

"Source : *Le traitement médical et le droit criminel*, 152 pages, Commission de réforme du droit du Canada, 1980. Reproduit avec la permission du ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2010."



Commission de réforme du droit
du Canada

Law Reform Commission
of Canada

PROTECTION DE LA VIE

le traitement médical et le droit criminel

Document de travail 26

Canada

La Commission de réforme du droit
du Canada

Document de travail 26

LE TRAITEMENT MÉDICAL
ET LE
DROIT CRIMINEL

1980

© **Ministre des Approvisionnements et Services Canada**
1980

Disponible gratuitement par la poste

Commission de réforme du
droit du Canada
130, rue Albert, 7^e étage
Ottawa, Ontario K1A 0L6

ou

Suite 310
Place du Canada
Montréal, Québec
H3B 2N2

N° de catalogue J32-1/26-1980
ISBN 0-662-50670-7

Réimprimé 1982, 1983, 1984

Commission

Francis C. Muldoon, c.r., président
Jean-Louis Baudouin, c.r., vice-président*
Gérard V. La Forest, c.r., commissaire*
M. le juge Edward James Houston, commissaire

Secrétaire
Jean Côté

Commissaire responsable du projet
Jean-Louis Baudouin*

Coordonnateur du Projet
Edward W. Keyserlingk

Chargée de recherche
Janice Dillon

Attachés de recherche
Gerry Ferguson
Margaret Somerville

Conseillers
J. G. Castel
Le docteur Marvin Goldman
Le docteur Paul-André Meilleur
Le docteur R. E. Turner
Harvey Yarosky
Michèle Rivet

* Messieurs Baudouin et La Forest occupaient encore leurs fonctions au moment de l'approbation du texte de ce Document de travail par la Commission.

Avis

Ce document de travail présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. Son opinion définitive sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire à l'adresse suivante:

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

Table des matières

Introduction	1
PREMIÈRE PARTIE: L'optique du <i>Code criminel</i>: les impératifs catégoriques	5
1. La consécration des valeurs fondamentales	6
2. La sauvegarde de la vie et de la santé	6
3. La protection de ceux qui exercent une fonction touchant la vie humaine	9
DEUXIÈME PARTIE: Le cadre législatif	13
1. Le cadre du <i>Code criminel</i>	14
2. Le cadre des autres pays	16
TROISIÈME PARTIE: Le Traitement médical dans le contexte du droit pénal actuel	19
1. Les infractions contre la personne selon le <i>Code criminel</i>	19
A. Les voies de fait	20
B. Le manquement à l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence	25
C. Le manquement à l'obligation imposée à ceux qui s'engagent à entreprendre un acte ou qui entreprennent des actes dangereux	26
D. Les lésions corporelles causées intentionnellement	32
E. La négligence criminelle	32
(i) L'obligation ou l'engagement d'accomplir un acte	33
(ii) L'omission ou l'acte négligent	34

(iii) L'insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui	35
(iv) La mort ou les lésions corporelles causées par négligence criminelle	37
F. L'homicide	39
2. Les moyens de défense	42
A. La justification des opérations chirurgicales	43
B. La défense de nécessité	47
C. L'erreur sur le fait	51
D. Les ordres d'une autorité supérieure	53
3. Résumé	53
A. Les infractions	54
B. Les moyens de défense	56

QUATRIÈME PARTIE: Limites de la législation pénale actuelle	59
1. Le caractère criminel de l'administration du traitement médical	59
2. Le concept de traitement	63
3. Le consentement au traitement et le refus de traitement	71
A. Les limites du consentement	71
B. La validité du consentement	74
(i) Acte de volonté	74
(ii) Acte libre et éclairé	76
(iii) Acte fait par une personne capable	77
C. Le refus de traitement	81
D. Les exceptions à la règle du consentement	84
4. Les normes du traitement médical: l'intervention de personnes professionnellement qualifiées et de personnes non qualifiées	85
A. La norme acceptable chez le professionnel qualifié	86
B. Le cas d'urgence	87
C. La norme acceptable chez l'individu non professionnellement qualifié	89
5. L'élément moral	91
6. Le secours aux personnes en danger: l'obligation d'administrer un traitement et le cas d'urgence	93

A. Les mécanismes de protection traditionnels	94
B. L'évolution de la notion d'obligation en cas d'urgence	97
CINQUIÈME PARTIE: Solutions et réforme proposées	101
1. Résumé des recommandations	101
2. La mise en œuvre de la réforme: les modèles envisagés pour le Code	105
A. Le modèle du moyen de défense: les précisions souhaitables au Code actuel	106
B. Le modèle de l'infraction: la solution recommandée	106
3. Projet de formulation législative	108
NOTES	115

Introduction

La recherche sur la protection de la vie a été établie, au sein de la Commission de réforme du droit, afin d'étudier certaines des questions les plus controversées dans le domaine de la biomédecine, dont la définition de la mort, la stérilisation, l'expérimentation sur les humains, la cessation de traitement et les techniques de modification du comportement. À l'arrière-plan de plusieurs de ces questions, se profile le problème fondamental de la conception même du traitement médical selon le droit contemporain et, en particulier, selon le *Code criminel*. Ce document de travail se veut la « pierre de touche » de l'analyse du droit pénal en la matière; à ce titre, il entend proposer une analyse juridique dans le cadre de laquelle certains sujets plus spécifiques, prêtant encore à controverses, pourront être discutés.

Dans une large mesure, le droit canadien ignore l'impact du droit pénal sur l'administration des soins médicaux. La plupart du temps, ce n'est pas la perspective d'une éventuelle responsabilité pénale qui est le souci majeur des médecins et des hôpitaux, lorsqu'ils demandent aux patients de donner leur consentement ou de renoncer à un traitement. Étant donné le contraste entre la rareté des poursuites criminelles engagées au cours de ces cinquante dernières années et la multiplication des actions civiles à la suite de traitement médical, d'aucuns sont arrivés à la conclusion que le *Code criminel* est inopérant en ce domaine, parce que le préjudice susceptible d'être causé par l'administration des soins médicaux n'est pas tel qu'il justifie une sanction pénale. En fait, le risque de responsabilité pénale a été décrit comme le « . . . produit de l'imagination féconde des hommes de loi plutôt qu'une possibilité réelle . . . »¹.

La Commission de réforme du droit estime cependant que la rareté des poursuites criminelles en ce domaine ne démontre

pas l'inutilité d'une étude de ce secteur du droit pénal. À la vérité, le choix discrétionnaire de ne pas exercer de poursuites criminelles reflète peut-être le fossé qui sépare les valeurs contemporaines de celles qui s'incarnent dans le *Code criminel* actuel. Cette hypothèse est d'autant plus plausible que certaines dispositions du Code actuel en matière de traitement médical ont été adoptées en 1892, à une époque où nombre d'interventions médicales étaient considérées comme éminemment dangereuses et d'une valeur thérapeutique douteuse et où la profession médicale en était encore à ses débuts.

Malgré la vétusté des dispositions du Code, aucune étude systématique des possibilités de responsabilité pénale en matière de traitement médical n'a été entreprise. Une telle étude relève sans nul doute des attributions premières de la section de recherche sur la protection de la vie. Bien plus, elle s'impose, pour permettre de répondre aux questions que se pose le monde médical sur le statut juridique du traitement médical dans l'optique du *Code criminel*. Une analyse préliminaire de la question permet de s'apercevoir du décalage anormal qui sépare l'interprétation classique du Code et la pratique médicale contemporaine, surtout dans le cas des personnes en phase terminale. Qui plus est, la Commission s'est rendue compte que les rares décisions de jurisprudence sur la question ont eu pour effet de rendre encore plus confuses les dispositions plus générales du Code.

La clarification du statut du traitement médical dans l'optique du droit pénal, est rendue encore plus nécessaire par la controverse qui existe sur la question de savoir si le problème du traitement médical relève vraiment de ce secteur du droit. Les médecins conçoivent mal que la pratique médicale soit régie par les dispositions relatives aux infractions contre la personne car, disent-ils, l'utilité sociale du traitement et les fins thérapeutiques que poursuivent les médecins devraient être reconnues. De leur côté, les auteurs voient dans l'importance des dommages-intérêts accordés dans les actions civiles, une manifestation des inquiétudes de la société devant la faute professionnelle et de son désir de la réprimer au moyen de sanctions pénales, plutôt que s'obliger à en supporter la charge sous la forme de primes d'assurance de plus en plus élevées².

Au-delà de toutes ces considérations, la Commission estime que le droit pénal structure un certain nombre de valeurs fondamentales sur lesquelles se guide l'activité humaine. À ce titre, il est apte à traduire la pensée de la société contemporaine sur les questions biomédicales. La Commission s'est également inquiétée de ce que la technique, toute-puissante en matière de vie ou de mort, ne puisse désormais seule dicter les décisions relatives au traitement, et que celles-ci ne soient plus fondées sur les droits de l'individu, dont la collectivité doit assurer le respect.

Dans ce contexte, le présent document de travail vise à analyser en profondeur les principes de base du droit pénal se rapportant au traitement médical, à la lumière de l'évolution et de la pensée contemporaines.

Dans la première partie, intitulée «L'optique du *Code criminel*: les impératifs catégoriques», nous ferons ressortir la volonté, incarnée dans le Code, de promouvoir la valeur fondamentale de la protection de la vie et de la santé et, partant, la conservation d'une profession médicale dynamique, responsable et libre. Il sera également fait état brièvement d'autres valeurs fondamentales.

La seconde partie, «Le cadre législatif», présente une étude de la structure actuelle du *Code criminel* touchant le traitement médical et des conséquences qui en découlent. Les solutions adoptées dans d'autres pays sont également analysées.

Dans la troisième partie, «Le traitement médical dans le contexte du droit pénal actuel», nous entreprendrons l'analyse approfondie de l'étendue de la responsabilité criminelle résultant de l'administration d'un traitement médical. Étant donné l'utilité que cette étude juridique peut avoir pour le monde médical, nous avons cru bon de la reproduire entièrement. Ceux qui ne tiennent pas nécessairement à lire une analyse juridique détaillée, pourront se contenter d'en lire le résumé.

La quatrième partie, «Les limites de la législation pénale actuelle», tente d'évaluer la législation pénale actuelle relative à la responsabilité criminelle en matière de traitement médical, au

concept de traitement lui-même, au consentement et au refus de traitement, aux cas d'urgence et au traitement par des personnes qualifiées ou non qualifiées. Chacune de ces questions donne lieu à des conclusions et des recommandations spécifiques.

Enfin, la cinquième partie, «Solutions et réforme proposées» récapitule les conclusions et recommandations provisoires de la Commission. Divers modèles de réforme y sont présentés, ainsi qu'un projet de formulation législative.

Le présent document de travail ne représente pas l'opinion définitive de la Commission de réforme du droit en la matière; il vise seulement à susciter un débat public sur des éléments fort importants du traitement médical dans la mesure où celui-ci affecte chacun de nous. Notre domaine d'analyse étant le droit pénal, ce document porte au premier chef sur les fautes professionnelles graves qui compromettent la santé ou la vie de l'individu, ou qui constituent une violation des principes fondamentaux que le *Code criminel* vise précisément à protéger. Il ne faut pas oublier que les lois pénales protègent la société contre les dommages publics et ignorent les transgressions privées, à moins que celles-ci ne deviennent précisément un sujet de préoccupation publique.

PREMIÈRE PARTIE

L'optique du *Code Criminel*: les impératifs catégoriques

Les lois pénales relatives au traitement médical assurent une double fonction: elles protègent l'individu et la société en même temps qu'elles réaffirment les valeurs fondamentales de la collectivité³. Ces deux fonctions générales visent l'une et l'autre à punir les agissements qui portent préjudice à l'intérêt public ou qui le menacent. Cet intérêt n'est cependant pas absolu. Il comporte des éléments parfois contradictoires et susceptibles de se changer avec le temps. En matière de traitement médical, la protection de l'individu signifie la sauvegarde de sa vie et de sa santé et, pour la collectivité, la protection de ceux-là même qui assurent cette fonction vitale. Par ailleurs, les autres valeurs fondamentales ainsi consacrées touchent, notamment le caractère sacré de la vie, la sécurité et la liberté de la personne humaine, le droit de chacun de disposer de son propre sort, la dignité humaine, la liberté religieuse et le droit à la vie privée.

Cette double fonction se traduit par la création d'infractions spécifiques, d'obligations et de moyens de défense. Ces trois catégories, prises ensemble, circonscrivent la norme de conduite acceptable pour un acte donné. La valeur incarnée dans la définition d'une infraction, d'une obligation ou d'un moyen de défense traduit les fins que poursuit la société au moment où le texte de loi a été adopté, même si la sanction sociale ultime intervient ultérieurement, avec la poursuite criminelle et la punition d'actes individuels⁴.

1. La consécration des valeurs fondamentales

La consécration des valeurs fondamentales est une fonction inhérente du droit pénal: elle sert non seulement à cerner ces valeurs, mais encore à définir le seuil de tolérance que la société acceptera ou rejettera, afin de sauvegarder sa propre cohésion. Nombre de ces valeurs sont exprimées dans la *Déclaration canadienne des droits*. Le droit pénal, pour sa part, assure le respect des droits fondamentaux⁵ de l'individu sur la base d'un équilibre: la liberté individuelle est protégée dans la mesure où elle ne constitue pas un danger imminent et manifeste pour la société⁶. La sauvegarde des valeurs fondamentales est un idéal à atteindre. Le droit pénal doit être précis et concret afin de parvenir aux résultats voulus.

D'une manière générale, le *Code criminel* réaffirme les principes de liberté, de dignité humaine et de justice sociale. Il vise à protéger les valeurs traditionnelles que sont le caractère sacré de la vie, la sécurité et la liberté de la personne humaine, le droit pour chacun de disposer de son propre sort, la dignité humaine, la liberté religieuse et le droit à la vie privée. Par ailleurs, d'autres valeurs contemporaines, telles que l'accès aux soins médicaux, le libre choix de l'emploi, la libre circulation des informations, le droit des enfants et la participation au progrès social, ont assumé une certaine importance en droit pénal. Pour notre propos, il suffit de définir ces valeurs comme l'idéal auquel doit tendre le droit pénal lorsqu'il évalue, dans le domaine du traitement médical, les intérêts souvent contradictoires de l'individu et de la société.

2. La sauvegarde de la vie et de la santé

Dans sa fonction de sauvegarde de la vie et de la santé, le *Code criminel* protège le droit fondamental de l'individu à la sécurité de sa personne. Selon Blackstone en 1753, il s'agit là du postulat de base du droit anglais⁷. La *Déclaration canadienne des droits*⁸ en a fait aussi le premier droit fondamental. Le droit

à la sécurité de la personne signifie non seulement la protection de l'intégrité physique, mais encore le droit aux choses nécessaires à la vie qui peut se traduire de nos jours, par le droit aux soins médicaux, tel que le prévoit la *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁹.

Pour pouvoir dégager le concept de santé tel que l'entend le *Code criminel*, il faut d'abord considérer deux questions: en premier lieu, les répercussions possibles de l'adoption d'un concept de «santé» et la définition de ce terme que donne l'Organisation mondiale de la santé.

Dans le Code, le concept de «santé» est à la base de définitions d'infractions, d'obligations et de moyens de défense ayant un rapport avec la protection du corps humain. L'usage de la force sur le corps d'autrui est circonscrit par l'obligation de faire ou de ne pas faire quelque chose susceptible d'affecter la santé de l'autre. À l'inverse, l'approbation donnée par la loi à un acte posé pour préserver la santé d'autrui signifie que les droits individuels du sujet sont soumis à certaines limites. Il s'ensuit que, dans le contexte du Code, le concept de «santé» peut servir soit à légitimer, soit à prévenir certaines actions s'y rapportant. Par le processus de légitimation, le Code reconnaît comme valables, au nom d'une valeur sociale supérieure, certains actes qui autrement iraient à l'encontre des vœux ou même des droits de l'individu.

Bien qu'elle remonte à 1946, la définition donnée par l'Organisation Mondiale de la Santé, aux termes de laquelle la santé est «...un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité», continue de faire l'objet de longs débats.

Ces termes généraux, d'un usage répandu, ont des connotations morales, sociales et politiques et peuvent embrasser tous les éléments du bonheur humain¹⁰. Il est indéniable que le concept de «bien-être social» déborde le sens auquel le droit pénal du Canada entend la notion de santé, car il fait référence aussi aux notions d'injustice politique, de pénurie économique, de sous-alimentation et de milieu physique défavorable¹¹. Toutes les misères et souffrances humaines ne sont pas des maladies

auxquelles la loi pénale en matière de santé doit apporter remède. L'obésité, le tabagisme et l'alcoolisme, entre autres, sont certes des problèmes qui relèvent du domaine de la santé. Cependant les jugements moraux fondés sur la santé en tant qu'idéal ne peuvent se substituer à la norme de santé par rapport à laquelle se définissent les déviations aux critères de fonction physiologique ou de comportement, du moins aux fins du droit pénal.

La limitation de la «santé» aux troubles physiques et mentaux non seulement est conforme à son acceptation traditionnelle, mais encore représente les limites reconnues en droit.

Pour établir l'état actuel du droit positif sur la question, il est important d'essayer de déterminer la véritable intention du législateur telle qu'interprétée par les tribunaux. Monsieur le juge Dickson, dans l'affaire *Morgentaler v. La Reine* a écrit «Les valeurs que nous devons accepter . . . sont celles exprimées par le Parlement . . .»¹², et non celles des positions extrêmes dans le grand débat sur l'avortement. Le raisonnement de monsieur le juge Dickson fut adopté par la majorité de la Cour Suprême dans cette cause. La *Code criminel* régit de nombreux aspects de la santé de la personne. Pourtant, comme l'arrêt le montre bien, ce n'est pas n'importe quelle potentialité de changement de la santé qui satisfait les exigences de la loi. L'arrêt remarque même qu'il est douteux que la menace de suicide (même si elle n'existait pas dans ce cas précis), soit en elle-même suffisante pour légaliser un traitement chirurgical, chimique ou autre que la loi défend par ailleurs.

La notion juridique de «santé» inclut donc non seulement la santé physique, mais aussi la santé mentale, comme l'a exprimé la jurisprudence anglaise¹³ et comme l'ont noté certains auteurs¹⁴. La notion juridique de «santé» inclut ces deux concepts, mais est aussi limitée par eux. Cette limitation exclut donc la santé sociale, la santé familiale, la santé eugénique et la santé morale, qui sont pourtant autant d'éléments constitutifs de la «santé» au sens où l'entend la profession médicale dans son interprétation des dispositions du Code relatives à l'avortement¹⁵. La Cour Suprême, dans l'arrêt *Morgentaler*, a adopté la règle que les dispositions relatives à l'avortement constituent une loi en

elles-mêmes, ne souffrant aucune intrusion d'éléments extérieurs¹⁶. Par conséquent, il semble donc que l'interprétation ainsi faite du mot «santé» soit limitée au contexte de l'avortement. Le défaut de poursuites criminelles dans certaines affaires d'avortement est peut-être révélateur cependant d'une certaine acceptation par les autorités chargées de la poursuite d'une notion plus étendue et non exclusivement limitée à la santé physique ou mentale.

En premier lieu, il s'ensuit donc qu'aux fins du droit pénal, la «santé» doit s'entendre d'un état de bien-être physique et mental. Cet état doit être suffisant pour faire face aux problèmes de la vie ordinaire en société. Il ne peut cependant s'étendre jusqu'à la garantie d'une vie complètement dépourvue de stress et totalement insouciant. Le stress et la responsabilité de ses actes sont en effet des ingrédients normaux de la vie en société.

En second lieu, il n'est pas nécessaire que cet état soit complet. Il faut cependant qu'il soit satisfaisant et ne dénote pas une diminution notable de la fonction physique ou mentale¹⁷. Les concepts de bien-être social, familial, moral ou eugénique ne sont pas exclus d'une telle formule, de par leur lien étroit avec certains troubles émotifs ou autres qui produisent des effets sur l'état physique ou mental. À cet égard, la «santé» ne se confine pas à des concepts strictement médicaux, mais se rapporte plus à l'état général d'un individu, dans un cas particulier.

Dans ce contexte, le Code a pour fonction de protéger la vie et la santé humaine. Cette protection embrasse la préservation de la vie et de la santé dans leur état actuel, et leur défense contre les préjudices, les maux ou les dommages au sens juridique usuel de ces termes¹⁸.

3. La protection de ceux qui exercent une fonction touchant la vie humaine

Certains actes, qui seraient criminels à d'autres égards, sont protégés par le *Code criminel* parce qu'ils comportent une valeur sociale particulière. Ces actes se rapportent à l'application et à

l'exécution de la loi¹⁹, à la protection des biens ou de la personne²⁰ et à la protection des personnes en situation d'autorité²¹. C'est cette dernière catégorie de personnes qui requiert une attention particulière dans le domaine du traitement médical.

Le *Code criminel* actuel classe parmi les personnes en situation d'autorité, les parents ou l'instituteur qui corrigent un enfant²², le capitaine d'un navire qui maintient la discipline à bord²³ et celui qui pratique une opération chirurgicale²⁴. La Commission ne nie pas que les interventions chirurgicales constituent une activité sociale de la plus haute importance, digne de distinction justifiable en vertu du *Code criminel*. Elle voit mal cependant comment on peut caractériser le chirurgien comme personne en situation d'autorité. Cette réserve se dessine clairement si l'on se penche brièvement sur les origines, sur le sens et sur les limites du terme «autorité» tel qu'il figure dans le Code et sur la nature des relations entre médecin et patient.

À l'opposé des parents, des instituteurs et des capitaines de navire, ceux qui administrent un traitement médical ne sont pas, en *common law*, tenus d'agir en cas de danger²⁵. Ils sont régis par la règle générale, aux termes de laquelle une personne n'est pas tenue de protéger autrui, à moins qu'elle ne se soit engagée à le faire, directement ou indirectement²⁶. Il n'est pas étonnant que le Code protège de la responsabilité pénale ceux qui sont expressément tenus à l'obligation d'agir lorsqu'ils ont agi raisonnablement. Ce raisonnement n'est cependant pas directement applicable aux interventions chirurgicales.

L'autorité, dans son acception courante comme juridique, implique un pouvoir de contrôle en général disciplinaire, sur quelqu'un dont on a la charge²⁷. Le terme est souvent considéré comme synonyme de puissance²⁸. Or, le droit ne voit pas dans le personnel médical, des personnes exerçant une autorité dans le sens d'un véritable pouvoir de contrôle. En règle générale, médecins et psychiatres ne sont pas reconnus en droit de la preuve comme des personnes en situation d'autorité en matière de confession. Ils n'exercent, en effet, aucun pouvoir de contrôle sur l'accusé²⁹. De même, les médecins ne sont pas considérés comme les représentants du patient, ce qui leur aurait conféré un pouvoir de direction en cas d'urgence³⁰. La nature

des rapports entre médecin et patient varie selon le mode d'interaction. De plus, certains patients deviennent totalement passifs, dépendants à l'égard de leur médecin³¹. Dans les deux cas cependant, il est impossible d'imputer au médecin une position d'autorité légale.

De même, cette thèse de l'autorité est tout aussi irréaliste, si l'on considère les fins de la législation pénale relative au traitement médical. La protection qui s'attache aux interventions chirurgicales tient à ce que la société reconnaît la valeur du service rendu au patient, en même temps que la nécessité de promouvoir le dynamisme et la liberté de la profession médicale. Dans l'une des plus anciennes affaires de responsabilité médicale, lord Ellenborough a donné cet avertissement [TRADUCTION]: «Si vous (le) trouvez coupable d'homicide, ce verdict fera planer sur une profession des plus importantes et des plus angoissées, des dangers tels qu'ils en détourneraient les hommes réfléchis³²». Le Code pénal modèle de 1962 des États-Unis a placé le problème sur le plan de la responsabilité. Ceux qui ont la charge des soins médicaux peuvent donc exercer leurs fonctions, sous réserve de la sanction sociale résultant du risque justifiable³³.

L'un des arguments à l'appui de l'école de pensée qui assimile le chirurgien à une personne en situation d'autorité tient à sa responsabilité à titre de commettant, que lui impose la *common law*, à l'égard de tout ce qui se fait dans le bloc opératoire, par analogie avec celle du «capitaine d'un navire». Selon cette théorie, le chirurgien a la charge de l'opération et, par conséquent, a un droit de contrôle sur tout ce qui s'y rapporte. Cependant, on voit s'affirmer de plus en plus une tendance à répartir la responsabilité parmi les spécialistes affectés aux diverses tâches qui jalonnent l'opération chirurgicale, en fonction directe de l'autonomie décisionnelle dont ils jouissent³⁴. On ne saurait donc souscrire à la thèse de l'autorité sans faire fi des réalités de la médecine moderne.

Enfin, certains sociologues expliquent la position d'autorité du médecin à la fois par son statut professionnel et par la transformation qui affecte l'individu quand il tombe malade. Cette explication a le défaut de ne pas voir dans le rapport médecin-

patient le résultat d'une négociation entre deux intérêts différents³⁵ et une obligation contractuelle entre égaux.

La protection qu'accorde le Code au traitement médical doit donc reconnaître la valeur de l'exécution, par des personnes responsables et professionnellement compétentes, de certains actes nécessaires au bien-être de l'individu et de la société. Le Code affirme diverses valeurs par la définition même des infractions qu'il contient. Il doit aussi reconnaître différents concepts de protection conformément à la diversité des valeurs qu'ils représentent.

DEUXIÈME PARTIE

Le cadre législatif

L'élaboration d'un texte pénal, au moyen d'infractions et de faits justificatifs, revêt une signification particulière. Pour qu'il y ait crime, il faut que l'acte en cause ait été déclaré illicite³⁶. Faire donc rentrer une activité quelconque dans une catégorie générale d'actes criminels est la qualifier, au moins potentiellement comme criminelle. Que cette activité s'avère criminelle ou non dépend en fin de compte de la présence de certaines conditions permettant en défense de la justifier ou de l'excuser. Il s'ensuit que la légalité d'un acte s'apprécie à la fois par les éléments d'infractions et par les moyens de défense applicables.

La caractérisation d'un acte comme constituant une infraction ou au contraire un fait justificatif, touche directement à la procédure suivie au procès. C'est ainsi que pour obtenir un verdict de culpabilité, le ministère public doit prouver tous et chacun des éléments constitutifs de l'infraction. Si la conduite de l'accusé tombe sous le coup de la définition expresse d'un fait justificatif, c'est à lui qu'il appartient de faire valoir ces conditions, une fois la preuve de l'infraction rapportée.

En matière de traitement médical, la construction législative pénale la plus usitée consiste à assimiler le traitement aux infractions comportant l'usage de la force contre la personne d'autrui. Un moyen de défense exprès est alors prévu et permet d'exonérer certaines formes de traitement, sous certaines conditions.

Dans les pages qui suivent, la Commission s'attache à analyser le cadre législatif du *Code criminel* canadien ainsi que les méthodes d'approche adoptées par d'autres pays.

1. Le cadre du *Code Criminel*

Le Code reste fidèle au postulat de base de la *common law*: l'usage de la force contre la personne d'autrui est un crime, sauf justification légale³⁷. Il s'ensuit donc qu'à moins d'une justification légale expresse, le traitement médical ne diffère en rien des autres cas d'usage illégal de la force. Le traitement médical est donc classé par le *Code criminel* sous la rubrique des infractions contre la personne telles que les voies de fait, les voies de fait causant des lésions corporelles, les lésions corporelles causées par une intention criminelle, la négligence causant des lésions corporelles, la négligence criminelle causant la mort, l'homicide involontaire coupable, voire le meurtre. Le Code, suivant en cela la méthode traditionnelle, prévoit cependant dans un second temps, une justification légale pour interventions chirurgicales, sous la forme d'un moyen de défense spécifique³⁸.

L'article 45 du Code énonce:

Toute personne est à couvert de responsabilité criminelle lorsqu'elle pratique sur une autre, pour le bien de cette dernière, une opération chirurgicale,

- a) si l'opération est pratiquée avec des soins et une habileté raisonnables, et
- b) s'il est raisonnable de pratiquer l'opération, étant donné l'état de santé de la personne au moment de l'opération et toutes les autres circonstances de l'espèce.

Cet article crée donc un moyen de défense qui justifie les opérations chirurgicales sous certaines conditions. À part le consentement, il représente une codification des conditions formulées par la *common law* pour légaliser la chirurgie. En passant le consentement sous silence, cet article est censé embrasser les cas de nécessité ou d'urgence. Ce silence laisse cependant

planer un doute sur la légalité ultime de l'acte. Cet état de choses peut s'expliquer par les origines mêmes de l'article.

L'article 45 est presque identique³⁹ à la disposition correspondante du projet de Code britannique de 1880⁴⁰. Stephen, l'auteur du projet, prit cette case de départ et, en outre, prévoyait expressément qu'une personne pouvait consentir à des lésions corporelles aux fins chirurgicales⁴¹. Cette dernière disposition cependant fut écartée du *Code criminel*, peut-être parce que la définition des voies de fait prévoyait comme élément de l'infraction l'absence de consentement de la victime. Aucune difficulté ne s'ensuivit, jusqu'à l'arrêt *R. v. Donovan* en 1934. Celui-ci statua que nul ne pouvait consentir à l'infliction de lésions corporelles; que celles-ci s'entendaient de toute blessure ou de tout dommage qui amoindrissait la santé ou le bien-être, et qu'à cet égard, les lésions corporelles n'avaient pas besoin d'être permanentes, mais devaient être plus que simplement passagères⁴². Un fossé se creusa alors entre l'étendue de la justification prévue à l'article 45 et les limites de l'intervention chirurgicale auxquelles une personne peut consentir⁴³. Cette question sera discutée plus à fond ci-dessous. Pour le moment, qu'il suffise de noter que l'article 45 prévoit un moyen de défense comportant certains effets sur la procédure au procès et dont les limites créent une incertitude quant à la légalité de certains traitements.

D'aucuns estiment que le Code a consacré la légalité du traitement médical par le biais de l'article 198 qui impose une obligation légale à ceux qui entreprennent d'administrer un traitement médical. Cet article semble présumer le caractère non criminel du traitement médical. Il prévoit en effet que:

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.

Cet article demeuré inchangé depuis le premier *Code criminel* de 1892⁴⁴, est fondé sur le principe que ceux dont les activités légitimes peuvent représenter un danger pour autrui, doivent posséder et faire preuve d'une connaissance, d'une habileté et d'une compétence raisonnable⁴⁵. L'acte tire sa légalité

non de son caractère dangereux, mais du droit de l'entreprendre. Cette disposition ne saurait toutefois permettre de décider par extrapolation de la légalité du traitement et laisse donc subsister l'ambiguïté.

En conséquence, les dispositions actuelles du *Code criminel* relatives au traitement médical ne dévient pas du principe fondamental de *common law* sur la question de la charge de la preuve. De plus elles ne lèvent pas l'ambiguïté qui continue de planer sur la nature équivoque d'un acte médical exécuté selon les normes.

2. Le cadre des autres pays

Le droit anglais ressemble au droit canadien. Le traitement médical y est classé dans la catégorie des infractions contre la personne parce que représentant un usage de la force. Il existe cependant une grande différence entre les deux droits. La Grande-Bretagne n'a jamais adopté la recommandation, faite par Stephen dans son projet de code, de la justification des opérations chirurgicales sous forme de moyen de défense. Afin de combler cette lacune, la jurisprudence de *common law* a donc à en définir au fil des cas d'espèce, les critères de justification, que Dworkin a résumés comme suit: 1) consentement entier, libre et éclairé, 2) utilité thérapeutique, 3) justification légale, et 4) compétence médicale appropriée de celui qui pratique l'opération⁴⁶.

Aux États-Unis, une école de pensée, reflétée par le projet de *Code pénal fédéral*, se rapproche de la *common law* britannique et du *Code criminel* du Canada. Les infractions qui mettent en danger la personne d'autrui donnent naissance à une responsabilité criminelle, sous réserve de certaines conditions prévues sous forme de moyens de défense. Parmi ces conditions, citons le consentement éclairé⁴⁷, le caractère reconnu du mode de traitement, la santé physique ou mentale, le cas d'urgence et l'ordonnance judiciaire⁴⁸.

Il en est de même du droit français où la légalité de l'acte se dégage d'un énoncé législatif d'un fait justificatif. Selon le Code pénal, le consentement de la victime ne constitue pas un fait justificatif à des coups et blessures. Toutefois le caractère nécessaire de l'acte, surtout en médecine et dans les sports, peut fournir une justification légale⁴⁹. De plus, un médecin peut agir sans consentement en cas d'urgence⁵⁰. Certains textes de loi spécifiques régissent de plus les interventions marginales ou douteuses comme les stérilisations.

Alors que dans la plupart des pays, la législation pénale assimile le traitement médical aux infractions contre la personne, puis prévoit expressément les faits justificatifs, le Code pénal d'Autriche et celui d'Allemagne font exception. Les conditions ou éléments justificatifs mentionnés plus haut sont directement incorporés dans la définition même de l'infraction⁵¹. Ceci a pour effet d'ajouter au fardeau de la preuve du ministère public.

Le projet de Code pénal allemand de 1962 représente l'effort le plus clair pour dissiper l'incertitude qui plane sur la légalité du traitement. Il considère en effet que le traitement médical n'est pas une blessure corporelle s'il est nécessaire et s'il est administré à des fins thérapeutiques générales⁵². Le traitement médical administré sans le consentement de l'intéressé demeure une infraction, sauf cas d'urgence lorsqu'il n'y a pas de refus antérieur exprès⁵³. Le second projet de Code pénal de 1977 légalise expressément le consentement aux coups et blessures et aux stérilisations dans certaines conditions. Le traitement médical administré sans consentement peut cependant encore tomber sous le coup des dispositions réprimant les infractions contre la personne, sous réserve toutefois du moyen de défense fondé sur la nécessité⁵⁴.

TROISIÈME PARTIE

Le traitement médical dans le contexte du droit pénal actuel

1. Les infractions contre la personne selon le *Code Criminel*

D'une manière générale, le droit pénal classe dans les infractions contre la personne tout usage de la force contre la personne d'autrui. Le traitement médical s'inscrit donc dans la catégorie générale prévue à la Partie VI du *Code criminel*. Les soins médicaux peuvent, de plus, donner lieu à d'autres infractions punies par le *Code criminel*, telles l'escroquerie et les infractions sexuelles, ou aux infractions prévues à la *Loi des aliments et drogues* et à la *Loi sur les stupéfiants*. Notre propos ici est cependant d'examiner seulement la responsabilité qui s'attache à l'administration d'un traitement médical dans le cadre de la Partie VI du *Code criminel*.

Dans les lignes qui suivent, la Commission entend étudier l'étendue de la responsabilité éventuelle résultant de l'administration d'un traitement médical, en analysant certaines infractions les plus évidentes, qu'une personne risque de commettre au cours du processus thérapeutique normal. Les règles générales et les exceptions possibles en matière de traitement seront analysées au fur et à mesure qu'elles se dégagent des éléments constitutifs d'une infraction donnée.

Une fois l'étendue de la responsabilité criminelle délimitée, nous tenterons de faire ressortir les moyens de défense prévus,

qui limitent cette responsabilité. Nous reviendrons enfin, dans la quatrième partie de cette étude, sur les principaux problèmes qui se dégagent de cette analyse, de l'esprit et des limites du *Code criminel*.

A. Les voies de fait

Commet des voies de fait quiconque, sans le consentement d'autrui, applique ou menace d'appliquer, intentionnellement ou par insouciance téméraire, la force sur la personne d'autrui⁵⁵. Les éléments constitutifs de cette infraction sont donc l'intention, l'application de la force et le défaut de consentement.

En matière de voies de fait, l'intention [TRADUCTION] «se rapporte exclusivement à l'acte de violence physique contre la personne d'autrui»⁵⁶. L'intention s'attache au but immédiat de l'acte commis; elle exclut l'accident et l'erreur de bonne foi. Il est indéniable que l'administration d'un traitement médical comporte cette intention de violence⁵⁷.

Le deuxième élément constitutif, l'application de la force, directement ou indirectement, comprend le contact d'une chose avec la personne d'autrui et donc l'administration de quelque chose à cette personne. «Administrer» signifie également donner quelque chose à prendre à quelqu'un, par exemple un médicament⁵⁸. Ainsi donc, «toute intervention médicale sur la personne d'autrui constitue (à première vue) des voie de fait»⁵⁹. Cette intervention s'entend également des prises de sang⁶⁰, de l'analyse d'urine⁶¹ et de l'examen radiologique⁶².

L'application de la force ne constitue pas des voies de fait s'il y a consentement valable aux yeux de la loi. Un tel consentement est soit «imposé», soit autorisé par la loi⁶³. Il y a consentement «imposé», lorsqu'une loi ou une décision judiciaire, émanant d'une autorité compétente autorisent le traitement médical. Dans cet ordre d'idées, un magistrat ayant outrepassé sa compétence en rendant une ordonnance ordonnant l'examen physique d'une femme, a été trouvé coupable de voies de fait⁶⁴. C'est dans les effets et les limites du consentement que réside

pour l'administration du traitement médical le plus grand risque de voies de fait.

L'autorisation légale de procéder contre le gré du patient suffira, dans de rares cas. Il en est ainsi du traitement administré sans consentement par un médecin qualifié, dans les conditions prévues par certaines lois provinciales sur la santé publique⁶⁵. Le *Code criminel*, cependant, reste muet sur les limites de cette imposition. La plupart de ces cas relèvent de la compétence des provinces. Ils n'ont pas été étudiés sous l'angle du droit pénal, sauf par les auteurs lorsqu'ils discutent de la défense de nécessité ou de la valeur intrinsèque du consentement imposé par la loi.

Dans tous les autres cas de voies de fait, la poursuite doit établir l'absence de consentement de la victime⁶⁶. Le consentement peut parfois être apparent, mais ne pas justifier pourtant certaines formes de conduite⁶⁷. Ainsi, en cas de consentement à un combat, les tribunaux ont récemment tenu à évaluer, sur une poursuite de voies de fait, l'étendue de consentement qui avait été donnée, pour établir si les faits reprochés [TRADUCTION] «excédaient le degré de consentement donné». Pour ce faire, ils ont cherché à établir si le combat s'était bien déroulé [TRADUCTION] «de façon normale»⁶⁸. Une autre application de cette règle se retrouve dans les sports où la participation volontaire vaut consentement implicite. Dans ce domaine, le consentement donné est cependant limité aux gestes violents, inhérents à la pratique du sport et raisonnablement nécessaires au jeu en cause. Le critère de l'étendue du consentement est devenu une caractéristique majeure du droit pénal canadien en matière de voies de fait. Au contraire, la *common law* britannique a surtout accordé de l'importance aux deux autres facteurs soit la présence de lésions corporelles et la notion d'ordre public. Aux termes de cette jurisprudence et de la jurisprudence civile qui reconnaît à l'individu le droit de limiter son consentement⁶⁹, il est à prévoir qu'en l'absence d'un moyen de défense spécifique, un médecin puisse donc être poursuivi pour voies de fait, si le consentement donné limite le degré ou l'étendue du traitement.

Le consentement apparent n'est pas toujours un consentement valable. Un consentement n'est valable que a) s'il est librement donné, b) s'il se rapporte à la nature même de l'acte en cause, et c) s'il est donné par une personne capable. Ces conditions se traduisent respectivement en droit privé par les concepts de volonté libre, de conscience de l'acte et de capacité. En outre, en *common law* britannique le consentement ne peut être donné aux actes comportant des lésions corporelles et qui ne sont pas posés dans un but social reconnu. Cette dernière règle se retrouve peut-être dans notre droit. Tous ces facteurs seront analysés tour à tour.

En premier lieu, le consentement «donné librement» est celui qui n'a pas été obtenu par fraude ou par contrainte⁷⁰. La fraude tout d'abord vicie le consentement si elle porte sur la nature et la qualité de l'acte ou sur l'identité de la personne en cause⁷¹. Dans une ancienne affaire d'infraction sexuelle commise sous prétexte de traitement médical, la fraude consistait à présenter l'acte comme une mesure bénéfique et nécessaire à la guérison⁷². En droit civil, il faut que l'information donnée n'induisse pas le patient en erreur sur la nature ou sur le but du traitement. La contrainte ensuite peut aussi vicier le consentement si le sujet est soumis à une pression indue qui compromet le libre exercice de sa volonté. Cette contrainte peut provenir, par exemple, de certains rapports tels les rapports entre maître et élève⁷³. Comme nous l'avons déjà indiqué cependant, un chirurgien ou médecin n'est pas et ne doit pas être considéré comme une personne en situation d'autorité et comme ayant donc un pouvoir de contrôle susceptible d'affecter le consentement du sujet, en l'absence de facteurs extrinsèques précis.

En second lieu, le consentement à la nature de l'acte suppose que l'objet du consentement soit connu⁷⁴. Cette connaissance, dans d'autres contextes que le droit criminel, a été décrite comme «la connaissance du but de l'opération»⁷⁵, «la connaissance de ce qui se passe»⁷⁶, et de «ce qui va se produire, de la nature de ce qui se fait»⁷⁷. On ne saurait cependant dire avec exactitude dans quelle mesure ces définitions satisfont à la nécessité de divulguer des informations raisonnables permettant de donner ce que l'on appelle en droit civil un «consentement éclairé».

