins raisonnables. »

Art. 199 : « Quiconque entreprend d'accomplir un acte est légalement tenu de l'accomplir si une omission de le faire met ou peut mettre la vie humaine en danger. »

Art. 45 : « 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'espérance. »

128. *Cf. supra*, nº 1.1.3.

129. *Cf. supra*, note 46a.

130. Ce recours serait alors fondé sur l'article 1053 du *Code civil*.

thérapeutique déterminée, ce serait donc aux parents de décider [131]. Dans la mesure où il s'agit de thérapie, il ne nous semble pas nécessaire de se montrer plus exigeant. Sur le plan de la forme, on exigerait selon la procédure habituelle un écrit, et les parents, bien entendu, pourraient toujours le révoquer [132].

La deuxième question est plus délicate car elle soulève, au regard de la mère, la question de savoir si l'implantation d'embryon peut être considérée de nature thérapeutique ou expérimentale. Mais quelle que soit l'option, n'est-elle pas incompatible avec notre échelle de valeurs, puisque par hypothèse le sujet est incapable de discernement ?

La solution peut paraître rigide car elle aboutit à geler l'essor de la recherche scientifique. Mais ne rejoint-elle pas, en regard du droit positif, les énoncés de politique des autorités publiques américaines qui, avant de se prononcer, veulent rechercher le pouls de la société ? Advenant un changement dans ses normes de référence, elle pourra toujours être révisée. Mais il ne nous appartient pas de la devancer .

DEUXIÈME PARTIE

LA MORT ET LES DROITS DU MOURANT

La loi, nous l'avons vu, n'a pas donné de définition de la mort ; elle se contente de la consigner, laissant au médecin le soin de la constater [133]. Mais si jusqu'à tout récemment, la solution ne présentait guère de problèmes, il en va différemment aujourd'hui où deux faits nouveaux obligent juristes et médecins à repenser le problème de la détermination et de la constatation de la mort : 1° la possibilité d'assurer par des moyens artificiels la circulation d'un sang oxygéné dans un organisme atteint d'une manière irréversible ; 2° la transplantation d'organes prélevés sur le cadavre, comme le cœur ou les reins.

Dès lors, une première question se pose : quel est le statut juridique du patient dont la « vie » est ainsi entretenue artificiellement ? Doit-on s'en tenir au critère classique de la mort clinique (arrêt des fonctions cardiaques et respiratoires) ou doit-on retenir la notion plus moderne de la décérébration ou coma dépassé qui correspond à la mort biologique (cessation

131. *Cf. supra,* les recommandations de la Commission fédérale américaine.
132. *Cf. supra,* note 126.
133. *Cf. supra,* texte au-dessus de la note 15.

fonctionnelle et sans espoir de récupération des organes vitaux, notamment du cerveau) [134] ? En d'autres termes, où et quand, dans une telle hypothèse, peut être signée la déclaration de décès [135] ?

La question est d'autant plus importante, nous dit M. Roger Nerson, qu'au-delà du problème technique de l'administration de la preuve, les organes nobles de ces malades sont en excellent état et constituent une des meilleures sources possibles de greffes que nous ayons aujourd'hui [136] ; peut-on alors autoriser le médecin à prélever un de ces organes sur un patient qui, quoique médicalement irrécupérable, n'est pas encore véritablement un cadavre [137] ? À supposer même que certains critères puissent rallier les autorités médicales dont les opinions à l'heure actuelle sont divergentes autour d'une définition de la mort cérébrale, la solution sur le plan des valeurs morales et religieuses serait-elle acceptable ?

Au-delà de ces questions qui, sur le plan légal, obligent à circonscrire la responsabilité civile et criminelle du médecin effectuant le prélèvement et qui posent donc la question de savoir si le juriste doit s'impliquer plus avant dans le processus graduel qui conduit à la mort [138], surgit un autre problème : le médecin a-t-il l'obligation de prolonger la vie d'une personne dont la mort est inévitable, est-il légalement et déontologiquement seul maître de la décision d'interrompre les moyens mécaniques ou le traitement qui sert de support à la vie d'un patient déjà engagé dans le processus de la mort ? Le problème dépasse ici le cadre du patient qui n'est plus qu'une « préparation expérimentale » [139] en vue d'une transplantation : c'est tout le problème de l'euthanasie, mais c'est encore celui de la dignité de la mort. Voyons concrètement quelles sont les incidences des données médicales précédemment mentionnées.