En troisième lieu, l'exigence de la capacité de comprendre a été dégagée de la jurisprudence canadienne⁷⁸. En Angleterre, elle est expressément exigée dans le cas des mineurs⁷⁹ et selon la règle en vigueur dans ce pays, le consentement apparent ne peut être considéré comme un consentement valable si l'enfant n'est pas à même de comprendre la nature de l'acte. Le Code ne traite pas du consentement du mineur aux voies de fait, même si à d'autres égards, l'âge des enfants fait l'objet de dispositions expresses⁸⁰. On peut présumer que les mêmes critères s'appliqueraient aux autres incapables.

Les conditions susmentionnées s'attachent à l'effet juridique d'un consentement apparent, ainsi qu'aux circonstances qui peuvent vicier ce dernier. Toutefois, il est certains usages de la violence auxquels la *common law* britannique interdit de consentir: ces restrictions, si elles sont aussi applicables en droit canadien, revêtent une importance particulière en matière d'interventions médicales.

Il ressort de l'arrêt *R. v. Donovan* que si [TRADUCTION] «le consentement à l'acte n'a aucun effet si des lésions corporelles sont la conséquence probable des voies de fait»⁸¹. Le consentement ne peut avoir pour effet de légaliser un acte illicite. «Lésions corporelles» s'entend de tout ce qui porte préjudice à la santé ou au bien-être physique de la victime. Elles n'ont pas besoin d'être permanentes, il suffit qu'elles ne soient pas simplement passagères⁸². Les exceptions à la règle ainsi posée touchent, entre autres, les épreuves amicales de lutte, les sports ou les jeux violents⁸³ et les corrections données par les parents à leurs enfants. Il est à noter que l'arrêt *Donovan* qui n'a pas suivi le précédent *R. v. Coney*, portait sur un acte de perversion sexuelle qui consistait en la flagellation d'une femme, ce qui a pu influencer sur le jugement. Dans *R. v. Coney*, l'un des juges avait conclu que la blessure devait être de nature à [TRADUCTION] «porter préjudice au public tout autant qu'à la victime»⁸⁴. Ce critère prédominant de l'intérêt public a été adopté par la majorité de la Cour dans *Bravery v. Bravery*, une affaire de stérilisation où le tribunal est parvenu à cette conclusion: [TRADUCTION] «...nous ne croyons pas, en l'espèce, que ces opérations doivent être considérées comme allant à l'encontre de l'intérêt public»⁸⁵. Dans la même affaire cependant, le lord

juge Denning estimait que le critère de l'ordre public avait trait à [TRADUCTION] «la légitimité de la cause et de l'excuse», et qu'il devait avoir une interprétation plus restrictive que celui du «préjudice contre l'intérêt public», surtout dans le domaine des soins médicaux⁸⁶.

La conjonction des deux critères de l'existence de lésions corporelles et de l'intérêt public a un impact déterminant sur les conséquences juridiques du traitement médical. Le sens de l'expression «lésions corporelles» est certainement assez étendu pour embrasser la plupart des traitements qui dépassent le stade de l'examen et des simples tests de diagnostic. Malgré le critère prédominant de l'intérêt public, il est encore difficile de déterminer si l'on peut valablement consentir au prélèvement d'un organe sur une personne vivante pour fins de transplantation, à une opération de chirurgie cosmétique, de chirurgie transsexuelle ou de stérilisation. Quoiqu'il en soit, il est peu probable que le consentement ne produise dans ces cas aucun effet, puisque la majeure partie des traitements médicaux visent à protéger la santé d'un individu et non à lui causer des lésions corporelles⁸⁷. D'autre part, *R. v. Donovan* ne portait pas sur des soins médicaux. Enfin, la plupart des traitements médicaux ne sont pas considérés comme contraires à l'intérêt public, et nombre de traitements jadis contestés sont maintenant approuvés ou facilités par la loi⁸⁸.

Selon l'opinion la plus généralement acceptée, cette règle du droit anglais ne présente plus qu'un intérêt historique en droit pénal canadien. Dans l'ensemble, la doctrine canadienne écarte, en effet, l'applicabilité de la règle portant sur l'existence de «lésions corporelles et de l'intérêt public»⁸⁹. Selon l'article 8, toutes les infractions sont prévues, de façon limitative, par le Code. Depuis l'arrêt *R. v. Donovan*, les dispositions du Code relatives aux voies de fait ont été modifiées sans faire référence aux critères établis par cet arrêt⁹⁰. C'est donc seulement à la lumière du triple critère du consentement libre, se rapportant à la nature de l'acte et donné par une personne capable, que le droit canadien examine la nature et l'étendue du consentement donné à l'application de la force.

B. Le manquement à l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence

Le manquement à l'obligation légale de fournir les choses nécessaires à l'existence constitue une infraction, sauf excuse légitime. Le *Code criminel* impose cette obligation aux parents et aux tuteurs à l'égard d'enfants âgés de moins de seize ans⁹¹, aux personnes mariées à l'égard de leurs conjoints⁹², et à toute personne à l'égard d'une personne à sa charge, si cette dernière est incapable de s'y soustraire par suite de détention, d'âge, de maladie, d'aliénation mentale ou pour toute autre cause et est incapable de subvenir à ses propres besoins⁹³. Bien que l'obligation soit la même dans les trois catégories, les infractions prévues diffèrent dans leurs éléments essentiels⁹⁴. Parents, tuteurs et personnes mariées qui manquent à cette obligation commettent une infraction si l'enfant ou le conjoint se trouve dans le dénuement ou dans le besoin, ou si l'omission met sa vie en danger ou compromet sa santé de façon permanente⁹⁵. Les personnes qui ont quelqu'un à leur charge et qui manquent à l'obligation légale commettent une infraction, si cette omission met en danger la vie ou compromet de façon permanente la santé de la personne à charge⁹⁶. Pour qu'il y ait manquement à une obligation légale, étant donné le concept d'excuse légitime, il faut que la personne tenue à cette obligation soit consciente de la nécessité d'agir⁹⁷. Il est difficile de savoir si cette conscience peut se déduire du statut professionnel. Dans tous les autres cas cependant, il faut en établir l'existence subjective.

L'expression «*personne à charge*» comprend une personne qui ne peut pas subvenir à ses propres besoins, et dont quelqu'un d'autre a le soin ou la garde, que cette prise en charge soit volontaire ou imposée par la loi⁹⁸. Quelqu'un peut être à la charge d'autrui en vertu d'un contrat ou simplement en raison de l'existence d'un lien affectif. Hôpitaux, médecins, infirmières et tous ceux qui s'engagent contractuellement à prendre soin d'une personne inapte à le faire elle-même par suite de maladie, d'aliénation mentale ou d'âge, sont ainsi tenus à l'obligation de fournir les choses nécessaires⁹⁹. Cette inaptitude est une question de fait qui relève de l'appréciation du jury¹⁰⁰.

Le sens des mots «*choses nécessaires*» peut varier selon le cas d'espèce. Elles comprennent cependant le «traitement médical»¹⁰¹, les «soins médicaux»¹⁰², le «secours médical»¹⁰³ et l'«aide médicale»¹⁰⁴. Il ressort de cette terminologie interchangeable ainsi que des précédents jurisprudentiels que ces termes s'entendent de tout ce qui est nécessaire à la prévention, au traitement ou au soulagement d'une maladie ou d'une affection qui menace la vie ou la santé.

Le défaut d'excuse légitime est un élément de l'infraction. Il y a excuse légitime si l'accusé n'est pas en mesure de fournir les choses essentielles¹⁰⁵ ou si le bénéficiaire choisit librement d'y renoncer¹⁰⁶. Une série d'anciens jugements considéraient que ni l'objection de conscience, ni la croyance religieuse ne constituaient une excuse légitime¹⁰⁷. Par la suite cependant, la Cour Suprême du Canada a réaffirmé le principe de liberté religieuse en matière de sédition¹⁰⁸ et d'observance du dimanche¹⁰⁹, ce qui laisse donc entière la question des limites de la liberté religieuse dans ce contexte¹¹⁰.

C. Le manquement à l'obligation imposée à ceux qui s'engagent à entreprendre un acte ou qui entreprennent des actes dangereux

Le *Code criminel* impose une obligation à ceux qui accomplissent des actes dangereux ou qui s'engagent à entreprendre un acte dont l'omission peut mettre la vie en danger¹¹¹. Aucune pénalité spécifique n'est prévue par le texte et sa violation tombe donc sous le coup de la disposition générale du Code en matière d'infractions. On ne connaît cependant jusqu'ici aucun cas où cette disposition a été appliquée dans ce contexte¹¹². De plus, il n'existe aucun précédent où la violation de cette obligation ait fait l'objet d'une poursuite criminelle. Elle revêt cependant une importance particulière dans le domaine de la négligence criminelle comme nous le verrons par la suite.

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 raisonnables¹¹³.

Cette obligation étant de la plus haute importance pour l'appréciation des questions de droit pénal en matière de traitement médical mérite une analyse approfondie.

L'obligation de posséder et de mettre en œuvre un degré de connaissance, une compétence et des soins raisonnables s'applique à tout le monde, le terme employé par la loi étant «quiconque». Le Code ne distingue pas les personnes détentrices d'un permis émis par les corporations professionnelles et celles qui ne le sont pas¹¹⁴, restant fidèle en cela aux règles de *common law* qui remontent au début du XIX^e siècle¹¹⁵. La conclusion stricte qui en découle est donc que le défaut de posséder un permis d'exercice professionnel ne constitue pas en soi un acte illicite au regard de l'expression «. . .*autre acte légitime*». Une telle conclusion se justifie du fait que les critères d'autorisation professionnelle varient d'une province à l'autre et que [TRADUCTION] «les règles de droit pénal général doivent s'appliquer de façon uniforme dans toutes les provinces»¹¹⁶.

Cette conclusion requiert une réévaluation à la lumière des réalités contemporaines. Elle fut formulée avant l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits* et avant la sanction judiciaire du principe de l'égalité de tous devant la loi. La Cour Suprême du Canada en 1974, a jugé, par la suite, que le principe de l'égalité de tous devant la loi ne signifiait pas nécessairement qu'une loi devait s'appliquer à l'ensemble de tous les citoyens et dans toutes les parties du Canada¹¹⁷. Le législateur peut vouloir classer les gens en fonction de certains objectifs fédéraux valables, ce qui peut donc emporter une distinction entre les personnes possédant un permis professionnel et les autres non qualifiées pour les fins de la définition du Code des infractions relatives au traitement médical¹¹⁸. Qui plus est, il est fort possible qu'il y ait déjà eu un certain retour à l'ancien principe de responsabilité absolue des personnes qui pratiquent sans autorisation, par l'application du critère du «caractère raisonnable», comme nous le verrons par la suite¹¹⁹. Enfin, cette absence de distinction se justifiait à une époque où le système de permis professionnels n'existait pas et par le fait que nombre de gens vivant dans des localités inaccessibles auraient été totalement privés de soins s'ils avaient dû faire appel seulement à des détenteurs de permis professionnels¹²⁰.

Le Code n'impose aucune obligation d'administrer un traitement médical, aucune obligation d'action positive. Par contre, dès que quelqu'un «entreprend» de l'accomplir, cette personne doit posséder et mettre en œuvre une connaissance, un soin et une habileté raisonnables. Cette règle découle d'un ancien principe de *common law* au terme duquel nul n'est tenu de poser un acte pour la protection d'autrui¹²¹. Ce principe correspond d'ailleurs à la règle de morale médicale selon laquelle le médecin conserve le droit de choisir ses patients¹²². Contrairement au droit privé et à la déontologie médicale, le Code ne prévoit pas d'exception expresse à ce principe en cas d'urgence. Il encourage cependant l'administration du traitement médical «dans les cas de nécessité» en les soustrayant à l'obligation de connaissance, de soins et d'habileté raisonnables¹²³. La condition d'entreprendre l'acte pour qu'il puisse y avoir obligation est illustrée par la situation du médecin de garde à l'urgence. La cour dans l'affaire St-Germain, a jugé que dans ce cas, le médecin «n'entreprend» pas (au sens où cet article du Code entend ce terme) de traiter tous les patients qui se présentent à ce service¹²⁴. L'engagement peut naître d'un lien contractuel formel ou implicitement d'un lien établi par le comportement des parties et par les circonstances particulières de l'espèce. Ainsi, un docteur «entreprend» de traiter dès que la relation médecin-patient est établie¹²⁵; un hôpital «entreprend» de traiter dès l'admission d'un malade¹²⁶; une infirmière «entreprend» de soigner dès qu'elle accepte la responsabilité d'un ou de plusieurs patients, dans les limites de ses fonctions. Par ailleurs, dès qu'une personne entreprend d'administrer un traitement, il est fort possible qu'elle ne puisse plus se décharger de son obligation en déléguant ses responsabilités¹²⁷.

L'«administration» du traitement désigne la méthode utilisée, tels, par exemple, les divers modes d'administration d'un médicament, l'emploi de machines et de techniques externes pour suivre le progrès d'un traitement spécifique, et la préparation du patient pour recevoir un traitement. Bref, le terme «administration» embrasse tout acte visant à faire subir un traitement à une personne et peut donc être le fait de plus d'un individu¹²⁸.

Cette obligation s'étend aussi à quiconque entreprend d'accomplir un acte légitime qui peut mettre en danger la vie

d'autrui¹²⁹. L'idée de danger comporte celle du risque de mort au sens ordinaire du mot. Cette notion se limite donc à la mort et n'inclut pas l'idée d'un fait préjudiciable à la santé. Le danger doit être suffisamment grave pour constituer une menace pour la vie humaine.

L'engagement, l'acte concret qui consiste à administrer le traitement et la qualification d'un acte comme étant de nature à mettre la vie en danger, sont donc les trois conditions préalables à l'existence de l'obligation légale d'«apporter ... une connaissance, une habileté et des soins raisonnables». Le terme «apporter» se rapporte d'ailleurs directement à la norme «raisonnable».

Le sens de l'expression «connaissance, habileté et soins raisonnables» dépend des faits de chaque cas d'espèce. Le caractère raisonnable est en général établi à la lumière du témoignage de praticiens qualifiés ou autorisés¹³⁰. Une règle s'est dégagée, voulant que «la connaissance, l'habileté et les soins raisonnables», requis soient ceux que doit posséder une personne intelligente et qualifiée par une formation appropriée¹³¹. Il s'agit donc d'un critère objectif. Il sert à déterminer si l'accusé a agi «avec la compétence requise par la loi», c'est-à-dire avec la compétence moyenne d'un professionnel formé et autorisé à accomplir le même acte¹³². L'utilisation du terme «moyen» a été au cœur d'un débat animé. Il sous-entend en effet pour certains que la moitié des praticiens ne peuvent jamais atteindre le degré de compétence requis par la loi. C'est pourquoi une meilleure méthode consiste à parler d'une compétence minimale acceptable selon les normes professionnelles. Dans les deux cas, cependant, le niveau de compétence requis à l'heure actuelle représente un standard plus exigeant que celui du «médecin le moins qualifié» utilisé autrefois¹³³.

Le caractère déraisonnable de l'acte peut d'ailleurs être présumé s'il ressort que l'application des méthodes médicales usuelles au cas spécifique entraînerait un risque manifeste et inutile¹³⁴. Le fardeau de la preuve qui pèse sur une personne ne possédant pas un permis d'exercice professionnel sera plus lourd puisque le caractère raisonnable de l'acte [TRADUCTION] «. . . sera plus facilement prouvé en pratique dans le cas du (praticien reconnu autorisé) que dans le cas de celui de la personne

ne possédant pas ce permis». Ce critère permet en dernière analyse d'éviter de distinguer ces deux catégories et d'éviter qu'une personne qui ne détient pas de permis, soit tenue pour autant à une responsabilité absolue¹³⁵. Cependant, certaines décisions récentes semblent indiquer un retour à l'ancienne doctrine de *common law*¹³⁶ qui préconise l'application d'une responsabilité absolue à l'égard de celui qui administre un traitement par ignorance, alors que le bon sens aurait dû l'avertir du danger¹³⁷. La jurisprudence récente ne fait pas de distinction entre une personne ignorante qui administre un traitement de bonne foi et celle qui administre un traitement en se faisant passer pour un praticien autorisé¹³⁸. Par ailleurs, pour protéger le jury, les tribunaux civils hésitent à admettre en preuve le défaut de permis d'exercice professionnel. Le problème demeure toutefois entier en droit pénal¹³⁹.

Une autre lacune existe cependant. Le critère du caractère «raisonnable» ne prend en considération ni le degré supérieur de compétence que l'on attend, du moins en droit privé, des spécialistes¹⁴⁰, ni les effets du niveau moyen requis en matière d'expérimentation médicale. Centré comme il l'est sur le praticien de compétence moyenne, il ne représente peut-être pas ce que la société attend d'un spécialiste. Il n'indique pas non plus que certaines interventions expérimentales ne sont jamais à la portée du médecin moyen.

Outre l'obligation d'administrer le traitement médical et l'obligation de faire preuve d'une connaissance, d'une habileté et de soins raisonnables, le *Code criminel* impose à ceux qui ont entrepris un acte, l'obligation de l'accomplir si l'omission met ou peut mettre une vie humaine en danger¹⁴¹. Cette obligation était connue en *common law* et figurait au premier *Code criminel* de 1892¹⁴². Le droit criminel hésite toujours à tenir quelqu'un criminellement responsable en raison d'une simple inaction. Il ne le fait donc que s'il existait une obligation d'agir ou si la personne avait entrepris d'agir¹⁴³. Pour ce qui est du traitement, l'obligation est plus générale que celle prévue à l'article 198 et peut donc embrasser toutes les formes d'un abandon médical, si celui-ci met la vie humaine en danger.

«Entreprendre», tel que définit ci-dessus, requiert un acte positif comme l'établissement d'une relation médecin-patient ou la prise en charge de quelqu'un. Dans ce cas, cependant, l'étendue de l'engagement n'est pas limitée dans l'article du code par l'emploi de mots comme «administrer». Elle a donc une portée très générale. L'une des conditions tacites du contrat médical ou de la relation médecin-patient est que le premier doit assurer les soins médicaux nécessaires de façon continue et qu'il ne peut y mettre fin unilatéralement sans donner au patient un avis suffisant pour lui permettre de trouver un remplaçant acceptable¹⁴⁴. Autrement, l'engagement peut prendre fin d'un commun accord, par renonciation du patient ou par la disparition de la nécessité des soins médicaux¹⁴⁵. Bien que la question ne soit encore tranchée ni par la loi ni par la jurisprudence, les auteurs estiment que le refus de traitement de la part d'un patient ne constitue pas nécessairement une résiliation du contrat médical et ne justifie pas l'abandon du patient par le médecin¹⁴⁶.

Il n'y a «*omission*» au sens de l'article 199 que si la personne tenue d'agir est consciente que l'accomplissement de l'acte est requis ou nécessaire¹⁴⁷. En matière de traitement médical, une telle omission constitue un abandon médical. À partir du moment où le médecin s'engage à traiter, il ne peut plus y avoir d'abandon injustifié tel que, par exemple, le refus total et déraisonnable de traiter, le retrait à un moment critique sans préavis ou sans le consentement du patient, ou un congé médical prématuré¹⁴⁸. La plupart des cas d'abandon en matières civiles, comportent une situation de faute. L'abandon médical est un acte intentionnel, et il est ordinairement motivé par la crainte d'une poursuite pour faute professionnelle¹⁴⁹. Le seul recours à caractère pénal qui peut avoir lieu survient en cas de mort consécutive au refus de pratiquer une opération chirurgicale pour des motifs religieux. Une accusation d'homicide involontaire coupable par négligence pourrait alors être portée¹⁵⁰. Cette règle de droit est conforme à l'obligation déontologique imposée au praticien canadien de traiter un patient en cas d'urgence ou lorsqu'il est incapable de donner son consentement, alors que ce même praticien peut refuser de le faire pour des motifs d'objection de conscience dans les cas où il n'y a pas d'urgence¹⁵¹. L'urgence dans ce contexte semble s'entendre de situation où la vie ou l'intégrité physique du patient est en cause.

Enfin, le défaut d'agir doit comporter un risque de mort. Il faut donc établir le lien de causalité entre l'omission et le danger. Il n'y a, à date, aucun précédent traitant de cette obligation relativement au traitement médical.

D. Les lésions corporelles causées intentionnellement

L'infraction qui consiste à infliger intentionnellement des lésions corporelles revêt une importance particulière à l'égard du traitement médical. Aux termes de l'article 228 du Code criminel, est coupable d'un acte criminel quiconque, dans l'intention de blesser, de mutiler ou de défigurer une personne, cause des lésions corporelles¹⁵². Le sens juridique normal des termes «blesser», «mutiler» et «défigurer» est assez large pour comprendre certaines interventions médicales. «Blesser» signifie fendre la peau, et comprend donc l'acte chirurgical¹⁵³. «Mutiler» est blesser une personne au point de diminuer son aptitude à combattre ou à se défendre¹⁵⁴, et s'applique donc aux amputations chirurgicales et à certains traitements psychiatriques. «Défigurer» signifie causer une blessure extérieure qui peut modifier l'apparence physique, et s'applique donc à la chirurgie plastique¹⁵⁵. Ainsi qu'il a été indiqué plus haut, la notion de «lésions corporelles» s'entend aussi de toute atteinte à la santé ou au bien-être physique, qui n'est pas purement passagère. Celui qui pratique une opération chirurgicale a manifestement l'intention de «blesser», puisqu'il s'agit là d'un élément essentiel à la méthode chirurgicale. De même, celui qui ampute un membre sait qu'il diminuera ainsi l'aptitude de l'amputé à se défendre. Enfin, toute opération de chirurgie plastique est une modification intentionnelle de l'apparence physique, et la question de savoir si elle embellit ou défigure reste une question d'appréciation.

E. La négligence criminelle

Il y a négligence criminelle si la mort ou les lésions corporelles sont causées par une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui¹⁵⁶. Les règles de la négligence criminelle découlant de ce principe fondamental sont très complexes et se prêtent à des interprétations divergentes.

Il est cependant possible de concevoir le cadre général où s'inscrit leur analyse au regard du traitement médical.

Les éléments constitutifs de la négligence criminelle sont les suivants: 1) l'obligation ou l'engagement d'accomplir un acte, 2) un acte ou une omission qualifié de négligent, 3) une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui, et 4) la mort ou les lésions corporelles causées par cette négligence criminelle¹⁵⁷.

(i) *L'obligation ou l'engagement d'accomplir un acte*

En matière de négligence criminelle, l'obligation d'accomplir un acte ne peut être qu'une «obligation imposée par la loi»¹⁵⁸. Le mot «loi» s'entend de toutes les lois, qu'elles soient fédérales ou provinciales¹⁵⁹. Les obligations relatives au traitement médical peuvent donc avoir leur origine dans le *Code criminel*, dans d'autres lois fédérales, dans des lois provinciales ou dans les règlements d'application.

- *Obligations ayant leur source dans le Code criminel*

Les trois obligations prévues par le Code en matière de traitement médical ont été évoquées plus haut¹⁶⁰. Toutes les trois peuvent servir de base à une accusation de négligence criminelle, si l'omission intentionnelle cause la mort ou des lésions corporelles.

- *Les obligations ayant leur source dans d'autres lois fédérales*

D'autres lois fédérales imposent des obligations dont l'inobservation ou la violation peuvent aussi donner naissance à une accusation de négligence criminelle¹⁶¹. Parmi celles qui ont un rapport plus étroit avec le traitement médical, citons, par exemple, la *Loi des aliments et drogues*¹⁶², la *Loi sur les stupéfiants*¹⁶³ et la *Loi sur les pénitenciers*¹⁶⁴. Une analyse détaillée des obligations imposées par ces lois déborderait le cadre du présent document de travail. Quelques exemples suffiront cependant à illustrer les possibilités de responsabilité criminelle pour l'inexécution des obligations qu'elles imposent.

Aux termes du Règlement sur les stupéfiants, il est interdit à un praticien d'administrer, de prescrire, de donner, de vendre

ou de fournir un stupéfiant à une personne à moins qu'elle ne soit soumise à ses soins professionnels et à moins que le stupéfiant ne soit nécessaire en raison de l'état pathologique de la personne qui reçoit ces soins¹⁶⁵. La fourniture d'un stupéfiant constitue dans tous les autres cas une violation de cette obligation. Si la mort ou des lésions corporelles s'ensuivent et que le médecin a le mens rea requis, tous les éléments constitutifs de la négligence criminelle seront donc présents.

De même, le Règlement sur le service des pénitenciers prévoit que tout détenu doit bénéficier, conformément aux directives, des soins médicaux et dentaires essentiels¹⁶⁶. Selon certains, le fait de ne pas assurer ceux-ci conformément aux directives, peut donner lieu à une accusation de négligence criminelle¹⁶⁷.

- *Les obligations ayant leur source dans les lois provinciales*

Le manquement à une obligation prévue par une loi provinciale peut aussi donner naissance à une négligence criminelle au sens du *Code criminel*¹⁶⁸. Par loi provinciale on entend tous les textes législatifs, de même que les règlements établis par les hôpitaux et par le Collège des médecins, et approuvés par ordre en conseil. C'est ainsi qu'au Québec, en raison de l'article 2 de la Charte des droits et libertés de la personne, le médecin doit porter secours au malade en danger immédiat¹⁶⁹. La législation provinciale en matière d'hôpitaux, de santé publique, de santé mentale, d'accidents de travail et celle réglementant les professions de la santé peuvent prévoir d'autres obligations. Il convient donc de s'y reporter pour déterminer la portée exacte de la définition de la négligence criminelle.

(ii) *L'omission ou l'acte négligent*

L'acte qui donne lieu à l'accusation de négligence criminelle est le fait de causer la mort ou des lésions corporelles, par sa conduite dans des circonstances dénotant une négligence. Aucune distinction n'est nécessaire quant au degré de négligence requis. Il suffit d'établir la violation d'une obligation et la manifestation d'une insouciance téméraire¹⁷⁰. Seront donc coupables de négligence criminelle le parent ou le gardien qui n'assure pas un traitement médical¹⁷¹, le médecin qui n'administre pas un

traitement nécessaire dans les cas d'urgence au Québec¹⁷², et le personnel médical qui ne porte pas secours après avoir pris l'engagement de le faire¹⁷³, si, dans tous ces cas, la preuve est faite de l'insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui, et que le lien de causalité est établi.

(iii) *L'insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui*

La jurisprudence canadienne a eu jusqu'ici tendance à confondre les deux éléments distincts que sont «l'acte» et «l'insouciance téméraire». Cette tendance a eu pour résultat de faire adopter un modèle objectif de l'intention de l'accusé, basé sur sa propre conduite¹⁷⁴. Ainsi que l'a souligné tout récemment la Cour suprême du Canada, le fait même de la violation d'une obligation imposée par la loi est, dans la plupart des cas, preuve de l'intention¹⁷⁵: «Le comportement manifestant une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui constitue une preuve *prima facie* de négligence criminelle . . . la délibération n'est pas un élément essentiel de l'infraction»¹⁷⁶. Ainsi donc, il ne semble pas que l'élément subjectif de l'insouciance téméraire, qui requiert que l'accusé soit conscient des conséquences de son acte, soit un élément constitutif de la négligence criminelle. Tout en écartant l'élément subjectif, la Cour suprême ne semble pas toutefois rejeter l'élément intentionnel mental au point de faire de la négligence criminelle une infraction de responsabilité stricte¹⁷⁷. Cependant, l'élément moral requis n'apparaît pas clairement et la jurisprudence n'a pas été d'un grand secours pour le définir. Cet état de choses continue de faire l'objet d'un vif débat théorique, qui déborde le cadre de ce document de travail¹⁷⁸. Pour notre propos, il y a lieu de noter simplement la tendance vers une notion objective d'insouciance téméraire basée sur la conduite de l'individu.

Le modèle objectif continue certes à être source d'incertitude pour la définition générale de la négligence criminelle. Toutefois il a été adopté pour le traitement médical dans le cadre du triple impératif de «la connaissance, l'habileté et les soins raisonnables». C'est du moins ce qui ressort de l'arrêt *R. v. Rogers*:

[TRADUCTION] Je veux établir clairement que la norme de connaissance, d'habileté, et de soins requise professionnellement d'un médecin ou requise de toute autre personne qui entreprend d'administrer un traitement médical, peu importe ses titres de compétence, est une norme objective. En d'autres termes, peu importe dans un cas donné ce que pense le praticien ou la personne en cause du niveau de connaissance, d'habileté ou de soins qu'il a apporté à l'administration du traitement. Le seul critère consiste à savoir si en fait, et quoi qu'il en pense, il a fait preuve de la compétence requise par la loi. S'il ne justifie pas de ce degré de compétence, il commet alors une négligence criminelle . . . en d'autres termes, la question de l'insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui, ne s'apprécie pas par rapport aux considérations subjectives de l'accusé. J'affirmerais que pour des raisons évidentes, l'évidence, elle s'apprécie objectivement, selon la norme reconnue par une personne raisonnable¹⁷⁹.

Cet arrêt confond l'acte de négligence avec l'élément moral requis en définissant le caractère «téméraire» au moyen du degré de négligence. De plus, un tel critère d'appréciation a presque pour effet de créer une infraction de responsabilité stricte dans la plupart des cas pour celui qui ne détient pas un permis d'exercice professionnel.

L'incertitude pèse cependant sur les cas qui ne mettent pas en cause le caractère «raisonnable» de l'acte. Dans une affaire québécoise portant sur le traitement médical en cas d'urgence, la cour s'est penchée sur les considérations subjectives de l'accusé. Toutefois, elle a rejeté les conclusions de celui-ci à la lumière de la preuve tendant à établir une norme de conduite acceptable en l'espèce et dans des circonstances analogues¹⁸⁰. Cette méthode d'appréciation se rapproche du double critère de témérité préconisé par Williams: la prévisibilité subjective est prise en considération, sans déroger toutefois à une appréciation objective de l'importance du risque, de l'acceptabilité des excuses et des mesures qui se seraient imposées pour parer au danger¹⁸¹.

L'incertitude créée par une longue jurisprudence canadienne dans ce secteur de la négligence criminelle présente un risque pour le praticien. L'absence de principes directeurs clairement établis par les tribunaux, empêche de déterminer la limite qui peut être imposée au contrôle public de la conduite professionnelle. En écartant totalement la considération subjective de l'état d'esprit du médecin, on choisit également de faire abstraction de l'état de tension, des difficultés et de l'incertitude

qui s'attachent immanquablement à nombre d'interventions médicales et qui font qu'un médecin n'a souvent guère le temps de s'assurer du caractère objectivement raisonnable d'une mesure¹⁸². D'un autre côté, cependant il est sain et utile d'apprécier, au-delà de l'état moral subjectif, le caractère raisonnable d'une décision d'une façon générale, puisqu'il n'appartient pas au seul médecin de décider de questions relatives à la durée ou à la qualité de la vie¹⁸³. Ces considérations sont de la plus haute importance dans les situations de cessation de traitement.

(iv) *La mort ou les lésions corporelles causées par négligence criminelle*

Une personne n'est responsable de négligence criminelle que si, de son fait, elle a causé la mort ou des lésions corporelles¹⁸⁴. Les lésions corporelles ont été définies par la jurisprudence, mais le *Code criminel* ne comporte pas de définition de la mort. Cette lacune donne naissance à des problèmes particuliers en cette ère de progrès médical où l'on peut maintenir indéfiniment certains signes vitaux. Il est certains cas où une personne peut être dans un état qui eût été qualifié de mort selon les critères traditionnels de l'arrêt des fonctions cardiaques et respiratoires mais qui, par suite des mesures de prolongation de la vie, n'est qu'un état proche de la mort, ne permettant aucun espoir de recouvrement et que l'on appelle parfois le «coma dépassé». Le problème se complique lorsque dans de tels cas, les médecins prennent la décision de mettre fin aux mesures de réanimation¹⁸⁵. Ce problème requiert de l'avis de la Commission une solution législative et fait l'objet d'un autre document de travail de la Commission¹⁸⁶.

La théorie traditionnelle de la causalité en droit pénal est à l'effet que si un fait peut avoir plusieurs causes, chacune de celles-ci peut être considérée comme une cause directe si le fait ne se serait pas produit sans elle¹⁸⁷. La doctrine contemporaine fait usage de l'élément moral pour atténuer les effets de cette règle. Cependant, la règle sert toujours à déterminer, si en fait, la conduite de l'accusé a été la cause du préjudice¹⁸⁸. D'autre part, il est également important de déterminer si certains principes juridiques excluent la causalité de fait dans certains cas¹⁸⁹. Le *Code criminel* à cet égard, prévoit des règles de droit sur les

causes contributives d'un homicide¹⁹⁰, sur les causes qui hâtent la mort¹⁹¹ et sur l'intervalle de temps maximal qui peut séparer pour les fins de l'homicide, l'acte et la mort de la victime¹⁹². Les tribunaux ont cependant jugé que ces textes ne s'appliquaient pas à la négligence criminelle¹⁹³, ce qui laisse le cadre juridique de la causalité en matière de négligence criminelle dans un état d'incertitude, et le fait entièrement dépendre des principes de la *common law*.

En cas de négligence criminelle pour défaut d'intervention médicale, la preuve de la causalité porte sur la question de savoir si l'omission a causé la mort ou les lésions corporelles, ou si elle n'a fait que hâter la mort. Dans la plupart des affaires mettant en cause une omission de la part du médecin, le patient était déjà mourant. La mort était donc mise sur le compte de l'agonie préexistante¹⁹⁴. De plus dans la plupart de ces cas, la causalité entre l'omission et la mort n'avait pas été prouvée, puisqu'il était douteux que l'acte requis du médecin eût de toute façon sauvé la vie du patient¹⁹⁵. La question du degré de probabilité requis se pose alors avec acuité. Tout doute sérieux sur l'efficacité du traitement recommandé doit être tranché au bénéfice de l'accusé¹⁹⁶. Naturellement, il est impossible de prouver que le traitement recommandé aurait véritablement guéri le patient. Cependant, si l'omission a réduit de façon notable la durée de sa vie, la loi n'autorisera pas l'accusé à se défendre en faisant valoir que le patient serait décédé de toute façon¹⁹⁷. Si la preuve médicale démontre d'une façon raisonnable et probable que la conduite de l'accusé a eu pour effet d'écourter la durée de la vie, le lien de causalité se trouve établi¹⁹⁸. Il ne suffit donc pas de prouver seulement qu'un traitement aurait pu sauver la vie du patient.

La propre conduite de la victime peut également avoir une influence sur le lien de causalité. Les règles dégagées par la jurisprudence de *common law* l'ont été surtout en matière d'homicide. Il est probable cependant que celles-ci s'appliquent aussi à la négligence criminelle et à l'acte de causer intentionnellement des lésions corporelles¹⁹⁹. Le premier cas est celui du patient qui ne prend pas convenablement soin de lui-même: les tribunaux hésitent à considérer ce fait comme provoquant une rupture du lien de causalité²⁰⁰. Le second cas est celui du refus

par le patient d'un traitement correctif. Ce refus ne constitue pas non plus une rupture du lien de causalité²⁰¹. Ces deux problèmes se retrouvent également en droit privé, où le droit de refuser un traitement est généralement reconnu²⁰².

La négligence criminelle étant une des façons de commettre un homicide coupable aux termes du *Code criminel*²⁰³, la plupart des règles que nous venons de voir s'appliquent aussi au droit de l'homicide en matière de traitement médical.

F. L'homicide

L'homicide consiste dans le fait de causer la mort d'un être humain. Tous les cas d'homicide assument une extrême gravité aux yeux de la loi. Ils ne sont cependant pas tous considérés comme illicites, criminels ou coupables. Les infractions de meurtre, d'homicide involontaire coupable et d'infanticide constitue les trois formes d'homicide coupable.

Une personne commet un homicide coupable lorsqu'elle cause la mort d'un être humain par un acte illégal²⁰⁴ ou par une négligence criminelle²⁰⁵. Même si l'expression «acte illégal» désigne tout acte contraire à la loi, encore faut-il qu'il soit tel que «n'importe quelle personne raisonnable ne manquerait pas de se rendre compte qu'il expose autrui à un certain préjudice, aussi bénin soit-il»²⁰⁶. Des voies de fait peuvent constituer un tel acte illégal²⁰⁷; il en est de même de la violation d'une loi provinciale, si le préjudice peut être raisonnablement prévu. De même, une faute peut donner lieu à homicide involontaire coupable si elle est propre à causer des lésions corporelles et que la mort accidentelle s'ensuit. Par contre, l'acte fautif ne donne naissance à homicide involontaire coupable que si la négligence criminelle est établie. Par le jeu de la définition des voies de fait et des autres infractions dont il a été question jusqu'ici, une personne qui administre un traitement médical peut ainsi tomber sous le coup des dispositions relatives à l'homicide. Le meurtre consiste pour une personne à causer la mort d'autrui par un acte illégal ou par une négligence criminelle, en ayant soit l'intention de tuer²⁰⁸, soit celle de causer des lésions corporelles en sachant

qu'elles sont de nature à causer la mort s'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non²⁰⁹. Le critère d'appréciation de cette insouciance n'est pas plus précis et sûr que celui de la négligence criminelle dont il a déjà été question. Il est cependant évident qu'en matière de meurtre, l'élément subjectif de prévisibilité est requis²¹⁰. Le degré de prévisibilité d'une personne raisonnable permet donc tout juste de conclure que l'accusé aurait pu prévoir les mêmes conséquences²¹¹. Pour qu'il y ait meurtre, il faut que l'accusé sache que l'acte qu'il pose est susceptible de causer la mort.

Dans ce contexte, ne commet pas un meurtre la personne qui administre un traitement médical avec des soins propres à prévenir le préjudice dont elle, en personne raisonnable, a prévu la possibilité, si la mort s'ensuit, malgré tout, accidentellement ou contre toute attente²¹². Cependant il existe certains cas concrets où l'élément moral existe et qui posent donc des problèmes forts complexes.

Un premier exemple a trait à la cessation ou à la non-indication d'un traitement de soutien des fonctions vitales dans un contexte d'euthanasie. En droit pénal, la responsabilité n'est pas fonction des mobiles, aussi nobles soient-ils²¹³. Un autre document de travail de la Commission étant consacré à la cessation du traitement, nous ne nous étendrons pas plus longuement ici sur cette question.

Un second exemple est celui de l'homicide intentionnel causé par un traitement, mais pour des raisons qui n'ont rien à voir avec l'euthanasie. Aucune affaire du genre n'a été rapportée au Canada. Deux cas américains peuvent cependant être cités. Dans la première affaire, un chiropraticien avait donné aux parents d'une fillette l'assurance qu'il pouvait la guérir du cancer sans aucune intervention chirurgicale. Ceux-ci retirèrent alors l'enfant de l'hôpital et la vie de celle-ci fut ainsi abrégée. En appel, le verdict de culpabilité prononcé contre le chiropraticien fut infirmé au motif que le juge de première instance avait mal instruit le jury, en lui expliquant que les affirmations trompeuses faites aux parents constituaient un crime, ce qui faisait jouer la règle applicable au meurtre, de l'appréciation objective de l'intention. Parce que le praticien avait cru sincèrement,

quoique de façon déraisonnable, que son acte était dans le meilleur intérêt de la fillette, le juge de première instance aurait dû donner au jury les directives applicables en cas d'homicide involontaire coupable²¹⁴. Dans la seconde affaire, un médecin du New Jersey fut acquitté du meurtre de cinq patients dans des conditions bizarres où des accusations furent portées contre des médecins en service dans un hôpital²¹⁵.

Les cas de meurtre par administration d'un traitement médical sont extrêmement rares. La plupart des homicides en ce domaine sont des cas d'homicide involontaire coupable. L'homicide coupable qui n'est pas un meurtre, ni un infanticide constitue un homicide involontaire coupable²¹⁶. Si la mort a été causée par la conduite de l'accusé, mais qu'il n'y a pas d'intention coupable, il faut alors considérer le chef d'homicide involontaire coupable²¹⁷.

Les arrêts portant sur l'homicide involontaire coupable par négligence criminelle dans le cadre du traitement médical ne manquent pas. Peu d'entre eux sont cependant de date récente²¹⁸. Les principes identiques à ceux de la négligence criminelle que nous avons vus plus haut, s'appliquent. En fait, il est d'ailleurs extrêmement difficile de faire la distinction entre la négligence criminelle ayant causé la mort et l'homicide involontaire coupable, en raison surtout de l'incertitude qui plane sur la nature même de l'élément moral. De toute évidence, ni les bonnes intentions, ni l'expectative de résultats bénéfiques influent sur l'issue de la cause lorsque la négligence criminelle est établie. Il peut y avoir également homicide involontaire coupable à la suite d'un acte illicite commis dans l'administration d'un traitement médical. Un tel cas ne s'est cependant pas encore produit au Canada.

Une hypothèse peut être envisagée dans le contexte des dispositions relatives à l'homicide, celle du refus ou de l'arrêt d'un traitement de soutien à la vie pour cause de pénurie des ressources médicales. Comment nos institutions juridiques réagiront-elles au cas du patient qui a besoin d'une dialyse rénale et qui s'en voit refuser l'accès parce qu'il en manque, ou encore au cas du patient âgé que l'on retire de la dialyse au bénéfice d'un patient plus jeune? Dans les deux cas, l'acte est inten-

tionnel et il est à prévoir que la mort du patient s'ensuivra²¹⁹. Cette question se rattache à celle de la portée de l'engagement médical dont il a été question plus haut. Certains auteurs soutiennent que cet engagement porte sur un niveau minimum de traitement, ce niveau étant celui qu'on peut assurer à tous les patients, ni plus ni moins²²⁰. Selon une autre opinion, l'obligation consiste à assurer des soins «ordinaires». En cas de pénurie des moyens et des ressources, ces soins deviennent «extraordinaires» et se situent alors en dehors du champ de l'obligation²²¹. Qu'on les interprète dans un sens ou dans l'autre, les règles en la matière demeurent obscures et incertaines. En dernière analyse, cette situation doit se résoudre par le recours à la défense de nécessité ou par la reconnaissance expresse de circonstances spéciales motivant l'arrêt de traitement.

L'affectation des ressources médicales de soutien à la vie en cas de pénurie est le dernier exemple illustrant les possibilités de responsabilité pénale pour traitement médical, dans le cadre des dispositions du *Code criminel* relatives aux infractions contre la personne. Le caractère très large de cette responsabilité s'explique par le désir du Code de protéger l'individu sans distinction, contre toutes les atteintes à la personne, dont les caractéristiques se rapprochent des infractions qu'il prévoit. L'absence d'un élément constitutif d'une infraction enlève à l'acte tout caractère criminel et constitue donc un moyen de défense valable. La loi prévoit cependant aussi certains moyens de défense spécifiques qui contribuent encore plus à soustraire le traitement médical au champ d'application du droit pénal. Un examen de la responsabilité criminelle en la matière ne serait pas complet sans une brève étude de ces moyens de défense.

2. Les moyens de défense

Les moyens de défense spécifiques offerts par le *Code criminel* et par la *common law* servent à réconcilier théorie et réalité²²². La perspective d'une responsabilité pénale résultant de la simple administration d'un traitement médical crée en effet un conflit apparent entre le *Code criminel* et la conception

populaire du traitement médical. Ce conflit se résout en partie grâce à l'existence de certains moyens de défense.

Le but d'un moyen de défense est de permettre d'invoquer l'absence du caractère criminel d'une conduite, et réfuter de ce fait le caractère criminel d'un acte posé ou au moins, de créer un doute raisonnable à ce sujet²²³. La caractérisation d'un acte comme criminel doit prendre en considération deux concepts de défense: le fait justificatif et l'excuse. Ces concepts servent à orienter l'analyse soit sur les faits externes, soit sur l'élément moral sans toucher au problème de fond²²⁴. Le fait justificatif se rapporte aux faits externes qui absolvent un acte alors que l'excuse se rapporte à la personne même ou au caractère de l'accusé²²⁵.

Les moyens de défense prévus par le *Code criminel* en matière de traitement médical portent sur les circonstances externes qui excusent l'application de la force. D'autres moyens de défense se rapportant à la personne de l'accusé s'appliquent également en ce domaine. Nous ne ferons cependant référence qu'à ceux qui paraissent les plus pertinents. Il y a lieu de rappeler que le consentement de la victime est souvent considéré comme un fait justificatif. Cette question a déjà été étudiée à propos des voies de fait. Il paraît donc inutile de l'évoquer de nouveau.

A. La justification des opérations chirurgicales

Aux termes de l'article 45 du *Code criminel*, toute personne est à couvert de responsabilité criminelle lorsqu'elle pratique sur une autre, pour le bien de cette dernière, une opération chirurgicale si l'opération est pratiquée avec une connaissance, une habileté et des soins raisonnables, et 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'espèce²²⁶. Cet article figure dans la partie des dispositions «générales» du *Code criminel*, «ce qui démontre qu'il s'applique, selon les circonstances, à l'ensemble des dispositions du *Code criminel*», à l'exception de l'avortement²²⁷. Sujet à cette dernière exception, la règle qu'il énonce s'applique donc à tout le monde,

peu importe le lieu où l'opération est pratiquée²²⁸. À part une modification mineure²²⁹, cet article est demeuré inchangé depuis son insertion dans le premier Code de 1892 et depuis sa formulation par Stephen en 1877²³⁰.

Certaines décisions jurisprudentielles récentes sont à l'effet que ce moyen de défense est distinct et plus restrictif que celui de la défense de nécessité en *common law*. Dans *Morgentaler c. R.*, le juge en chef Laskin a souligné que l'article 45 s'applique seulement aux opérations chirurgicales et non à d'autres formes de traitement²³¹. Par ailleurs, ce moyen de défense est fondé sur des faits objectifs qu'on peut établir selon le critère de la norme raisonnable et non sur un élément subjectif²³². Ainsi donc, ce moyen de défense est centré sur l'appréciation du caractère «raisonnable» de l'acte.

Les vues ne sont pas unanimes sur la question de savoir si ce moyen de défense est limité aux cas de nécessité ou d'urgence, ou s'il s'étend aussi aux cas où une opération chirurgicale n'est que souhaitable parce que facultative. La controverse s'explique par le silence de la loi sur la question du consentement. Trois théories ont été proposées pour expliquer le fait que le consentement soit passé sous silence et pour tenter de cerner le champ d'application exact de l'article.

Selon la première explication, adoptée par le droit canadien, cet article offre un moyen de défense à une accusation fondée sur une opération chirurgicale lorsque le patient est inconscient ou incapable de donner son consentement²³³. Cette conception est conforme à l'ancienne règle adoptée par Stephen qui voyait dans l'incapacité l'élément permettant de passer outre au consentement²³⁴. Cette conception représente aussi l'exception légale à la règle du consentement en droit pénal anglais²³⁵. Enfin, cette règle va dans le même sens que celle du droit privé où une opération chirurgicale peut être pratiquée sans le consentement de l'intéressé si elle est «nécessaire», parce qu'elle répond à un «cas d'urgence», requérant une «décision immédiate», et non pas à un simple souci de commodité ou d'avantage²³⁶.

Selon la deuxième interprétation, plus modérée, le consentement n'est pas tout à fait passé sous silence par l'article 45.

Celui-ci pose en effet comme condition que l'opération soit pratiquée «pour le bien» du patient. Or, cette condition est considérée comme faisant pendant à celle du consentement²³⁷. Cette théorie présente le consentement et le bien du patient comme les deux éléments d'une même alternative, et conclut ainsi, par déduction, à la nécessité du consentement. Selon cette deuxième école la règle dans une situation où le consentement est absent, représente une technique sociale visant à inciter une personne à poser un geste qu'elle doit poser en conscience mais qui, à d'autres égards, pourrait sembler injuste à l'égard du sujet²³⁸. Les réflexions philosophiques suscitées par cette seconde interprétation font ressortir qu'elle revient tout simplement à autoriser les médecins à faire ce qu'ils estiment être dans le meilleur intérêt de leurs patients et donc qu'elle [TRADUCTION] «relève d'une suffisance grossière d'un individualisme parfois excessif et d'un paternalisme intrinsèque»²³⁹.

La troisième théorie, qui est la plus libérale et qui s'expose aux mêmes critiques, veut que ce moyen de défense déborde les seuls cas de nécessité pour s'étendre également aux cas où une intervention chirurgicale est tout simplement souhaitable²⁴⁰. Cette théorie se justifie par la conviction qu'en formulant cet article, le législateur avait l'intention d'aller plus loin que la règle de *common law* et que le respect de l'ordre public est assuré de toute façon par l'impératif catégorique de la norme «raisonnable».

Ces trois vues divergentes font ressortir, à tout le moins, une lacune dans cet article, sur la place exacte que doit occuper le consentement. Elles montrent bien d'autre part, la nécessité d'avoir une règle de droit pénal sur l'expérimentation sur les êtres humains et sur l'obligation d'agir en cas d'urgence. Enfin, elles montrent combien le caractère restrictif du moyen de défense est peu satisfaisant. Cet article ne prévoit en outre pas le cas de refus exprès de traitement médical. Enfin, les limites d'un tel refus, et d'une justification d'intervention ne sont pas indiqués.

Les trois éléments essentiels de ce moyen de défense se résument comme suit: l'opération doit être bénéfique; elle doit être pratiquée avec une connaissance, une habileté et des soins

raisonnables, et elle doit être raisonnable eu égard aux circonstances.

En premier lieu, l'expression «*pour le bien de*» utilisée par le Code est dénuée de signification juridique définie par la loi ou par la jurisprudence. La condition que l'opération soit pratiquée «*pour le bien*» d'une personne, impose un but bénéfique et non pas nécessairement un résultat bénéfique. Cette condition du moyen de défense est le pendant exact du préjudice, condition de l'infraction. Étant donné le sens du mot «*préjudice*» qui peut désigner un simple malaise ou inconvénient, il existe un certain chevauchement des deux concepts. En effet, la plupart des opérations chirurgicales causent inéluctablement des malaises ou inconvénients qui ne sont pas simplement passagers. Qui plus est, même les techniques médicales les plus avancées comportent un risque de préjudice considérable²⁴¹. Même si la chose est spéculative, l'acception courante du terme «*bénéfique*», indique que le risque couru ne doit pas être hors de proportion avec le «*bénéfice*» attendu²⁴². En conséquence, un risque plus grand peut être pris, si l'autre choix est la continuation de souffrances sérieuses. Toutefois, un équilibre raisonnable entre les deux doit toujours être observé. Ainsi, des thérapies radicales ne doivent pas être utilisées si d'autres méthodes de traitement moins dangereuses mais tout aussi efficaces, peuvent être appliquées²⁴³.

Le Code ne précise pas qu'il s'agit en l'occurrence de bénéfice «*médical*», laissant ainsi aux tribunaux le soin d'interpréter ce terme. Certaines affaires civiles touchant les greffes d'organes ont déjà reconnu comme valable le bénéfice psychologique²⁴⁴. Il est possible que ce concept s'étende au principe moral du bien-être total de la personne²⁴⁵. La chirurgie non thérapeutique serait exclue à juste titre de la sphère du «*bénéfice*», de même que l'expérimentation, la chirurgie inutile et la chirurgie sans valeur²⁴⁶.

En second lieu, les considérations relatives à la *connaissance*, à l'*habileté* et aux *soins raisonnables* sont identiques à celles qui ont été discutées précédemment. Il est donc inutile d'y revenir.

En troisième lieu, il faut qu'il soit *raisonnable* de pratiquer l'opération, eu égard à l'état de santé du patient au moment de cette opération et compte tenu de toutes les autres circonstances. Ce critère objectif se rapporte à la fois à l'équilibre raisonnable entre le risque et le bénéfice, et au caractère d'urgence. Cette troisième condition enlève donc toute protection aux opérations inutiles. La définition de ce qu'est une opération inutile est discutable, puisqu'elle est fonction des chances de bénéfice pour le patient ainsi que la fréquence statistique variable de telle ou telle opération²⁴⁷. Enfin, une opération peut être considérée comme déraisonnable, si elle est pratiquée malgré le refus exprès du patient.

Une quatrième condition, la bonne foi, qu'ignore le droit canadien, fait partie intégrante du même moyen de défense dans certains autres pays²⁴⁸. La croyance sincère de la personne pratiquant l'opération dans les conséquences prévisibles de celle-ci est un facteur subjectif, établi la plupart du temps, par la preuve qu'il y a eu consultation avec un autre praticien²⁴⁹. Une telle consultation a pour effet, la chose a été démontrée, de réduire sensiblement la fréquence des opérations inutiles²⁵⁰. Selon un courant d'opinion, certains tiennent cependant que ce facteur subjectif s'applique à l'article 45, mais ne suffit pas à régler la question²⁵¹. La tendance générale toutefois est à l'effet de maintenir la distinction entre ce moyen de défense objectif et la défense de nécessité de la *common law*, dont la base est fondamentalement subjective²⁵².

B. La défense de nécessité

La question fondamentale qui se pose à propos de la nécessité est de savoir si elle peut être invoquée comme moyen de défense. Bien que certains auteurs soient d'un avis contraire²⁵³, il semble généralement reconnu que ce moyen de défense existe en droit canadien²⁵⁴, et a été formellement reconnu par les droits anglais²⁵⁵ et américain²⁵⁶. Dans *Morgentaler c. R.*, la majorité de la cour estime que si cette défense existe en droit canadien, elle ne peut être invoquée que «dans des situations urgentes de danger imminent et évident lorsque l'obéissance à la loi est démonstrativement impossible»²⁵⁷. Un tel danger s'entend

également du danger qui menace la vie²⁵⁸. Les trois éléments essentiels de ce moyen de défense sont les suivants: en premier lieu, il faut que l'acte vise à prévenir un mal substantiellement plus grave que l'infraction commise pour l'éviter; en deuxième lieu, il faut que l'infraction soit la seule option possible; enfin, le préjudice causé doit être tout juste nécessaire pour éviter le mal redouté²⁵⁹. Il faut, bien entendu, que la situation paraisse à l'accusé si urgente qu'il se sente obligé d'agir immédiatement. L'appréciation reste objective²⁶⁰. Ainsi donc, il appartient au jury de décider si la situation était vraiment urgente et si le préjudice causé était vraiment moindre que le mal évité. Cette conclusion ne dépend pas de ce qu'en pensait l'accusé. Dans un sens normatif, ce moyen de défense est celui d'un comportement utile et louable, justifiant la violation d'un droit.

Dans le contexte du traitement médical, ce moyen de défense présente au Canada une utilité incontestable sur le plan théorique. En *common law* et en droit anglais contemporain, la défense de nécessité exonère de toute responsabilité pénale le chirurgien qui pratique une opération sur un patient inconscient²⁶¹. Elle aurait probablement le même effet en droit canadien à l'égard d'autres formes de traitement, administrées dans des circonstances identiques. Ainsi, en serait-il d'une transfusion sanguine, donnée à un enfant contre le gré de ses parents, afin de lui sauver la vie. Dans une affaire jugée en Grande-Bretagne, l'emploi médical d'un stupéfiant comme analgésique n'a pas été considéré comme un crime en raison de la valeur analgésique du stupéfiant, même si son administration a hâté la mort du patient²⁶². Il n'est pas dans notre propos d'étudier ici les effets de la défense de nécessité sur les cas d'euthanasie. Il faut souligner cependant que ce moyen de défense peut revêtir une importance considérable dans les autres cas d'homicide.

Une première hypothèse intéressante est celle où quelqu'un cause intentionnellement la mort d'une autre personne pour en sauver une troisième. Telle est, par exemple, le cas de l'affectation des ressources rares en situation de pénurie. L'ancienne *common law* d'Angleterre et la jurisprudence américaine se contredisent sur la possibilité d'appliquer la défense de nécessité dans l'exemple classique des naufragés. En Grande-Bretagne, l'arrêt *R. v. Dudley and Stephens* a rejeté cette

défense invoquée pour justifier le meurtre d'un garçon innocent afin de sauver la vie de deux marins²⁶³. La fin dans un tel cas ne justifiait pas les moyens utilisés. En l'absence du héros qui se sacrifie, les trois marins devaient donc tous mourir ensemble, étant entendu qu'une vie ne valait pas plus qu'une autre.

Auparavant, l'affaire américaine *U.S. v. Homes*, avait jugé que le fait de jeter certains passagers par-dessus le bord d'un canot de sauvetage, afin de sauver les autres, était devenu une nécessité après que les intéressés eurent épuisé toutes les mesures de sauvetage et que le danger fut devenu imminent²⁶⁴. Dans cette affaire cependant, il n'y avait pas eu sélection arbitraire, mais un tirage au sort équitable, auquel seul l'équipage n'était pas soumis²⁶⁵. Bien que la décision de traiter une personne de préférence à une autre ne soit pas prise par les patients eux-mêmes, ces deux affaires sont les seules qui présentent une analogie quelconque dans ce domaine. Les auteurs n'arrivent pas à se mettre d'accord sur les effets de *Dudley and Stephens*²⁶⁶. De plus, il n'existe aucune jurisprudence subséquente sur la question. L'incertitude règne sur la question de savoir si une situation d'état de nécessité peut donner naissance à la défense de nécessité de même que sur la méthode de sélection de l'éventuelle victime. Si *Dudley and Stephens* est à l'effet que ce moyen de défense ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de choisir par évaluation une vie humaine, par rapport à une autre, ce même moyen resterait donc valable dans l'hypothèse où le sacrifice d'une minorité peut assurer la survie de la majorité. *U.S. v. Holmes*, pour sa part, a reconnu la défense de nécessité, basée sur des critères spécifiques, et fondée sur l'exclusion de certains membres de la collectivité par tirage au sort. Cet arrêt a donc sanctionné ainsi implicitement le recours au critère d'utilité sociale, lorsqu'il s'agit de décider qui doit continuer à vivre et qui doit mourir²⁶⁷. Toutefois, ni l'une ni l'autre de ces affaires ne peut servir à trancher la question, propre à notre époque, de l'affectation des ressources en situation de pénurie. Une solution possible reste une intervention législative du type de celle expressément prévue par le *Code criminel* en matière de meurtre de l'enfant non encore né: s'il y a urgence au moment de l'accouchement, c'est la mère qu'il faut sauver de préférence à l'enfant²⁶⁸. Malgré la rareté des situations dans lesquelles il se

pose, le problème demeure entier et requiert une solution juridique réaliste.

Une seconde hypothèse où la sauvegarde d'une vie sans risque de mort pour un autre peut faire naître la défense de nécessité, est celle de la contribution forcée d'une partie du corps humain en vue de sauver une vie. Ce moyen de défense peut-il, par exemple, servir à exonérer un prélèvement forcé de sang d'un type rare pour sauver la vie d'un malade? Certains, à cet égard insistent sur la préservation de l'inexistence d'une obligation de porter secours²⁶⁹. D'autres, au contraire, soulignent l'absurdité d'un système qui permet d'absoudre un meurtrier parce qu'il a été forcé à commettre le meurtre et qui pourtant n'accepte pas l'idée de transfusion sanguine obligatoire²⁷⁰. Cette observation fait ressortir les contradictions intrinsèques de la défense de nécessité, lorsque l'on cherche à comparer les valeurs qui y sont sousjacentes.

La défense de nécessité a été soulevée dans une espèce fort intéressante. Il s'agissait d'un cas d'alimentation forcée d'une prisonnière qui faisait la grève de la faim²⁷¹. Cette affaire, qui s'est passée en Grande-Bretagne en 1909, fait ressortir un problème sérieux. Si la personne en cause n'avait pas en effet été incarcérée, rien n'aurait justifié un tel acte, allant à l'encontre de sa volonté²⁷². Cet arrêt, même justifié en théorie par l'exercice d'un pouvoir des autorités publiques, est en fait une négation du droit au refus de traitement par les prisonniers et les internés²⁷³. Aucune jurisprudence n'existe en la matière au Canada. Certains auteurs estiment cependant qu'il est possible de passer outre au consentement si le traitement est administré dans l'intérêt du détenu malade²⁷⁴. Cette thèse est fondée toutefois sur une présomption de consentement implicite qui rend donc inapplicable la défense de nécessité et semble inapplicable en droit pénal²⁷⁵.

Ces derniers exemples illustrent les difficultés qui se font jour en raison du conflit des valeurs en présence. Certains auteurs refusent de voir dans la nécessité une véritable défense au sens juridique du terme, tout en l'acceptant comme liée aux éléments constitutifs d'une infraction²⁷⁶. En revanche, ceux qui favorisent la reconnaissance de ce moyen de défense, soulignent

l'utilité de son applicabilité générale dans les cas non spécifiquement prévus par la loi²⁷⁷.

Une solution particulière à l'égard du traitement médical a été adoptée aux États-Unis. Dans *U.S. v. Randall*, la «nécessité médicale» a été considérée comme un moyen de défense spécifique, au motif que la sauvegarde de la vie et de la santé l'emporte sur toutes les autres valeurs sociales²⁷⁸. En cas de nécessité médicale, toute mesure prise en vue de sauvegarder la vie ou la santé est justifiée. Dans *Randall*, une personne avait en sa possession de la marijuana dont elle se servait pour soigner un glaucome, traitement qu'elle avait inventée elle-même et qui s'était avéré bénéfique. Cette décision peut avoir des répercussions importantes sur l'usage de drogues contrôlées ou prohibées, en violation des règlements applicables²⁷⁹. La nocivité ou l'inefficacité de certaines de ces drogues n'ont pas été établies (celles-ci n'ayant tout simplement pas fait l'objet d'essais de contrôle concluants), et leur emploi à des fins médicales pourrait donc être justifié en vertu de la doctrine de la nécessité médicale. Le même raisonnement pourrait aussi être utilisé pour défendre l'application de la défense de nécessité dans les cas d'euthanasie où le malade n'a aucun espoir de recouvrement et où le choix de la mort comme un moindre mal relève d'un jugement médical. Ce moyen de défense, dans une telle hypothèse, serait restreint cependant à la constatation d'un tel état, établi par jugement médical²⁸⁰. Dans l'état actuel du droit canadien cependant, cette défense ne pourrait probablement pas être invoquée contre une accusation d'homicide résultant d'une euthanasie provoquée.

Cette profusion d'hypothèses fait ressortir l'urgence d'arrêter certains principes directeurs, reconnus par la collectivité et la nécessité de préciser les meilleurs moyens pour réaliser la mise en vigueur de ces principes.

C. L'erreur de fait

L'erreur sur un fait exonère l'accusé, si celui-ci a cru honnêtement à un état de choses qui, eût-il vraiment existé, aurait rendu son acte innocent²⁸¹. Dans un tel cas, l'accusé, en effet,

n'a pas d'intention criminelle. Autrefois, l'erreur de fait était subordonnée à la double condition d'une croyance honnête et raisonnable. Le caractère raisonnable n'est cependant plus un élément requis, sauf dans les cas d'infractions de responsabilité stricte²⁸². Ce moyen de défense présente une utilité incontestable à l'égard des erreurs non fautives dans l'administration d'un traitement médical. De plus, l'interprétation qu'on en donne de nos jours peut servir à résoudre des problèmes de droit pénal relatif à certaines croyances religieuses.

Ce moyen de défense peut donc être invoqué dans le cas bizarre du patient opéré par erreur à la place d'un autre ou lorsque l'intervention chirurgicale n'est pas celle à laquelle le patient a consenti²⁸³. Ce moyen de défense ne pourrait pas cependant servir alors à repousser une responsabilité d'ordre civil. De même, l'administration d'un médicament autre que celui qui convient, n'engage pas la responsabilité pénale de l'accusé si celui-ci a cru honnêtement avoir administré le médicament prévu²⁸⁴. Dans tous ces cas, le caractère honnête de la croyance peut être établi par le fait que l'accusé a pris certaines précautions et s'est comporté raisonnablement. En matière d'administration des médicaments, les tribunaux ont conclu qu'un médecin pouvait raisonnablement présumer que l'infirmière suivrait ses ordres et administrerait les médicaments, comme il le lui avait ordonné²⁸⁵.

Lorsque la jurisprudence exigeait le caractère raisonnable de l'acte, la violation d'une loi par suite d'une croyance religieuse inusitée ou non reconnue était considérée comme une erreur déraisonnable et, partant, inexcusable²⁸⁶. Cette règle s'opposait aux anciennes notions de *common law* selon lesquelles une croyance véritable constituait un moyen de défense lorsque la loi n'imposait pas d'obligation spécifique²⁸⁷. L'abandon du critère du caractère raisonnable peut ouvrir la voie à un moyen de défense fondé sur la croyance religieuse dans les cas où celle-ci s'oppose au traitement médical. Cependant, certains auteurs estiment que les croyances «étranges» ou «insolites» doivent être considérées comme des moyens de défense fondés sur l'aliénation mentale ou comme des commandements divins transcendant la loi humaine, c'est-à-dire comme des erreurs de droit qui, elles, ne constituent pas un moyen de défense

reconnu²⁸⁸. À leur avis, la croyance religieuse se rattache aux mobiles et non à l'intention. À ce titre donc, cette croyance ne peut pas être invoquée pour justifier une défense d'erreur de fait. Malgré ces divergences de vues, cette évolution permet de penser que le problème des croyances religieuses sera probablement réexaminé à brève échéance.

D. Les ordres d'une autorité supérieure

Il est généralement accepté qu'un accusé ne puisse justifier un acte en invoquant l'obéissance aux ordres d'une autorité supérieure. Ce fait peut cependant servir à établir l'absence d'intention criminelle, ou le caractère raisonnable de la négligence ou encore une croyance raisonnable en la légalité des ordres²⁸⁹. De toute évidence agir conformément à la loi, par exemple à une loi provinciale sur la santé publique ne constitue pas une infraction. La difficulté surgit lorsque les directives d'un hôpital sont juridiquement nulles parce que non approuvées par un ordre en conseil ou qu'une ordonnance d'une autorité judiciaire est nulle pour absence de juridiction. Une autre situation où ce moyen de défense peut être soulevé, est celle de l'affectation de ressources rares en cas d'état de nécessité sans les garanties découlant du respect du principe de légalité.

3. Résumé

En droit pénal, le traitement est considéré comme une application de la force sur la personne d'autrui. Tous les cas d'application de la force emportent une responsabilité pénale potentielle et tombent sous le coup des dispositions relatives aux infractions contre la personne, de la Partie VI du *Code criminel*.

A. Les infractions

(i) Le traitement administré sans consentement valable constitue des *voies de fait*. L'autorisation de traiter peut venir d'une loi, telle une loi provinciale sur la santé publique ou sur la santé mentale. Dans tous les autres cas cependant, le consentement personnel et individuel du patient est requis. Ce consentement peut être limité selon le vœu du patient. Il doit être libre, éclairé et donné par une personne capable de saisir la nature de l'acte qu'elle pose.

(ii) Le manquement à l'*obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence* d'une personne à charge constitue une infraction, si l'omission met en danger la vie de cette personne ou expose sa santé à un péril permanent. Ceux qui s'engagent par contrat à prendre soin de gens incapables de prendre soin d'eux-mêmes, doivent leur assurer tous les soins médicaux nécessaires. L'impossibilité de prendre soin de soi-même peut tenir à la détention, à l'âge, à la maladie, à l'aliénation mentale ou à toute autre cause.

(iii) Quiconque *entreprend d'administrer un traitement médical doit faire preuve de connaissance, d'habileté et de soins raisonnables*. Cette obligation s'applique tant aux professionnels détenteurs d'un permis d'exercice, qu'aux praticiens non autorisés. Le caractère «raisonnable» est déterminé par rapport à la norme professionnelle d'un détenteur d'un permis d'exercice professionnel ayant reçu la formation nécessaire pour accomplir l'acte en question. Par ailleurs, celui qui entreprend d'accomplir un acte est tenu de le continuer si une omission peut mettre la vie d'autrui en danger. Il s'ensuit qu'il ne peut y avoir d'abandon injustifié tel que par exemple le refus total et déraisonnable d'administrer un traitement, le retrait à un moment critique sans le consentement du patient ou sans préavis suffisant ou un congé médical prématuré.

(iv) L'infraction qui consiste à *causer des lésions corporelles dans une intention criminelle* est générale. Elle embrasse donc de nombreuses formes de traitement indépendamment de l'existence du consentement ou d'une connaissance, d'une habileté et de soins raisonnables de la part du prati-

rien. L'expression «lésions corporelles» a en effet été définie comme étant constituée de toute atteinte à la santé ou au bien-être physique qui n'a pas un caractère simplement passager. De plus, l'intention requise est celle de blesser, de mutiler ou de défigurer, autant de notions qui, dans leur acception courante, sont précisément les caractéristiques de la chirurgie, de certains traitements psychiatriques et de la chirurgie plastique.

(v) L'insouciance téméraire dont quelqu'un fait preuve en omettant d'accomplir une obligation imposée par la loi peut donner lieu à une accusation de *négligence criminelle*, si la mort ou des lésions corporelles s'ensuivent. Cette obligation s'entend de toutes les obligations prévues au *Code criminel*, aux autres lois fédérales ou aux lois provinciales. Les règles de cette infraction sont très compliquées. Elles ont été illustrées par une récente affaire médicale qui a fait ressortir l'importance de cette infraction dans le contexte du traitement médical. Un médecin de garde au service des urgences d'un grand hôpital refusa de traiter un malade qui y avait été transporté, et le renvoya en ambulance à un autre hôpital. Le malade mourut à son arrivée au second hôpital et le médecin fut poursuivi pour négligence criminelle. Bien qu'il fût établi que, de par les lois de la province de Québec, le médecin était tenu de traiter tous les malades qui se présentaient au service des urgences et qu'il avait fait preuve d'insouciance téméraire par son refus, ce médecin fut finalement exonéré de toute responsabilité, faute de preuve du lien de causalité directe entre le refus de traiter et la mort. La négligence criminelle est d'autant plus importante qu'elle peut donner lieu aux poursuites fondées sur les dispositions relatives à l'homicide.

(vi) Il est extrêmement rare que l'administration d'un traitement médical donne lieu à une poursuite pour *meurtre ou homicide involontaire coupable*. Cependant, l'arrêt d'un traitement visant à sauver une vie humaine ou la décision de ne pas l'entreprendre peuvent poser des problèmes à cet égard. L'homicide involontaire coupable a été invoqué dans certains cas où un traitement déraisonnable avait causé la mort du patient et que le médecin, estimait, malgré tout,

que le traitement administré était celui qui convenait le mieux au patient.

Un acte peut tomber sous le coup d'une ou de plusieurs dispositions relatives aux infractions contre la personne. Il se peut pourtant qu'il n'entraîne aucune responsabilité pénale, en raison de l'existence d'un moyen de défense spécifique. De plus, tous les moyens de défense généraux peuvent aussi être invoqués en matière de traitement médical.

B. Les moyens de défense

(i) Le *Code criminel* exonère de la responsabilité criminelle quiconque pratique une opération chirurgicale sur une autre personne pour le bien de cette dernière, si l'opération est pratiquée avec une connaissance, une habileté et des soins raisonnables, et s'il est raisonnable de la pratiquer eu égard aux circonstances. Ce moyen de défense s'applique évidemment aux opérations chirurgicales, quels que soient la personne qui pratique l'opération et le lieu où elle est pratiquée. Une controverse sérieuse est née cependant de la question de savoir si ce moyen de défense est limité aux cas de nécessité urgente ou s'il peut être invoqué dans tous les cas où une intervention chirurgicale est simplement souhaitable. Par ailleurs, l'une des conditions requises étant le bien du patient, on peut soutenir que ce moyen de défense ne s'applique pas aux interventions non thérapeutiques, telles les opérations à caractère expérimental, inutiles ou sans valeur.

(ii) *La défense de nécessité* exonère de la responsabilité pénale, si la violation du *Code criminel* a pour but de prévenir un mal plus grave encore. Ainsi l'administration d'un stupéfiant pour soulager les souffrances d'un agonisant, quand bien même elle hâte sa mort, n'est pas une infraction parce qu'elle a le mérite de lui éviter les souffrances. Dans certaines affaires récentes, ce moyen de défense a été invoqué pour justifier l'emploi de drogues illicites, au motif que la sauvegarde de la santé ou de la vie humaine l'emportait sur toutes les autres valeurs sociales. Cepen-

dant, les règles juridiques sont encore incertaines lorsqu'il y a conflit entre deux vies humaines, dont l'une doit être sacrifiée ou, par exemple, dans le cas difficile où il faut choisir une personne qui bénéficiera seule d'une ressource médicale peu abondante. D'après l'ancienne jurisprudence, en l'absence d'un héros qui se dévoue, tous doivent être sacrifiés. Le problème posé par le cas des naufragés dont l'un doit être sacrifié pour que les autres puissent survivre, n'est pas exactement identique à celui posé par le choix d'un patient pour l'administration d'un traitement. Le problème, en effet, est de déterminer si moralement et juridiquement le patient dont l'espérance de survie est très réduite peut être soustrait aux techniques ou aux machines de maintien en vie de façon à permettre de les utiliser en faveur d'un autre patient dont les chances de survie sont bien meilleures. Malgré l'état actuel du droit, il nous paraîtrait d'ailleurs bien douteux de conclure que faire un choix serait illégal dans une telle hypothèse. Nous pensons au contraire, si les soins n'ont pas déjà été entrepris et que les conditions des patients sont contemporaines, que de ne pas choisir serait précisément refuser d'une façon négligente et coupable de sauver la vie d'au moins une personne.

Telle est l'analyse du droit pénal actuel relativement au traitement médical. Ainsi qu'il a été indiqué, les dispositions spécifiques du *Code criminel* actuel ont leur origine dans le premier Code canadien du Canada, celui de 1892. Le Code actuel a donné à la notion de responsabilité une portée bien plus considérable qu'elle n'avait été prévue à l'origine. De toute évidence, l'évolution du droit, de la médecine et de la société elle-même a créé une nouvelle réalité à laquelle le cadre juridique déjà ancien a parfois de la difficulté à s'ajuster. La Commission estime donc que le Code actuel requiert en la matière une réévaluation critique à la lumière de cette évolution rapide.

QUATRIÈME PARTIE

Les limites de la législation pénale actuelle

1. Le caractère criminel de l'administration du traitement médical

Doit-on vraiment assimiler le traitement médical à une infraction criminelle? Doit-on au contraire, en raison des valeurs sociales, éviter de traiter les médecins et autres praticiens sur le même pied que le commun agresseur, le joueur de hockey violent ou l'automobiliste ivre? L'unanimité est loin de se faire à ce sujet. Il existe cependant trois possibilités: la décriminalisation complète du traitement, la caractérisation criminelle du traitement sous réserve de certaines distinctions et le maintien de la situation actuelle. La Commission estime que le traitement médical doit continuer à être réglementé par le *Code criminel*, mais qu'il doit cependant être nettement séparé des autres actes similaires emportant responsabilité pénale, de façon à bien marquer ses caractéristiques propres, les problèmes particuliers qu'il pose et son utilité sur le plan social.

En premier lieu, dans son acception traditionnelle, le comportement criminel s'entend d'un comportement choquant, dommageable ou malfaisant et préjudiciable aux impératifs d'intérêt public de paix, d'ordre, de sécurité, de salubrité ou de moralité²⁹⁰. Cette conception doit être envisagée à la lumière des critères de caractérisation criminelle définis par la Commission dans son Rapport intitulé: *Notre droit pénal*²⁹¹.

La question fondamentale est donc de savoir si le traitement médical est vraiment dommageable. En droit pénal, la notion de dommage ou de préjudice comprend certes l'infliction de blessures corporelles, mais aussi plus largement toute atteinte aux valeurs reconnues²⁹². Ainsi qu'il ressort de notre discussion antérieure, le droit pénal en s'appliquant au traitement médical réaffirme diverses valeurs se rattachant à la sécurité de la personne, à la sauvegarde de la santé et de la vie humaine et au droit de pourvoir en toute liberté aux fonctions vitales de la société. Certains estiment que le traitement médical, administré selon un procédé reconnu, n'est pas dommageable²⁹³. La Commission croit cependant que cette manière de voir fait abstraction du fait, d'une part que tout traitement comporte un certain risque matériel pour la santé et d'autre part que la notion de préjudice recouvre un champ plus vaste que celui des seules blessures corporelles. Bien plus, certains préjudices sont considérés par le droit pénal comme ayant des effets insignifiants pour l'individu ou pour la collectivité et, par conséquent, ont été écartés du *Code criminel*. Pour les préjudices qui au contraire ont un effet significatif, le droit applique une échelle variable de responsabilité en fonction de la probabilité de réalisation de ce préjudice, si l'acte est posé. Ainsi donc, le traitement médical dont l'utilité est reconnue ne peut pas, par définition, être considéré comme créateur d'un préjudice. Certes, l'idée que la société se fait du crime varie selon sa conception du bien et du mal. La Commission estime que la société canadienne croit suffisamment à un idéal de santé et de bien-être physique, pour réaffirmer publiquement la nécessité de continuer à établir des normes sur les soins médicaux et sur le respect de la liberté individuelle dans le domaine du traitement médical.

L'intérêt que cette question suscite chez l'individu et au sein de la collectivité se manifeste par le nombre accru d'actions civiles en responsabilité professionnelle, et par la demande de plus en plus pressante que des dommages substantiels soient accordés au niveau du droit pénal pour les fautes lourdes commises à l'endroit de la société toute entière²⁹⁴. Tout en admettant qu'en règle générale, [TRADUCTION] « . . . les intérêts de la société seront respectés si l'on tient un médecin civilement responsable en dommages-intérêts pour ses fautes d'ignorance et de compétence, sans pour autant mettre en cause sa responsa-

bilité pénale, surtout s'il est un médecin autorisé à pratiquer et animé de bonnes intentions»²⁹⁵, il faut reconnaître que, dans certains cas, les recours civils ne suffisent pas à réparer le dommage causé et qu'il y a lieu de réaffirmer clairement l'idéal de moralité publique par le biais du droit pénal.

Toutefois, tout comme par le passé, les cas où un traitement médical justifie une poursuite criminelle continueront d'être rares. Il est possible que cette rareté même démontre la futilité du droit pénal en ce domaine²⁹⁶. Il se peut également qu'elle en démontre la valeur préventive. Cette assertion se vérifie d'autant plus si l'on se rappelle que les considérations qui motivent l'application d'une loi ne sont pas nécessairement celles qui ont motivé son adoption. Le caractère discrétionnaire de la poursuite criminelle pallie l'imperfection de la loi dans son rôle de reflet des valeurs sociales contemporaines²⁹⁷, et il est notoire qu'au Canada, on met peu d'empressement à poursuivre les médecins au criminel²⁹⁸. Cependant, en cette époque de déclin des poursuites criminelles dans ce domaine, la société a mis en place d'autres mécanismes, moins draconiens, pour contrôler le traitement médical. Par le jeu de l'émission de permis d'exercice de la profession par les autorités provinciales, la profession médicale a achevé sans fanfare un progrès remarquable et a atteint à un prestige accru aux yeux du public. Une telle évolution ne nie pas cependant tout rôle au droit pénal, surtout celui d'établir certaines normes morales et de définir les limites de l'intérêt public.

Quoique le contrôle de la qualité et la participation du public puissent être assurés par les systèmes provinciaux de permis d'exercice professionnel, [TRADUCTION] «rien ne garantit le respect de l'intérêt public dans la formulation des normes, puisque le public n'est pas représenté dans les organismes chargés de cette tâche»²⁹⁹. Les corporations professionnelles émettrices de ces permis exercent deux fonctions parfois paradoxales: d'une part protéger le public et d'autre part servir les intérêts professionnels du groupe qu'elles représentent. Par ailleurs, il est inexact d'assumer que l'expertise professionnelle confère aussi une expertise des valeurs fondamentales morales et autres³⁰⁰. Le droit pénal est donc un instrument valable pour

définir les paramètres d'une conduite professionnelle acceptable, ainsi les limites d'exercice d'un contrôle public.

D'un autre côté, la Commission est consciente de l'efficacité généralement manifestée par les organismes provinciaux dans l'établissement et la réglementation des normes professionnelles. Elle reconnaît aussi que la loi n'est pas un instrument polyvalent permettant de résoudre tous les maux sociaux, surtout dans un domaine où elle se superpose à une tradition observée de longue date³⁰¹. Ces deux considérations suffisent à elles seules à justifier de distinguer sur le plan juridique le traitement médical d'autres actes potentiellement criminels.

Le *Code criminel* a toujours envisagé le traitement médical comme une catégorie à part, par le jeu d'obligations et de moyens de défense spécifiques. Cette distinction a son origine dans la légitimation, par voie d'autorisation professionnelle, de la pratique médicale elle-même³⁰². La distinction entre le traitement et ces autres actes potentiellement criminels opère à un double niveau: celui de la nature même de l'acte et celui des attributs de ceux qui accomplissent l'acte.

Il a toujours été reconnu que le traitement médical est très important pour le bien-être social. Il est également admis qu'en conséquence, il faut faire preuve de circonspection dans l'attribution des responsabilités ou l'établissement des règles, afin que la loi ne détourne pas les gens de la profession médicale³⁰³. La médecine et les disciplines connexes forment une profession unique: ceux qui l'exercent sont chaque jour en contact physique avec autrui. Cependant, la loi doit quand même traduire les attentes de la société, qui tient à ce que médecins et autres praticiens fassent preuve d'une habileté et d'une compétence raisonnable³⁰⁴. Aucun argument convaincant n'a été avancé jusqu'ici pour contester ce principe établi de longue date.

Par ailleurs, la Commission note que les propositions tendant à la «législation» du traitement médical en Angleterre³⁰⁵ ont été formulées dans un milieu où les infractions à caractère médical ne sont pas distinguées des autres. L'Angleterre, en effet, n'a pas suivi la tendance moderne et n'a jamais adopté une

législation spécifique en la matière, ce qui laisse son droit pénal dans un certain état de confusion.

Enfin, on reprochera peut-être à la Commission de conférer à la profession médicale un privilège spécial ou de créer une nouvelle classe protégée, en reconnaissant formellement la différence entre le traitement médical et d'autres actes potentiellement criminels. Cette distinction cependant a existé de tout temps dans les faits, avec l'assentiment général de la société. De plus, le *Code criminel* dans la poursuite de ses objectifs généraux distingue et sépare certaines catégories d'actes selon le type et le degré de préjudice qu'ils peuvent causer. Le traitement médical à cet égard ne fait pas l'objet d'une distinction particulière.

En conséquence, la Commission recommande:

(1) que l'administration du traitement médical continue à être régie par le Code criminel, mais soit séparée des autres conduites impliquant l'usage de la force et qui sont considérées comme criminelles.

2. Le concept de traitement

Le *Code criminel* utilise le concept de traitement pour délimiter la portée de certaines obligations et de certaines responsabilités, pour établir le champ d'application de certaines ordonnances judiciaires et pour préciser l'étendue de l'immunité pénale. Malgré ces fonctions très vastes, le traitement médical ne fait l'objet d'aucune définition dans le Code, ce qui n'est guère surprenant étant donné le caractère polymorphe de ce concept. Un tel état de choses crée cependant chez ceux qui administrent un «traitement», une certaine incertitude et une certaine confusion quant à la légalité de certaines interventions médicales.