---

134. Jean-Louis BAUDOUIN, « Les incidences de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil », *op. cit.*, p. 228.

135. Le problème se pose, notamment dans le cas des transplantations cardiaques lorsque donateur et donataire résident dans des pays ou des États différents. *Cf.* Jean-Louis BAUDOUIN, *op. cit, supra*, p. 229.

136. *Op. cit, supra*, note 3, p. 670.

137. *Vide* à ce sujet la jurisprudence citée *infra* nº 2.1 et 2.2.

138. Pour le lecteur curieux, mentionnons, outre les différents articles auxquels il sera référé ultérieurement dans l'exposé : William H. BAUGHMAN, John C. BRUHA et Francis J. GOULD, « Euthanasia, Criminal, Tort, Constitutional and Legislative Considerations » (1973) 48 *Notre-Dame Lawyer*, 1202–1260 ; « Euthanasia, A. Symposium Issue », (1975) 27 *Baylor L. R.* 1–108.

139. Jean-Louis BAUDOUIN, *op. cit*, p. 229.

2.1 Les implications juridiques de la détermination du moment de la mort sur le statut de la personne

Il est inutile ici de rappeler les conséquences qui, sur le plan légal, découlent de la mort. En droit civil, elles impliquent un changement d'état et il est donc important, particulièrement en droit successoral, de déterminer le moment exact de la mort. La question est tout aussi importante au regard de la notion d'homicide, en droit criminel. C'est dire que l'adoption de l'une ou l'autre des définitions possibles de l'instant du décès peut modifier fondamentalement l'issue d'un procès, ainsi qu'en témoignent ces quelques exemples tirés de la jurisprudence américaine.

Jack Mooallen, dans une étude très fouillée sur la question, fait état de huit arrêts dans lesquels les tribunaux de ce pays se sont trouvés confrontés avec la définition de la mort [140]. Deux causes essentiellement ont retenu notre attention : l'affaire *Evans* v. *Evans* [141] et l'affaire *Douglas* v. *Southwestern Life Ins. Co.* [142].

Dans le premier cas, il s'agissait de déterminer le moment précis du décès d'un mari et d'une femme impliqués dans le même accident. Le mari était mort sur le coup, mais la femme totalement inconsciente avait été transportée à l'hôpital, où pendant dix-sept jours on avait employé tous les moyens possibles pour la « ressusciter ». Passé ce délai, tout espoir avait été abandonné. Le frère du mari qui pendant tout ce temps avait agi, au nom de la femme, comme exécuteur testamentaire, prétendait cependant qu'elle n'avait jamais eu le pouvoir d'administrer les biens de son défunt mari, étant entendu que sur le plan médical sa mort remontait au moment de l'accident et que tous deux donc étaient morts au même instant. Le tribunal cependant, s'appuyant sur la définition du *Black's Law Dictionary* [143], rejeta ce point de vue au motif :

> Admittedly this condition did not exist, and as a matter of fact, it would be too much of a strain on credulity for us to believe any evidence offered to the effect that Mrs. Smith was dead, scientifically or otherwise, less the conditions set out in the definition existed [144].

---

140. « *The Moment of Death* », (1971) 12 *C. de D.* 613–644.
141. (1958) 317 S.W. 2d 275 et 229 H2K, 579.
142. (1964) 374 S.Q. 2d 788.
143. « The cessation of life ; the ceasing to exist ; defined by physicians as a total stoppage of the circulation of the blood, and a cessation of the animal and vital functions consequent thereupon, such as respiration, pulsation, etc. » 2ème éd., 1975.
144. Cité par Jack MOOALLEN, *op. cit.*, p. 617.

Transposée en droit québécois, la solution revenait à rejeter l'application de la théorie des comourants telle qu'elle résulte des articles 603 et suivants du *Code civil*. Il en eut été différemment par contre si la Cour avait accepté la définition de la mort cérébrale. L'ordre de la dévolution successorale aurait alors été bouleversé.

Cette même définition a également été rejetée dans le second des arrêts précités ; il s'agissait ici de savoir si les bénéficiaires de la police d'assurance souscrite par le défunt avaient droit, aux termes du contrat, d'en réclamer le paiement. L'assuré en état de coma prolongé avait été réanimé puis maintenu en vie artificiellement par les médecins pendant les cent vingt jours qui avaient suivi l'accident. Or l'indemnité n'était payable que si la mort survenait dans les quatre-vingt-dix jours de la cause du décès. Les bénéficiaires de l'assurance prétendaient évidemment que, les conditions du contrat étant remplies, ils avaient droit de réclamer le montant qui avait été souscrit. La Cour ici encore rejeta leurs prétentions :

> Death is not an ambiguous term, and there is no room for construction. Death has been defined as the termination of life and as the state or condition of being dead [145].

Mais si l'absence de normes précises de références peut entraîner des confusions et des iniquités au niveau de l'extinction et de l'ouverture des droits qui sont consécutifs au décès d'une personne, le problème prend une envergure différente lorsqu'on se situe sur le plan du droit à la vie et du droit à l'intégrité du corps humain. La nécessité de normes de référence devient alors plus évidente tant au regard du patient que du médecin.

2.2 La détermination du moment de la mort et le prélèvement d'organes et de tissus humains

Les récents progrès réalisés dans le domaine des transplantations et des greffes d'organes posent tout d'abord le problème de la licéité des prélèvements *post-mortem* au regard du principe de l'indisponibilité et de l'inviolabilité du corps humain.

La législature québécoise, nous l'avons vu, a pris position sur ce sujet. Au-delà de la liberté pour tout individu de disposer librement de son cadavre, énoncée à l'article 21 du *Code civil*, dès l'article suivant elle

145. *Idem.*

autorise également, en l'absence de testament, les prélèvements sur le cadavre des défunts :

> Un médecin peut effectuer un prélèvement sur un cadavre si, à défaut de directives du défunt, il obtient le consentement du conjoint ou du parent le plus rapproché.
>
> Ce consentement n'est pas nécessaire lorsque deux médecins attestent par écrit l'impossibilité de l'obtenir en temps utile, l'urgence de l'intervention et l'espoir sérieux de sauver une vie humaine.
>
> La mort du donneur doit être constatée par deux médecins qui ne participent en aucune manière à ce prélèvement ni à une transplantation.

L'équipe qui procède à un prélèvement en vue d'une transplantation dans de telles circonstances ne jouit cependant pas d'une immunité totale contre toute action civile ou criminelle.

Le cas suivant, cité par Jack Mooallen, illustre bien le problème :

> An inquest was held in Newcastle on a man who fell backwards on to his head after being butted in a fight. About fourteen hours after admission to hospital he stopped breathing and was connected to an artificial respirator. Twenty-four hours later, with his wife's consent, a kidney was removed and grafted into another man. After the nephrectomu the respirator was disconnected and it was found that there was no spontaneous respiration or circulation of the blood. A medical witness said that the man had virtually died at the time when he was put on the respirator, although it would be legally correct to say that death did not occur until 24 hours later, when breathing and the heart beat had ceased.
>
> The cause of death was cerebral damage associated with a fractured skull. A neuro-surgeon said that there was no hope of survival from the brain injury and that the patient was only put on the respirator because a kidney was wanted for transplantation. The recipient of the kidney died 3 weeks later. The assailant was committed for trial by the Coroner after a jury's verdict of manslaughter. The Coroner had consented to the removal of the kidney in accordance with the Human Tissue Act, 1961, section 1 (5) and the jury found that this had not contributed to death [146].