Il va de soi qu'une définition adéquate du traitement doit comprendre des indications précises d'une part sur la nature de

la fonction, d'autre part sur le groupe qui assume la responsabilité de l'administrer et enfin sur les méthodes d'administration considérées comme valables. La définition du traitement peut donc embrasser tous les procédés de guérison que connaît la société ou se limiter à l'application de la thérapie médicale par des praticiens autorisés. La Commission n'ignore pas que le processus de guérison apparaît sous des formes très variées dans la société. Ainsi, les conseils d'un moniteur de culture physique peuvent être tout aussi utiles dans une cure d'amaigrissement que le régime alimentaire prescrit par un médecin. Cependant, aux fins du *Code criminel* lui-même, une définition du traitement ne doit pas viser à être absolument complète. Elle doit plutôt se cantonner aux limites imposées par l'objectif spécifiquement visé. Ainsi, elle doit clairement établir la base justifiant la distinction entre le traitement médical et les autres formes d'atteinte à la personne d'autrui.

Cinq caractéristiques fondamentales peuvent permettre d'identifier le traitement médical aux fins du *Code criminel*:

- (1) le traitement médical est une réponse à un état morbide individuel, conséquence d'un trouble, d'une maladie, d'une invalidité ou un désordre;
- (2) le traitement médical est un processus;
- (3) le traitement médical vise à la modification thérapeutique de l'état de santé du sujet;
- (4) le traitement médical est une application de la force;
- (5) le traitement médical est limité à certaines écoles de thérapie.

Le mot «traitement» n'est pas un terme juridique, mais un vocable d'usage courant employé pour marquer un rapport d'interaction entre des personnes, ou entre des personnes et des choses. C'est ce sens qui prévaut lorsqu'on parle, par exemple, de la manière dont on «traite» ses enfants ou son chien³⁰⁶. Cependant, ce n'est pas dans ce sens que le mot traitement est employé dans le *Code criminel*, mais plutôt dans le sens d'une fonction s'exerçant dans le cadre du concept de la santé. Ainsi donc, le traitement désigne la réponse donnée à la «maladie». Le mot

«maladie» pris ici dans son sens courant, et non pas médical, est un terme générique³⁰⁷ et désigne une atteinte, un trouble, une invalidité, un désordre d'ordre physique ou mental. Que la société accepte ou non de voir en quelqu'un un «malade» dépend de nombreux facteurs³⁰⁸, dont le plus important est l'interprétation qu'elle donne à la notion de maladie elle-même. Certes, il existe un certain fléchissement de la tendance à coller une étiquette médicale à divers phénomènes sociaux pour les classer comme «maladies», mais l'inclination demeure³⁰⁹. Par exemple, l'homosexualité a été considérée comme une maladie. La classification d'états comme l'alcoolisme, la toxicomanie, l'obésité et même le tabagisme est actuellement remise en question. Quoiqu'il en soit, la qualification d'une personne comme «malade», change la perception par la société des droits et obligations de cette personne³¹⁰. Ainsi, le «malade» a droit au traitement médical. Un manquement de sa part à ses obligations et à ses responsabilités personnelles peut être justifiable. Il peut être relevé de ses obligations pendant un certain temps. La collectivité peut être fondée de venir à son secours³¹¹. De cette même façon, la qualification de traitement donnée à une interaction entre deux individus peut grandement modifier les droits et obligations des intéressés.

Le traitement n'est pas seulement une mesure prise à l'égard d'un certain état, le plus souvent un état morbide. Il est aussi un système ou un processus de disposition de cet état. Le mot «traitement» vient du latin *tractare* qui signifie «toucher», «manier» et, «disposer de»³¹². Cette notion fondamentale sous-tend le sens médical et le sens juridique du terme qui recouvre ainsi l'ensemble des mesures prises pour améliorer l'état du malade, pour le guérir ou encore pour atténuer les effets du trouble, de la maladie, de l'invalidité ou du désordre. Le mot sert également à désigner en médecine et en droit, l'administration de thérapies spécifiques qui représentent la dernière étape d'une cure systématique dictée par l'examen et le diagnostic. Son sens général embrasse cependant [TRADUCTION] «les mesures et les soins pris en vue de combattre la maladie»³¹³. La jurisprudence canadienne, américaine et britannique trahissent la même tendance à accepter une définition libérale du traitement³¹⁴. Ce sens générique a été expressément adopté par les articles du *Code criminel* imposant des obligations³¹⁵. Il en est de même de la

définition qui en est donnée dans les lois établissant les fonctions des hôpitaux et la portée du consentement des mineurs³¹⁶. Il y a lieu de souligner plus particulièrement la définition du «traitement médical» que donne le *Medical Consent of Minors Act* de la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada. Selon cette loi, le traitement médical comprend le traitement chirurgical et dentaire, toute mesure visant au diagnostic, à la prévention des maladies, à la prévention de la grossesse et toute mesure accessoire, considérée dans le contexte d'un traitement³¹⁷. Le traitement n'est donc pas seulement l'application d'une thérapie spécifique, mais l'ensemble du processus de disposition des maladies dont l'examen, le diagnostic et la prescription des remèdes.

Le but du traitement est de modifier l'état morbide d'un individu. Cette conception recouvre l'idée traditionnelle des fins thérapeutiques du traitement, centrée sur la guérison, l'amélioration de l'état de santé ou l'atténuation des effets du trouble, de la maladie, de l'invalidité ou du désordre³¹⁸. Le mot «traitement» à la fois dans la langue courante et dans la terminologie juridique, contient l'idée de «thérapie». La Commission estime que cette idée doit être conservée. Elle recommande donc, lorsqu'une intervention médicale est faite dans un but thérapeutique, pour le bénéfice de la personne à laquelle elle s'adresse, qu'elle soit considérée comme bénéficiant d'une présomption de légalité.

Cependant, certaines interventions médicales entraînent une modification de l'état de santé sans être pour autant «thérapeutiques». Le concept de «traitement» ne peut dès lors être utilisé pour décrire ces actes qui sont en réalité des «interventions non thérapeutiques». Celles-ci sont couramment utilisées dans la poursuite de buts variés en matière de limitation des naissances, de religion, de modification du comportement et d'expérimentation.

Le problème de la légalité des interventions médicales non thérapeutiques s'est posé tout d'abord à propos de la chirurgie cosmétique. La loi s'accommoda sur cette question, les juristes se rassurant sur la légalité de l'opération en argumentant que le bien ou le bénéfice du patient comprenait aussi le bien ou le

bénéfice d'ordre psychologique. Le problème se reposa avec plus d'acuité à propos des greffes d'organes. Dans le cas de prélèvement sur une personne vivante, les tribunaux se rendirent vite compte que le bénéfice psychologique, dans ce cas, était mince et qu'il n'existait donc pas à proprement parler de «bénéfice thérapeutique». On doit reconnaître cependant qu'il ne faut pas totalement exclure le bénéfice psychologique qui, dans certains cas, existe et demeure très réel. Ces opérations ne furent cependant pas considérées comme illégales parce qu'elles ne heurtaient pas le sens de l'ordre public. La même rationalisation servit à justifier les stérilisations non thérapeutiques d'adultes consentants.

Comment, dès lors, réconcilier la légalisation d'interventions non thérapeutiques avec les constatations que nous avons faites précédemment? Il existe deux possibilités. La première consiste à interpréter l'article 45 dans son sens historique et à restreindre son application à la justification des interventions médicales faites sur une personne incapable de donner son consentement. Si cette interprétation est adoptée, la légalité d'une intervention non thérapeutique serait simplement déterminée par référence aux dispositions générales du Code et du droit, donc en fait du concept d'ordre public existant alors, concept qui fluctue, comme nous l'avons déjà souligné.

La seconde possibilité ne repose pas, comme on pourrait le penser, sur la non-application des dispositions de l'article 45 à ces cas. Comme nous l'avons déjà discuté, l'article 45 requiert que l'acte posé soit pour le bénéfice de la personne. Or, ce bénéfice peut être présumé, à partir du moment où le consentement de cette personne a été donné. La base de cette seconde école de pensée est donc que le principe fondamental exprimé par le Code est la protection de la personne et que chacun peut être présumé agir pour sa propre protection et dans son propre intérêt. En fait cette seconde école a pour effet de considérer consentement et bénéfice comme critères alternatifs de la validité d'une intervention médicale. La pratique semble avoir entériné cette façon de voir. Ainsi, avant le passage de la législation sur les greffes d'organes, jamais les parties ne cherchaient à obtenir de moratoire, avant de procéder au prélèvement, lorsque le donneur était un adulte compétent. Le consentement de

celui-ci était donc considéré comme suffisant. Il existe cependant, comme nous l'avons vu, certaines limites au droit de consentir à l'infliction d'un dommage à soi-même. Là encore la notion d'ordre public intervient. D'une façon générale, les deux facteurs les plus importants à cet égard sont le degré et la nature du préjudice qui peut être causé et le but poursuivi par l'intervention. Si l'on considère le consentement comme un facteur justificatif des interventions non thérapeutiques et d'autre part l'intérêt exprimé par le consentement comme n'étant pas seulement un d'auto-protection (ou de bénéfice thérapeutique), mais d'autonomie ou d'autodétermination individuelle, certaines interventions non thérapeutiques pourraient alors être justifiées en droit.

La Commission recommande donc lorsque l'intervention est non thérapeutique que les dispositions actuelles du Code continuent à s'appliquer, comme dans n'importe quel autre cas de blessures corporelles, mais qu'une défense basée sur l'ordre public permette d'éviter que certaines d'entre elles ne soient considérées comme des infractions criminelles.

Cette distinction entre traitement et intervention non thérapeutique sert de base au contrôle et à la réglementation de certains actes médicaux, et justifie la restriction des effets du consentement du mineur. Il y a lieu de consacrer expressément cette distinction dans le *Code criminel*, notamment dans les cas exceptionnels mettant en cause un mineur ou un incapable et aussi dans l'hypothèse de certaines interventions en matière de stérilisation, et d'expérimentation sur les humains³¹⁹.

Bien que dans le domaine médical, la distinction soit faite de manière générale entre ce qui est thérapeutique et ce qui ne l'est pas, cette distinction est souvent tenue dans la pratique. Certaines interventions qui n'ont rien à voir avec un trouble, une maladie, une invalidité ou un désordre, par exemple la stérilisation dans un but exclusivement contraceptif, ne posent aucun problème. La difficulté surgit cependant dans certains cas extrêmes où les circonstances peuvent inciter à une initiative à risque élevé³²⁰. Dans ces cas, la probabilité d'un résultat thérapeutique peut être très mince, mais les circonstances peuvent justifier l'abandon de techniques classiques éprouvées. Les greffes d'organes constituent l'exemple d'un cas où les chances de

succès peuvent être infimes³²¹, mais qui reste souvent le dernier recours dans un cas difficile. S'il existe une chance de succès thérapeutique dans une situation désespérée à tous autres égards, le risque peut être justifié. Il n'existe pas de solution facile et toute faite à cette question. Les décisions doivent donc être prises cas par cas selon les faits propres à chaque espèce.

Il y a lieu de souligner toutefois que la notion de «soins» participe à la fois à la notion de traitement médical et à celle d'intervention non thérapeutique. Cependant, l'inverse n'est pas exact: la notion de traitement comprend celle de «soins», mais celle de «soins» pas nécessairement celle de traitement. Ceci découle du principe légal fondamental voulant que le traitement doive être administré avec connaissance, habileté et soins raisonnables. Normalement le mot «soins» désigne les procédures permettant le maintien de l'état physique et mental d'une personne en vue de prévenir une détérioration de sa condition et de protéger son bien-être et ses fonctions de base.

Toute intervention médicale destinée à modifier l'état de santé d'un individu nécessite l'application de la force contre lui³²². Il y a application de la force, même en l'absence de contact direct, comme dans les cas de radiographie, d'application du laser, ou simplement d'absorption d'un médicament prescrit. La chirurgie ne doit donc pas faire l'objet d'une catégorie distincte des autres interventions médicales. Elle représente une application de la force au même titre que les autres. À l'origine, la chirurgie était probablement considérée comme une méthode bien plus envahissante que les autres formes de traitements et motivant, de ce fait, une protection spéciale³²³. Une telle croyance n'a plus de raison d'être de nos jours. La séparation de la chirurgie et des autres formes de traitements médicaux est un anachronisme qui n'a plus aucune raison d'être en droit pénal³²⁴. Cette distinction n'existe d'ailleurs pas en droit privé.

Ainsi qu'il est indiqué plus haut, le «traitement» s'entend, dans son acception courante, de toute méthode de guérison. Aux fins du *Code criminel* cependant, il ne faut distinguer le traitement des autres formes d'applications de la force que s'il comporte une haute probabilité de sécurité et d'efficacité d'administration. Il se peut que nombre de méthodes remplissent cette double condition. Elles ne sont cependant pas toutes

reconnues ou approuvées par la société. Sans pour autant passer de jugement sur d'autres formes de traitement, la Commission estime que le traitement visé au Code désigne l'application de méthodes établies, dans le cadre de systèmes de thérapie caractérisés par une science généralement reconnue. Une telle définition recouvrirait les professions réglementées par les lois provinciales dont les membres administrent un traitement dans les conditions décrites ci-dessus. La loi ne fait cependant foi que de la légitimité de l'application du traitement. Dans cet ordre d'idées, les remèdes populaires ou familiaux, de même de certaines pratiques religieuses spirituelles ne doivent pas constituer un traitement, à moins d'être administrés à titre de thérapie éprouvée par une science généralement reconnue.

Les cinq caractéristiques analysées plus haut constituent la pierre de touche du concept de traitement tel que l'entend le Code. Pourtant elles ne sont pas facilement traduisibles dans une définition législative.

La Commission estime que le droit criminel ne doit pas restreindre le sens du mot «traitement» aux seules pratiques médicales et chirurgicales. Cette option est d'ailleurs en harmonie avec les différentes législations provinciales sur le sujet, avec les tendances de la société canadienne contemporaine et avec la notion populaire qui inclut des activités thérapeutiques pratiquées par d'autres que les seuls médecins. Cette option permet aussi de séparer traitement et interventions et de traiter sur un plan différent le «traitement», les «soins» et «l'expérimentation» dans le *Code criminel*.

La question qui reste à résoudre est cependant la suivante: cette notion de traitement devrait-elle être définie de façon spécifique par le Code? Une définition possible, fidèle à cette conception pourrait se lire comme suit:

«On entend par traitement, pour les fins du *Code criminel*, un processus visant la modification thérapeutique d'un état de morbidité d'une personne résultant d'un trouble, d'une maladie, d'une invalidité ou d'un désordre.»

La Commission aimerait recevoir les commentaires du public sur la nécessité de prévoir une définition législative et sur le projet de définition ci-haut mentionné.

La Commission recommande donc:

(2) *que la notion de traitement, aux fins d'application du Code Criminel, soit reconnue comme étant un processus visant la modification thérapeutique d'un état de morbidité d'une personne, résultant d'un trouble, d'une maladie, d'une invalidité ou d'un désordre.*

(3) *que le droit criminel consacre une différence expresse entre le traitement et l'intervention non thérapeutique, et que l'administration d'un traitement soit considérée prima facie comme légale,*

(4) *Que les dispositions générales du Code criminel continuent à s'appliquer aux interventions non thérapeutiques comme à tous les autres actes impliquant l'usage de la force ou l'infliction de blessures corporelles, mais qu'une défense basée sur la notion d'ordre public soit créée de façon à éviter que certaines de ces interventions ne constituent nécessairement un acte criminel.*

3. Le consentement au traitement et le refus de traitement

La légalité du traitement médical et de l'intervention non thérapeutique est subordonnée au premier chef au consentement du sujet. Selon la règle établie, le consentement ne peut cependant avoir pour effet de légaliser un acte illicite. Le *Code criminel* prévoit toutefois que le consentement a un effet direct sur certaines infractions, comme les voies de fait³²⁵. Le Code ne traite donc pas le consentement d'une «façon analytiquement uniforme», mais plutôt selon le type particulier de sujet et le genre d'acte auquel il peut s'appliquer³²⁶. Aussi le consentement au traitement doit-il être envisagé à part, étant donné surtout l'incertitude créée par les dispositions actuelles du Code en la matière.

A. Les limites du consentement

Les limites reconnues du consentement au traitement ont besoin d'être définies. Selon la *common law*, chacun est maître

de sa propre personne³²⁷. L'individu est donc ainsi libre de décider selon ses meilleurs intérêts. Toutefois, le droit criminel intervient en jouant un rôle de protection, pour interdire certaines interventions non thérapeutiques³²⁸. Cette attitude est fondée sur les préceptes moraux du Moyen Âge qui préconisaient la complète intégrité physique de la personne³²⁹. Elle a eu pour effet de faire planer un doute sur la légalité de certains traitements non chirurgicaux, de l'expérimentation sur les humains et de certaines méthodes chirurgicales telles que la chirurgie cosmétique et les greffes d'organes. Elle a aussi pour effet de limiter sérieusement la portée fondamentale de la liberté individuelle que le *Code criminel* vise à protéger à d'autres égards.

La Commission est d'opinion que le consentement devrait avoir plein effet à l'égard de toutes les formes de traitement et d'interventions non thérapeutiques dans les limites tracées ci-haut. Un individu devrait avoir toute liberté de consentir à n'importe quelle intervention médicale qu'il souhaite, même si l'administration de certains traitements peut quand même continuer à être réglementée par d'autres moyens. Une telle opinion s'explique par nombre de raisons. En premier lieu, la fonction qu'assume le Code de sauvegarder l'intérêt public n'est pas servie par une restriction imposée au pouvoir du consentement en ce domaine. L'intrusion dans les agissements privés d'adultes consentants n'est pas justifiée par la seule gravité potentielle d'un préjudice physique. Toute forme de traitement entraîne un certain degré de «lésions corporelles» au sens de la loi. Ces lésions sont toutefois rarement permanentes et en tout cas, il est douteux que le public en souffre³³⁰. C'est ainsi que le principe d'ordre public qui tolère certaines voies de fait conformément à l'interprétation classique du *Code criminel*³³¹ a été d'ores et déjà étendu aux opérations chirurgicales et que rien ne s'oppose à ce qu'il soit également étendu à d'autres interventions médicales.

En deuxième lieu, le droit privé reconnaît, sous réserve de certaines limites, la validité du consentement au traitement et aux interventions non thérapeutiques³³². S'il est vrai qu'une évolution du droit privé n'entraîne pas nécessairement celle du droit pénal, elle en est souvent la préfiguration, et donne en tout cas une parfaite idée des solutions judiciaires et législatives au

[TRADUCTION] «besoin, éprouvé par une société en évolution, d'un développement du droit et de la théorie juridique»³³³.

En troisième lieu, la morale et la religion ont elles aussi évolué au même rythme que le droit privé pour reconnaître les progrès de la science médicale. Elles ne vont certes pas jusqu'à reconnaître le droit absolu de libre disposition de sa propre personne, mais donnent leur approbation aux greffes d'organes et à certaines formes d'expérimentation sur les humains, sous réserve du consentement et de certaines limites externes³³⁴.

En quatrième lieu, l'exclusion du consentement en droit pénal ne constitue pas la meilleure méthode de réglementer certaines interventions médicales. La disponibilité des ressources et du personnel médical, les stipulations des contrats d'assurance, la déontologie médicale et le système des autorisations professionnelles, ainsi que les lois et règlements provinciaux, ont un effet naturel sur la disponibilité des traitements auxquels on peut consentir. Par ailleurs, le traitement médical n'est pas quelque chose que les gens subissent volontiers, lorsqu'il n'est pas dans leur meilleur intérêt. Enfin, nombre de traitements qui ne bénéficient pas à l'heure actuelle de la protection du *Code criminel* sont acceptés par la société. La chirurgie plastique à des fins esthétiques est devenue populaire, la stérilisation est une forme reconnue de limitation des naissances, la circoncision rituelle est tolérée et l'expérimentation encouragée. Il ressort de toutes ces considérations que s'il est nécessaire d'établir des limites en matière de traitement et d'interventions non thérapeutiques, ces limites ne doivent pas être posées à partir des effets du consentement. En d'autres termes, la Commission estime que l'administration de tout traitement, dans le sens où nous l'avons déjà défini, doit être expressément considéré comme légal à partir du moment où, entre autres, un consentement valable a été donné. La Commission est cependant consciente du fait que certaines interventions médicales particulières peuvent être considérées comme illégales ou comme requérant une protection spécifique. Tel est le cas, à l'heure actuelle, de l'acte de causer volontairement la mort. Les interventions non thérapeutiques sur la personne de mineurs ou d'incapables doivent aussi être régies par les principes généraux des incapacités légales, plutôt que par une restriction au consentement en lui-même. Ces problèmes seront

d'ailleurs discutés plus en détail dans deux documents de travail de la Commission, l'un sur la stérilisation des déficients mentaux, l'autre sur l'expérimentation sur les sujets humains.

Le consentement, tout important qu'il soit en matière de traitement, n'est que l'une des conditions nécessaires de sa légalité: il n'en est pas la condition suffisante. Par ailleurs, dans certains cas, le défaut de consentement ne rend pas l'administration du traitement automatiquement illégale. Il s'agit des cas d'urgence ou des situations spécialement prévues par la loi. Cette exception à la règle du consentement sera analysée ci-dessous. Pour l'instant, il est suffisant de définir la portée du consentement, son rôle dans le traitement médical et les exceptions possibles à la règle du consentement obligatoire.

La Commission recommande:

(5) que le consentement individuel continue d'être reconnu comme l'une des conditions essentielles à la légalité de l'administration d'un traitement médical.

B. La validité du consentement

La validité du consentement est aussi sujette à certaines conditions. Le consentement est, en effet, un acte de volonté librement donné par une personne ayant la capacité nécessaire.

(i) *Acte de volonté*

Le consentement est, en premier lieu, un acte de volonté. Le consentement doit donc être suffisamment proche dans le temps, pour porter sans équivoque sur le traitement en cause. Les déclarations écrites et les reconnaissances verbales expresses ne posent aucun problème à l'égard de traitements dont l'administration est envisagée dans un avenir immédiat. Une certaine controverse surgit cependant à propos des déclarations écrites concernant certains traitements hypothétiques dans un avenir incertain, en l'occurrence les «testaments de vie»³³⁵ (living wills). L'idée à la base du «testament de vie» vise traditionnellement à empêcher le recours à certaines méthodes de prolongement de la vie ou à permettre de les arrêter en cas d'état terminal. Le «testament de vie» s'apparente donc bien plus au refus de traitement qu'au consentement. L'idée peut toutefois

s'appliquer aussi à n'importe quel traitement. Si le «testament de vie» équivaut à un consentement au traitement, il peut dès lors servir comme preuve de ce consentement dans le cas où le patient n'est plus capable de consentir, à condition qu'à l'origine toutes les conditions requises du consentement aient été remplies³³⁶. Le «testament de vie» n'a pas encore connu au Canada la vogue qu'il connaît dans d'autres pays. De plus, son application jusqu'ici a été limitée aux cas terminaux. Pour ces raisons, la Commission ne croit pas utile de se prononcer ici sur son applicabilité en droit pénal.

En second lieu, certains actes peuvent être indicatifs d'un consentement tacitement donné. En droit civil canadien, le fait pour un patient de se faire admettre dans un hôpital indique un consentement exprès ou tacite à l'administration des traitements jugés nécessaires³³⁷. Par contre on ne peut présumer l'existence du consentement en cas de silence ou de refus exprès³³⁸. D'aucuns soutiennent qu'en droit pénal, la présomption de consentement implicite sert à justifier l'exonération du chirurgien qui pratique une opération sur un patient inconscient pour lui sauver la vie³³⁹. Cette conception du consentement implicite, légalisant le traitement en cas d'urgence est discutable en droit canadien, en raison de l'admission possible d'une défense de nécessité³⁴⁰. Cependant le problème de l'effet du consentement tacite reste entier, en raison du caractère subjectif que celui-ci doit avoir en droit pénal. Le consentement tacite n'a pas d'effet en droit pénal à moins qu'il ne puisse se déduire d'une conversation ou d'un autre événement ayant un rapport direct avec le traitement en cause et ne se rapporte directement au patient en cause, et non à l'attitude qu'aurait eue l'«homme raisonnable». Le consentement tacite ne peut jamais être invoqué pour autoriser un traitement malgré le refus exprès du patient. Dans le cas du patient inconscient et, de ce fait, incapable de donner son consentement, l'exception du cas d'urgence s'applique sans qu'il soit nécessaire d'invoquer la notion quelque peu artificielle de consentement «implicite». Toutes ces limites font que la notion même de consentement implicite n'a que peu d'application en droit pénal.

En troisième lieu, le consentement doit toujours avoir une «portée» précise à la fois quant à sa manière et son étendue. La

manière normale, se rapporte à l'expectative d'une connaissance, d'une habileté et de soins raisonnables. De son côté, l'étendue du consentement couvre seulement ce qui est inhérent et raisonnablement nécessaire à l'administration normale du traitement faisant l'objet du consentement. Le consentement s'attache donc toujours à un traitement particulier et aux mesures accessoires qui s'y rapportent. Par conséquent, l'obligation d'obtenir le consentement a un caractère continu et permanent³⁴¹.

(ii) *Acte libre et éclairé*

Le consentement doit être libre, en ce sens qu'il ne doit pas être donné à la suite d'une tromperie sur la nature et la qualité de l'acte ou sur l'identité de son auteur, ou sous l'effet d'une contrainte³⁴². La personne qui administre un traitement médical ne peut être considérée comme une personne en situation d'autorité. Certains concluent cependant à l'existence de contraintes plus subtiles dans le cadre du traitement médical résultant par exemple de l'appréhension des souffrances ou du malaise physique, ou encore de l'influence des autres patients et du personnel médical³⁴³. En dehors du domaine du traitement, l'influence des parents peut, de plus, anéantir les effets du consentement d'un mineur non émancipé. En dernière analyse, le problème ne peut être tranché que par l'analyse des effets de la coercition sur chaque patient. La Commission s'oppose toutefois aux techniques de contrainte qui sapent le pouvoir décisionnel de personnes pourtant capables.

En droit pénal, la nécessité d'un consentement éclairé détermine la portée de l'obligation d'information requise de ceux qui administrent le traitement. Pour que le consentement soit éclairé, il faut qu'il y ait divulgation des renseignements sur la nature et sur la qualité de l'acte envisagé³⁴⁴. Il n'est pas certain cependant que cette obligation aille jusqu'à la divulgation de toutes les conséquences possibles, c'est-à-dire de l'ensemble de risques connus. En droit privé, la règle demeure une application moderne des règles traditionnelles de la responsabilité civile médicale³⁴⁵. La Commission n'estime pas qu'il y a lieu de légiférer par un texte de droit criminel sur le contenu de l'obligation de renseignements. Les règles actuelles en vigueur sur la divul-

gation de renseignements quant à la nature de l'acte sont inhérentes à la nécessité d'un consentement éclairé. Elles pourraient être considérées, aux fins de la loi pénale, comme incluant la nécessité de divulguer certaines informations sur les conséquences possibles de l'administration d'un traitement. En somme, la recommandation de la Commission est donc à l'effet suivant: le défaut d'informer le patient sur l'ensemble des conséquences possibles d'un traitement, ne doit pas avoir pour conséquence de rendre nul, aux yeux de la loi le consentement librement donné. Ce défaut cependant peut avoir des effets sur le plan de la responsabilité civile.

(iii) *Acte fait par une personne capable*

Le dernier élément à la validité du consentement est la capacité de comprendre la nature de l'acte. Cette capacité consiste en l'habileté non pas à comprendre tous les détails techniques de l'intervention, mais plutôt en l'habileté à comprendre généralement ce qui va se produire³⁴⁶. Le test est donc subjectif: est-ce que l'individu en question a, effectivement, compris la nature du traitement? Ce fait peut être établi soit par l'admission par le sujet de sa compréhension, soit par la preuve qu'il était capable de compréhension au moment où il a donné son consentement³⁴⁷. La capacité est l'élément majeur et essentiel du consentement, comme du refus de traitement. L'incapacité peut être une incapacité légale comme celle du mineur ou une incapacité de fait provenant de l'inaptitude mentale d'une personne à prendre des décisions.

L'aptitude à apprécier la nature d'un acte se fonde sur un critère d'appréciation variable pour le mineur, par opposition à l'établissement d'un critère objectif et arbitraire fondé sur un âge fixe. Cette manière de voir peut signifier que le consentement d'un mineur peut valablement être donné pour les fins du droit pénal à un âge antérieur à celui fixé par les règles de droit privé. Cette option a cependant pour effet bénéfique de faire pencher la balance du côté de la légalité du traitement médical³⁴⁸. Il s'agit là d'ailleurs de l'objet du *Medical Consent of Minors Act* de la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada, où il est recommandé de ramener au-dessous de 16 ans l'âge de la majorité requise pour le consentement, si le mineur

en cause est capable de comprendre la nature et les conséquences de l'acte envisagé³⁴⁹. Il y a lieu de noter cependant que cette règle ne peut s'appliquer qu'à l'égard des interventions thérapeutiques. Certains ont proposé d'établir une limite d'âge arbitraire (habituellement 16 ans) pour la capacité de consentir aux interventions non thérapeutiques³⁵⁰. Cependant en règle générale, le consentement d'un mineur au traitement médical doit être considéré comme valide si celui-ci est capable de comprendre de quoi il s'agit. En cas d'incapacité, le consentement des parents ou du tuteur devrait suffire pour les interventions thérapeutiques. Les interventions non thérapeutiques par contre devraient être approuvées par un organisme de contrôle³⁵¹. Ainsi donc, la Commission ne préconise pas l'insertion dans le Code d'une disposition fixant expressément un âge arrêté de consentement au traitement donc facilement déterminable. Elle préfère au contraire s'en tenir aux critères de la *common law*.

Trois questions principales se posent relativement à la capacité d'une personne de consentir à un traitement. Est-elle capable de prendre elle-même des décisions relatives à ce traitement? Qui doit décider de la capacité de cette personne? Si elle est incapable, qui doit prendre les décisions à sa place?

La Commission est entièrement d'accord avec la règle bien établie selon laquelle, sauf preuve contraire, chacun est présumé capable. Il s'ensuit que celui qui s'avise d'intervenir, soit sans le consentement, soit contre le refus exprès du sujet, en invoquant l'incapacité de celui-ci a la charge de prouver l'incapacité qu'il allègue. La question de savoir si quelqu'un est capable ou non dépend, dans une grande mesure, des critères d'appréciation appliqués³⁵². Or, les critères appliqués dans un cas précis, restent souvent inconnus puisqu'il n'existe en la matière aucune méthode d'approche normalisée, et que cette appréciation est souvent fondée sur l'évaluation subjective des gens qui soignent le patient. De plus en plus, cependant, on réclame des méthodes d'approche normalisées à l'égard des traitements non thérapeutiques ou très radicaux³⁵³. Lorsque des intérêts contradictoires sont en présence, une déclaration d'incapacité a parfois permis d'imposer au sujet des valeurs sociales reconnues, au détriment et à l'encontre des souhaits propres de l'individu³⁵⁴. Les malades mentaux, les arriérés mentaux et les personnes internées ont

souvent été considérés, par généralisation, comme incapables³⁵⁵. La Commission estime au contraire qu'il ne faut conclure à l'incapacité d'un individu que s'il lui est impossible de comprendre la nature, les risques, les avantages du traitement et les autres choix possibles en la matière. Le caractère raisonnable du choix ou la qualité du processus mental ne doivent pas entrer en ligne de compte, si cette habileté de compréhension existe³⁵⁶. La maladie mentale, l'arriération mentale ou l'internement ne devraient jamais suffire en eux-mêmes à conclure à l'incapacité de quelqu'un³⁵⁷. La Commission est consciente du fait qu'à l'égard de certains traitements, on pourrait faire valoir la nécessité d'une compréhension subjective manifeste. Elle attend donc les commentaires sur cette question.

L'incapacité devrait, en dernier ressort, être décidée par un tribunal. Le droit n'a jamais pris à la légère le fait de priver quelqu'un de la possibilité de décider de sa propre personne. Rien ne justifie une exception à la règle pour le traitement médical. Ce principe est d'ailleurs appliqué à l'heure actuelle par la plupart des législations provinciales³⁵⁸. Il représente la meilleure garantie de libre disposition de soi-même et de sécurité de la personne. À cet égard, le malade mental, l'arriéré mental ou l'interné ne doivent pas faire l'objet d'une mesure discriminatoire qui consisterait à substituer une procédure offrant moins de garantie à une audition judiciaire régulière. Il ne s'agit pas ici d'une question se prêtant à une solution d'expédient. Même les conclusions de l'expertise d'un ou deux médecins ou praticiens impartiaux ne doivent pas être suffisantes à elles seules, mais simplement constituer une preuve, parmi d'autres, soumises à l'examen de la cour. La situation idéale serait que les auditions de ce genre soient tenues par le tribunal de la famille, selon le modèle proposé par la Commission de réforme du droit dans son rapport «*Le droit de la famille*»³⁵⁹ soumis au Parlement. En l'absence toutefois d'un tel tribunal, c'est la Cour Supérieure, la Cour de District ou la Cour de Comté qui devraient avoir compétence en la matière.

Lorsqu'une personne est jugée incapable, qui doit avoir le droit de décider pour elle au meilleur de ses intérêts? Traditionnellement la famille remplit ce rôle. Cette tradition doit être maintenue dans le cas d'un traitement thérapeutique qui, par

définition, vise aux meilleurs intérêts du patient. Cependant, on signale de plus en plus fréquemment que les intérêts exprimés par la famille peuvent ne pas représenter toujours les meilleurs intérêts de l'incapable, surtout en matière d'interventions non thérapeutiques³⁶⁰. Si les intérêts familiaux doivent céder le pas à d'autres intérêts impératifs, l'organe qui doit trancher le problème doit peser objectivement toutes les considérations, l'accent étant mis toutefois sur les meilleurs intérêts du patient incapable. Cet organe peut être un comité³⁶¹ ou une cour de justice³⁶², selon les conclusions qui se dégagent de certaines affaires récentes portant sur la cessation de traitement de patients comateux. L'une et l'autre propositions ont donné lieu à un grand débat³⁶³. Pour sa part, la Commission recommande le recours à un comité administratif³⁶⁴.

La Commission envisage un comité administratif ayant compétence sur l'ensemble des décisions relatives aux interventions non thérapeutiques sur la personne des incapables. Cette compétence pourrait s'étendre aussi à certaines décisions relatives à d'autres interventions³⁶⁵. Le Lieutenant-gouverneur en conseil ou le ministre de la santé d'une province pourrait établir ces comités en divers lieux, selon les besoins. La Commission se rend parfaitement compte de la portée de cette recommandation et de ses conséquences pratiques, et invite les provinces à faire connaître leurs vues à ce sujet.

En conséquence, la Commission recommande:

(6) que ce qui constitue un consentement valable aux yeux de la loi, pour les fins du droit criminel, soit déterminé par les standards élaborés par la jurisprudence.

(7) qu'aucun traitement ne puisse être administré sans le consentement du patient, sauf déclaration judiciaire d'incapacité ou autre exception prévue par la loi.

(8) que la détermination judiciaire d'incapacité soit faite par une Cour Supérieure, une Cour de District ou une Cour de Comté.

(9) que les décisions relatives aux interventions non thérapeutiques sur la personne d'un incapable relèvent d'un comité provincial établi à cette fin.

C. Le refus de traitement

L'exigence du consentement implique le droit de refuser un traitement. Ce droit au refus requiert une analyse particulière dans le cadre du droit pénal, en raison du problème qu'il crée. Dans quelle mesure un individu a-t-il le droit de refuser un traitement, contre les souhaits de sa famille ou de la société? Ce refus met-il fin à l'obligation de traiter du médecin, d'une façon permanente ou provisoire? Le refus de l'individu exonère-t-il le médecin de toute responsabilité pénale en l'absence d'un texte de loi ou d'une règle jurisprudentielle? Il y a lieu d'établir un principe de base aux fins du *Code criminel*.

Le refus de traitement peut consister soit en une interdiction absolue de toute intervention, soit dans la limitation ou la restriction du consentement à un traitement donné. Selon le principe du «testament de vie» dont il a été question plus haut, il est possible d'exprimer ce refus avant même que le besoin de traitement ne se fasse sentir. Le refus des mesures de réanimation ou de prolongation artificielle de la vie plus particulièrement dans les cas en phase terminale, est un problème en soi. Il a déjà été abordé dans un document d'étude publié par la Commission et sera examiné plus en détail dans un autre document de travail sous peu³⁶⁶.

Le droit de refuser un traitement médical met en cause un équilibre délicat entre les intérêts de l'individu et ceux de l'État. D'un côté, les intérêts de l'individu s'attachent avant tout aux principes de l'inviolabilité de la personne humaine, du droit de libre disposition de soi-même, et de l'autonomie de la personne. Ils sont également liés aux principes du droit à la vie privée, de la liberté religieuse, de la liberté contractuelle et du droit de ne pas voir porter atteinte à la sécurité de sa personne, sauf par application légitime de la loi. D'un autre côté, les intérêts de l'État sont centrés sur son pouvoir d'assurer la santé, le bien-être et la sécurité de la société toute entière, sur son pouvoir de tutelle, sur certains individus et sur la protection des tiers. La prise en considération et l'évaluation de ces divers intérêts militent en faveur de la reconnaissance du droit de refuser un traitement.

Le *Code criminel* a conservé le principe fondamental de la *common law* qui reconnaît le droit de refuser un traitement médical, sauf exceptions spécifiquement prévues. Ces exceptions comprennent le traitement obligatoire de l'alcoolisme ou de la toxicomanie³⁶⁷, ou encore l'examen psychiatrique obligatoire³⁶⁸. Il y a lieu de souligner que le *Code criminel* pour sa part, prévoit uniquement l'internement des aliénés³⁶⁹ et le soin et la garde des malades mentaux³⁷⁰, ce qui permet de conclure que même dans ces cas, le sujet a le droit de refuser un traitement. Le droit de refuser de subir une atteinte à son propre corps a d'ailleurs été confirmé en matière de prises de sang³⁷¹ et dans une espèce où une opération chirurgicale était nécessaire aux fins d'obtenir une preuve³⁷². Dans ces cas, la preuve du refus n'a pas été admise au procès³⁷³. De plus le refus de traitement opposé par la victime d'un crime ne fait pas disparaître le lien de causalité entre le décès et l'acte meurtrier³⁷⁴. Ainsi donc, le *Code criminel* semble poser le principe du respect du droit individuel de refuser une atteinte à son propre corps, sauf exceptions expressément prévues par la loi.

La Commission conclut que la majorité des avis exprimés par le législateur, par la jurisprudence, par la profession médicale et par le public militent en faveur de la reconnaissance du droit de refuser le traitement. Le principe général suivi par le *Code criminel* se justifie encore par les règles de la *common law* en matière civile. Les affaires civiles consacrent, par une majorité écrasante, le droit pour un adulte capable de refuser un traitement³⁷⁵. Ce droit est aussi reconnu par le Code de déontologie médicale³⁷⁶ et dans les diverses déclarations des droits des patients, adoptées par les hôpitaux³⁷⁷. Un sondage effectué auprès des infirmières montrent que celles-ci reconnaîtraient volontiers au malade terminal le droit de refuser un traitement³⁷⁸, attitude que partage d'ailleurs la profession médicale³⁷⁹. Selon certaines enquêtes officieuses, [TRADUCTION] «le public a manifesté, de façon croissante et indéniable, son souhait d'une consécration législative du droit permanent d'un individu de décider des soins médicaux dont il peut être l'objet et de refuser un traitement médical»³⁸⁰. La non-reconnaissance du droit de refuser un traitement n'a été recommandée qu'en cas de danger de mort. Elle se justifie alors par la primauté de l'idéal de sauvegarde de la vie, sur la liberté individuelle³⁸¹. Abstraction faite

de l'euthanasie, il est donc recommandé que le principe de la liberté de choix de l'individu soit respecté dans tous les cas, sauf exception spécifiquement prévue par la loi.

Ceci étant admis, il reste à déterminer si le droit de refuser un traitement devrait expressément être reconnu par le *Code criminel*. La Commission n'hésite pas à répondre par l'affirmative.

Si le droit de refus est généralement reconnu par le droit et par l'opinion publique, la situation est tout autre dans la pratique où l'on fait souvent fi du refus du patient. Le paternalisme anéantit souvent le droit d'autonomie de l'individu qui refuse ce qui paraît aux autres constituer un avantage pour lui. Nombre de facteurs y contribuent³⁸². Le médecin a pour principale fonction de sauver des vies humaines. Il ressort de diverses études que le pronostic et la capacité fonctionnelle du patient l'emportent souvent sur les manifestations de son consentement³⁸³. Les décisions individuelles qui vont à l'encontre de ces paramètres sont souvent considérées comme faites par un individu manifestement incapable, alors même que la théorie du droit respecte son droit de faire des choix déraisonnables ou même insensés³⁸⁴. La reconnaissance expresse du droit de refus ne changera probablement en rien ces réalités. Elle peut cependant avoir pour effet de dissiper les ambiguïtés actuelles.

Il a souvent été affirmé qu'un médecin n'a pas le droit de substituer sa volonté à celle du patient³⁸⁵. Cependant, si cette situation arrive, elle est souvent tolérée par la loi. Selon une présomption générale, chacun veut être protégé contre le mal et personne ne veut mourir³⁸⁶. Bien que ce principe ne soit jamais invoqué tel quel, il se traduit par la défense de nécessité et par la justification légale des opérations chirurgicales. Grâce à ces deux moyens de défense, il est possible de justifier une intervention faite contre les vœux exprès d'un individu, pourvu que le résultat net en soit bénéfique. Aussi il est impossible de déterminer avec certitude quand le choix d'un individu sera ou ne sera pas respecté. Il y a donc lieu d'établir, par voie législative, les limites de ces moyens de défense qui touchent à la liberté individuelle.

Enfin, l'énoncé législatif du droit de refus permettrait aussi de préciser l'étendue de l'obligation incombant à ceux qui entre-

prennent de traiter ou qui fournissent les choses nécessaires à l'existence. Si, en matière civile, le fait de signer une renonciation peut mettre fin à l'obligation contractuelle assumée par le médecin, ce n'est pas le cas en droit pénal à moins que l'élément consensuel ne soit expressément reconnu. Il y a donc lieu de reconnaître au refus, des effets parallèles en droit pénal, de telle sorte que les limites ou l'extinction de l'obligation de traiter puisse s'établir en fonction de l'étendue exacte du refus.

En conséquence, la Commission recommande:

(10) que le droit d'un adulte capable de refuser un traitement soit expressément reconnu par le Code criminel.

(11) qu'il soit interdit d'administrer un traitement malgré le refus du patient, sauf cas d'incapacité judiciairement établie ou exception prévue par la loi.

D. Les exceptions à la règle du consentement

En dehors du cas où l'incapacité empêche l'expression de la volonté, il est deux cas où l'exigence du consentement au traitement ou à la cessation d'un traitement est impossible ou non requise: le cas d'urgence et celui du traitement obligatoire, imposé par l'État. Certains considèrent ces deux hypothèses comme des exemples de consentement implicite. Ils constituent cependant en réalité de véritables exceptions à la règle du consentement puisque l'intervention fait alors l'objet d'une priorité³⁸⁷.

L'administration du traitement médical est éminemment souhaitable en cas d'urgence, alors même qu'il est impossible d'obtenir le consentement du patient parce qu'il est inconscient ou momentanément incapable de le donner. La Commission est convaincue que l'opinion publique, largement majoritaire, favorise, en situation de crise, l'acte destiné à protéger la vie ou la santé. Par ailleurs, la Commission estime qu'un patient capable et conscient, doit toujours avoir le droit de refuser un traitement, même en cas d'urgence. La définition du cas d'urgence ainsi que les obligations qui en découlent feront l'objet d'une discussion subséquente.

Il est d'autres cas où le traitement est imposé par des lois fédérales ou provinciales. Ces cas relèvent du domaine de la

santé publique³⁸⁸, de l'administration de la justice³⁸⁹ et de celui de la limitation des dommages³⁹⁰. Il n'est pas dans notre propos de traiter pour le moment de la légitimité du traitement imposé par l'État. Soulignons simplement que ces textes de loi spécifiques constituent effectivement une exception valable à la règle du consentement.

La Commission recommande:

(12) qu'un traitement puisse légalement être administré à un individu sans qu'il soit nécessaire d'obtenir son consentement dans les cas d'urgence, lorsque cet individu est dans l'impossibilité d'exprimer son consentement.

(13) que le droit d'un individu capable de refuser un traitement soit également reconnu dans les cas d'urgence.

4. Les normes du traitement médical: l'intervention de personnes professionnellement qualifiées et de personnes non qualifiées

À part le consentement, la légalité du traitement est généralement soumise à la condition d'être exécuté avec un niveau acceptable de connaissance, de soins et d'habileté. Non seulement cette condition figure expressément dans l'obligation imposée par le *Code criminel* à ceux qui administrent un traitement, mais elle constitue aussi la base de l'acte de négligence criminelle. La Commission est convaincue de l'utilité de ces normes. Elle entend essayer de définir dans les pages qui suivent les niveaux minimum requis par le droit pénal.

Dans la définition d'une norme de conduite acceptable pour l'administration du traitement médical, les critères essentiels sont l'honnêteté du traitement, son caractère raisonnable et sa conformité aux attentes de la société. Il est donc essentiel d'envisager séparément le traitement administré par une personne professionnellement qualifiée et celui qui est donné par une personne non qualifiée. Par «qualifiée» nous entendons ici la

personne titulaire d'un permis provincial d'exercice de l'une ou l'autre des professions de la santé.

A. La norme acceptable chez le professionnel qualifié

Pour le professionnel qualifié, il est établi que l'expression «la connaissance, l'habileté et les soins raisonnables», désigne sa compétence inhérente présumée, c'est-à-dire celle d'un professionnel qualifié moyen, formé à pratiquer l'intervention en question. Ces normes ne sont donc ni les plus élevées, ni les plus basses. Le terme «moyen» se rapporte à la conduite usuelle d'autres membres de la même profession, dans les mêmes circonstances³⁹¹. La Commission rejette toutefois l'emploi exprès du terme «moyen» qui sous-entend que la moitié du groupe de comparaison n'atteint pas à la norme. Elle recommande plutôt l'emploi du terme «compétent» pour marquer le seuil minimal d'acceptabilité. La norme de compétence est un critère souple. Certaines difficultés peuvent cependant surgir dans les cas à haut taux de risque et dans l'application de la norme aux spécialistes.

Lorsque le traitement comporte des risques connus, la norme est généralement plus élevée que dans les cas où [TRADUCTION] «aucun risque ne peut être raisonnablement prévu»³⁹². Les thérapies nouvelles ou expérimentales doivent donc faire l'objet dans leur administration de plus grandes précautions que le traitement connu et accepté. Il est donc souhaitable d'adopter un standard souple avec une norme de base minimale variable.

Le spécialiste est un praticien qui a des titres de compétence particuliers, pour lesquels il a reçu une formation supplémentaire. Il est raisonnable d'attendre de lui qu'il pratique son art à un niveau conforme à ces aptitudes supplémentaires. C'est ainsi qu'aux yeux de la Cour suprême du Canada, un spécialiste doit [TRADUCTION] «justifier du degré de compétence du spécialiste moyen dans sa spécialité»³⁹³. Exception faite de la condition du standard «moyen», rien n'empêche d'appliquer cette même règle au droit criminel.

Il est d'autres questions qui touchent au standard des soins et qui débordent le cadre du présent document. Il convient cependant de mentionner une proposition faite récemment en ce domaine. Cette proposition, venant des États-Unis, recommande d'adopter un standard «*professionnel*» de soins au lieu et place d'un standard «*raisonnable*» de soins. De cette manière, [TRADUCTION] «les pratiques approuvées par la profession, qui ne sont pas nécessairement celles que suivent habituellement les praticiens, constitueraient la norme»³⁹⁴. Cette méthode d'approche comporte certes nombre d'avantages. Elle n'est toutefois guère applicable au Canada, étant donné l'absence de standardisation actuelle des diverses disciplines médicales à travers le pays.

La Commission recommande:

(14) que le standard de conduite minimum acceptable pour un professionnel qualifié dans l'administration d'un traitement soit la connaissance, l'habileté et le soin que manifesterait une personne ayant les mêmes qualifications dans l'accomplissement du même acte, dans des circonstances identiques.

B. Le cas d'urgence

La norme que nous venons de décrire traduit la volonté de reconnaître que certains facteurs peuvent l'influencer et la faire varier. Parmi ces facteurs, le cas d'urgence, dépendant des circonstances de temps et de lieu en est un privilégié. Dans une situation de tension et d'urgence, lorsque les moyens appropriés font défaut ou le personnel qualifié est absent, il peut être, en effet, impossible de fournir l'aide à laquelle on aurait pu s'attendre dans des circonstances normales. La question qui se pose dès lors est de savoir s'il est nécessaire d'établir un standard différent pour les cas d'urgence?

Le *Code criminel* actuel prévoit une exonération «dans les cas de nécessité» pour l'exercice d'une connaissance, d'une habileté et de soins raisonnables³⁹⁵. À supposer que les «cas de nécessité» comprennent le cas d'urgence, pourquoi cette

exception a-t-elle été faite? À l'origine, la norme était inflexible. C'est pourquoi il a été nécessaire de prévoir une exception expresse pour autoriser le traitement en cas d'urgence par une personne non professionnellement qualifiée³⁹⁶. Par ailleurs, il est possible que le devoir moral du praticien qualifié de porter secours en cas d'urgence ait donné à cette obligation un caractère formel et involontaire, le soustrayant ainsi aux attentes de la collectivité en matière de norme de conduite. Enfin, cette exemption a peut-être été prévue pour encourager l'aide en cas d'urgence. Quelle que soit la raison invoquée, il est difficile de justifier cette exception de nos jours.

La norme souple du caractère raisonnable de la conduite tient compte non seulement des circonstances spéciales du cas d'espèce, mais aussi des qualifications et aptitudes du praticien en cause, par comparaison aux autres personnes du même groupe ayant les mêmes qualifications. Par conséquent, il est juste d'exiger d'une personne versée dans l'administration des premiers soins une habileté plus grande, que d'un dentiste se trouvant par hasard sur les lieux d'un accident et n'ayant aucune notion de ceux-ci. Certaines provinces ont adopté des lois exonérant les médecins de responsabilité civile lorsqu'ils portent secours en cas d'urgence, à moins de faute professionnelle lourde³⁹⁷. Or, la faute professionnelle lourde est précisément la norme applicable au droit pénal. Le maintien du standard de la conduite raisonnable, dans les cas d'urgence, serait conforme aux fins poursuivies par le droit provincial. Le sens commun enseigne que, dans pareils cas, on peut attendre de l'individu qu'il agisse avec une connaissance, une habileté et des soins que l'on retrouve chez le groupe dont il fait partie, eu égard à toutes les circonstances de l'espèce. C'est là la technique admise en droit privé³⁹⁸. Elle reflète bien les attentes de la collectivité.

La Commission recommande:

(15) que le standard de connaissance, d'habileté et de soins raisonnables recommandé ci-dessus, s'applique aussi aux cas d'urgence, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce.

C. La norme acceptable chez l'individu non professionnellement qualifié

Le principe général observé à l'égard des normes de traitement veut que celui qui l'administre justifie d'un niveau minimum de connaissance, d'habileté et de soins, avec des normes plus élevées, selon les qualifications individuelles. Le niveau minimum est fonction de la nature de l'acte. Plus l'acte est dangereux, plus il requiert de soin et d'habileté. Selon la conception initiale, toujours manifeste dans le *Code criminel*, il ne devrait pas y avoir de distinction entre le professionnel qualifié et l'individu non professionnellement qualifié.

Cette absence de distinction se justifiait du fait que les guérisseurs non qualifiés existaient bien avant l'institution des permis d'exercice professionnel. L'imposition de pénalités plus sévères à leur égard aurait eu pour effet de priver de soins nombre de gens vivant dans des régions reculées. Cependant, même au début, les opinions étaient partagées sur la question de savoir si le traitement administré par une personne non qualifiée devait donner naissance à une responsabilité stricte³⁹⁹. L'intention du législateur, à l'origine était de ne pas effectuer de distinction et donc d'attendre de chacun un comportement basé sur l'exercice honnête de ses connaissances, de son habileté et des soins, dans les limites du raisonnable. L'attitude a cependant changé graduellement et la jurisprudence a peu à peu adopté la règle de la responsabilité stricte à l'égard de l'individu non professionnellement qualifié⁴⁰⁰. Ce changement se fit parallèlement à l'accession de la médecine moderne au niveau de discipline scientifique. Cette méthode d'approche se reflète dans l'application du standard attendu du praticien qualifié moyen, aux personnes non qualifiées qui administrent un traitement⁴⁰¹.

À l'origine, l'absence de distinction était le fait d'intentions louables et judicieuses. Cependant, l'évolution des choses et des idées a pour effet de faire peser un fardeau disproportionné, sur la personne non professionnellement qualifiée qui administre un traitement. Il est évidemment souhaitable que le public ne s'engage pas dans des traitements potentiellement dangereux, lorsqu'il est possible de recourir aux services de quelqu'un qui

a la compétence nécessaire. Il est également souhaitable toutefois que les principes de droit pénal soient appliqués de façon cohérente. Monsieur le juge Dickson de la Cour suprême du Canada s'est récemment prononcé en ces termes: «Il est essentiel que la société maintienne, par un contrôle efficace, un haut niveau d'hygiène et de sécurité publiques. Il faut sérieusement prendre en considération les victimes potentielles de ceux qui exercent des activités comportant un danger latent. En revanche, on répugne généralement à punir celui qui est moralement innocent.»⁴⁰²

L'idéal utilitariste des soins médicaux optimaux est protégé dans les lois provinciales par l'imposition de pénalités pour l'exercice non autorisé de disciplines médicales réglementées par la loi. L'intérêt public est aussi protégé par un système élaboré de réglementation des drogues et des autres substances dangereuses, ce qui réduit encore la possibilité d'administration d'un traitement par des personnes non qualifiées. Nombre de gens font appel à des personnes professionnellement qualifiées, en cas de maladie banale. Ils y sont d'ailleurs encouragés par une multitude de livres et de remèdes populaires. Il serait donc injuste pour la société de tolérer d'une part un certain comportement, tout en sévissant, d'autre part, avec rigueur lorsqu'un accident se produit sans que l'acteur principal soit en faute.

Il ne devrait pas y avoir de responsabilité criminelle lorsqu'un individu ne donne pas une fausse idée de ses qualifications, qu'un autre accepte l'administration d'un remède populaire sans qu'aucun préjudice ne soit prévisible lorsque ce remède est administré conformément au standard de l'homme raisonnable. Le standard de l'homme raisonnable doit s'appliquer tant à l'engagement initial qu'à l'administration même du traitement. L'homme raisonnable ne se livre pas, en effet, à des activités qui dépassent sa compétence, quand il est possible de recourir aux soins de gens plus qualifiés. L'homme raisonnable ne s'aventure pas non plus à administrer des médicaments qu'il ne connaît pas. Si quelqu'un prétend avoir des qualifications qu'il n'a pas en réalité, il doit alors être traité comme celui pour lequel il s'est fait passer aux yeux de la société. Dans ce cas, une norme plus rigoureuse doit s'appliquer.

La Commission recommande:

(16) que le standard de conduite minimum acceptable pour une personne non professionnellement qualifiée dans l'administration d'un traitement soit déterminé par rapport à la conduite d'une personne raisonnable et non par rapport à celle d'un professionnel qualifié.

(17) que la personne non professionnellement qualifiée qui prétend avoir des titres de compétence auxquels le public ou l'individu traité s'est fié, soit jugée conformément au standard de conduite attendu de la personne professionnellement qualifiée qu'elle prétend être.

5. L'élément moral

Une confusion considérable règne à propos de l'élément moral qui s'attache à l'administration du traitement. Bien qu'il s'agisse ici d'un problème général du *Code criminel* et non d'un problème limité au traitement, on peut circonscrire les causes de cette confusion.

La création d'infractions en matière de traitement médical vise un double but. D'une part, il s'agit de punir certains actes socialement indésirables qui violent l'intégrité physique ou causent un préjudice. D'autre part, il s'agit de faire respecter une norme élevée de santé et de sécurité publiques. En poursuivant ces deux fins par le même moyen, le Code confond infractions criminelles et infractions réglementaires contre le bien-être public⁴⁰³. L'élément moral requis pour chacune de ces deux catégories étant différent, il est inévitable qu'une certaine confusion se produise. La situation est compliquée encore plus par la non-distinction entre les personnes professionnellement qualifiées et celles qui ne le sont pas.

La Commission estime que les actes dangereux ou qui démontrent une ignorance de leur auteur constituent une menace pour les valeurs fondamentales touchant l'intégrité de la personne humaine. Nombre de gens ont une activité qui comporte

un danger latent. Il est souhaitable que ceux qui se livrent à de telles activités encourent le risque d'une responsabilité criminelle, étant donné la potentialité du dommage qu'ils peuvent créer. L'administration d'un traitement par une personne non professionnellement qualifiée en est un exemple. Cependant, ce cas n'est pas différent des autres. Partant, les actes dommageables commis par ces personnes devraient rentrer dans la catégorie générale des infractions contre la personne. L'élément moral de l'infraction devrait être déterminé conformément aux règles usuelles.

Il en est tout autre du traitement administré par une personne professionnellement qualifiée. En premier lieu, l'administration du traitement n'est pas considérée comme préjudiciable en soi, à moins d'être inférieure à une certaine norme ou de constituer une violation des intérêts du patient. La plupart de ceux qui administrent un traitement médical sont des praticiens qualifiés. Ils font partie d'une catégorie spéciale de personnes, remplissent un rôle unique et exercent une activité très particulière. Dans l'accomplissement de ce rôle, le souci de la collectivité se manifeste par le désir de protection du public au moyen de l'établissement de normes élevées de soins. En règle générale donc, le traitement par des praticiens qualifiés est une chose socialement souhaitable.

Dans les affaires mettant en cause des praticiens de la santé, l'intention coupable se déduit en général du caractère grossier de la négligence. Cette tendance est renforcée par la difficulté de prouver l'intention coupable d'un professionnel dans l'exercice normal de sa profession. Les décisions en matière médicale doivent être honnêtes ou prises de bonne foi⁴⁰⁴, éléments qui peuvent être établis par la preuve de consultations avec d'autres praticiens. Ces réalités doivent s'incarner dans le *Code criminel*.

Ainsi qu'il a déjà été indiqué, l'erreur de fait exclut l'intention coupable, à condition qu'elle soit faite de bonne foi, voire même qu'elle soit raisonnable. Le critère de «l'erreur raisonnable» a été utilisé, par le passé, pour rejeter une défense fondée sur des croyances religieuses⁴⁰⁵. De l'avis de la Commission, l'exercice d'une croyance religieuse ne représente pas

souvent un danger public. De plus les sanctions pénales dans ce domaine ne sont guère efficaces⁴⁰⁶. La Commission toutefois n'envisage pas l'établissement d'une disposition de protection générale fondée sur les croyances religieuses. Par contre, elle recommande aux cours de justice de reconnaître que la norme du «caractère raisonnable» n'est pas un simple produit des vues de la majorité. La reconnaissance d'une croyance, par les cours de justice, par le législateur et par le public est un facteur important. Dans cet ordre d'idées, les lois organiques régissant la profession médicale, les lois fédérales de l'impôt sur le revenu, les polices d'assurance-accidents et d'assurance-maladie reflètent, l'acceptation et la tolérance sociales de certaines pratiques et croyances religieuses, acceptation et tolérance qui doivent également être reconnues en droit pénal. De plus, est-il besoin de le mentionner, la liberté de religion est garantie par l'article 1 de la Déclaration Canadienne des Droits.

6. Le secours aux personnes en danger: l'obligation d'administrer un traitement et le cas d'urgence

Pour remplir sa fonction protectrice de la vie, de la santé et d'autres valeurs fondamentales, le *Code criminel* doit imposer à certaines personnes des obligations légales. Ainsi, les parents, les personnes mariées et celles qui ont d'autres personnes à charge, ont respectivement l'obligation d'assurer le traitement médical nécessaire à leurs enfants, à leur conjoint et aux personnes à charge, incapables de prendre soin d'elles-mêmes. Ceux qui entreprennent des actes dangereux, dont un traitement médical, doivent faire preuve de soins et d'habileté raisonnables. Enfin, comme nous l'avons vu, un acte une fois entrepris doit être accompli, si un défaut d'accomplissement peut mettre la vie humaine en danger. La Commission ne doute pas que ces obligations soient essentielles aux fins du Code. On peut cependant se demander si elles ont une portée suffisamment générale, si elles sont suffisamment explicites pour que les gens qui y sont tenus, saisissent pleinement leurs responsabilités, si elles traduisent vraiment les attentes de la collectivité et, enfin, si elles sont à la fois équitables et raisonnables.

A. Les mécanismes de protection traditionnels

L'obligation de fournir le traitement médical, qui incombe aux parents, aux conjoints et aux personnes ayant d'autres à leur charge, est un corollaire du droit au traitement médical et à la sécurité de la personne. Cette obligation renforce le droit universellement admis aux soins médicaux⁴⁰⁷. Au Canada, ce droit a généralement été interprété comme signifiant une égalité d'accès pour tous aux services médicaux par le moyen d'un système gouvernemental d'assurance-maladie⁴⁰⁸. Le *Code criminel*, pour sa part, se tourne vers certaines institutions protectrices comme la famille, pour promouvoir le droit de ceux qui, en raison de leur âge, de leur internement ou de leur invalidité, ne peuvent accéder physiquement par eux-mêmes aux services médicaux. Cette obligation vient donc non seulement renforcer celles imposées par les lois fédérales et provinciales⁴⁰⁹, mais les élargir dans certains cas. Par exemple, elle assure en théorie la disponibilité du traitement médical aux malades mentaux internés sans leur consentement. Néanmoins, l'aspect strictement pénal de l'obligation se manifeste sur deux plans. En premier lieu, la loi prévoit l'administration de soins médicaux nécessaires et non pas seulement satisfaisants. En second lieu elle ne crée une infraction de non-exécution que dans les circonstances extrêmes, où il y a danger de mort ou lorsque la santé risque d'être compromise de façon permanente. Cette obligation peut perdre toute sa signification en raison du pouvoir discrétionnaire de poursuite criminelle. La Commission estime cependant qu'il y a lieu de la conserver.

L'obligation qui incombe à ceux qui entreprennent des actes dangereux, dont les interventions chirurgicales et médicales, a déjà été analysée. Il a été souligné à ce propos que l'absence de distinction entre professionnels et non-professionnels impose à ces derniers un fardeau trop onéreux. Les professionnels faisaient l'objet d'une distinction dans les premiers projets de Code⁴¹⁰. Toutefois, le premier code pénal ne distingua pas les deux catégories, en raison probablement du dénominateur commun qu'était le caractère dangereux de l'acte. La Commission note que, pour le *Code criminel*, certaines incapacités affectent, à des degrés variables, la nature criminelle d'un acte. La défense fondée sur l'aliénation mentale ou sur la provocation en sont

deux exemples. De même, le Code se doit de tenir compte des divers degrés d'aptitude, s'il est admis qu'une éducation reconnue par la société donne réellement à celui qui l'a reçue plus de connaissances, de science et de compétence dans l'accomplissement d'un acte. Il ne s'agirait, en fait, que d'une codification de la jurisprudence criminelle et civile et de l'attitude sociale généralement acceptée.

Un autre problème à considérer est la question de savoir si l'obligation commence seulement à partir de l'accomplissement de l'acte dangereux ou dès le moment où un engagement professionnel existe. L'incertitude règne à l'heure actuelle parce que la norme du caractère raisonnable semble se rapporter uniquement à l'administration du traitement elle-même, alors que l'obligation naît effectivement dès l'engagement. L'obligation est-elle que les médecins fassent tout ce qui est requis dès qu'ils ont accepté un patient, ou seulement qu'ils administrent un traitement de façon raisonnable? La décision d'administrer un traitement médical est, au premier chef, une question de jugement médical. D'une façon générale les conditions relatives à l'administration d'un traitement particulier sont mieux imposées par les lois provinciales, que par une disposition générale du *Code criminel* fixant une norme raisonnable⁴¹¹. De même, un traitement particulièrement dangereux ou risqué peut faire l'objet d'une loi spéciale⁴¹². À l'heure actuelle, les obligations prévues par ces lois de soutien peuvent être à la base d'accusations de négligence criminelle. Sans doute est-il souhaitable que le Code exige que le traitement soit conforme aux lois fédérales et provinciales ainsi qu'aux normes professionnelles. Tel n'est cependant pas réellement le but visé par l'obligation qui nous intéresse ici. Cette obligation porte sur les connaissances, l'habileté et les soins raisonnables dont il faut faire preuve dans l'accomplissement d'un acte dangereux et sur l'accomplissement effectif de ce qui est raisonnablement requis une fois qu'on s'est engagé à traiter. Elle ne comporte donc aucun devoir positif, en dehors de ceux qui résultent du rapport établi entre les deux parties.

En revanche, le Code impose bel et bien une obligation d'agir dans le cadre de la relation professionnelle médecin-patient, si le défaut d'action risque de mettre en danger la vie

humaine. À l'exception peut-être de l'obligation de poursuivre les mesures de soutien de la vie⁴¹³ et de l'obligation de traiter en l'absence de ressources disponibles, il y a lieu de maintenir l'obligation du médecin de ne pas abandonner le patient une fois que ce dernier a compté sur celui-ci pour le soigner. Cette même obligation a également pour effet d'obliger le médecin qui refuse de traiter un patient à lui assurer d'autres secours, si une absence de traitement peut mettre la vie de ce dernier en danger.

Le cas exceptionnel de la répartition des ressources médicales en situation de pénurie et d'état de nécessité, requiert la mise en place d'un mécanisme qui donne effet au droit de l'individu de ne pas être privé de sa vie ou de la sécurité de sa personne, sans le respect du principe de la légalité. L'analyse de ce problème déborde cependant le cadre du présent document de travail.

La Commission estime par ailleurs que l'obligation de connaissance, d'habileté et de soins raisonnables, ainsi que l'obligation de respecter un engagement doivent s'appliquer même dans les cas où la vie n'est pas en danger. Le Code vise à protéger la vie *et* la santé. Il serait donc illogique d'exclure la santé de ces obligations fondamentales. De plus une telle exclusion anéantirait en fait la protection qu'assure le Code à la personne humaine.

La Commission recommande:

(18) que les dispositions actuelles du Code criminel imposant des obligations tendant à la protection de la vie soient retenues dans leur substance.

(19) que la portée de ces dispositions soient étendue de façon à s'appliquer aussi lorsqu'il existe un danger de préjudice permanent à la santé d'une personne.

(20) que le Code criminel établisse une distinction entre l'obligation générale de connaissance, d'habileté et de soins raisonnables s'attachant à l'accomplissement d'actes dangereux et le même type d'obligation s'attachant à l'administration d'un traitement par un professionnel qualifié.

(21) que l'obligation de connaissance, d'habileté et de soins raisonnables s'applique dès le moment où un traitement est entrepris.

(22) que soit prévue une exception à l'obligation d'entreprendre ou de continuer un traitement en cas d'absence de ressources nécessaires.

B. L'évolution de la notion d'obligation en cas d'urgence

Le droit pénal et le droit de la responsabilité civile ont toujours hésité à fonder une responsabilité sur une simple omission. Cette attitude s'expliquait par d'anciens concepts⁴¹⁴ et a donné lieu à un grand débat lors de l'adoption des tout premiers Codes criminels⁴¹⁵. L'opinion prédominante à l'époque défendait l'idéal de liberté individuelle, d'indépendance et d'autonomie de la personne⁴¹⁶. Le fait de ne pas porter secours aux personnes en danger n'était donc pas considéré comme devant donner naissance à une responsabilité.

Cette attitude traditionnelle n'est plus de mise de nos jours. L'opinion législative, à travers le Canada, est de plus en plus favorable à la reconnaissance d'une obligation positive de secours aux personnes en danger, ou du moins encourage une telle initiative. Au tout premier rang, vient une loi québécoise aux termes de laquelle tout être humain dont la vie est en péril a droit au secours, et qui oblige toute personne à porter secours à celui dont la vie est en péril, à moins d'un risque pour lui-même ou pour les tiers ou d'un autre motif raisonnable⁴¹⁷. Cette loi se rapproche des lois pénales de la plupart des pays d'Europe⁴¹⁸ et de certains états des États-Unis⁴¹⁹. Elle est renforcée par une autre loi prévoyant l'indemnisation de ceux qui portent secours, en cas de blessure ou de mort⁴²⁰. D'autres provinces encouragent les médecins à porter secours en cas d'urgence, par l'adoption de lois dites «du bon Samaritain», aux termes desquelles le traitement administré ne donne pas lieu à responsabilité, sauf faute professionnelle lourde⁴²¹. En outre, la plupart des lois provinciales prévoient expressément que le secours d'urgence ne constitue pas l'exercice de la médecine⁴²².

De même, les tribunaux ont eu de plus en plus tendance à reconnaître l'existence d'une obligation de secours dans les cas d'urgence, surtout s'il existe un lien spécial entre les parties. C'est ainsi que la jurisprudence a conclu à une possibilité de responsabilité pénale dans le cas d'un médecin de garde qui avait refusé de traiter un patient amené à la salle d'urgence, en violation d'une obligation prévue par la loi provinciale⁴²³. Il ressort d'une autre décision judiciaire que le capitaine d'un navire est tenu de porter secours à un passager tombé par-dessus bord⁴²⁴. Enfin, les hôpitaux qui ont un service d'urgence sont tenus de donner des soins d'urgence à quiconque s'y présente⁴²⁵. Ces précédents traduisent une certaine volonté des tribunaux de reconnaître l'existence d'une obligation de secours que le public est en droit d'escompter en cas d'urgence.

La relation entre le médecin et son patient est normalement considérée comme un rapport volontaire. Selon le Code de déontologie médicale de l'Association Médicale Canadienne, un médecin a le droit de refuser un patient, sauf pour raison de race, de religion ou de convictions politiques⁴²⁶. Ce droit de refus n'existe cependant pas en cas d'urgence et le Code de déontologie prévoit, par ailleurs, que le médecin doit faire tout en son pouvoir pour aider une personne qui a un besoin urgent de soins médicaux⁴²⁷. Malgré ces obligations morales, il a été établi aux États-Unis durant les années 60 qu'une écrasante majorité de médecins ne s'arrêtaient pas pour donner des soins médicaux urgents au cours de leurs déplacements à l'intérieur même de leur localité⁴²⁸. C'est d'ailleurs pour combattre cet état de choses que les lois dites «du bon Samaritain», ont été adoptées, sans toutefois, d'après ce que l'on a pu constater, que le problème soit résolu pour autant. La province de Québec et l'État de Massachusetts sont allés un peu plus loin et ont consacré par voie législative l'obligation déontologique du médecin d'administrer les soins d'urgence⁴²⁹.

Enfin, certains principes du XIX^e siècle ne peuvent servir à résoudre les problèmes de notre ère. L'individualisme extrême de cette époque a cédé la place à une interdépendance de groupe qui se manifeste à travers les lois sociales. Par ailleurs, la Commission estime que le grand public s'attend, dans un cas d'urgence, à une aide raisonnable lorsque celle-ci est possible.

Dans ce contexte, quelle devrait donc être la méthode d'approche du droit pénal? Devrait-il imposer dans le Code, aux médecins, autres praticiens, ou au public en général, une obligation positive de porter secours en cas d'urgence? Ce ne serait pas la première fois qu'une telle hypothèse de travail est envisagée en droit canadien, même s'il existe peu de prises de position formelles⁴³⁰.

La Commission ne perd pas de vue que [TRADUCTION] «les lois sont des énoncés de politiques et d'opinions sociales tout autant que des instruments de mise en œuvre destinés aux tribunaux et devant être appliqués par la force policière. L'adoption même d'une loi est un acte public de définition de ce qui est moral ou immoral»⁴³¹. La Commission fait siens les préceptes de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui exhorte tous les êtres humains à agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité⁴³². En se fondant sur ces principes et à la lumière des convictions exprimées par le législateur, par les tribunaux, par la profession médicale et par le grand public, la Commission est d'avis que chacun devrait être tenu, par la loi pénale, de porter secours en cas d'urgence.

Une telle obligation aurait pour effet d'obliger le médecin à administrer des soins médicaux d'urgence et le public à fournir une aide adéquate si le besoin s'en fait sentir en toutes circonstances, que ce soit à l'hôpital, ou ailleurs. La notion d'urgence, quoique difficile à définir avec précision, signifie un concours de circonstances qui menacent de façon immédiate la vie d'un être humain ou qui risquent de lui causer des lésions corporelles graves et permanentes, en l'absence de soins professionnels immédiats. Cette obligation n'a pas pour effet de créer une relation professionnelle médecin-patient ou un rapport du même genre requérant une continuité de soins dans le temps. Le médecin ou le passant serait seulement tenu de fournir au patient un traitement ou des soins raisonnables, en attendant d'autres secours. En raison des dispositions des lois médicales⁴³³, il est peu probable que l'intervention d'un médecin venu de l'extérieur de la province provoque des difficultés particulières. Par ailleurs, en cas d'urgence créée par un agissement criminel, la personne qui porte secours devrait être dédommée pour toute blessure subie à cette occasion.

La Commission a envisagé de limiter cette obligation aux médecins et autres professionnels de la santé en se basant sur la stricte obligation morale qui leur incombe et sur la confiance particulière que la société place en eux. Toutefois, la Commission se prononce finalement pour une obligation d'application plus générale, à la lumière des lois actuellement en vigueur et à la lumière du principe en jeu. La Commission invite le public à faire connaître ses vues à ce sujet.

La Commission recommande:

(23) que le Code criminel sanctionne l'obligation générale de porter secours à une personne en danger lorsque la vie ou la santé de cette personne est sérieusement mise en péril et que les circonstances sont telles que l'individu connaît la situation d'urgence et peut agir immédiatement sans risque indu pour lui-même.

CINQUIÈME PARTIE

Solutions et réforme proposées

1. Résumé des recommandations

Dans le présent document de travail, la Commission de réforme du droit s'est préoccupée au premier chef de la sauvegarde des valeurs sociales en matière de protection de la vie, de la santé et de l'intégrité de la personne humaine, tout en tentant de promouvoir le caractère dynamique et compétent des professions de la santé. L'analyse des règles de droit et des normes médicales et déontologiques actuelles démontre que la législation pénale ne reflète fidèlement ni les attentes de ceux qui requièrent et reçoivent un traitement, ni le besoin de la part du monde professionnel d'obtenir une certaine assurance de ne pas être soumis à des poursuites en raison de leur engagement à administrer un traitement. Une réconciliation de ces intérêts contradictoires peut être accomplie par certaines modifications aux règles actuelles, conformément aux principes exposés ci-dessous.

L'administration, par des praticiens qualifiés, d'un traitement visant à protéger la vie et la santé doit être nettement séparée des autres actes qui portent atteinte à la personne d'autrui. De par sa valeur intrinsèque, l'administration d'un traitement occupe une place à part parmi les actes qui constituent une atteinte à la personne humaine. Cependant, il est toujours nécessaire de s'assurer que cette activité de la vie quotidienne s'accomplisse en conformité avec certains critères précis et vérifiables prévus par le *Code criminel*.

Le droit à la sécurité de la personne et à la vie privée doit être protégé par l'exigence d'un consentement plein et entier et par la reconnaissance du droit de refuser un traitement. Si une personne est incapable, en fait ou en droit, de donner son consentement, elle doit alors être représentée et ses intérêts doivent être convenablement protégés par les mécanismes de procédure usuels. Dans certains cas cependant, dont le cas d'urgence, le secours doit pouvoir être prodigué sans le consentement de la personne, dans le but de sauvegarder sa vie ou sa santé.

La distinction entre le traitement et les autres actes qui peuvent constituer une infraction contre la personne est fondée au premier chef sur la reconnaissance de la compétence et des hauts standards déontologiques de la profession médicale. De plus, il est possible de consacrer, par voie législative, les attentes réalistes de la collectivité en matière de soins professionnels, en adoptant une norme souple fondée sur le critère de ce qui est raisonnable et sur les circonstances particulières de chaque espèce.

La nécessité absolue d'administration des soins médicaux, oblige le législateur à veiller à ce que les besoins essentiels en la matière soient satisfaits, surtout pour ce qui est des personnes incapables d'y pourvoir elles-mêmes. L'exécution de cette obligation a été conférée aux praticiens qui s'engagent à administrer les soins. Le rôle du législateur n'en est pas terminé pour autant. Ainsi le *Code criminel* a toujours imposé l'obligation de continuer de traiter à ceux qui se sont engagés à le faire et à ceux qui ont à leur charge des personnes incapables. Ces obligations doivent être conservées et élargies au besoin, afin de protéger le droit fondamental de chaque canadien à la sécurité de sa personne.

Ces principes généraux peuvent être mis en œuvre en consacrant dans le *Code criminel* les recommandations suivantes:

- (1) que l'administration du traitement médical continue à être réglementée par le *Code criminel*, mais soit séparée des autres conduites impliquant l'usage de la force et qui sont considérées comme criminelles;

- (2) que la notion de traitement, aux fins d'application du *Code criminel*, soit reconnue comme étant un processus visant la modification thérapeutique d'un état de morbidité d'une personne résultant d'un trouble, d'une maladie, d'une invalidité ou d'un désordre;
- (3) que le droit criminel consacre une différence expresse entre le traitement et l'intervention non thérapeutique et que l'administration d'un traitement soit considérée *prima facie* comme légale;
- (4) que les dispositions générales du *Code criminel* continuent à s'appliquer aux interventions non thérapeutiques comme à tous les autres actes impliquant l'usage de la force ou l'infliction de blessures corporelles, mais qu'une défense basée sur la notion d'ordre public soit créée de façon à éviter que certaines de ces interventions ne constituent nécessairement un acte criminel;
- (5) que le consentement individuel continue à être reconnu comme l'une des conditions essentielles à la légalité de l'administration d'un traitement médical;
- (6) que ce qui constitue un consentement valable aux yeux de la loi, pour les fins du droit criminel, soit déterminé par les standards élaborés par la jurisprudence;
- (7) qu'aucun traitement ne puisse être administré sans le consentement du patient, sauf déclaration judiciaire d'incapacité, ou autre exception spécifique prévue par la loi;
- (8) que la détermination judiciaire d'incapacité soit faite par une Cour Supérieure, une Cour de District ou une Cour de Comté;
- (9) que les décisions relatives aux interventions non thérapeutiques sur la personne d'un incapable relèvent d'un Comité provincial établi à cette fin;
- (10) que le droit d'une personne adulte et capable de refuser un traitement soit expressément reconnu par le *Code criminel*;

- (11) qu'il soit interdit d'administrer un traitement malgré le refus du patient, sauf cas d'incapacité judiciairement établi ou exception prévue par la loi;
- (12) qu'un traitement puisse légalement être administré à une personne, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir son consentement dans les cas d'urgence, lorsque cette personne est dans l'impossibilité d'exprimer son consentement;
- (13) que le droit d'une personne capable de refuser un traitement soit également reconnu dans les cas d'urgence;
- (14) que le standard de conduite minimum acceptable pour un professionnel qualifié dans l'administration d'un traitement soit la connaissance, l'habileté et le soin, que manifesterait une personne ayant les mêmes qualifications, dans l'accomplissement du même acte, dans des circonstances identiques;
- (15) que le standard de connaissance, d'habileté et de soins raisonnables recommandé ci-dessus s'applique aussi aux cas d'urgence, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce;
- (16) que le standard de conduite minimum acceptable pour une personne non professionnellement qualifiée dans l'administration d'un traitement, soit déterminé par rapport à la conduite d'une personne raisonnable ordinaire et non par rapport à celle d'un professionnel qualifié;
- (17) que la personne non professionnellement qualifiée, qui prétend avoir des titres de compétence auxquels le public ou l'individu traité s'est fié, soit jugée conformément au standard de conduite attendu de la personne professionnellement qualifiée qu'elle prétend être;
- (18) que les dispositions actuelles du *Code criminel* imposant des obligations tendant à la protection de la vie soient retenues dans leur substance;

- (19) que la portée de ces dispositions soit étendue de façon à s'appliquer aussi lorsqu'il existe un danger de préjudice permanent à la santé d'une personne;
- (20) que le *Code criminel* établisse une distinction entre l'obligation générale de connaissance, d'habileté et de soins raisonnables s'attachant à l'accomplissement d'actes dangereux, et le même type d'obligation s'attachant à l'administration d'un traitement par un professionnel qualifié;
- (21) que l'obligation de connaissance, d'habileté et de soins raisonnables s'applique dès le moment où un traitement est entrepris;
- (22) que soit prévue une exception à l'obligation d'entreprendre ou de continuer un traitement en cas d'absence de ressources nécessaires;
- (23) que le *Code criminel* sanctionne l'obligation générale de porter secours à une personne en danger, lorsque la vie ou la santé de cette personne est sérieusement mise en péril et que les circonstances sont telles que l'individu connaît la situation d'urgence et peut agir immédiatement sans risque indu pour lui-même.

2. La mise en œuvre de la réforme: les modèles envisagés pour le Code

La seule réforme de la loi elle-même ne suffirait pas à mettre en œuvre ces recommandations. La Commission estime cependant que certaines réformes législatives s'imposent. Étant donné le souhait unanime d'une plus grande précision et d'un plus haut degré de certitude dans le Code, quelle serait la structure législative qui assurerait le mieux le changement voulu? Une alternative est possible.

A. Le modèle du moyen de défense: les précisions souhaitables au Code actuel

Comme on a pu le constater dans la Deuxième Partie de ce document, la méthode traditionnelle de protection des médecins pour l'administration d'un traitement, consiste en la création de moyens de défense spécifiques qui font pendant à l'inclusion de cette administration dans la catégorie générale des infractions contre la personne. La modification de la portée des moyens de défense actuels de façon à assurer avec plus de certitude la légalité ultime du traitement proprement administré, pourrait permettre de résoudre certains problèmes. Cette solution a l'avantage d'éviter une prolifération d'infractions spécifiques dans le Code et de conserver à l'administration du traitement sa qualification d'application de la force sur la personne d'autrui. Par ailleurs, le statut juridique spécial du traitement serait consacré de cette manière.