On conçoit donc qu'en l'absence de toute certitude sur la correspondance exacte entre la définition judiciaire et la définition médicale de la mort, les médecins-chirurgiens préfèrent se montrer prudents et ne procèdent généralement pas au prélèvement avant l'arrêt du respirateur artificiel. Nous avons déjà souligné cependant à quel point il était important pour le succès des greffes et transplantations d'organes et plus

146. *R.* v. *Potter in op. cit.*, pp. 626–627.

particulièrement encore les transplantations cardiaques [147], que le prélèvement soit opéré au plus vite, compte tenu des modifications immunologiques et tissulaires qu'entraîne l'arrêt de la circulation.

Mais le fait que les autorités médicales, comme il le semble, puissent s'accorder sur des critères précis qui permettent sans aucune ambiguïté de situer le moment précis de la mort est-il suffisant pour les protéger contre un éventuel recours sur le plan criminel ? L'affaire *Potter* ne constitue pas nécessairement un précédent [148] et il faut tenir compte en outre du problème qui se soulève sur le plan de la morale et de l'éthique pour le médecin ainsi situé au carrefour de la vie et de la mort [149]. Doit-on dans ces circonstances lui laisser toute la responsabilité du diagnostic ou doit-on intervenir de manière à situer le moment à partir duquel l'individu quitte le royaume des vivants ?

Quelle est à cet égard l'attitude des juristes et du corps médical ?

2.3 La définition de la mort : une question qui relève de l'éthique ou un problème qui doit être tranché par le législateur?

Les implications morales, religieuses, philosophiques et légales que soulèvent en l'état actuel de la science la détermination et la constatation du moment de la mort ont amené les autorités médicales à définir, en des termes précis et qui puissent rallier le corps médical, l'ensemble des critères qui peuvent permettre de conclure et de déterminer l'instant de la mort cérébrale. Ce n'est donc pas le concept en soi mais plutôt la question du diagnostic qui soulève des divergences d'opinions.

Dans un rapport publié en 1968, un comité spécial de la faculté de médecine de l'Université Harvard, après avoir énuméré les caractéristiques que présente le coma dépassé, résumait ainsi son opinion :

> In this report, however, we suggest that responsible medical opinion is ready to adopt new criteria for pronouncing death to have occured in an individual sustaining irreversible coma as a result of permanent brain damage. If this position is adopted by the medical community, it can form the basis for change in the current legal concept of death. No statutory change in the law should be necessary since the law treats this question essentially as one of fact to be determined by physicians. The only circumstance in which it would be necessary that legislation

147. *Cf. supra,* introduction à la 2e partie et les auteurs cités.
148. *Supra,* note 144. *Vide* également, au Canada, le cas cité par Robert LEVIN *in* « Uptading Time of Death », (1972) 39 *Man. Bar News* 192, p. 193.
149. *Cf.* Jack MOOALLEN, *op. cit.,* p. 630 et *seq.*

be offered in the various states to define « death » by law would be in the event that great controversy were engendered surrounding the subject and physicians were unable to agree on the new medical criteria [150].

Les critères retenus par le comité s'énumèrent comme suit :

— l'absence totale de réaction chez le malade (*unreceptivity* and *unresponsitivity*) ;

— l'absence de mouvements, en particulier de mouvements respiratoires (*no movements or breathing*) ;

— l'absence d'activité électrique cérébrale (*flat electroencephalogram*) ;

— l'exclusion formelle d'une hypothermie (*temperature below* 32.2 C) et de la présence dans l'organisme de dépresseurs du système nerveux central comme les barbituriques (*central nervous system depressants, such as barbiturates*) et la répétition au moins 24 heures plus tard des examens précédemment décrits [151].

Le rapport concluait en insistant sur le fait que la condition du patient ne pouvait être déterminée que par un clinicien.

Ces conclusions et ces critères ont été approuvés par l'Association médicale canadienne lors de la 65e session du comité d'éthique médicale de l'Association médicale mondiale en février 1969 [152], lequel cependant considéra qu'en l'état actuel de la médecine, aucun critère technique ne pouvait être entièrement satisfaisant et qu'au-delà de critères objectifs, le jugement du clinicien restait le facteur déterminant [153].

Si donc, comme le porte à croire l'impact du rapport du comité de l'Université Harvard, les autorités médicales en viennent à une définition uniforme de la mort cérébrale, le prélèvement d'organes ou de tissus sur un patient en état de coma irréversible, mais dont la respiration et la circulation sont entretenues par des moyens artificiels, ne devrait plus entraîner quelque ambiguïté que ce soit sur le plan juridique. Est-il bien

150. « A definition of Irreversible Coma », (1968) vol. 205 *J.A.M.A.* vol. nº 6, 35, p. 87.

151. Nous aimerions ici remercier le docteur Jean Guy Lachance, responsable de l'équipe de transplantation rénale de l'Hôtel-Dieu de Québec, qui nous a fourni la traduction française de ces critères ainsi qu'une précieuse documentation.

152. CANADIAN MEDICAL ASSOCIATION, « *Statement on Death, November 1968* », Document 17.13/69 de l'Association médicale mondiale.

153. *Cf.* Jack MOOALLEN, *op. cit.*, p. 621.

nécessaire dans ces circonstances que le législateur prenne position ? Ce n'est pas l'opinion de l'ensemble des juristes qui se sont penchés sur la question [154]. La plupart en effet considère qu'elle risque de nuire à la médecine plus que de la servir :

> The need for a legal definition of death in precise scientific terms commonly is a result of physicians' fears that such a definition would be necessary in order to afford them legal protection when they declare someone dead. This expected protection is quite illusory since such a legal definition may easily expose them to even greater risks.
>
> Although the meaning of death is quite clear, the accurate determination of the time of death, the cause of death, or the occurence of death does create some problems. As a general rule, these determinations are usually a matter of differential diagnosis through the exclusive expertise of physicians. Since twentieth century medical conditions certainly are evidence of the need for the establishment of more modernized scientific for such diagnosis, it surely is up to the medical profession to establish such a new criteria. The usual medical process of scientific investigation, scientific evaluation, scientific critiques, and eventual acceptance or rejection by the medical profession should be used in the establishment of a criteria for the diagnosis of any other human condition or illness. In any case, a legal definition of death is certainly not the answer [155].

De fait, le seul mérite des dispositions législatives qui, à notre connaissance, renferment une telle définition est d'imposer la notion de mort cérébrale. Mais c'est toujours à la médecine qu'on en remet le diagnostic et en ce sens la détermination du moment de la mort garde sa coloration de question de fait.

C'est le cas, notamment, de la définition adoptée en 1970 par l'État du Kansas, qui se lit comme suit :

> Definition of death. A person will be considered medically and legally dead if, in the opinion of a physician, based on ordinary standards of medical practice, there is the absence of spontaneous respiratory and

154. *Cf.* notamment J.-G. CASTEL, *Some Legal Aspects of Human Organ Transplantation in Canada*, (1968) 46 *R. du B.* 345, p. 352. Pour une étude de la question, *vide* également William F. ARNET, « The criteria for determining death in vital organ transplants : a medico-legal dilemna », (1973) 38 *Miss. Law Rev.* 220–234 ; L.-H. BANOWSKY ET AL., « The medical and legal determination of death : its effects on cadaveric organ procurement », (1974) 2 *J. Leg. Med.* n 6, p. 44 ; A. C. COMPTON, « Telling the time of human death by statute : an essential and progressive trend », (1974) 31 *Wash. & Lee L. Rev.* p. 521 ; Legislation : the need for a current and effective statuory definition of death », (1974) 27 *Okla. L. Rev.*, p. 729.

155. Jack MOOALLEN, *op. cit.*, p. 619.

> cardiac function and, because of the disease or condition which caused, directly or indirectly, these functions to cease, or because of the passage of time since these functions ceased, attempts at resuscitation are considered hopeless ; and, in this event, death will have occurred at the time these functions ceased ; or
>
> A person will be considered medically and legally dead if, in the opinion of a physician, based on ordinary standards of medical practice, there is the absence of spontaneous brain function ; and if based on ordinary standards of medical practice, during reasonable attempts to either maintain or restore spontaneous circulatory or respiratory function in the absence of aforesaid brain function, it appears that further attempts at resuscitation or supportive maintenance will not succeed, death will have occurred at the time when these conditions first coincide. Death is to be pronounced before artificial means of supporting respiratory and circulatory function are terminated and before any vital organ is removed for purpose of transplantation.
>
> These alternative definitions of death are to be utilized for all purposes in this state, including the trials of civil and criminal cases, any laws to the contrary notwithstanding [156].