Cependant, cette solution ne résout pas tous les problèmes qui découlent du rattachement de l'administration du traitement aux infractions plus générales. L'analyse de l'élément moral et de la condition de causalité qui s'attachent aux infractions contre la personne devient inutilement compliquée, si l'on compare les actes ayant une grande utilité sociale, aux actes sporadiques de violence contre la personne. Qui plus est, la réforme législative doit aussi avoir pour but, de tenter de réduire l'angoisse et les tensions dues à l'appréhension d'une éventuelle responsabilité pénale chez ceux qui exercent une profession conforme aux intérêts sociaux dans la protection de la vie et de la santé. La création d'une infraction spécifique pour l'administration fautive du traitement est peut-être un moyen plus logique d'atteindre ce but. Cependant, à moins d'une exception spécifique, rien ne garantit que les infractions contre la personne ne soient pas invoquées dans les cas graves.

B. Le modèle de l'infraction: la solution recommandée

La seconde solution consiste en la création d'une infraction spécifique sur l'administration fautive de traitement. Elle aurait pratiquement pour effet de soustraire l'administration d'un trai-

tement par un praticien qualifié aux effets des infractions générales contre la personne, à l'instar du mécanisme déjà adopté pour l'avortement. Cependant, il est peut-être encore plus avantageux d'exonérer expressément le traitement, comme on l'a fait en Allemagne. Une section consacrée expressément au traitement pourrait alors être insérée dans la rubrique des infractions contre la personne au *Code criminel*. Elle comprendrait aussi les dispositions actuellement applicables en matière d'avortement.

Plusieurs raisons militent en faveur de cette seconde solution. En premier lieu, elle est conforme au principe voulant que les cas différents soient traités de façon différente, et les cas similaires, de façon identique. Jusqu'ici, le *Code criminel* a créé des infractions spécifiques pour certains actes dangereux du même genre comme la conduite de véhicules à moteur et celle de navires. Le Code affiche déjà une certaine tendance en ce sens pour le traitement, puisqu'il crée des obligations spécifiques dont la violation constitue une infraction générale. La création explicite d'une infraction d'administration fautive de traitement, servirait à montrer que le traitement est comme les autres actes, de même nature qui sont accomplis tous les jours et qui ne constituent pas en eux-mêmes des agissements criminels. En deuxième lieu, cette distinction reflète plus fidèlement la valeur que représente le traitement pour la collectivité et la confiance fondamentale que les gens placent dans la compétence des professionnels de la santé. En troisième lieu, cette distinction est la meilleure méthode de dissiper la confusion que crée l'inclusion de l'administration de traitement dans les infractions générales. Un article nouveau pourrait codifier à la fois les règles actuelles et les règles nouvelles en matière de traitement, créant ainsi une disposition législative exclusive à l'instar de celle applicable à l'avortement. En quatrième lieu, l'inclusion de l'ensemble des critères touchant la légalité de l'administration du traitement, à titre d'éléments constitutifs de l'infraction, aurait l'avantage d'imposer au ministère public une charge plus onéreuse de la preuve. En cinquième lieu, il ne serait plus nécessaire d'invoquer une défense fondée sur la nature de l'acte lui-même, ce qui aurait pour effet de souligner avec plus d'insistance le caractère fondamentalement légal du traitement.

En conclusion, la Commission préconise la création d'une nouvelle infraction pour l'administration fautive d'un traitement. La solution idéale serait d'inclure dans la Partie VI du *Code criminel* actuel une section intitulée «Du traitement», laquelle comprendrait à la fois les dispositions relatives à l'avortement et celles relatives aux divers aspects du traitement médical. La nouvelle infraction tirerait sa substance des recommandations faites plus haut. La teneur fondamentale de cette nouvelle disposition ainsi que les modifications de concordance nécessaires qu'il y aurait lieu d'apporter au Code, figurent dans le projet de formulation législative qui suit.

3. Projet de formulation législative

Le texte qui suit est simplement une formulation possible et est proposé pour fins d'analyse et de discussion seulement. Ce projet ne représente ni l'avis définitif de la Commission, ni même la coordination de l'ensemble des formulations de modifications législatives proposées par la section de recherche sur la protection de la vie. Un projet plus complet et plus exhaustif sera contenu dans le rapport au Parlement. De plus, comme on peut le remarquer, la Commission, pour l'instant, ne fait aucune recommandation quant aux pénalités, et ce pour les mêmes raisons.

PROJET DE
FORMULATION
LÉGISLATIVE

Article 45 — Opérations
chirurgicales

Abrogé

NOTES EXPLICATIVES

Cet article n'est pas suffisamment général pour s'appliquer à toutes les formes de traitement. De plus, sa portée exacte est ambiguë. Il est illogique d'exonérer à titre de personnes en situation d'autorité, ceux qui pratiquent des opérations chirurgicales. Les moyens de défense ordinaires assurent en effet une protection suffisante à cet égard.

Obligations tendant à la protection de la vie et de la santé

Article 197 — Obligation de
fournir les choses
nécessaires à l'existence

Inchangé

Cet article impose aux parents, aux personnes mariées et aux personnes ayant à leur charge des personnes incapables de prendre soin d'elles-mêmes, l'obligation de leur fournir les choses nécessaires à la vie et à la santé. Cette disposition est conforme à la ligne de politique législative suivie par le présent document de travail.

Article 198 — Obligation des personnes qui pratiquent des actes dangereux

Quiconque se livre à un acte qui peut mettre en danger la vie d'autrui ou qui risque de compromettre de façon permanente la santé d'autrui, est légalement tenu d'apporter, dans l'accomplissement de cet acte, une connaissance, une habileté et des soins raisonnables.

L'exclusion d'une référence précise au traitement chirurgical et médical par cet article, ne fait pas disparaître l'obligation de connaissance, d'habileté et de soins raisonnables que doit assumer le praticien qualifié et l'individu non qualifié, dans l'administration d'un traitement.

L'obligation qui incombe au praticien qualifié figure à l'article 251.1 nouveau. Les autres sont tenus en vertu de l'obligation générale imposée par le présent article. L'exclusion de la défense de nécessité réaffirme ici l'opinion de la Commission à l'effet que la norme du caractère raisonnable doit s'appliquer aussi dans ces cas. Cette norme est suffisamment souple pour tenir compte de l'ensemble des circonstances particulières à chaque espèce. L'expression «acte légitime» contenue à l'article 198 a été volontairement omise pour bien indiquer que l'obligation prévue s'applique à tous les actes. Le danger à la santé a été ajouté, pour harmoniser cette disposition avec celle de l'article 197 et pour réaffirmer que le Code entend protéger la vie et aussi la santé.

Article 199 — Obligation de ceux qui entreprennent d'accomplir un acte

Quiconque entreprend d'accomplir un acte est légalement tenu de l'accomplir, sauf excuse légitime, si l'omission de le faire met ou risque de mettre en danger la vie d'autrui ou compromet ou risque de compromettre la santé d'autrui de façon permanente.

Le texte nouveau est élargi de façon à couvrir aussi la protection de la santé. L'inclusion de l'excuse légitime a pour but de permettre d'exonérer quelqu'un de cette obligation lorsque la non-exécution tient à l'absence de moyens et de ressources ou à une autre cause indépendante de la volonté de la personne tenue à l'exécution de l'acte.

Article 199.1 — Obligation de secours en cas d'urgence

Chacun est légalement tenu, dans un cas d'urgence, de porter secours à toute personne dont la vie ou la santé est gravement menacée, s'il a connaissance de l'état d'urgence et qu'il est en mesure de porter secours immédiatement, sans risque indu pour lui-même, sauf justification ou excuse légitime.

Cet article de droit nouveau impose à tous l'obligation de porter secours en cas d'urgence.

Traitement

Article 251.1(1) — Traitement

L'administration d'un traitement par un professionnel de la santé qualifié ne constitue pas l'infliction de lésions ou de bles-

Cette disposition soustrait l'administration du traitement au champ d'application des infractions générales contre la

sures corporelles au sens de la présente loi, si cette administration est raisonnable eu égard à toutes les circonstances et sous réserve des autres dispositions du présent article et de celles de l'article 251.2.

personne, dans la plupart des cas. Elle consacre la position de la Commission à l'effet que l'administration d'un traitement doit être nettement séparée des autres actes qui constituent l'application de la force sur le corps d'un individu. Ce texte consacre le standard de conduite développé par la jurisprudence et laisse au juge des faits le soin d'apprécier les circonstances particulières à chaque espèce.

**Paragraphe 251.1(2) —
Professionnel de la santé
qualifié**

Aux fins du présent article, l'expression professionnel de la santé qualifié, s'entend de toute personne autorisée par une loi provinciale à pratiquer l'une des sciences thérapeutiques.

Cette disposition distingue le professionnel qualifié de l'individu non qualifié, sur la base des lois provinciales.

**Paragraphe 251.2(1) —
Traitement illégal**

Un traitement administré par un professionnel de la santé qualifié à une autre personne est illégal:

- a) lorsque ce traitement est administré sans le consentement de cette personne ou malgré son refus, ou

Ce texte reprend le critère du caractère raisonnable de l'acte, contenu à l'article 45 actuel. Il y ajoute les éléments du consentement et celui de refus de traitement afin de donner plus de clarté à la règle actuelle. L'insertion d'une norme de compétence souligne qu'il

b) lorsque ce traitement est administré sans la connaissance, l'habileté et les soins qui devraient normalement être apportés par un individu ayant les mêmes qualifications, ou

c) lorsque l'administration de ce traitement n'est pas raisonnable eu égard aux circonstances.

s'agit d'une norme applicable aux professionnels.

**Paragraphe 251.2(2) —
Exceptions**

Un traitement peut être administré à une personne sans son consentement lorsqu'en cas d'urgence, cette personne est incapable d'exprimer un consentement, lorsque cette personne a été judiciairement déclarée incapable, ou lorsqu'il existe une autre exception prévue par la loi.

Ce paragraphe vise à faciliter le traitement de personnes incapables ou inhabiles à consentir, ainsi que certains cas spéciaux.

**Paragraphe 251.2(3) —
Incapacité**

Une personne est incapable de consentir à un traitement lorsqu'elle a été déclarée telle par un jugement d'une cour Supérieure, d'une cour de District ou d'une cour de Comté.

Cette disposition garantit la protection des incapables et sanctionne le principe que le traitement est assujéti à l'obtention d'un consentement valable.

**Paragraphe 251.2(4) —
Interventions non
thérapeutiques sur la
personne d'un incapable**

Toute décision relative à une intervention non thérapeutique sur la personne d'un incapable conformément aux dispositions du paragraphe (3), doit être prise par un Comité provincial nommé ou établi à cet effet par le Ministre de la Santé.

Ce texte propose l'établissement d'un comité chargé de prendre les décisions pour le compte des incapables, lorsque l'intervention n'a aucune utilité thérapeutique. Ce texte n'est pas complet en lui-même. Il doit être interprété à la lumière des définitions contenues à l'article 251 du Code actuel concernant l'avortement. La Commission n'entend cependant pas exprimer une opinion quelconque sur le contenu des dispositions de ce dernier article.

Notes

1. Paris, John J. «Compulsory Medical Treatment and Religious Freedom: Whose Law Shall Prevail?» 10 *University of San Fransisco Law Review* 1, (Summer 1975), à la p. 28
2. Gibbs, Richard «\$7-million Awarded in Childbirth Death» 5(9) *Legal Aspects of Medical Practice* 55 (1977); voir également Sir William Holdsworth, *A History of English Law*, 306 (4th ed. 1966) pour ce qui est de la sanction pénale attachée à des actes dont la réparation ne peut être amenée par un recours en responsabilité civile.
3. Commission de réforme du droit du Canada, *Notre droit pénal* 16, 33 (1976).
4. Des sanctions spécifiques sont prévues pour la plupart des infractions. Il y a lieu cependant de noter que l'article 197 nouveau du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34 (ci-après désigné «*Code Criminel*») ne prévoit pas de sanction spécifique. Dans ce cas, c'est le paragraphe (1) de l'article 115 du Code qui s'applique. Ce texte prévoit:

À moins qu'une peine ou un châtement ne soit expressément prévu par la loi, quiconque, sans excuse légitime, contrevient à une loi du Parlement du Canada en accomplissant volontairement une chose qu'elle défend ou en omettant volontairement de faire une chose qu'elle prescrit, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans.
5. Parlement, Chambre des communes, Comité spécial des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1960), 415.
6. Commission de réforme du droit du Canada, *Les confins du droit pénal* Ottawa: Canada 1975, 40.
7. Blackstone, *Commentaries*, Book 1, 130 (1966).
8. *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, chapitre 44, alinéa 1a).
9. *Déclaration universelle des droits de l'homme* (1948) Article 25, par. 1:

Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté.

10. Callahan, Daniel «The WHO definition of «health» » *The Hastings Center Studies* 1:3, 1973, 77. C'est de cet article que s'inspire notre critique de la définition établie par l'O.M.S.
11. *Ibid.*, à la p. 81.
12. *Morgentaler v. R.* [1976] 1 R.C.S. 616 à la p. 671.
13. *R. v. Bourne*, [1939] 1 K.B. 687, [1938] 3 All E.R. 615; *R. v. Newton and Stungo* [1958] Crim. L. R. 469.
14. Dickens, Bernard M., *Abortion and the Law*, (1966); Williams, Glanville L., *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, (1958).
15. Gouvernement du Canada, *Rapport du Comité sur l'application des dispositions législatives sur l'avortement* 207, (1977).
16. *Morgentaler c. R.*, note 12 *supra*, à la p. 676, motifs prononcés par le juge Dickson.
17. Callahan, «The WHO definition of «health» », note 10 *supra*, à la p. 87. Il s'agit ici d'une extrapolation des vues de Callahan qui, avec Veatch dans «The medical model: its nature and problems», *The Hastings Center Studies* 1:3 (1973), 59, ne voudrait voir dans le vocable «santé» restreint à la seule «santé physique». De son côté, Peter Steinfels, dans «The Concept of Health: An Introduction» *The Hastings Center Studies* 1:3 (1973) préfère donner à ce concept dans un sens plus large, pourvu cependant que santé et médecine ne soient pas confondues l'une avec l'autre. Williams, *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, note 14 *supra*, et Dickens, *Abortion and the Law*, note 14 *supra*, se prononcent tous deux en faveur du pouvoir souverain d'appréciation du médecin en matière d'avortement.
18. *Stroud's Judicial Dictionary*, 4th ed., Vol. 4, 2098; *Black's Law Dictionary*, 4th ed., 1348.
19. *Code criminel*, paragraphe 25(1):

Quiconque est, par la loi, obligé ou autorisé à faire quoi que ce soit dans l'application ou l'exécution de la loi

 - a) à titre de particulier,
 - b) à titre d'agent de la paix ou de fonctionnaire public,
 - c) pour venir en aide à un agent de la paix ou à un fonctionnaire public, ou
 - d) en raison de ses fonctions,

est, s'il agit en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, fondé à accomplir ce qu'il lui est enjoint ou permis de faire et fondé à employer la force nécessaire pour cette fin.
20. *Code criminel*, paragraphe 34(1):

Toute personne illégalement attaquée sans provocation de sa part est fondée à repousser la violence par la violence, si, en faisant usage de la violence, elle n'a pas l'intention de causer la mort ni des lésions corporelles graves et si la violence n'est pas poussée au-delà de ce qui est nécessaire pour lui permettre de se défendre.

Code criminel, paragraphe 38(1):

Quiconque est en paisible possession de biens mobiliers, comme toute personne lui prêtant légalement main-forte, est fondé

a) à empêcher un intrus de les prendre, ou

b) à les reprendre à l'intrus,

s'il ne le frappe pas ou ne lui inflige aucune lésion corporelle.

21. *Code criminel*, articles 43, 44 et 45 (voir les notes 22, 23, et 24 ci-dessous). C'est sous le titre «Protection des personnes exerçant l'autorité» que sont groupés ces articles, qui figurent à la Partie I, celle des dispositions générales du Code.
22. *Code criminel*, article 43:
Tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, est fondé à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances.
23. *Code criminel*, article 44:
Le capitaine, patron ou commandant d'un navire en voyage est fondé à employer la force dans la mesure que, sur des motifs raisonnables et probables, il croit nécessaire pour maintenir le bon ordre et la discipline à bord du navire.
24. *Code criminel*, article 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'espèce.
25. Turner, J. W. Cecil, *Kenny's Outlines of Criminal Law*, 19 (19th ed., 1966); *R. v. Senior* [1899] 1 Q.B. 283; *Aldworth v. Stewart* (1966) 4 F. & F. 957; *Hook v. Cunard Steamship Co.* [1953] 1 W.L.R. 682.
26. Turner, *Kenny's Outlines of Criminal Law*, *ibid.*. C'est le cas de la personne qui administre un traitement tel que le prévoit l'art. 198 du *Code criminel* (*St-Germain c. R.* (1976) C.A. 185).
27. Jolowicz, J. A., *Winfield and Jolowicz on Tort*, 621, (9th ed. 1971).
28. *Black's Law Dictionary*, note 18 *supra* à la p. 168; Kaufman, Fred. *The Admissibility of Confessions*, 54, (2nd ed. 1974).
29. *R. v. Anderson* (1914) 22 C.C.C. 455 à la p. 460; Kaufman, *The Admissibility of Confessions*, *ibid.* aux pp. 57-63.
30. *Marshall v. Curry* [1933] 3 D.L.R. 260 à la p. 274, 60 C.C.C. 136, le juge en chef Chisholm.
31. Szasz, T. S. et Hollender, M. H. «A Contribution to the Philosophy of Medicine» *Archives of Internal Medicine* 97, (1956).

32. *R. v. Williamson* (1807) 3 Car. & P. 635, 172 E.R. 579.
33. American Law Institute, *Model Penal Code* 1962, article 3.08.
34. Young, J. Talbot Jr., «Separation of Responsibility in the Operating Room: The Borrowed Servant, the Captain of the Ship, and the Scope of Surgeons' Vicarious Liability» 49 *Notre Dame Lawyer* 933 (1974).
35. Bloom, Samuel W. et Wilson, Robert N. «Patient-Practitioner Relationships» dans Freeman, Levine, Reeder (éditeurs) *Handbook of Medical Sociology* 315 (2nd ed. 1972); Mechanic, David *Medical Sociology* 158 (1968).
36. Stephen, *Digest of the Criminal Law*, 7th ed. 1926, article 294; *R. v. Clarence* (1888) 22 Q.B.D. 23.
37. À l'origine, sauf l'homicide, les infractions contre la personne n'étaient pas considérées comme des crimes par l'ancien droit. Un changement s'est opéré au cours du Moyen Âge où le crime de mutilation consistant à blesser ou à estropier quelqu'un de façon à amoindrir son aptitude à combattre ou à se défendre fut institué. À l'époque contemporaine, la menace illégale de la violence ou le recours illégal à la force contre autrui constituent des voies de fait punissables par la loi. La *common law* classe ces crimes sous la catégorie générale de la menace ou de l'usage de la violence contre la personne d'autrui. Sauf fait justificatif, elle qualifie de crime toute atteinte à la personne d'autrui, peu importe son degré de gravité. Stephen, Sir James Fitzjames, *A History of the Criminal Law of England*, Vol. III, 108 (1883); Dworkin, «The Law Relating to Organ Transplantation in England», 33(4) *Modern Law Review*, 353, (1970); Smith and Hogan, *Criminal Law*, 281 (3rd ed. 1973); Turner, J. W. C., *Russell on Crime*, Vol. I, 655, (12th ed. 1964).
38. Même si le fait justificatif sous-entend le bon droit, il est toujours classé cependant parmi les moyens de défense.
39. L'article 45 du *Code criminel* a été modifié (1953-54, chap. 51, art. 45) de façon à préciser que l'opération doit être pratiquée de façon raisonnable «étant donné l'état de santé de la personne au moment de l'opération. . .» (c'est nous qui soulignons). Voir également l'ancienne formulation ci-dessous, note 40.
40. Projet de code 1880, art. 68: [TRADUCTION]:

Est exonéré de la responsabilité pénale quiconque pratique, avec des soins et une habileté raisonnables, une opération chirurgicale sur une autre personne, pour le bien de cette dernière, si l'opération est raisonnable compte tenu de l'état du patient au moment de l'opération et compte tenu de toutes les autres circonstances.
41. Stephen, *Digest of the Criminal Law*, note 36 *supra*, article 289; Turner, *Russell on Crime*, note 37 *supra*, à la p. 680.
42. *R. v. Donovan* [1934] 2 K.B. 498, 509; Dworkin «The Law Relating to Organ Transplantation in England», note 37 *supra*; Turner, *Russell on Crime*, note 37 *supra* à la p. 678.
43. Ce point a été évoqué par Starkman, Bernard dans «Preliminary Study on Law and the Control of Life», étude commanditée par la Commission

de réforme du droit du Canada (août 1974, non publiée). Voir également son ouvrage intitulé "A Defence to Criminal Responsibility for Performing Surgical Operations", dans *The Dying Human* (1979), éd. A. de Vries et A. Carmi.

44. *Code criminel*, 1892 (55-56 Vict., c. 29), article 212.
45. Taschereau, Henri Elzéar *The Criminal Law Consolidation and Amendment Acts of 1869*, 30-33 Vict. (1874).
46. Dworkin, «The Law Relating to Organ Transplantation in England», note 37 *supra* aux pp. 356-357. À noter que pour ce qui est du quatrième critère, la formulation n'est pas exactement celle de Dworkin, pour faire ressortir qu'il ne s'agit pas de la compétence requise pour l'exercice de la profession, mais plutôt d'un degré de compétence approprié à la nature de l'opération.
47. *Final Report of the National Commission on Reform of Federal Criminal Laws*, (1971) (U.S.) article 1619.
48. *Ibid.*, alinéa 605d).
49. Stefani, G. *Quelques Aspects de l'Autonomie du Droit Pénal* 202, (1956); Hughes, «Two Views on Consent in the Criminal Law», 26(3) *Modern Law Review*, 242, (1963).
50. Stefani, *Quelques Aspects de l'Autonomie du Droit Pénal*, *ibid.*, à la p. 203.
51. *La loi pénale d'Autriche*, articles 356, 357, 358 (1966).
52. *Projet de code pénal allemand* (1962), article 161 (1966):
[TRADUCTION] Ne constituent pas des coups et blessures l'opération et le traitement qui, conformément aux normes de la science et de la déontologie médicales, sont nécessaires et sont pratiquées en vue de prévenir, de diagnostiquer, de guérir ou de soulager une maladie, des souffrances, des lésions corporelles, ou des troubles physiques et mentaux.
53. *Ibid.*, article 162.
54. *Projet secondaire de Code pénal de la République fédérale d'Allemagne*, articles 112, 123 (1977).
55. *Code criminel*, article 244:
Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque, quiconque, sans le consentement d'autrui, ou avec son consentement, s'il est obtenu par fraude,
 - a) d'une manière intentionnelle, applique, directement ou indirectement, la force ou la violence contre la personne d'autrui, ou
 - b) tente ou menace, par un acte ou un geste, d'appliquer la force ou la violence contre la personne d'autrui, s'il est en mesure actuelle, ou s'il porte cette personne à croire, pour des motifs raisonnables, qu'il est en mesure actuelle d'accomplir son dessein.

Code criminel, article 245:

(1) Quiconque se porte à des voies de fait simples est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

(2) Quiconque cause illégalement des lésions corporelles à une personne, notamment en se livrant à des voies de fait, est coupable

a) d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans, ou

b) d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

56. *R. c. George* [1960] R.C.S. 871 à la p. 890, 34 C.R. 1, 128 C.C.C. 289; *R. v. Alec* (1973) 25 C.R.N.S. 327 à la p. 332, [1974] 1 W.W.R. 645, 15 C.C.C. (2d) 164 (B.C.C.A.). À noter également qu'il peut y avoir voies de fait morales si l'on encourage quelqu'un à faire quelque chose de dangereux et qu'on lui cause ainsi indirectement des lésions corporelles.
57. Le critère de l'intention requise est implicitement admis par la doctrine. Voir par exemple O'Connor, D. «Transplant Surgery and the Criminal Law» 3(4) *Aust. and N.Z. Journal of Criminology*, 223 (Dec. 1970), 223; Skegg, P. D. G. «Medical Procedures and the Crime of Battery» (1974) *Criminal Law Review*, 693.
58. Smith and Hogan *Criminal Law*, note 37 *supra* à la p. 304; *Harley* (1830) 4 C & P 369; *Dale* (1852) 6, Cox C.C. 14.
59. *Laporte v. Laganière* (1972) 18 C.R.N.S. 357 à la p. 361 (Qué. Q.B.).
60. Razovsky, Lorne Elkin «The Laboratory Technologist and the Law» *Canadian Journal of Medical Technology* 32 (juin 1970), 95.
61. Dewhurst, W. G. «Drug Dependence: An Analysis» 9 *Alberta Law Review*, 215, (1971), à la p. 220.
62. *Laporte v. Laganière*, note 59 *supra*, à la p. 365.
63. Turner, *Kenny's Outlines of Criminal Law*, note 25 *supra*, à la p. 206.
64. *Agnew v. Jobson* (1877) 13 Cox C.C. 625.
65. Voir par exemple la loi dite *Public Health Act*, R.S.M. 1970, c. P210, article 44; le loi dite *The Mental Health Act*, R.S.O. 1970, c. 269 modifiée par S.O. 1978, c. 50, article 31a; la loi dite *Heroin Treatment Act*, S.B.C. 1978, no. 18.
66. *R. v. Meredith* (1838) 8 Car. & P. 589, 173 E.R. 630; *R. v. Wollaston* (1872) 12 Cox C.C. 180; *R. v. Setrum* (1976) 32 C.C.C. (2d) 110.
67. *R. v. Setrum*, *ibid.*; *R. v. Abraham* (1974) 30 C.C.C. (2d) 332, 26 C.R.N.S. 390; *R. v. Dix* (1972) 10 C.C.C. (2d) 324; *R. v. MacTavish* (1972) 8 C.C.C. (2d) 206, 20 C.R.N.S. 235, 4 N.B.R. (2d) 876.
68. *R. v. Dix*, *ibid.*, aux pp. 325-326; voir également *R. v. MacTavish*, *ibid.*; *R. v. Abraham*, *ibid.*
69. *Marshall v. Curry*, note 30 *supra*, à la p. 264; *Mulloy v. Hop Sang* [1935] 1 W.W.R. 714 à la p. 715.

70. *Code criminel*, article 244, note 55 *supra*; *R. v. Lock* (1872) L.R. 2 C.C. 10, 12 Cox C.C. 244.
71. *Bolduc v. Bird* (1967) 63 D.L.R. (2d) 82 (C.S.C.).
72. *R. v. William Case* (1850) 4 Cox C.C. 220.
73. Smith and Hogan *Criminal Law*, note 37 *supra*, à la p. 287; *Nichol* (1807) Russ. & Ry. 130.
74. *Turner Russell on Crime*, note 37 *supra*, à la p. 680; Williams, Glanville, *Criminal Law*, 867, (2nd ed. 1961).
75. *Turner*, *ibid.*
76. *In re Caughey* [1976] 1 Ch. 521 à la p. 528.
77. *Papadimitropoulos v. The Queen* (1957) 98 C.L.R. 249 à la p. 261.
78. *Bolduc v. Bird*, note 71 *supra*, à la p. 83.
79. *Burrell v. Harmer* (1966) 116 New L.J. 1658, [1967] Crim. L.R. 169.
80. Le *Code criminel* contient certaines dispositions qui touchent à l'âge des enfants: responsabilité criminelle à partir de 7 ans (art. 12), personne âgée de 7 à 14 ans (art. 13), consentement d'un enfant de moins de 14 ans au viol ou à l'attentat à la pudeur (art. 140), devoir de fournir les choses nécessaires à l'existence d'un enfant de moins de 16 ans (art. 197), corruption d'enfants de moins de 18 ans (art. 168). À noter que dans son *Rapport sur les infractions sexuelles*, la Commission de réforme du droit du Canada a proposé la modification de certaines de ces dispositions.
81. *R. v. Donovan*, note 42 *supra*, à la p. 507.
82. *Ibid.* à la p. 509. Il y a plusieurs degrés entre une tape légère et un coup violent. D'après l'affaire *Donovan*, il appartient au jury d'apprécier si le coup a causé les lésions corporelles. Voir Skegg «Medical Procedures and the Crime of Battery», note 57 *supra*, à la p. 695; voir également *R. v. Maloney*, (1976) 28 C.C.C. (2d) 323.
83. *R. v. Donovan*, *ibid.*
84. *R. v. Coney* (1882) 8 Q.B.D. 534, le juge Steven, à la p. 549.
85. *Bravery v. Bravery* [1954] 1 W.L.R. 1169 à la p. 1175, [1954] 3 All E.R. 59.
86. *Ibid.* jugement rendu par le lord juge Denning, à la p. 1180. Voir l'analyse des deux politiques sociales dans Skegg, P. D. G. «Medical Procedures and the Crime of Battery», note 57 *supra*, à la p. 700.
87. Skegg, «Medical Procedures and the Crime of Battery» note 57 *supra*, à la p. 697.
88. Voir les dispositions des diverses lois provinciales sur le don de tissus humains en matière de transplantation. Au Nouveau-Brunswick, et au Québec, la chirurgie transsexuelle est facilitée par la possibilité de rectifier l'état-civil.

89. Voir comme arrêts qui ont suivi ou cité *R. v. Coney* mais surtout à d'autres fins: *R. v. Halmo* [1941] O.R. 99; *R. v. Hoggan* 53 W.W.R. 641; *R. v. Byrne* 63 W.W.R. 385; *R. v. Curran* [1978] 1 W.W.R. 255. Par ailleurs *R. v. Donovan* a été suivi ou cité dans les arrêts suivants, également à d'autres fins: *R. v. Cullen* [1949] O.R. 10; *R. v. Morrill* [1954] O.W.N. 425; *R. v. Bursey* 27 C.R. 167; *Carrier v. R.* 23 C.R.N.S. 243. Ltée: Montréal 1974, 655; Tremear's *Canadian Criminal Code*, 6th Ed., Part VI à la p. 372; Hechter, William «The Criminal Law and Violence in Sports» 19 *Criminal Law Quarterly* 425 (1976-77), à la p. 430; voir également les arrêts cités à la note 67 *supra*: Hughes, G. J. «Criminal Law — Defence of Consent — Test to be Applied» 33 *Canadian Bar Review* 88 (1955).
90. Martin's *Criminal Code* 1955, article 230, notes.
91. *Code criminel*, alinéa 197(1)a):
- Toute personne est légalement tenue
- a) en qualité de père ou de mère, par le sang ou par adoption, de tuteur ou de chef de famille, de fournir les choses nécessaires à l'existence d'un enfant de moins de seize ans;
92. *Code criminel*, alinéa 197(1)b):
- Toute personne est légalement tenue
- a) à titre de mari, de fournir les choses nécessaires à l'existence de son épouse;
93. *Code criminel*, alinéa 197(1)c):
- Toute personne est légalement tenue
- c) de fournir les choses nécessaires à l'existence d'une personne à sa charge, si cette personne
- (i) est incapable, par suite de détention, d'âge, de maladie, d'aliénation mentale ou pour une autre cause, de se soustraire à cette charge, et
- (ii) est incapable de pourvoir aux choses nécessaires à sa propre existence.
94. Tremear's *Criminal Code*, note 89 *supra*, notes sur le paragraphe 197(1).
95. *Code criminel*, alinéa 197(2)a):
- Commet une infraction, quiconque, ayant une obligation légale au sens du paragraphe (1), omet, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, de remplir cette obligation, si
- a) à l'égard d'une obligation imposée par l'alinéa (1)a) or b),
- (i) la personne envers laquelle l'obligation doit être remplie se trouve dans le dénuement ou dans le besoin, ou
- (ii) l'omission de remplir l'obligation met en danger la vie de la personne envers laquelle cette obligation doit être remplie, ou expose, ou est de nature à exposer, à un péril permanent la santé de cette personne;
96. *Code criminel*, alinéa 197(2)b):

Commet une infraction, quiconque, ayant une obligation légale au sens du paragraphe (1), omet, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, de remplir cette obligation, si

b) à l'égard d'une obligation imposée par l'alinéa (1)c), l'omission de remplir l'obligation met en danger la vie de la personne envers laquelle cette obligation doit être remplie, ou cause, ou est de nature à causer, un tort permanent à la santé de cette personne.

97. *R. v. Steele* (1952) 102 C.C.C. 273 (Ont. C.A.).
98. *R. v. Smith* (1865) Le & Ca. 607, 34 L.J.M.C. 153, 10 Cox C.C. 82, 169 E.R. 1533 (C.A.); *R. v. Chattaway* (1922) 17 Cr. App. R. 7; *R. v. Nicholls* (1875) 13 Cox C.C. 75; *R. v. Brown* (1893) 1 Terr. L.R. 475.
99. *Hôpital Notre-Dame c. Patry* (1972) C.A. 579.
100. *R. v. Chattaway*, note 98 *supra*.
101. *R. v. Senior* [1899] 1 Q.B. 283, 68 L.J.Q.B. 175, 19 Cox C.C. 219; *R. v. Brooks* (1902) 9 B.C.R. 13, 5 C.C.C. 372 (C.A.); *R. v. Lewis* (1903) 6 O.L.R. 132, 7 C.C.C. 261 (C.A.).
102. *R. v. Brooks*, *ibid.*; *R. v. Lewis*, *ibid.*
103. *R. v. Sidney* (1912) 2 W.W.R. 761, 21 W.L.R. 853, 5 Sask. L.R. 392, 20 C.C.C. 376, 5 D.L.R. 256 (C.A.).
104. *R. v. Morley* (1882) 8 Q.B.D. 571, 51 L.J.M.C. 85, 15 Cox C.C. 35.
105. *R. v. Nasmith* (1877) 42 U.C.Q.B. 242; *R. v. Yuman* (1910) 22 D.L.R. 500, 17 C.C.C. 474; *R. v. Bunting* (1926) 58 O.L.R. 373, 45 C.C.C. 135; *R. v. Joudrey* 64 C.C.C. 130, [1935] 3 D.L.R. 754.
106. *R. v. Smith*, note 98 *supra*.
107. *R. v. Brooks*, note 101 *supra*; *R. v. Lewis*, note 101 *supra*; *R. v. Senior*, note 101 *supra*; *R. v. Elder* (1925) 44 C.C.C. 75; *R. v. Downes* (1875) 1 Q.B.D. 25; *R. v. Morley*, note 104 *supra*; *R. v. Cook* (1898) 62 J.P. 712.
108. *Boucher c. R.* [1951] R.C.S. 265, 11 C.R. 85, 99 C.C.C. 1.
109. *Birks and Sons v. City of Montreal* [1955] R.C.S. 799, 113 C.C.C. 135.
110. Lagarde, note 89 *supra*, à la p. 459.
111. *Code criminel*, article 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.

Code criminel, article 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.

112. *Code criminel*, paragraphe 115(1), note 4 *supra*.
113. *Code criminel*, article 198.
114. *R. v. Homeberg* (1921) 35 C.C.C. 240 à la p. 246.
115. Le principe de non-distinction a son origine dans une controverse opposant Blackstone et Hale d'une part, et Coke d'autre part. *Blackstone's Commentaries*, Book 4, c. 14 (1966) souscrit à la thèse de la Hale, 1 *Hale's Pleas of the Crown* 429 en ces termes:

[TRADUCTION] Si un médecin donne à quelqu'un une potion, non pas pour lui faire du mal, mais dans l'intention de traiter ou de prévenir une maladie et que, contre toute attente du médecin, le patient en meurt, ce fait ne constitue pas un homicide. Il en est de même du chirurgien. À mon avis, il est erroné de conclure qu'il y a crime si celui qui a causé la mort n'était pas un chirurgien ou médecin diplômé, et que seuls les médecins et chirurgiens diplômés sont habilités à pratiquer la médecine et à administrer un traitement et que celui qui n'est pas diplômé tombe sous le coup des dispositions de 3H.VIII, c. 11, ou de 14H.VIII, c. 5, et est passible des peines qui y sont prévues. À Dieu ne plaise qu'une telle personne dans cette situation se rende coupable de meurtre ou d'homicide!

De son côté, Coke écrit dans 4 *Institutions* 251:

[TRADUCTION] Si une personne versée dans la science médicale traite un homme et, mais sans aucune intention criminelle, lui administre un remède dont il meurt dans les trois jours qui suivent, ce cas ne constitue pas un homicide; selon Britton cependant, si une personne qui n'est pas versée dans l'art médical ou chirurgical prend sur elle de traiter un homme et que celui-ci meurt de la potion ou du médicament, cette personne aura commis un acte criminel.

La règle de non-distinction, telle qu'exposée par Hale, a été appliquée dans *R. v. Butchell*, (1829) 3 Car. & P. 630, 172 E.R. 576. Il en ressort que l'échec d'une opération proprement effectuée ne constitue pas un homicide. D'autres questions suscitées par la controverse Hale-Coke sur le moyen de défense d'intention légitime et du degré de compétence se sont fait jour au fil d'affaires relevant d'un autre domaine.

116. *R. v. Homeberg*, note 114 *supra*, à la p. 246.
117. *R. v. Burnshine* (1975) 1 R.C.S. 693. Le juge Martland s'est prononcé en ces termes à la p. 705 à propos de l'article 150 de la *Loi sur les prisons et les maisons de correction*, S.R.C. 1970, chap. P-21, et de l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, App. III:

Il est très clair qu'en 1960, lors de l'adoption de *Déclaration des droits*, le concept de l'«égalité devant la loi» ne comprenait pas et ne pouvait pas comprendre le droit pour tout individu de faire valoir qu'une loi ne pouvait être adoptée si elle ne s'appliquait pas à l'ensemble des citoyens et dans toutes les parties du Canada.

118. *Ibid.*

119. L'ancien principe de responsabilité stricte a été exposé par Coke, note 115 *supra*, et a été repris dans *R. v. Spiller* (1832) 5 Car. & P. 333, 172 E.R. 999; *R. v. Burdee* (1916) 12 Cr. App. R. 153, 25 Cox C.C. 598, 115 L.T. 904. On peut en voir une application récente dans *R. v. Rogers* (1968) 65 W.W.R. 193.
120. *R. v. Van Butchell*, note 115 *supra*; Hale, *Hale's Pleas of the Crown*, note 115 *supra*.
121. Turner, *Kenny's Outlines of the Criminal Law*, note 25 *supra*, à la p. 19. Cette notion est fondée sur les principes démocratiques de la sécurité et du droit à la libre détermination de la personne. Le principe a été repris en juillet 1978 par un tribunal américain qui a confirmé le droit d'un homme de refuser de se soumettre à une opération chirurgicale, laquelle aurait eu pour effet de sauver la vie de son cousin (*McFall v. Shrimp, Ottawa Citizen*, jeudi 27 juillet 1978, page 70).
122. Camps, Francis E. (ed.) *Gradwohl's Legal Medicine*, 421, (3rd ed., 1976); l'article 12 du *Code de déontologie* (juin 1975) de l'Association médicale canadienne prévoit qu'un médecin «... doit pouvoir, sauf en cas d'urgence, accepter ou refuser un patient».
123. *Code de déontologie*, *ibid.*; *New Biloxi Hospital v. Frazier* (1962) 146 So. 2d 882; *Reeves v. North Broward Hospital* (1966) 191 So. 2d 307; *Vancouver General Hospital v. Fraser* [1952] 2 S.C.R. 36; *St. Germain v. R.*, note 26 *supra*; *Pratt v. Davis* 224 All 300; *Marshall v. Curry*, note 30 *supra*; Wright and Linden, *Canadian Tort Law* (6th ed. 1975); Fleming, John G. *The Law of Torts* (1971).
124. *St-Germain c. R.*, note 26 *supra*.
125. Camps, *Gradwohl's Legal Medicine*, note 122 *supra*; Holder, Angela Roddey, *Medical Malpractice Law*, 3, (1975); Horan, Dennis J., «Euthanasia, Medical Treatment and the Mongoloid Child: Death as a Treatment of Choice?» 27 *Baylor Law Review*, 76 (1975), à la p. 80.
126. *Cassidy v. Minister of Health* [1951] 1 All E.R. 574; *Vancouver General Hospital v. Fraser*, note 123 *supra*; *Darling v. Charleston Community Memorial Hospital* (1965) 33 Ill. 2d 326, 211 N.E. 2d 253 (demande de *certiorari* rejetée 383 U.S. 946).
127. *Cassidy v. Minister of Health*, *ibid.*; voir cependant *R. v. Giardine* (1939) 71 C.C.C. 295, d'où il ressort qu'un médecin était fondé à présumer que ses ordres, donnés à une infirmière, seraient exécutés.
128. Pour une théorie générale sur l'administration de traitement voir Beresford, H. Richard, «Judicial Review of Medical Treatment Programs» 12 *California Western Law Review*, 332, (1976), à la p. 347.
129. *R. v. Homeberg*, note 114 *supra*. à la p. 245.
130. Il est cependant probable que ces normes pourraient être établies par les règles et règlements des provinces, des administrations municipales, des hôpitaux, ou même par les normes d'accréditation professionnelles. Voir par exemple l'évolution qui s'est produite aux États-Unis, *Darling v. Charleston Community Memorial Hospital*, note 126 *supra*; Rupe, A. and Steiger, Robert «Hospitals» Expanding Role and Responsibility in

Health Care Delivery» 14 *Washburn Law Journal*, 580, (1975), à la p. 582.