Il en est ainsi également du projet de loi qui vient d'être déposé en première lecture devant la Législature de la Province du Manitoba [157] :

> The death of a person takes place at the time at which irreversible cessation of all that person's brain function occurs, and when it appears that withdrawal, if already instituted, of any artificial support of that person's vital functions causes or will cause the immediate onset of tissue disintegration throughout that person's body [158].

Dans ces circonstances, en quoi les droits du patient se trouvent-ils plus protégés ? Quelle garantie, par ailleurs, de telles définitions apportent-elles aux médecins, si le corps médical lui-même ne s'entend pas sur les critères qui peuvent permettre de conclure au coma dépassé ?

À cet égard, les remarques du docteur Isaac nous semblent fort pertinentes et nous inclinent à nous rallier à l'opinion de la majorité.

> [...] One may also wonder what is the appropriate forum to decide on such a definition : the federal Parliament for federal purposes such as

156. *Act Relating to and Defining Death*, Kans. Stat. Ann. 77.202 [1972 Cum. Supp.]. Soulignons que les États du Maryland et de la Virginie ont adopté une définition sensiblement identique : Art. 43 § 54 F, Md Ann. Code 1974 et 32.364, 3 : I Vir. Ann. Code (1974).
157. *Cf.* « An Act Gives Definition of Death », *The National, Canadian Bar Association Journal*, vol. 2, nº 44, p. 11.
158. Cité par Robert LEVIN, *in* « Updating Time to Death », *op. cit.*, p. 193. Le projet reprend substantiellement les propositions de la Commission de réforme du droit de cette Province.

death certification and organ transplantation, or perhaps a body of organized Canadian (or even world) medecine which has some familiarity with the problems and expertise in the matter.

Even more basic is whether a question of fact should be statutorily fixed as a question of law. The judicial, as opposed to the legislative, trend goes the other way, turning legal issues into factual ones for better decision-making. It may be suggested that there are public policy considerations as to where, on the spectrum of physical events we call death, society will allow such interventions as organ removal for transplantation. I suggest that physicians are as qualified as any others to interpret socially current views ; they do so in this and many other areas now and might be entrusted with the decision-making because of familiarity and special interest in the area. Moreover we know that each medical decision is made in a unique set of circumstances. A rigid rule, if made to cover all circumstances, will always leave a grey area which the profession will, in any event, have to fill by the use of its discretion.

If we make dying a legal rather than a scientific question, we shall have to add a lawyer to the growing team (physicians, possibly coroners, etc.) at the bedside, not objectionable in itself but cumbersome.

If we must have one, I would favour this legal definition : a patient is dead when his attending physician or some designated public medical officer (such as the coroner) says he is dead. This allows the physician to grapple with the issue of definition of death using all the latests scientific tools and concepts, as well as statements such as that of the Canadian Medical Association in November 1968 (*Can. Med. Assoc. J.* 99 : 1266, 1968), and allows him to alter the definition as scientific insights deepen.

There is a tendency for society in general, and physicians particularly, to attempt to avoid professsional and moral problems by taking the easy way out, advocating statutes to « solve » the problems and provide protection for the profession. In my opinion this is an abdication of the professional responsibility of decision-making. It narrows the scope of professional action toward the technician level.

I support peer and public review of decisions made but I suggest that the professsional is the proper person to make the decision at first instance [159].

Plus réalistes par contre, et s'inscrivant dans la même ligne de pensée, nous apparaissent les récents amendements apportés par la législature de la Californie au *Code civil* de cet État.

159. « Defining Death », (1973) 108 *Can. Med. Ass. J.*, p. 1102.

De fait, le but poursuivi dans ces amendements n'est pas tant de définir la mort que de légaliser le concept de mort cérébrale. En effet, les articles nouvellement incorporés se lisent comme suit :

> 7180. A person shall be pronounced dead if it is determined by a physician that the person has suffered a total and irreversible cessation of brain function. There shall be independent confirmation of the death by another physician.
>
> Nothing in this chapter shall prohibit a physician from using other usual and customary procedures for determining death as the exclusive basis for pronouncing a person dead.
>
> 7881. When a part of the donor is used for direct transplantation pursuant to the Uniform Anatomical Gift Act (Chapter 3.5 commencing wih Section 7150) and the death of the donor is determined by determining that the person has suffered a total and irreversible cessation of brain function, there shall be an independent confirmation of the death by another physician. Neither the physician making the determination of death under Section 7155.5 nor the physician making the independent confirmation shall participate in the procedures for removing or transplanting a part.
>
> 7182. Complete patient medical records required of a health facility pursuant to regulations adopted by the department in accordance with Section 1275 shall be kept, maintained, and preserved with respect to the requirements of this chapter when a person is pronounced dead by determining that the person has suffered a total irreversible cessation of brain function [160].

Une telle optique, tout en imposant la notion de mort cérébrale mais aussi tout en protégeant la personne puisque le dossier médical du patient permettra de contrôler les critères sur lesquels le médecin a fondé son diagnostic, critères qui nécessairement devront être conformes à l'éthique et à la pratique médicales, permet d'éviter les écueils auxquels se heurtent les définitions précédemment étudiées, qu'il s'agisse d'une définition unitaire comme celle proposée par le Manitoba ou d'une définition alternative telle que celle adoptée au Kansas.

On ne se trouve pas en effet à fermer la porte aux différents autres critères qui peuvent permettre de diagnostiquer la mort et on ne ferme pas non plus la porte à une évolution possible sinon probable de la science et de la médecine [161].

C'est là, peut-être, que réside la solution.

---

160. *California Code*, 1er octobre 1974 (non encore publié), Assembly Bill nº 3560, cité dans C. Anthony FRILOUX, *op. cit.*, note 140, p. 20.

161. *Cf.* sur ce point les observations de C. Anthony FRILOUX, *op. cit.* en annexe, note 140, pp. 17 à 19. *Cf.* également, MILLS, « Statutory Brain Death », (1974) 229 *J.A.M.A.*

ANNEXE : BIBLIOGRAPHIE COMPLÉMENTAIRE . . .

Note 7 : François HELEINE, « Le dogme de l'intangibilité du corps humain et ses atteintes dans le droit des obligations du Québec contemporain », (1976) 3 *R. du B.* 2-115.

Note 9 : Sur le contrôle exercé par les comités d'éthique professionnelle dans les hôpitaux américains où il se fait de la recherche, notamment les hôpitaux subventionnés par le D.H.E.W., *vide*, Dale H. COWAN, « Human Experimentation : the Review Process in Practice », (1975) 25 *Case Reserve Western L. Rev.* 533.

Note 24 : Sur les problèmes soulevés par le droit canadien de l'avortement, *cf.*, outre les auteurs cités, P. BÉLIVEAU, « La réforme de l'avortement et l'avortement d'une réforme », (1975) 35 *R. du B.* 563.

Note 30a : *Cf.*, outre P. BÉLIVEAU, *op. cit.*, *loc. cit.*, note 24, Wanda Noel MCHALE, chronique de jurisprudence, (1976) 8 *Ottawa L. Rev.* 59.

Note 77 : Sur les ajustements que soulèvent les décisions de la Cour suprême des États-Unis en matière d'avortement en regard du droit américain de la responsabilité civile en cas d'accident mortel, *vide*, Mary Ann KOVACH, « Wrongful Death Fetal Rights — Cause of Action Granted for Fetal Death under Wrongful Death Statutes », (1975) 8 *Akron L. Rev.* 580.