131. *R. v. Homeberg*, note 114 *supra* à la p. 245.
132. *Ibid.* à la p. 214; *Wilson v. Swanson* [1956] S.C.R. 804, 5 D.L.R. (2d) 113, le juge Rand, aux pp. 119-120.
133. *R. v. Giardine*, note 127 *supra*, à la p. 300; *R. v. Rogers*, note 119 *supra*. Selon *R. v. Giardine*, est [TRADUCTION] «pénalement responsable (celui) qui n'atteint même pas au degré de compétence du docteur le moins qualifié.» En revanche, *R. v. Rogers* ne mentionne que le degré de connaissance et de compétence d'un «médecin ordinaire».
134. *Chasney v. Anderson* [1949] 4 D.L.R. 71 (Man. C.A.); [1950] 4 D.L.R. 223 (C.S.C., confirmé); Vandervort, Lucinda, «Legal Aspects of the Medical Treatment of Penitentiary Inmates» (1977)*Queen's Law Journal*, 368, à la p. 387.
135. *R. v. Homeberg*, note 114 *supra*, à la p. 246.
136. Coke, note 115 *supra*.
137. *R. v. Rogers*, note 119 *supra*, à la p. 215, citant le passage suivant de *Commonwealth v. Pierce* (1884) 138 Mass. 165:

[TRADUCTION] l'expérience ordinaire n'est pas séparable de la prudence ordinaire. Quiconque prend sur soi d'agir comme l'a fait le défendeur le fait à ses risques et périls . . . Nous ne saurions reconnaître à qui que ce soit le droit de commettre des actes qui représentent manifestement un danger pour la vie humaine, au seul motif qu'ils sont inspirés par une bonne intention.

R. v. Webb (1834) 1 M. & Rob. 405, 174 E.R. 140 conclut à l'application de cette règle dans le cas où il était possible de recourir aux services d'un praticien qualifié.
138. Voir la thèse invoquée dans *R. v. Webb, ibid.*, à l'opposé de *R. v. Rogers, ibid.*
139. Les règles de droit privé relatives aux permis de pratique professionnelle se dégagent de Fleming, *The Law of Torts*, note 123 *supra*, bien que l'on ne connaisse pas l'orientation du droit canadien en la matière. Les règles de droit pénal ont été esquissées par la Cour suprême dans *R. c. Wray* [1971] R.C.S. 272: une preuve défavorable à l'accusé du fait de son caractère fortement préjudiciable est inadmissible, si sa valeur probante à l'égard de la question fondamentale en litige est insignifiante. Même si la preuve de la détention d'un tel permis semble à priori tomber sous le coup de l'arrêt Wray, aucune décision jurisprudentielle n'est encore venue sanctionner cette règle.
140. *McCaffrey v. Hague* [1949] 2 W.W.R. 539, [1949] 4 D.L.R. 291; *Wilson v. Swanson*, note 132 *supra*; *The Canadian Abridgment*, Vol. 25, (2nd ed.); Jolowicz, *Winfield and Jolowicz on Tort*, note 27 *supra*, à la p. 61.
141. *Code criminel*, article 199, note 111 *supra*.

142. *R. v. Instan* 1893 1 Q.B.D. 450, 17 Cox C.C. 602; *Code Criminel*, S.C. 1892 (55-56 Vict. c. 29), article 214. À noter cependant que le *Code criminel* limite ce devoir à un commencement d'exécution, écartant ainsi les devoirs qu'impose la *common law*.
143. Turner, *Russell on Crime*, note 37 *supra*, à la p. 402; Smith and Hogan, *Criminal Law*, note 37 *supra*, à la p. 40.
144. Kouri, Robert P., «Blood Transfusions, Jehovah's Witness and the Rule of Inviolability of the Body», 5 R.D.U.S., 156, (1974), à la p. 173; Waltz, John R. and Inbau, Fred E., *Medical Jurisprudence*, 143 (1971); Sanders, David and Dukeminier, Jesse, «Medical Advance and Legal Lag: Haemodialysis and Kidney Transplantation», 15 *University of California Law Review*, 357, (1967-68), à la p. 382; Levin, Col. Maurice, «The Abandoned Patient» (1965) *Insurance Law Journal* 275.
145. Walts and Inbau, *Medical Jurisprudence*, *ibid.*
146. Kouri, «Blood Transfusions, Jehovah's Witnesses and the Rule of Inviolability of the Body» note 144 *supra*, sous-entendu à la p. 172; O'Malley, Robert D. «Emergency Surgical Procedures in Adult Jehovah's Witnesses» *The Journal of Abdominal Surgery*, 160, (juin 1967); Watchtower Bible and Tract Society, *Jehovah's Witnesses and the Question of Blood*, 26 (1977).
147. *R. v. Steele* (1952) 102 C.C.C. 273.
148. Waltz and Inbau, *Medical Jurisprudence*, note 144 *supra*, à la p. 144.
149. *Ibid.*, à la p. 143.
150. *R. v. Bourne*, note 13 *supra*, le juge Macnaghten (parenthèse).
151. *Code de déontologie* de l'Association médicale canadienne, 1978, Responsabilités envers le malade, articles 14-16.
152. *Code criminel*, article 228:
- Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans, quiconque, dans l'intention
- a) de blesser, mutiler ou défigurer une personne,
- b) de mettre en danger la vie d'une personne, ou
- c) d'empêcher l'arrestation ou la détention d'une personne,
- décharge une arme à feu, un fusil à vent ou un pistolet à vent contre quelqu'un ou lui cause de quelque manière de lésions corporelles, que cette personne soit ou non celle qui est mentionnée à l'alinéa a), b) ou c).
153. *R. v. Hostetter* (1902) 5 Terr. L.R. 363, 7 C.C.C. 221; *R. v. Wood* (1830) 1 Mood. C.C. 278, 168 E.R. 1271; *R. v. Beckett* (1836) 1 M. & Rob. 526, 174 E.R. 181; *R. v. McLaughlin* (1838) 8 Car. & P. 635, 173 E.R. 651; *R. v. Smith* (1837) 8 Car. & P. 173, 173 E.R. 448.
154. *R. v. Schultz* (1962) 39 W.W.R. 23.
155. Tremear's *Criminal Code*, note 89 *supra*, à la p. 346; Lagarde, *Droit pénal canadien*, note 89 *supra*, à la p. 561.
156. *Code criminel*, article 202:

202.(1) Est coupable de négligence criminelle quiconque,
a) en faisant quelque chose, ou
b) en omettant de faire quelque chose qu'il est de son devoir d'accomplir,
montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui.
(2) Aux fins du présent article, l'expression «devoir» signifie une obligation imposée par la loi.

Code criminel, article 203:

Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement de dix ans, quiconque, par négligence criminelle, cause la mort d'une autre personne.

Code criminel, article 204:

Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans, quiconque, par négligence criminelle, cause des lésions corporelles à autrui.

157. *St-Germain c. R.*, note 26 *supra*; *Peda v. R.* (1969) 7 C.R.N.S. 243, le juge Cartwright; Burns, Peter, «An Aspect of Criminal Negligence or How the Minotaur Survived Theseus Who Became Lost in the Labyrinth», 48 *Canadian Bar Review*, 47, (1970) à la p. 63. Les éléments constitutifs de la négligence criminelle font actuellement l'objet d'un grand débat doctrinal. L'article de Burns plaide en faveur de l'adoption de l'élément moral. La tendance des tribunaux à insérer «l'insouciance téméraire» dans l'appréciation objective du comportement a pour effet de diminuer l'impératif de l'élément moral.
158. *Code criminel*, paragraphe 202(2), note 156 *supra*.
159. *St-Germain c. R.*, note 26 *supra*.
160. *Code criminel*, article 197; notes 91, 92, et 93, 95, 96 *supra*; *Code criminel*, articles 198, 199, note 111 *supra*.
161. *Leblanc c. R.* [1977] R.C.S. 339, 1970 (1975) 29 C.C.C. 2d 975.
162. *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, chap. F-27, modifiée par 1976-77, chap. 28, et règlements d'application.
163. *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, modifiée par 1972, chap. 17, et par 1974-75-76, chap. 48 et règlements.
164. *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, chap. P-6, et règlements.
165. Règlement sur les stupéfiants, C.P. 1972-1033, 16 mai 1972, article 38:
(1) Il est interdit à un praticien d'administrer, de prescrire, donner, vendre ou fournir un stupéfiant à une personne ou à un animal sauf dans les cas prévus au présent article.
(2) Sous réserve du paragraphe (3), un praticien peut administrer, prescrire, donner, vendre ou fournir un stupéfiant à une personne ou à un animal
a) si la personne ou l'animal est soumis à ses soins professionnels; et

b) si le stupéfiant est nécessaire pour l'état pathologique de la personne ou de l'animal qui reçoit ces soins.

166. Règlement sur le service des pénitenciers, art. 2.06, DORS/62-90, *La Gazette du Canada*, Partie II, Vol. 96, 28 mars 1962, N° 6.
167. Vandervort, Lucinda «Legal Aspects of the Medical Treatment of Penitentiary Inmates», note 134 *supra*, aux pp. 369-70.
168. *St-Germain c. R.*, note 26 *supra*.
169. Charte des droits et libertés de la personne, S.Q. 1975, c. 6, art. 2. Il ne semble pas que les autres provinces imposent un tel devoir positif. Voir Aussi: *St-Germain c. R.*, *ibid.*; Règlements de la corporation du Collège des médecins, *Gazette officielle du Québec*, No. 3391, 6 octobre 1971, n° 45, 6 novembre 1971.
170. Dans l'affaire *Leblanc c. R.*, (1971) 19 C.R.N.S. 54, entendue par la Cour d'appel du Québec, le juge Rivard (Minoritaire), estime que le juge de première instance a omis de donner au jury des explications sur le degré de négligence qui faisait d'un acte un crime. Cet avis a été unanimement rejeté par la Cour suprême du Canada, lors du pourvoi, note 161 *supra*.
171. *R. v. Senior* note 101 *supra*.
172. *St-Germain c. R.*, note 26 *supra*.
173. *Dame Bergstrom et Vir. V.G.* [1967] G.S. 513.
174. Burns, Peter «An Aspect of Criminal Negligence or How the Minotaure Survived Theseus Who Became Lost in the Labyrinth», note 157 *supra*, à la p. 49; voir le développement de cette notion dans les arrêts suivants: *O'Grady c. Spraling* [1960] R.C.S. 804; *Binus c. R.* [1967] R.C.S. 594, [1968] 1 C.C.C. 227; *Peda v. R.*, note 157 *supra*; *R. c. Arthurs* [1974] R.C.S. 287, (1972) 7 C.C.C. (3d) 438; *Leblanc c. R.*, note 161 *supra*. À noter cependant que *O'Grady c. Spraling*, *Binus v. R.*, et *Peda v. R.* portaient sur la négligence criminelle dans la conduite d'un véhicule moteur et, de ce fait, n'ont pas été retenus par le juge Laskin (minoritaire) dans *R. c. Arthurs* à la p. 306 ni par le juge Grandpré dans *Leblanc c. R.* à la p. 356.
175. *Leblanc c. R.*, *ibid.*, à la p. 356.
176. *Arthurs c. R.*, note 174 *supra*, à la p. 292; confirmé. *Leblanc c. R.*, *ibid.*, à la p. 355.
177. Dans *Leblanc c. R.*, *ibid.*, le juge de Grandpré, rendant le jugement de la majorité, a admis que la délibération n'était pas un élément requis et ensuite que les faits similaires pouvaient constituer la preuve d'une intention coupable.
178. D'une manière générale, les critiques formulées contre la théorie préconisant l'«intention objective» tiennent à ce que celle-ci répudie la règle classique voulant que les deux éléments constitutifs du crime soient l'acte et l'intention, qu'elle viole l'esprit du Code qui entend écarter l'intention présumée, qu'elle confond acte et intention, et règles de preuve et droit pénal substantiel. Burns, «An Aspect of Criminal Negli-

gence or How the Minotaur Survived Theseus Who Became Lost in the Labyrinth» note 157 *supra*; «Droit criminel: la partie générale» Document de Travail de la Commission de réforme du droit du Canada, à être publié; Stuart, Don «The Need to Codify Clear, Realistic and Honest Measures of *Mens Rea* and Negligence» 15, *Criminal Law Quarterly*, 160 (1972-73); Weiler, Paul «The Supreme Court of Canada and the Doctrines of *Mens Rea*» 49 *Canadian Bar Review*, 280, (1971).

179. *R. v. Rogers*, note 119 *supra*, à la p. 214.
180. *St-Germain c. R.*, note 26 *supra*.
181. Stuart, Don «The Need to Codify Clear, Realistic and Honest Measures of *Mens Rea* and Negligence» note 178 *supra*, à la p. 166; Williams, *Criminal Law*, note 74, *supra*, à la p. 58.
182. Cette incertitude a été critiquée à l'égard des décisions en matière d'avortement, surtout dans l'affaire *State v. Edelin* où un médecin a été accusé d'homicide pour ne pas avoir traité un fœtus qui serait né vivant. Robertson, John A. «After Edelin: Little Guidance» (1977) *Hastings Center Report*, 15 (juin), à la p. 17.
183. *Ibid.* Cette considération est de la plus haute importance lorsqu'il s'agit de conclure à l'insouciance téméraire à la lumière des dispositions du Code traitant de l'homicide. L'incertitude quant à la question de savoir si la négligence criminelle est subordonnée à l'intention, ainsi que l'absence de principes directeurs touchant les questions de qualité de la vie, font que les médecins sont théoriquement exposés aux poursuites criminelles les plus sérieuses. Citons par exemple la controverse qui s'est produite récemment au sujet d'un nouveau-né difforme qu'on a laissé mourir dans un hôpital de Colombie-Britannique. *The Globe and Mail*, mercredi 16 août 1978, page 11; *Ottawa Gazette*, 16 août 1978, page 4.
184. *Code criminel*, articles 203, 204 (respectivement), note 156 *supra*.
185. Au Kansas où la mort est définie comme étant la mort du cerveau, une cour d'appel a récemment confirmé une condamnation de meurtre, malgré le fait que le respirateur ait été débranché, parce que les critères législatifs de constatation de la mort n'avaient pas été suivies. (*State v. Shaffer* (1978) 574 P. 2d 205). Il ressort de l'arrêt *R. v. Kitching and Adams* (1976) 32 C.C.C. (2d) 160 (Cour d'appel du Manitoba, pourvoi en Cour suprême du Canada rejeté que la mort peut avoir deux ou plusieurs causes directes. Ce problème s'est également posé en Angleterre dans un cas où les médecins ont débranché le dispositif de réanimation après avoir conclu à la mort clinique d'une jeune femme, victime d'un viol brutal (*The Ottawa Citizen*, samedi 15 octobre 1977).
186. C'est l'avis de la Commission de réforme du droit du Canada dans son document de travail «Critères de la détermination de la mort» (1979). Voir également Manitoba Law Reform Commission, *Report on a Statutory Definition of Death* Winnipeg, 1974. Voir l'affirmation de l'incertitude suscitée par ces questions dans Smith and Hogan, *Criminal Law*, note 37 *supra*, à la p. 213; Williams, *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, note 14 *supra*, à la p. 18; Elliott, 4 *Medical Science and Law* 77

- (1964); Kennedy, I. M., «Alive or Dead», 22 *Current Legal Problems*, 102, (1969); Hogan, «A Note on Death», [1972] *Criminal Law Reports* 80.
187. Turner, *Kenny's Outlines of Criminal Law*, note 25 *supra* à la p. 20; Turner, *Russell on Crime*, note 37 *supra* à la p. 28; Voir également Hart, H. L. A. et Honoré, A. M. *Causation in the Law*, 85, (1959).
188. *Ibid.*; Smith and Hogan, *Criminal Law*, note 37 *supra*, à la p. 38.
189. Hart and Honoré, *Causation in the Law*, note 187 *supra*, à la p. 104; Smith and Hogan, *ibid.*, à la p. 215; *Smüthers v. R.* (1977) 40 C.R.N.S. 79 à la p. 89.
190. *Code criminel*, article 207:
- Lorsque, par un acte ou une omission, une personne fait une chose qui entraîne la mort d'un être humain, elle cause la mort de cet être humain, bien que la mort produite par cette cause eût pu être empêchée en recourant à des moyens appropriés.
- Code criminel*, article 208:
- Lorsqu'une personne cause à un être humain une blessure corporelle qui est en elle-même de nature dangereuse et dont résulte la mort, elle cause la mort de cet être humain, bien que la cause immédiate de la mort soit un traitement convenable ou impropre, appliqué de bonne foi.
191. *Code criminel*, article 209:
- Lorsqu'une personne cause à un être humain une blessure corporelle qui entraîne la mort, elle cause la mort de cet être humain, même si cette blessure n'a pour effet que de hâter sa mort par suite d'une maladie ou d'un désordre provenant de quelque autre cause.
192. *Code criminel*, article 210:
- Nul ne commet un homicide coupable ou l'infraction de causer la mort d'un être humain par négligence criminelle, à moins que la mort ne survienne dans une période d'un an et un jour à compter du moment où s'est produit le dernier fait au moyen duquel il a causé la mort ou contribué à la cause de la mort.
193. *St-Germain c. R.*, note 26 *supra*. Cependant, Lagarde, *Droit pénal canadien*, note 89 *supra*, à la p. 481, estime que les articles 207 et 208 s'appliquent à la négligence criminelle causant la mort. Il ne cite cependant aucune jurisprudence. L'application de ces textes tiendrait à ce que la négligence criminelle est une infraction incluse dans l'homicide, d'après une interprétation ressortant de l'arrêt *Prosser v. R.* (1959) 127 C.C.C. 111, 33 C.R. 253 et d'après l'article 205(5) du Code. Aux fins d'analyse cependant, nous prenons pour postulat qu'ils ne s'appliquent pas. Nous ne les aborderons donc pas dans le cadre des questions relatives à l'homicide.
194. *R. v. Ferguson* (1964) 44 C.R. 20; *R. v. Watson*, (1936) 66 C.C.C. 233; *St-Pierre c. R.* [1967] B.R. 695 (Cour d'appel du Québec); *St-Germain c. R.*, note 26 *supra*.

195. *R. v. Watson*, *ibid.*; *St-Pierre c. R.*, *ibid.*; *St-Germain c. R.*, *ibid.*
196. *St-Germain c. R.*, *ibid.*
197. *People v. Phillips* (1966) 414 P. 2d 353; Smith and Hogan, *Criminal Law*, note 37 *supra*, à la p. 217; *Smithers v. R.*, note 189 *supra*, à la p. 90; *R. v. Morley*, note 104 *supra*, *R. v. Homeberg*, note 114 *supra*.
198. *St-Pierre c. R.*, note 194 *supra*; *People v. Phillips*, *ibid.*; *St-Germain c. R.*, note 26 *supra*; *Smithers v. R.*, note 189 *supra*, à la p. 87.
199. Ce raisonnement est fondé sur les origines des articles 207, 208, 209 du Code de *common law* et sur les arguments cités à la note 193 *supra*.
200. Hart and Honoré, *Causation in the Law*, note 187 *supra*, à la p. 318; *Smith and Hogan*, *Criminal Law*, note 37 *supra*, à la p. 221.
201. *Ibid.*, aux pages 320 and 222 respectivement; *Smithers v. R.*, note 189 *supra*, à la p. 91; *R. v. Blane* [1975] 1 W.L.R. 1411, [1975] 3 All E.R. 446.
202. *Ibid.* Voir également la Partie D, section 2, du texte qui suit.
203. *Code criminel*, paragraphe 205(5):
 Une personne commet un homicide coupable lorsqu'elle cause la mort d'un être humain
 b) par négligence criminelle.
204. *Code criminel*, paragraphe 205(5):
 Une personne commet un homicide coupable lorsqu'elle cause la mort d'un être humain
 a) au moyen d'un acte illégal.
205. *Code criminel*, alinéa 205(5)b), note 203 *supra*.
206. *R. v. Tennant and Naccarato* (1975) 23 C.C.C. (2d) 80, (1975) 7 O.R. (2d) 687, 31 C.R.N.S. 1 (Ont. C.A.); *R. v. Lelièvre* [1962] O.R. 522, 132 C.C.C. 288, 32 O.L.R. (2d) 723; Stuart, Don, «Background Homicide Study», étude (non publiée) commanditée par la Commission de réforme du droit du Canada, 1977, à la p. 11.
207. *R. c. Alec* (1974) 17 C.C.C. (2d) 529 (S.C.C.); *Smithers v. R.*, note 189 *supra*.
208. *Code criminel*, article 212:
 L'homicide coupable est un meurtre
 a) lorsque la personne qui cause la mort d'un être humain
 (i) a l'intention de causer sa mort.
209. *Code criminel*, article 212:
 L'homicide coupable est un meurtre
 a) lorsque la personne qui cause la mort d'un être humain
 (ii) a l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer sa mort, et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non;

210. *R. v. Tennant*, note 206 *supra*; *R. v. Henry* (1974) 30 C.R.N.S. 15, 19 C.C.C. (2d) 112 (N.S.C.A.); *R. v. Mack* [1975] 4 W.W.R. 180, 29 C.R.N.S. 270, 22 C.C.C. (2d) 257 (Alta. C.A.).
211. *R. v. Tennant*, *ibid.*
212. Turner, *Russell on Crime*, note 37 *supra*, à la p. 458; Gordon, Gerald H. «Subjective and Objective *Mens Rea*» 17 *Criminal Law Quarterly* 355, (1974-75), à la p. 385.
213. Smith and Hogan *Criminal Law*, note 37 *supra* à la p. 53.
214. *People v. Phillips*, note 197 *supra*; voir également «The First Recorded Murder Conviction of A Medical Quack» 28 *Connecticut Medicine*, 492, (juillet 1964).
215. *Behavior To-day*, 9:10, 20 mars 1978. Le cas du Dr Mario E. Jascalevich.
216. *Code criminel*, article 217:
 L'homicide coupable qui n'est pas un meurtre ni un infanticide constitue un homicide involontaire coupable.
217. *R. v. Kuzmack* (1955) 11 C.C.C. 1, 20 C.R. 377 (C.S.C.).
218. *R. v. Spiller* (1832) 5 C. & P. 333; *R. v. Simpson* (1829) 1 Lew C.C. 172; *R. v. Ferguson* (1830) 1 Lew C.C. 181; *R. v. Long* (1831) 4 C. & P. 398; *R. v. Spilling* (1838) 2 Mood. & R. 107; *R. v. Webb* (1834) 2 Lew C.C. 196; *R. v. Chamberlain* (1867) 10 Cox C.C. 486; *R. v. Watson*, note 194 *supra*. À noter, pour plus de précision, qu'il ne faut pas confondre la négligence criminelle avec l'homicide coupable, par suite de négligence criminelle.
219. Pour une étude de cette question dans le contexte américain, voir «Notes: Scarce Medical Resources» 69 *Columbia Law Review* 620 (1969), à la p. 624; Sanders, David et Dukeminier, Jesse «Medical Advance and Legal Lag: Haemodialysis and Kidney Transplantation» note 144 *supra*.
220. «Notes: Scarce Medical Resources», *ibid.*, à la p. 625.
221. La Commission remercie M. le professeur Bernard Dickens, de la Faculté de Droit de l'université de Toronto, pour son opinion sur la question.
222. Tous les moyens de défense de la *common law* se retrouvent dans le *Code criminel*, par le truchement du paragraphe 7(3).
223. Le principe voulant que la légalité soit subordonnée à l'unité de l'infraction et du moyen de défense représente une application des idées de Hall et de son rejet d'une bifurcation de la théorie du droit pénal. Hall, Jerome *General Principles of Criminal Law*, (2nd ed. 1960), chapitre 1 à la p. 14 et chapitre 7 à la p. 233.
224. *Ibid.*, à la p. 233; voir également Arnolds, Edward B. et Garland, Norman F. «The Defence of Necessity in Criminal Law: The Right to Choose the Lesser Evil» 65 *Journal of Criminal Law and Criminology* 289 (1974). Arnolds et Garland soutiennent que le fait justificatif représente une cause véritable de non-responsabilité, et que ce n'est pas le cas de l'excuse. Hall estime, à la p. 236, qu'il s'agit là d'un «postulat non justifié».

225. Hall, *General Principles of Criminal Law*, note 223 *supra*.
226. *Code criminel*, article 45, note 24 *supra*.
227. *Morgentaler c. R.*, note 12 *supra*, à la p. 676. Le juge Dickson y démontre l'inapplicabilité de l'article 45 à l'article 251: «Nous devons donner aux deux articles une interprétation raisonnable et tâcher de les lire d'une façon qui a du sens et non pas d'y voir un non-sens. Nous devons avoir envers le Parlement la courtoisie de ne pas présumer aisément qu'il a édicté des incohérences ou des absurdités.» Pour un ouvrage particulier traitant de la portée de l'article 45, voir Starkman, Bernard, «A Defence. . .», *supra* à la note 43.
228. *Ibid.*, le juge Dickson à la p. 675.
229. Voir note 39 *supra*.
230. Stephen, *Digest of the Criminal Law*, article 226, (6th ed.); voir également le projet de Code de 1880, art. 67.
231. *Morgentaler c. R.*, note 12 *supra*, le juge en chef Laskin, à la p. 644.
232. *Ibid.*, à la p. 647.
233. *Ibid.*, le juge Dickson rendant l'avis majoritaire à la p. 676; Mayrand, Albert, *L'Inviolabilité de la Personne Humaine*, 46 [1975]; Laporte v. Laganière, note 59 *supra*, à la p. 361.
234. Bien que le *Digest of the Criminal Law* de Stephen, note 36 *supra*, comporte un article semblable à l'article 45, il faut l'envisager à la lumière de deux autres dispositions:
- [TRADUCTION] Article 288 — *Droit de consentir aux lésions corporelles à des fins chirurgicales*
- Toute personne a le droit de consentir à ce que des lésions corporelles constituées par une opération chirurgicale lui soient infligées, à elle-même ou à un enfant sous sa garde et trop jeune pour exercer un choix raisonnable en la matière. Ce consentement n'exonère toutefois pas la personne qui pratique l'opération des obligations, prévues ci-dessous.
- Article 289 — *Opération chirurgicale sur une personne incapable de consentement*
- Lorsqu'une personne se trouve dans une situation telle qu'elle est incapable de consentir à une opération chirurgicale ou aux lésions corporelles y afférentes, ne commet pas une infraction celui qui pratique cette opération ou qui inflige ces lésions corporelles sans son consentement ou malgré sa résistance. Pour une analyse de l'article 45 à la lumière des articles qui l'ont précédé dans le *Digest* de Stephen, voir Starkman, B., «A Defence. . .», *supra* à la note 43.
235. Williams, *Criminal Law*, note 74 *supra*, à la p. 732; Hughes, «Two Views on Consent in the Criminal Law», note 49 *supra*, à la p. 237.

236. *Marshall v. Curry*, note 30 *supra*; *Murray v. McMurchy* [1949] 2 D.L.R. 442, [1949] 1 W.W.R. 989; Wright and Linden, *Canadian Tort Law*, note 123 *supra*, à la p. 93.
237. Somerville, Margaret, A., *Le consentement à l'acte médical, étude commanditée par la Commission de réforme du droit du Canada* (novembre 1979); Starkman, note 43 *supra*, à la p. 1; Fried, Charles, «Moral Causation», 77 *Harvard Law Review*, 1258 (1963-64).
238. Fried, Charles, «Moral Causation», *ibid.*, à la p. 1265.
239. Veatch, Robert M. «Professional Medical Ethics: The Grounding of its Principles», 4(1) *Journal of Medicine and Philosophy* 4 (mars 1979).
240. Leigh, L. H. «Necessity and the Case of Dr. Morgentaler» [1978] *Criminal Law Review* 151 à la p. 154.
241. «Notes: Medical Treatment and Human Experimentation: Introducing Illegality, Fraud, Duress and Incapacity to the Doctrine of Informed Consent» 6 *Rutgers-Camden Law Journal* 538, (1975), à la p. 543.
242. Code civil du Québec, article 20; Mayrand, *L'inviolabilité de la Personne Humaine*, note 233 *supra*, à la p. 16; Williams, *Sanctity of Life and the Criminal Law*, note 14 *supra*, à la p. 287.
243. Fisher, T. L. «Legal Implications of Sterilization» 91 *Canadian Medical Association Journal*, 1363 (1964), à la p. 1364.
244. Sharpe, G. S. «The Minor Transplant Donor» 7:1 *Ottawa Law Review* 85, (1975), à la p. 97; voir également les cas où une transplantation chirurgicale a été refusée comme contraire aux meilleurs intérêts du donneur incapable, au motif que la nécessité urgente de l'opération n'a pas été établie, que le refus s'imposait faute de choix raisonnables et qu'il y avait un minimum d'incertitude. *In Re Richardson*, 284 So. 2d 185; «Surgical Transplants — Permission for Performing a Kidney Transplant Denied as Against Incompetent Donor's Best Interest» 5 *Cumberland-Sanford Law Review* 163, (1975); Castel, J.-G. «Some Legal Aspects of Human Organ Transplantation in Canada» 46(3) *Canadian Bar Review* 345, (1963), à la p. 365 (note 50).
245. McCormick, Richard A. «Transplantation of Organs: A Comment on Paul Ramsey» 36(3) *Theological Studies* 503 (1975).
246. Certaines interventions d'une utilité douteuse, telle l'amygdalectomie, sont évoquées par Hiatt, Howard H. «Protecting the Medical Commons: Who is Responsible?» 293(5) *New England Journal of Medicine* 235 (1975).
247. *Ibid.*; Friedman, Lawrence J. «Editorial: Is Mutilating Surgery «Necessary» to Relieve Anxiety» 5(9) *Legal Aspects of Medical Practice* 4(1977); «How to Avoid Operations» 12(6). *Trial* (1976); Saskatchewan Association on Human Rights, *Needless Surgery* (1975); Vayda, Eugene «A Comparison of Surgical Rates in Canada and in England and Wales» 289 *New England Journal of Medicine* 1224 (1973); Lewis,

Charles E. «Variations in the Incidence of Surgery» 281 *New England Journal of Medicine* 880 (1969).

248. Carter, R. F. *Criminal Law of Queensland* (1969) (Criminal Code of Queensland, article 282).
249. Dickens, *Abortion and the Law*, note 14 *supra*, à la p. 50.
250. Il ressort d'une étude de l'université Cornell que 11 à 13 p. 100 des interventions facultatives sont remises indéfiniment, à la suite d'une deuxième consultation. L'American Medical Association ne souscrit pas à cette conclusion. «How to Avoid Operations», note 247 *supra*.
251. *Morgentaler c. R.*, note 12 *supra*, le juge en chef Laskin, aux pp. 650-1.
252. *Morgentaler c. R.*, *ibid.*, le jugement majoritaire; Leigh «Necessity and the Case of Dr. Morgentaler», note 240 *supra*, à la p. 153.
253. Glazebrook, P. R., «The Necessity Plea in English Criminal Law», 30(1) *Cambridge Law Journal* 87 (1972); Smith and Hogan, *Criminal Law*, note 37 *supra* à la p. 159; Turner, *Russell on Crime*, note 37 *supra*, à la 93; *R. v. Dudley and Stephens* (1884) 14 Q.B.C. 273. Selon ces auteurs, bien que la nécessité ne soit pas un fait justificatif au sens strict de ce mot, ce plaidoyer est reconnu dans diverses techniques d'interprétation touchant la forme et le fond de la définition des infractions, dont: a) la présomption que la loi n'est pas censée s'appliquer dans les cas où son observation causerait un plus grand mal, b) la présence dans la définition de l'infraction de mots tels «raisonnable» et «légal» qui élargissent le champ des justifications, c) la présomption de consentement, si elle est raisonnable et faute de refus exprès, et d) l'inclusion des exceptions et réserves.
254. *R. v. Byng* (1977) 20 N.S.R. (2d) 125; *Morgentaler c. R.*, note 12 *supra*; *R. v. Paul* (1973) 12 C.C.C. (2d) 497; *R. v. Kennedy* (1972) 7 C.C.C. (2d) 42; Leigh, «Necessity and the Case of Dr. Morgentaler», note 240 *supra*.
255. Williams, Glanville «The Defence of Necessity», 6 *Current Legal Problems* 216 (1953); Williams, *Criminal Law*, note 74 *supra*, à la p. 724; Williams, Glanville, «Necessity», [1978] *Criminal Law Review* 128; Turner, *Kenny's Outlines of Criminal Law*, note 25, *supra*, à la p. 72; Hughes, «Two Views on Consent in the Criminal Law», note 49 *supra*, à la p. 237; Huxley, P. H. J. «Proposals and Counter Proposals on the Defence of Necessity» [1978] *Criminal Law Review* 141.
256. Hall, *General Principles of Criminal Law*, note 223 *supra*, à la p. 433; Arnolds and Garland, «The Defence of Necessity in Criminal Law», note 224 *supra*; Sanders and Dukeminier, «Medical Advance and Legal Lag: Haemodialysis and Kidney Transplantation», note 144 *supra*, à la p. 384; Annas, George J. «Allocation of Artificial Hearts in the Year 2002: *Minerva v. National Health Agency*» 3:1 *American Journal of Law and Medicine* 59 (1977) à la p. 68.
257. *Morgentaler c. R.*, note 12 *supra*, à la p. 678, juge Dickson pour la majorité.

258. *Ibid.*, à la p. 680.
259. *Ibid.*, à la p. 681; Turner, *Kenny's Outlines of Criminal Law*, note 25 *supra*, à la p. 72; Arnolds and Garland, «The Defence of Necessity in Criminal Law», note 224 *supra*, à la p. 294.
260. Williams, *Criminal Law*, note 74 *supra*, à la p. 746.
261. *Ibid.*, à la p. 782; Hughes, «Two Views on Consent in the Criminal Law», note 49 *supra*, à la p. 237. Ceux qui nient l'existence de ce moyen de défense estiment que l'intervention chirurgicale tient sa légitimité de la doctrine du consentement implicite, fondé sur son caractère raisonnable et sur la nécessité de choisir le moindre des deux maux (Glazebrook, «The Plea of Necessity in English Criminal Law», note 253 *supra*, à la p. 103).
262. *R. v. Adams* (1957 non publié); voir Williams, *ibid.*, à la p. 726.
263. *R. v. Dudley and Stevens*, note 253 *supra*.
264. *U.S. v. Holmes* (1842) 26 Fed. Cas. 360; Arnolds and Garland, «The Defence of Necessity in Criminal Law», note 224 *supra*, à la p. 295.
265. *Ibid.*
266. La divergence de vues est la même que celle qui a caractérisé les affaires mentionnées dans les notes 253 et 254 *supra*. Ceux qui entendent écarter le précédent *Dudley and Stephens* soutiennent que le caractère horrible des faits de la cause a pu obscurcir le jugement.
267. Annas, George «Allocation of Artificial Hearts in the Year 2002: *Minerva v. National Health Agency*» note 256 *supra*, à la p. 68.
268. *Code criminel*, paragraphe 221(2):
 [La disposition relative au meurtre de l'enfant non encore né, au moment de l'accouchement] 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.
269. Voir par exemple la récente affaire aux États-Unis où le cousin d'un homme dans un état critique n'a pas été obligé de se soumettre contre son gré à une transplantation de moelle. «Marrow needed — Rescue no duty: Judge» *The Citizen*, Ottawa, 27 juillet 1978.
270. Huxley, P. H. J., «Proposals and Counter Proposals on the Defence of Necessity», note 255 *supra*, à la p. 143; Glazebrook, «The Necessity Plea in English Criminal Law», note 253 *supra*, à la p. 99. In *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Lynch* [1975] A.C. 653, la Chambre des Lords a jugé que la violence était une défense que pouvait invoquer le principal accusé dans une affaire de meurtre du second degré. Les répercussions de cet arrêt ont été cependant limitées par *Abbott v. R.* [1977] A.C. 755, arrêt dans lequel le Conseil privé a jugé que la violence ne saurait constituer un moyen de défense à l'égard d'une accusation de meurtre contre celui qui a effectivement causé la mort.
271. *Leigh v. Gladstone and others* (1909) 26 T.L.R. 139; Williams, *Criminal Law*, note 74 *supra*, à la p. 733.

272. Williams, *ibid.*
273. *Ibid.*; voir également Glazebrook «The Necessity Plea in English Criminal Law» note 253 *supra*, à la p. 99. Le gouvernement britannique a annoncé en 1974 qu'il n'y aurait plus d'alimentation forcée du prisonnier capable. Cette pratique a cependant duré jusqu'au moment où les médecins ont refusé de le faire. Voir Zellick, Graham, «The Forcible Feeding of Prisoners: An Examination of the Legality of Enforced Therapy» (1976) *Public Law* 153; pour le point de vue américain, voir Bomstein, Michael S., «The Forcible Administration of Drugs of Prisoners and Mental Patients» (1975) 9 *Clearinghouse Review* 379 (octobre).
274. Vandervort, Lucinda, note 134 *supra*.
275. Voir Glazebrook, note 253 *supra*, à la p. 103. Devlin, Patrick, *Samples of Lawmaking*, 93 (1962).
276. Cf. note 253 *supra*.
277. Williams, «Necessity», note 255 *supra*, à la p. 134.
278. *United States v. Randall* (1976) 104 Daily Washington Law Reports 2249; «Medical Necessity as a Defense to Criminal Liability: United States v. Randall» 46 *George Washington Law Review* 273 (1978). La nécessité médicale a été reconnue au Canada dans *R. v. Byng*, note 254 *supra*, mais sans prédétermination des valeurs.
279. «Medical Necessity as a Defense to Criminal Liability: United States v. Randall» *ibid.*, à la p. 292.
280. *Ibid.*, à la p. 294.
281. *Wilson v. Inyang* [1951] 21 C.B. 799, [1951] 2 All E.R. 237; *R. c. Rees* (1956) 115 C.C.C. 1, 4 D.L.R. (2d) 406, [1956] R.C.S. 640; *Beaver v. R.* (1957) 118 C.C.C. 129, [1957] R.C.S. 531, 26 C.R. 193; *R. v. Custeau* (1971) 6 C.C.C. (2d) 179; *R. v. Davidson* (1971) 3 C.C.C. (2d) 509, [1971] 4 W.W.R. 731; *R. v. Couture* (1976) 33 C.C.C. (2d) 74.
282. *Beaver v. R.*, *ibid.*, le juge Cartwright à la p. 137 (C.C.C.) et à la p. 538 (R.C.S.). Voir également Stuart, «The Need to Codify Clear Realistic and Honest Measures of Mens Rea and Negligence», note 178 *supra*, qui fait ressortir la tendance contraire. Cependant, Stuart s'est fondé sur la jurisprudence établie en matière de responsabilité stricte pour parvenir à cette conclusion, sans tenir compte de *Beaver v. R.*. Une opinion divergente sur la responsabilité stricte se trouve dans *R. c. Sault Ste. Marie* [1978] R.C.S. (3d) 30 à la p. 44; *R. v. Couture*, *ibid.*; Smith and Hogan, *Criminal Law*, note 37 *supra*, à la p. 148.
283. Il y a à cet égard une abondante jurisprudence américaine. *Throne v. Wandell* (1922) 176 Wisc. 97, 186 N.W. 146; *Ehlen v. Burrows* (1942) 51 Cal. App. 2d 141, 124 P 2d 82; *Hershey v. Peake* (1924) 115 Kan. 562, 223 Pac. 1113; *Samuelson v. Taylor* (1931) 160 Wash. 369, 295 Pac. 113; *Gill v. Selling* (1928) 125 Ore. 587, 267 Pac. 812, 58 A.L.R. 1556; *Necolayff v. Genesee Hospital* (1947) 296 N.Y. 936, 73 N.E. 2d 117; *Sullivan v. McGraw* (1898) 118 Mich. 39, 76 N.W. 149; voir également McCoid, Allan H., «A Reappraisal of Liability for Unauthorized Medical Treatment» 41(4) *Minnesota Law Review* 381 (1957) à la p. 418.