Note 89 : À la bibliographie déjà citée relativement aux problèmes que soulève la fécondation *in vitro*, on ajoutera l'article de L. O. SCHROEDER, « New Life : Person or Property ? », (1974) 131 *Am. J. of Psychiatry* 541.

Note 91 : Sur le principe et les implications de la reproduction clonienne, *cf.*, H. KREVER, « Some Legal Implications of Advances in Human Genetics », (1975) 17 *Can. J. of Genetics and Cytology* 137 ; L. E. ROZOVSKY, « Legal Aspects of Human and Genetic Engineering », (1975) 6 *Man. L. J.* 291, et, J. D. WATSON, « Moving Toward Clonal Man », (1971) 227 *Atlantic* 50. *Cf.*, également, sur un plan plus global, Bernard M. DICKENS, « Eugenic Recognition in Canadian Law », (1975) 13 *Osgoode Hall L. J.* 547.

Note 110 : *Cf.*, également, Bernard M. DICKENS, *op. cit.*, *loc. cit.*, note 91.

Note 113 : Sur les règlements qui ont été adoptés en conséquence par le ministère américain de la santé, de l'éducation et du bien-être, *cf.* (1975) 3 *Intercom* nº 9, p. 14.

Note 133 : Sur l'absence de définition et sur les problèmes qu'implique la constatation de la mort, on consultera avec intérêt sur l'état du droit dans les provinces canadiennes-anglaises, Michael G. SAUNDERS, « Determining the Presence of Death — A Medical, Legal and Ethical Problem », (1975) 6 *Man. L. J.* 327.

Note 138 : Aux articles déjà cités, on ajoutera, Richard DELGADO, « Euthanasia Reconsidered — The Choice of Death as an Aspect of the Right of Privacy », (1975) 17 *Arizona L. Rev.* 174.

Note 139 : L'affaire *Quilan* qui bouleverse aujourd'hui les États-Unis témoigne de l'importance de ce débat. On sait qu'en première instance, le juge Muir a refusé aux parents de Karen le droit de faire débrancher le respirateur artificiel qui permettait de relier leur fille au monde des vivants [*Matter of Karen Quilan*, (1975) 348 *Atlantic Reporter* A 2d 801]. La Cour suprême du New Jersey en a cependant décidé autrement [*Matter of Karen Quilan*, (1976) 365 *Atlantic Reporter* A 2d 647], s'en remettant cependant au diagnostic des médecins traitants sur consultation du comité d'éthique de l'hôpital. À la suite de cette décision le père et tuteur de Karen a demandé à ce qu'on débranche le respirateur artificiel. Ceci se passait le 29 mai dernier. Au moment où nous avons relu les épreuves, Karen vivait toujours [*Cf.* « Une énigme pour la médecine », *Le Soleil*, 30 juin 1976, p. F-7]. Il convient cependant de noter que Karen n'a jamais présenté un encéphalogramme plat. [Sur ce point, *cf.* le parag. 2.3].

Note 140 : Pour une étude de la jurisprudence américaine en matière civile et criminelle on consultera également C. Anthony FRILOUX jr, « Death, when does it Occur ? », (1975) 27 *Baylor L. Rev.* 10.

Note 148 : *Cf.* également, en appel devant la Cour suprême du Massachusetts, l'affaire *Golston*, « Life and Death Issue », *Time* (*Canada*), 7 juin 1976, p. 62.

Note 154 : Sur la nécessité ou non d'une définition légale de la mort on consultera également L. E. ROZOVSKY, « The Moment of Death », (1972) *Can. Hosp. J.* 24, et C. A. FRILOUX, *op. cit.*, *loc. cit.*, note 140.

Note 156 : Pour une étude critique de la législation adoptée dans l'État du Kansas, *vide*, APRON et KASS, « Statutory Definition of the Standards for Determining Human Death : An Appraisal and a Proposal », (1972) 121 *U. of Penn. L. Rev.* 87 ; I. M. KENNEDY, « The Kansas Statute of Death : An Appraisal », (1971) 285 *N. Engl. J. Med.* 946, et C. A. FRILOUX, *op. cit.*, *loc. cit.*, note 140.