284. *R. v. Spencer* (1867) 10 Cox C.C. 525; *R. v. Giardine*, note 127 *supra*.
285. *R. v. Giardine*, *ibid.*, à la p. 300.
286. Turner, *Kenny's Outlines of Criminal Law*, note 25 *supra*, à la p. 60; Turner, *Russell on Crime*, note 37 *supra*, à la p. 75; *R. v. Machekequonabe* (1896) 28 O.R. 309.
287. *R. v. Wagstaffe* (1868) 10 Cox C.C. 530; *R. v. Hurry* (1872) 76 Cent. Crim. Ct. 63; *R. v. Hines* (1874) 80 Cent. Crim. Ct. 309; Trescher, Robert L. and O'Neill, Thomas N. «Medical Care for Dependent Children: Manslaughter Liability of the Christian Scientist», 109 *University of Pennsylvania Law Review* 203 (1961) à la p. 208. Au fur et à mesure de l'évolution du droit, certains textes de loi spécifiques ont été révoqués pour recouvrir chaque exemple de croyance religieuse.
288. Turner, *Kenny's Outlines of the Criminal Law*, note 25, *supra* à la p. 60; Turner, *Russell on Crime*, note 37 *supra* à la p. 76.
289. Smith and Hogan, *Criminal Law*, note 37 *supra*, à la p. 170; Turner, *Kenny's Outlines of Criminal Law*, note 25 *supra*, à la p. 66; Turner, *Russell on Crime*, note 37 *supra*, à la p. 87; Williams, *Criminal Law*, note 74, *supra*, à la p. 296.
290. *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act* [1949] R.C.S. 1 aux pp. 49-50; voir également *Morgentaler c. R.*, note 12, *supra*, le juge en chef Laskin, à la p. 625.
291. Note 3 *supra*, à la p. 33.
292. Commission de réforme du droit du Canada, *Notre droit pénal*, note 3 *supra*, à la p. 5; Hall, *General Principles of Criminal Law*, note 223 *supra*, à la p. 215.
293. C'est la position adoptée en France et en Allemagne. Voir Somerville, Margaret, *Le consentement aux soins médicaux*, étude commanditée par la Commission de réforme du droit du Canada, 1979; le *Projet de code pénal d'Allemagne*, note 52 *supra*, art. 161. À noter cependant qu'en Allemagne, cette notion est manifestement plus restrictive, en ce qu'elle se limite à l'absence de préjudice physique. En France, il semble que l'on considère tous les traitements normaux, comme thérapeutiques et, partant comme non nuisibles. Voir également Dworkin, note 37 *supra*, à la p. 357; Daube, David, *Ethics in Medical Progress* (1966) à la p. 193.
294. *The Globe and Mail*, octobre 1977; Gibbs, note 2 *supra*. Cette position est encore renforcée par les études d'où il ressort que le taux de mortalité est fonction directe du nombre de médecins, de spécialistes et de lits d'hôpital (*Behavior To-day* Vol. 9, no. 10, 20 mars 1978, université Cornell) et par les statistiques sur les décès pour cause de chirurgie inutile (11,900 morts en 1975 aux États-Unis) (Congressional Report, 19 janvier 1976) dans Sobel, Lester (ed.) *Medical Science and the Law: The Life and Death Controversy*, (1977).
295. *State v. Schulz* (1881) 55 Iowa 628, 8 N.W. 469; Ladimer, Irving «Ethical and Legal Aspects of Medical Research on Human Beings» 3 *Journal of Public Law* 467 (1954) à la p. 502.

296. Note 1 *supra*.
297. Arnolds and Garland, «The Defense of Necessity in Criminal Law: The Right to Choose the Lesser Evil», note 224 *supra*, à la p. 298.
298. *Morgentaler c. R.*, note 12 *supra*, le juge en chef Laskin, à la p. 645.
299. Tarshis, Carl Barry, «Liability for Psychotherapy» 30 *University of Toronto Faculty of Law Review* 75 (1972), à la p. 77.
300. Veatch, Robert M. «The Technical Criteria Fallacy» (1977) *Hastings Center Report*, 15, (Août) à la p. 16; Jacob, Joseph «The Right of the Mental Patient to His Psychosis» 39 *Modern Law Review* 17 (1976) à la p. 35.
301. Fuller, Lon, «The Law's Precarious Hold on Life», 3 *Georgia Law Review* 530 (1969).
302. Voir les renvois à Hale, Blackstone et Coke, note 115 *supra*.
303. *R. v. Williamson*, note 32 *supra*; *Akerele v. R.* [1943] 1 All E.R. 367, [1943] 3 W.W.R. 167, [1943] A.C. 255.
304. Stephen, dans son *Digest of the Criminal Law*, note 36 *supra*, reconnaît ce statut particulier du professionnalisme dans la protection spéciale prévue en matière d'interventions chirurgicales. Il n'en donne cependant aucune explication.
305. Dworkin, «The Law Relating to Organ Transplantation in England», note 37 *supra*; Lord Kilbrandon dans *Ethics in Medical Progress*, note 293 *supra*, (cité dans Dworkin, *ibid.*).
306. À noter que d'après l'arrêt *A v. A* [1974] 1 All E.R. 755, «traiter» signifie «. . . se conduire envers». . . dans le contexte de «traiter» un enfant comme membre de la famille.
307. The Shorter Oxford English Dictionary (3rd ed. 1973); à noter qu'il s'agit de termes génériques, appelés à recouvrir tout autre état nécessitant un traitement, conformément à la règle d'interprétation *ejusdem generis*. Le sens courant permet une large application et évite une controverse sur l'opposition entre le sens scientifique et le sens commun (Engel, George L. «The Need for a New Medical Model: A Challenge for Biomedicine» 196 (4286) *Science* 129 (8 avril 1977).
308. Talcott analyse les quatre facteurs essentiels qui font de quelqu'un un malade: la nature et la gravité de l'affection, l'incapacité de guérir l'affection par la seule force de volonté, l'espoir de guérir le plus tôt possible, le fait de solliciter des soins appropriés auxquels le malade coopère. Parsons, Talcott, *The Social System* (1951); Siegler, Miriam et Osmond, Humphrey «The «sick role» revisited» 1(3) *Hastings Center Studies* 41, (1973).
309. Illich, Ivan, *Medical Nemesis*.
310. Siegler et Osmond, note 308 *supra*, à la p. 42.
311. Mechanic, David, «Health and Illness in Technological Societies» 1(3) *Hastings Center Studies* 7(1973) à la p. 10.

312. Le Dain, Gerald, *Rapport de la Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales: Traitement*, Canada (1972).
313. *Dorland's Illustrated Medical Dictionary* (25th ed. 1974).
314. *R. v. Evans* (1916) 23 B.C.R. 128; *McDiarmid v. Elliott* [1934] 1 W.W.R. 504; *R. v. Oshaneck* [1935] 2 W.W.R. 531, 43 Man. R. 234, 64 C.C.C. 219, [1935] 4 D.L.R. 632; *Hester v. Ford* (1930) 130 So. 203; *Kirschner v. Equitable Life Assurance Society of U.S.* (1935) 284 N.Y.S. 506; *Zipkin v. Freeman* (1969) 436 S.W. (2a) 753; *Wyatt v. Stickney* (1972) 344 F. Supp. 387; *Wyatt v. Aderholt* (1974) 503 F. 2d 1305; *Minister of Health v. Royal Midland Counties Home for Incurables Leamington Spa General Committee* [1954] 1 All E.R. 1013, le juge Denning (avis minoritaire). Des définitions plus larges du traitement se retrouvent dans *Tanner and Another v. Jackson and Others* (1974) 23 F.L.R. 197 (Australia); *Minister of Health v. Royal Midland Counties Home for Incurables Leamington Spa General Committee*, *ibid.* le juge Evershed.
315. *R. v. Homeberg*, note 114 *supra*, à la p. 1062.
316. Community Psychiatric Hospitals Act, R.S.O. 1970, c. 74, art. 1(f); Children's Mental Hospitals Act, R.S.O. 1970, c. 69, art 1(f); Sanatoria for Consumptives Act, R.S.O. 1970, c. 422, art. 1(g); Public Hospitals Act, R.S.B.C. 1960, c. 178, art. 2; Hospitals Act, R.S.P.E.I. 1974, c. H-11, art. 1(s); Loi sur le consentement des mineurs aux traitements médicaux, S.N.B., c. M-6.1, art. 1; Loi modifiant la Loi sur les hôpitaux publics, L.N.B. 1976, c. 49, art. 1.
317. Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada, Medical Consent of Minors Act. Proceedings of the Uniform Law Conference of Canada, 1974, art. 1.
318. Même lorsqu'il s'agit de thérapeutique, les buts visés peuvent être différents. On peut viser soit à la guérison totale, par la suppression des causes et des symptômes, soit à la compensation des facteurs qui ont causé la maladie afin d'en réduire les effets, soit à la suppression des symptômes. Voir Le Dain, *Rapport de la Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins médicales*, note 312 *supra*, aux pp. 6-7.
319. Les questions relatives à ces pratiques seront analysées par la Commission de réforme du droit dans les documents de travail suivants, publiés dans le cadre de la série sur la protection de la vie: *Les stérilisations des personnes souffrant de handicaps mentaux*, *L'expérimentation sur les humains*, *La modification du comportement*.
320. Ladimer, Irving, «Ethical and Legal Aspects of Medical Research on Human Beings», note 295 *supra*; Fox, Renée C., «A Sociological Perspective on Organ Transplantation and Hemodialysis», (1970) *Annals of New York Academy of Sciences* 406; Kountz, Samuel L., «Clinical Transplantation — an Overview» 5 *Transplantation Proceedings* 59 (1973).
321. Fox, *ibid.*; Kountz, *ibid.*
322. Devlin, Patrick, *Samples of Lawmaking*, 84 (1962); Skegg, P. D. G. «Consent to Medical Procedures on Minors» 36 *Modern Law Review* 370 (1973) à la p. 372.

323. *Code criminel*, le moyen de défense prévu à l'art. 45 ne s'applique qu'aux opérations chirurgicales.
324. La séparation entre médecine et chirurgie remonte aux temps de la médecine arabe et a son origine dans un précepte d'Avengoar (1113-62) selon lequel la chirurgie était indigne d'un médecin. Cette tendance était visible au Moyen Âge où, dans certaines universités, les candidats aux diplômes de médecine devaient jurer qu'ils ne s'adonneraient jamais à la chirurgie, considérée comme un art inférieur et indigne des savants. Catiglioni, Arturo, *A History of Medicine*, (1975).
325. Dans la théorie du droit pénal, le consentement ne constitue pas un moyen de défense. Le statut et les effets du consentement ont cependant donné lieu à de longs débats. Voir par exemple Devlin, *The Enforcement of Morals* (1962) qui soutient qu'il ne s'agit pas là d'un moyen de défense applicable à tous les cas.
326. Rubinstein, Amnon, «The Victim's Consent in Criminal Law: An Essay on the Extent of the Decriminalizing Element of the Crime Concept» dans Wise, Edward, Mueller and Gerhard (eds.), *Studies in Comparative Criminal Law* 189 (1975) à la p. 195.
327. Dans *Schloendorff v. The Society of the New York Hospital* (1914) 211 N.Y. 125 at 129, le juge Cardozo s'est prononcé en ces termes [TRADUCTION]: «Tout adulte sain d'esprit est libre de disposer de son propre corps . . .»
328. Par exemple, nul moyen de défense n'est prévu en matière d'interventions chirurgicales inutiles (*Code criminel*, article 45).
329. Saint Thomas d'Aquin, Somme théologique, Partie 2a 2ae, Q. 65, Art. 1, Conclusion: «Il est interdit de couper un membre à quelqu'un si ce n'est aux pouvoirs publics. Une personne privée ne peut pratiquer une telle ablation que s'il y a consentement du malade et si la corruption du membre infecté risque de se propager dans tout le corps. On ne peut couper un membre que s'il n'y a pas d'autre manière d'assurer le salut du corps entier.» Voir Nizsalavszky, E. *A Legal Approach to Organ Transplantation and Some Other Medical Actions*, Akadémiai Kiado: Budapest 1974 à la p. 45.
330. Williams, Glanville «Consent and Public Policy» [1962] *Criminal Law Review* 154 à la p. 159; Beale, J. H. «Consent in the Criminal Law» 8 *Harvard Law Review* 317 (1895) à la p. 325.
331. Voir dans le texte, les observations relatives à l'arrêt *R. v. Donovan* et aux exceptions reconnues en matière de voies de fait.
332. *Halushka v. University of Saskatchewan et al.* (1965) 53 D.L.R. (2d) 436; *Kelly v. Hazlett* (1976) 15 O.R. (2d) 290; *Marshall v. Curry*, note 30 *supra*; *Reibl v. Hughes* 1:1 *Legal Medical Quarterly* 50 (1977) (infirmé pour d'autres motifs par la Cour d'appel, (1979) 21 O.R. (2d) 14).
333. Holdsworth, Sir William *A History of English Law*, Vol. II, 455 and Vol. VIII, 306 (1966).
334. Nizsalavsky, *A Legal Approach to Organ Transplantation and Some Other Medical Actions*, note 329 *supra*, aux pp. 45-48. La position des

diverses religions à cet égard est la suivante: l'Église catholique ne s'oppose pas aux greffes d'organes car elles profitent au prochain, étant entendu qu'il faut toujours respecter le droit de refus; l'Église protestante accepte l'expérimentation qui ne met pas en danger la vie ou l'intégrité physique et qui est garantie par des essais antérieurs; le Conseil mondial des églises, en septembre 1968, a approuvé l'expérimentation conduite conformément à des règles établies; le judaïsme en général accepte l'expérimentation et les greffes qui ont le consentement des intéressés et l'approbation de la société.

335. L'État de Californie a adopté la loi dite Natural Death Act, Part 1, Division 7, Health and Safety Code, c. 3.9, 1977, aux termes de laquelle un adulte peut [TRADUCTION] «donner à son médecin l'ordre écrit de ne pas recourir ou de mettre fin aux mesures de prolongation de la vie en cas d'état terminal.» Cette disposition a suscité un grand débat sur le fondement du rapport entre médecin et patient, sur le rôle du consentement informé et sur les conséquences des directives de ce genre. Voir par exemple McCormick, Richard A. «Legislation and the Living Will» *America*, (12 mars 1977); Garland, Michael «Politics, Legislation and Natural Death» *Hastings Center Report*, (octobre 1976). L'Ontario est la seule province où un projet de loi en ce sens soit à l'étude (Bill 3, 1977).
336. Une telle proposition peut créer certaines difficultés pour ce qui est du critère pénal de la connaissance de l'acte (consentement informé en droit privé). Il a été soutenu cependant que la question dépend, en dernière analyse, de la précision du «testament de vie» à l'égard du traitement problématique. L'incertitude qui caractérise le «testament de vie» en fait, en règle générale, un instrument peu désirable à l'heure actuelle. Voir Kutner, Luis «The Living Will: Coping With the Historical Event of Death» 27(1) *Baylor Law Review* 39 (1975).
337. *The Canadian Abridgment* (2nd ed.) Vol. 25, «Medicine and Surgery» à propos de l'arrêt *Male v. Hopmans* [1966] 1 O.R. 647, 54 D.L.R. (2d) 592.
338. *Marshall v. Curry*, note 30 *supra*, à la p. 274.
339. Glazebrook, «The Necessity Plea in English Criminal Law», note 253 *supra*, à la p. 103.
340. Voir notes 254 et 255 *supra*. La même question a été évoquée en droit privé dans *Marshall v. Curry*, note 30 *supra*, à la p. 274.
341. Voir une esquisse de la doctrine du consentement permanent dans Somerville, Margaret, *Le consentement aux soins médicaux*, note 293 *supra*.
342. Beale, «Consent in the Criminal Law», note 330 *supra*, à la p. 320.
343. Somerville, note 293 *supra*.
344. *Bolduc v. Bird*, note 71 *supra*.
345. Somerville, note 293 *supra*.
346. Notes 78 et 79 *supra*. Voir également *R. v. Harms* (1944) 81 C.C.C. 4, [1944] 2 D.L.R. 61, [1944] 1 W.W.R. 12.

347. *Burrell v. Harmer*, note 79 *supra*; Somerville, note 293 *supra*.
348. Cf. Somerville, note 293 *supra*.
349. Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada. Medical Consent of Minors Act, note 317 *supra*, art. 3.
350. Somerville, note 293 *supra*; Commission de réforme du droit, *Les stérilisations* note 319 *supra*.
351. Commission de réforme du droit, *Les stérilisations* note 319 *supra*.
352. Roth, Loren H., Meisel, Alan et Lidz, Charles W. «Tests of Competency to Consent to Treatment» 134(3) *American Journal of Psychiatry* 279 (mars 1977). Roth a classé les cinq critères de capacité comme suit: 1) preuve de choix; 2) issue «raisonnable» de ce choix; 3) choix fondé sur un processus rationnel; 4) aptitude à comprendre; 5) compréhension effective.
353. Par exemple, le ministère de la Santé, de l'Éducation et du Bien-être des États-Unis a recommandé que l'expérimentation sur l'être humain soit subordonnée au consentement donné en parfaite connaissance de cause (Fed. Register 39:30647-30657, 23 août 1974). La même condition a été imposée en Californie en matière de traitement électro-convulsif (Roth, *ibid.*).
354. Cette méthode a été utilisée dans le cas d'un témoin de Jéhovah qui se refusait à une transfusion sanguine. *Application of President and Directors of Georgetown College Inc.* (1964) 331 Fed. Rep. 2d 1000; voir également Frenkel «Consent of Incompetents (Minors and the Mentally Ill) to Medical Treatment» 1(3) *Legal Medical Quarterly* 187 (1977). Cette pratique a été condamnée dans l'arrêt *Holmes v. Silver Cross Hospital of Joliet Illinois* (1972) 340 F. Supp. 125.
355. Exemples de conclusion généralisée d'incapacité contre un malade mental: *Whitree v. State* (1968) 56 Misc. 2d 693, 290 N.Y.S. 2d 486; *Kaimowitz v. Department of Mental Health*, No. 73-19434-AW (Wayne County Court, enregistré le 10 juillet 1973). voir également Frenkel, *ibid.*; «Adequate Psychiatric Treatment — A Constitutional Right?» 19 *Catholic Lawyer* 322 (1973); «Notes — Medical Treatment and Human Experimentation: Introducing Illegality, Duress, and Incapacity to the Doctrine of Informed Consent» 6 *Rudgers — Camden Law Journal* 538 (1975). Les lois provinciales en matière de santé mentale et d'incapacité sont caractérisées par un certain préjugé contre les malades mentaux: elles ne prévoient pas de procédure judiciaire permettant à l'incapable d'administrer ses biens, contrairement à la règle générale. (Voir note 358 ci-dessous).
356. Les arrêts qui défendent le droit de faire un choix déraisonnable ou insensé sont: *Smith v. Auckland Hospital Board* [1965] N.Z.L.R. 191 à la p. 219; *Georgetown College*, note 354 *supra*, le juge Burger; *Mulloy v. Hop Sang* [1935] 1 W.W.R. 714; *Masney v. Carter-Halls-Allinger Co. Ltd.* [1929] 3 W.W.R. 741. Dans *Masney*, le juge Knowles a recommandé l'adoption d'une loi visant à «protéger un homme tel celui-là de sa propre folie», recommandation qui n'a pas eu de suite. Bien que Hughes, note 49 *supra*, soit du même avis, Ian Kennedy exprime des

- vues plus libérales, dans «The Legal Effect of Requests by the Terminally Ill and Aged Not to Receive Further Treatment from Doctors» [1976] *Criminal Law Review*. Il prend note que les tribunaux américains en sont venus à la conclusion que «la liberté de l'individu n'est garantie dans ce pays, que si les gens ont le droit de faire des choix que la majorité considère comme insensés».
357. C'est la conclusion de décisions plus récentes des tribunaux américains: *Winters v. Miller* (1971) 446 F. 2d 65; *New York City Health and Hospital Corp. v. Stein* (1972) 335 N.Y.S. (2d) 461; *Wyatt v. Stickney* (1972) 344 F. Supp. 387. C'est également le postulat fondamental de la Loi sur la santé mentale de l'Ontario, S.O. 1978.
358. Patients' Estate Act, S.B.C. 1962, c. 44, art. 3, 4 (ordonnance judiciaire à la suite d'une demande); Mental Incompetency Act, R.S.O. 1960, c. 271, art. 4, 7, 9 (ordonnance judiciaire avec prévision de procès devant jury); Incompetent Persons Act, R.S.N.S. 1967, c. 135, art. 2 (ordonnance judiciaire); Chancery Act, R.S.P.E.I. 1951, c. 21, art. 79, 80 (ordonnance judiciaire); Mentally Incompetent Persons' Estate Act, S. Nfld. 1970, c. 34, art. 3 (ordonnance judiciaire); The Dependent Adults Act, S.Alta. 1976, c. 63, art. 2, 3, 4, 5, 9 (ordonnance judiciaire à la suite d'une demande). D'autres lois se rapportent aux biens et non à la personne.
359. Commission de réforme du droit du Canada, *Rapport sur le droit de la famille*, Ottawa, 1976; voir également Commission de réforme du droit du Canada, *Le tribunal de la famille* (Document de travail), Ottawa, 1974.
360. Hughes, Graham, «Two Views on Consent in the Criminal Law, note 49 *supra*, à la p. 236; Kearney, P. J. «Leukaemia in Children of Jehovah's Witnesses: Issues and Priorities in a Conflict of Care» 4 *Journal of Medical Ethics* 32, (1978); How, Glen, «Religion, Medicine and Law» 3 *Canadian Bar Journal* 365 (1960). Cette divergence d'intérêts est discutée dans une affaire où les parents refusaient l'enseignement public pour leur enfant (*Re D.J.M.S. (a minor)* [1977] 3 All E.R. 582 le lord juge Bruce, à la p. 591). Voir également Eeckelaar, «What are Parental Rights» 89 *Law Quarterly Review* 210 (1973); Bates, Frank «Parent and Child-Legal Intervention — Another Development» 61(3) *Canadian Bar Review* 516 (1978).
361. *In re Quinlan* (1976) 70 N.J. 10, 355 A. 2d 647.
362. *Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz* (1977) 370 N.E. 2d 417.
363. Annas, George J. «Judges at the Bedside: The Case of Joseph Saikewicz», *Medicolegal News*, Vol. 6, No. 1, 1978, 10; Curran, William J. «Law-Medicine Notes: The Saikewicz Decision», *The New England Journal of Medicine*, Vol. 298, No. 9, 2 mars 1978, 499; Relman, Arnold S. «The Saikewicz Decision: Judges as Physicians» *The New England Journal of Medicine*, Vol. 298, No. 9, 2 mars 1978, 508; Annas, George «After Saikewicz: No Fault Death» 8(3) *Hastings Center Report* 16 (juin 1978); Ramsey, Paul «The Saikewicz Precedent: The Courts and Incompetent Patients» 8(6) *Hastings Center Report* 36 (décembre 1978).

364. Voir, à l'appui de cette thèse, les articles ci-dessus et également Wright and Linden, *Canadian Tort Law*, note 123 *supra*, à la p. 92; *Marshall v. Curry*, note 30 *supra*; Williams, Glanville, «Defences of General Application: The Law Commission's Report No. 83(2) Necessity» (1978) *Criminal Law Report* 128; Wadlington, Walter «Minors and Health Care: The Age of Consent» 11(1) *Osgoode Hall Law Journal* 115 (1973); Commission de réforme du droit du Canada, *La stérilisation*, note 319 *supra*.
365. Ces sujets comprenant l'arrêt des mesures de réanimation, la stérilisation, l'expérimentation sur les humains, la modification du comportement et l'avortement.
366. Keyserlingk, Edward W., *Le caractère sacré de la vie ou la qualité de la vie du point de vue de l'éthique, de la médecine et du droit* (étude commanditée par la Commission de réforme du droit du Canada), Ottawa, 1979; Commission de réforme du droit du Canada, *L'arrêt du traitement médical* (document de travail à paraître).
367. *Code criminel*, article 234.
368. *Code criminel*, articles 465, 543, 608.2, 738(5), 738(6).
369. *Code criminel*, article 545.
370. *Code criminel*, article 546.
371. *R. v. Burns* [1965] 4 C.C.C. 298; Ratushny, Ed., «Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?» 19(1) *McGill Law Journal* 1 (1973).
372. *Laporte v. Laganière*, note 59 *supra*.
373. À noter que la loi dite Road Traffic Act, Statutes of England, 1972, c. 20, par. 7(1), prévoit expressément que le refus de se prêter à une prise de sang pour le test de la teneur en alcool, constitue une corroboration de la preuve du ministère public. L'important, cependant, est que le droit de refus soit respecté.
374. *R. v. Holland* (1841) 2 Moo. & R. 351; *R. v. Mubila* (1956) 1 S.A. 31; *R. v. Blaue* [1975] 3 All E.R. 446; Hart and Honoré, *Causation in the Law*, note 187 *supra*, à la p. 320.
375. Les arrêts suivants consacrent ce droit de refus: *Agnew v. Jobson* (1877) 13 Cox C.C. 625; *Masney v. Carter-Halls-Aldinger Co.*, note 356 *supra*; *Marshall v. Curry*, note 30 *supra*; *Mulloy v. Hop Sang*, note 356 *supra*; *Parmley v. Parmley & Yule* [1945] 4 D.L.R. 81 (C.S.C.); *Murray v. McMurchy* [1949] 2 D.L.R. 442; *Beausoleil c. La Communauté de Soeurs de la Charité de la Providence* [1965] 13 R. 37; *Smith v. Auckland Hospital Board*, note 356 *supra*; *Villemure c. l'Hôpital Notre-Dame et Turcot* [1973] R.C.S. 716. Aux États-Unis: *In re Estate of Brooks* (1965) 32 Ill. 2d 361, 205 N.E. 2d 706.
376. *Code de déontologie* de L'Association médicale canadienne, juin 1975, article 5: «Pour se conformer à la déontologie médicale, le médecin doit respecter le droit du malade de choisir lui-même son médecin et de suivre ou non les conseils qui lui sont donnés. . .»
377. Dans son *Patients' Bill of Rights*, l'*American Hospital Association* a consacré le droit de refuser un traitement. Voir Crane, Diana «Physi-

- cians' Attitudes Toward the Treatment of Critically Ill Patients» 23(8) *Bioscience*, 471 (1973), à la p. 474.
378. «About Death and Dying, Part 3» 5 *Nursing '75* 10 (1975).
379. Un ancien président de l'American Medical Association a déclaré: «[une] personne a le droit de refuser l'administration de mesures thérapeutiques. Elle peut choisir de se priver de tout traitement, peu importe les conséquences et peu importe l'avis de médecins compétents». Sindell, art. 193 *Journal of the American Medical Association* 1108 (1965).
380. Raible, Jane, «The Right to Refuse Treatment and Natural Death Legislation» 5(4) *Medico-Legal News* 6 (Automne 1977) à la p. 7.
381. Mayrand, Albert, note 233 *supra*; Kouri, Robert P. «Blood Transfusions, Jehovah's Witnesses and the Rule of Inviolability of the Human Body» note 144 *supra*, Somerville, note 293 *supra*.
382. Pour une analyse détaillée voir Kennedy, note 356 *supra*; Crane, note 377 et 472 *supra*; Roth, note 352 *supra*.
383. *Ibid.*
384. *Ibid.*; Voir également note 356 *supra*.
385. *Murray v. McMurchy*, note 375 *supra*; *Natanson v. Kline et al.* 350 P. 2d 1093.
386. *Humphries v. O'Connor* (1864) 17 Ir. C.L.R. 1 à la p. 7; *On the Matter of Charles Osborne* (1972) 294 A. 2d 372; Glazebrook note 253 *supra*, à la p. 99; Kennedy, note 356 *supra*, à la p. 222. Cette présomption est mise en doute pour des motifs historiques par Binavince, Emilio S., «The Ethical Foundation of Criminal Liability» 33 *Fordham Law Review* 1 (1964) à la p. 6.
387. Shapiro, Barry B., «Legal Aspects of Unauthorized but Necessary Emergency Treatment» (1963) *Law Society of Upper Canada Special Lectures* 255 à la p. 257.
388. Voir par exemple la *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, c. P-6, article 18, et diverses lois provinciales en matière de santé publique.
389. Voir par exemple le *Code criminel*, articles 234, 465; *Code de procédure civile*, S.Q. 1965, c. 80.
390. Voir par exemple les lois provinciales sur les accidents de travail.
391. Ce critère est établi tant pour la négligence criminelle que pour la faute civile, bien que la responsabilité pour négligence criminelle soit fondée sur l'insouciance téméraire et sur la violation flagrante des usages établis. Voir l'analyse du critère civil dans Linden, Allen M., *Canadian Negligence Law*, 56 (1972); King, Joseph H., «In Search of a Standard of Care for the Medical Profession: The «Accepted Practice» Formula» 33 *Vanderbilt Law Review* 1213 (1975); *Wilson c. Swanson* [1956] R.C.S. 804; *Dale v. Munthalia*, 1(3) *Legal Medical Quarterly* 234 (1977).
392. Nathan, Lord, *Medical Negligence* 24 (1957); Sherman, Irvin «The Standard of Care in Malpractice Cases» 4 *Osgoode Hall Law Journal* 222 (1966) à la p. 223; Jolowicz, *Winfield and Jolowicz on Tort*, note 27

- supra*, à la p. 61; *Stakes v. Guest, Keen and Nettlefold (Bolts and Nuts) Ltd.* [1968] 1 W.L.R. 1776.
393. *Wilson v. Swanson*, note 391 *supra*, à la p. 817; Linden, *Canadian Negligence Law*, note 391 *supra*, à la p. 44; Sherman, *ibid.*, à la p. 230.
394. King, note 391 *supra*, à la p. 1236.
395. *Code criminel*, article 198. Cette exception figurait dans le premier *Code criminel* du Canada, 1899 (55-56 Vict. c. 29), dont l'article 212 était identique à l'article 306 du *Digest of the Criminal Law* de Stephen, note 36 *supra*.
396. *R. v. Webb*, note 137 *supra*; *R. v. Simpson*, note 218 *supra*; *Halsbury's Laws of England*, Vol. 26 (3rd ed.), «Medicine and Pharmacy: Criminal Liability».
397. Emergency Medical Aid Act, 5 Nfld. 1971, No. 15; Medical Act, 5 Nfld. 1974, No. 119, art. 28; Medical Act, S.N.S. 1969, c. 15, art. 38; Emergency Medical Aid Act, S.S. 1976, art. 17; Emergency Medical Aid Act, S.A. 1974, c. 122.
398. Henderson, Gordon F. and Fisk, George E., «The Legal Position of a Doctor in Treating Accident Victims» (1976) *Chitty's Law Journal* 224 (septembre) à la p. 226. À noter cependant qu'il n'y a pas un seul arrêt publié où il soit question d'un médecin poursuivi pour faute professionnelle à la suite d'un traitement administré d'urgence (Linden, note 391 *supra*, aux pp. 16, 20).
399. Note 115 *supra*.
400. Jusqu'en 1850, la jurisprudence abondait dans le sens de Hale et de Blackstone: celui qui appliquait honnêtement et de bonne foi ses soins et sa compétence ne pouvait être accusé d'homicide, sauf ignorance ou inattention graves (*R. v. Williamson* (1807) 3 C. & P. 635; *Commonwealth v. Thomson* (1809) 6 Mass. 134; *R. v. Van Butchell*, note 115 *supra*; *R. v. St. John Long* (1830) 4 C. & P. 398; *R. v. Webb*, note 137 *supra*; *Rice v. State* (1844) 8 Mo. 561). Cependant, il ressort d'un obiter dictum dans *R. v. Spiller*, note 119 *supra* (1832) que «le manque de compétence professionnelle et d'attention nécessaire» pourrait justifier une condamnation pour homicide. Par la suite, la jurisprudence américaine et britannique a suivi cette proposition de *Spiller* (*March v. Davison* 9 Paige 587; *State v. Hardister* (1882) 42 Am. Rep. 5; *R. v. Burdee* (1916) 12 Cr. App. R. 153, 25 Cox C.C. 598, 115 L.T. 904; *Barrow v. State* (1920) 188 Pac. 351). Cette vue trouve sa justification dans ce passage de *March v. Davison*: [TRADUCTION]: «Notre loi (en la matière) interdit effectivement l'exercice de la médecine ou de la chirurgie aux gens qui n'y sont pas autorisés dans cet État (New York). Attendu que la personne qui tente de pratiquer en violation de la loi commet un acte illicite, elle ne saurait se dérober à une condamnation pour homicide s'il lui arrivait de tuer un patient, quand bien même elle ne croyait pas le remède nocif ou mortel.» Voir le même raisonnement appliqué à la responsabilité stricte chez Turner, *Russell on Crime*, note 37 *supra*, à la p. 462 (renvoi 18).
401. *R. v. Rogers*, note 119 *supra*.

402. *R. c. Sault Ste-Marie*, note 282 *supra*, à la p. 40, le Juge Dickson; le juge d'appel Laskin (titre qu'il portait à l'époque) s'est prononcé en ces termes dans *R. v. Maurantonio* (1967) 65 D.L.R. (2d) 674 à la p. 675 (avis minoritaire):
- [TRADUCTION] . . . on ne peut reprocher [à l'accusé] que son manque de qualifications professionnelles à titre de motif de déclaration de culpabilité [d'attentat à la pudeur]. Selon la loi telle que je l'interprète, ce motif n'est pas suffisant.
403. Pour une étude générale des crimes, des infractions contre le bien-être public et la responsabilité stricte, voir Commission de réforme du droit du Canada, *Notre droit pénal*, note 3 *supra*; Commission de réforme du droit du Canada, *Études sur la responsabilité stricte*, Ottawa, 1974; Jobson, «Far From Clear» 18 *Criminal Law Quarterly* 294 (1975-76); Perkins, «The Civil Offence» 100 *University of Pennsylvania Law Review* 832 (1952); Hall, «Principles of Criminal Law» [1947] *Chancery* 13; Sayre, «Public Welfare Offences» 33 *Columbia Law Review* 55 (1933). Voir aussi *R. c. Sault Ste. Marie*, *ibid.*
404. *Morgentaler c. R.*, note 12 *supra*, le juge en chef Laskin, à la p. 650; *R. v. Bourne*, note 13 *supra*; *R. v. Bergmann & Ferguson* dans l *British Medical Journal* 1008 (1948) et dans Dickens, *Abortion and the Law*, note 14 *supra*, à la p. 50.
405. Dans *R. v. Machekequonabe*, note 286 *supra*, une condamnation pour homicide a été prononcée contre un Indien qui, prenant une ombre pour un esprit malfaisant, avait tiré sur cet «esprit», tuant, du coup, son beau-père. Voir Trescher and O'Neill, «Medical-Care for Dependent Children: Manslaughter Liability of the Christian Scientist» note 287 *supra*.
406. La menace que représentent les minorités religieuses est différente de celle qu'incarne le criminel de droit commun; elle est aussi moins grave. Le danger est limité dans son application aux membres du groupe et à leur famille. Il ne pèse pas au hasard sur le public. Il est douteux que la répression pénale fondée sur ce principe ait pour effet de rétablir la situation ou de prévenir la récidive. Voir Larson, Robert Keith «Child Neglect in the Exercise of Religious Freedom» 32 *Chicago-Kent Law Review* 283 (1954); Trescher and O'Neill, note 287 *supra*.
407. La *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Article 25, note 9 *supra*.
408. Pour une analyse approfondie d'un système national d'assurance-maladie, voir Spyros (éd.), *National Health Insurance: Can We Learn From Canada?* (1975). Le principe du droit aux services médicaux a été proclamé par M. Marc Lalonde, ministre de la Santé de l'époque, dans Perpich, Joseph G. (éd.), *Implications of Guaranteeing Medical Care*, 118 (1975). Le Québec est la seule province à consacrer le «droit» aux services médicaux (Loi sur les services de santé et les services sociaux, S.Q. 1971, c. 48, art. 4). L'Ontario, par exemple, prévoit expressément que les services médicaux doivent être accessibles à tous ses habitants (Province of Ontario, *Report of Health Planning Task Force*, (1974)).
409. Par exemple, la loi dite Family Law Reform Act, S.O. 1978, c. 2, art. 15, 16 et 17, prévoit l'obligation pour les conjoints de subvenir à leurs

besoins mutuels, pour les parents de subvenir aux besoins des enfants, et pour les enfants de subvenir aux besoins des parents; la Loi sur les pénitenciers, S.R.C. 1970, c. P.-6, et le Règlement, art. 2.06, prévoient: «Tout détenu doit bénéficier, conformément aux directives, des soins médicaux et dentaires essentiels dont il a besoin.»

410. Stephen, *Digest of the Criminal Law*, note 36 *supra*, à la p. 217, articles 305 et 306.
411. Pour ne citer que quelques exemples, les lois provinciales sur la santé publique prévoient des mesures spéciales en matière de maladies contagieuses, de soins ophtalmiques du nouveau-né, de tuberculose, etc.
412. Voir par exemple le règlement dit *Public Health Regulations*, R.R.O. 1970, art. 721 portant mesures de sécurité en radiologie; la Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, c. F-27, remaniée; la *Loi sur les étudiants*, S.R.C., c. N-1, remaniée.
413. Cette possibilité fera l'objet d'une analyse plus approfondie de la Commission de réforme du droit du Canada dans *L'arrêt du traitement médical*, note 366 *supra*.
414. Hale, 1 *Pleas of the Crown* 429; Holdsworth, *A History of English Law* (Vol. 2) 51; Binavince, «The Ethical Foundation of Criminal Liability», note 386 *supra*, à la p. 10. Hale a écrit:

[TRADUCTION] [Cela] ne donne pas lieu aux poursuites criminelles, car il n'y a eu aucun acte extérieur de violence dont la *common law* puisse connaître, et les pensées secrètes relèvent du jugement de Dieu. . .
415. Ainsi que l'a souligné Binavince, *ibid.*:

[TRADUCTION] La proposition de Bentham et de son disciple américain Edward Livingstone tendant à créer une responsabilité fondée sur l'omission a été rejetée en faveur de la règle établie que préconisent lord Macaulay et Stephen.
416. Henderson and Fisk, note 398 *supra*, à la p. 225.
417. *Charte des droits et libertés de la personne*, S.Q. 1975, c. 6, art. 2:

Tout être humain dont la vie est en péril a droit au secours. Toute personne doit porter secours à celui dont la vie est en péril, personnellement ou en obtenant du secours, en lui apportant l'aide physique nécessaire et immédiate, à moins d'un risque pour elle ou pour les tiers ou d'un autre motif raisonnable.
418. Binavince, note 386 *supra*: Le *Projet secondaire de Code pénal de la République fédérale d'Allemagne* (1977) recommande une restriction de l'obligation de façon à exclure les dommages matériels. Cette obligation s'applique cependant en cas de risque de mutilation et pas simplement au cas de danger mortel.
419. Vermont Statutes Ann., Tit. 12, art. 519(a) (1973); Massachusetts (règlements).
420. *Loi visant à favoriser le civisme*, S.Q. 1977, c. 7.

421. Note 397 *supra*.
422. Medical Act, S.N.S. 1969, c. 15, art. 37(i); Loi médicale S.Q. 1973, c. 46, art. 41(b); Health Disciplines Act, S.O. 1974, c. 47, art. 52(2); Medical Act, S.M. 1964, c. 29, art. 3; Medical Profession Act, R.S.S. 1965, c. 303, art. 70; Medical Profession Act, S.A. 1975, c. 26, art. 66(c); Medical Act, R.S.B.C. 1960, c. 239, art. 72.
423. *R. c. St-Germain*, note 26 *supra*.
424. *Horsley v. MacLaren* [1969] 2 O.R. 137, [1970] 2 O.R. 487, confirmé 22 D.L.R. 545; Stewart, James, «Torts: Negligence: Duty of Care to a Boat Passenger: Duty Owed to a Rescuer: *Horsley v. MacLaren*, [1970] 2 Ont. 487» *Ottawa Law Review* 325 (Été 1970).
425. *Bourgeois v. Dade County*, (1957) 99 So. 2d 575; *New Biloxi Hospital v. Frazier*, (1962) 146 So. 2d 882; *O'Neill v. Montefiore Hospital* (1960) 11 App. Div. 2d 132, 202 N.Y.S. 2d 436; *Methodist Hospital v. Ball* (1961) 362 S.W. 2d 475; *Wilmington General Hospital v. Manlove* (1961) 174 A. 2d 135; Voir Copeland, Charles Gregory, «Liability of Private Hospital Emergency Rooms for Refusal to Provide Emergency Care» 45 *Mississippi Law Journal* 1003 (1974).
426. Association médicale canadienne, *Code de déontologie*, juin 1975, «Responsabilités envers le malade», art.11, 12.
427. *Ibid.*, art. 12, 13; Le Code international de déontologie prévoit:
 [TRADUCTION] Le médecin doit administrer le traitement nécessaire en cas d'urgence, à moins de savoir que ce traitement peut être et sera administré par d'autres.
428. Shindell, «Legal and Ethical Problems in the Provision of Medical Care: Ethical Standards and Societal Norms» 37 *Yale Journal of Biology and Medicine*, 379, (avril 1965) à la p. 386; Henderson and Fisk, note 398 *supra*, à la p. 224; Annas, George J. «Beyond the Good Samaritan: Should Doctors Be Required to Provide Essential Services?» *Hastings Centre Report*, 16 (avril 1978).
429. Arrêt en conseil, Chambre du Conseil Exécutif, Québec, 6 octobre 1971, *Gazette officielle du Québec*, 6 novembre 1971, Vol. 103, No. 45, 8091; Annas, «Beyond the Good Samaritan . . .» *ibid.*, à la p. 17.
430. Henderson and Fisk, note 398 *supra*; Wright and Linden, *Canadian Tort Law*, note 123 *supra*, aux pp. 326-330. Gray, J. R. and Sharpe, G. S., «Doctors, Samaritans and the Accident Victim»; (1973) 11(1) *Osgoode Hall Law Journal* 1 (juin). Gray and Sharpe sont en faveur d'une obligation positive de fournir assistance. Voir aussi Commission de réforme du droit du Manitoba rapport no. 11 «*The Advisability of a Good Samaritan Law*», qui rejette l'idée d'en adopter une.
431. Gusfield, Joseph «Social Sources of Levites and Samaritans» dans *The Good Samaritan and the Law* (1966).
432. Déclaration universelle des droits de l'homme, article 1:

421. Note 397 *supra*.
422. Medical Act, S.N.S. 1969, c. 15, art. 37(i); Loi médicale S.Q. 1973, c. 46, art. 41(b); Health Disciplines Act, S.O. 1974, c. 47, art. 52(2); Medical Act, S.M. 1964, c. 29, art. 3; Medical Profession Act, R.S.S. 1965, c. 303, art. 70; Medical Profession Act, S.A. 1975, c. 26, art. 66(c); Medical Act, R.S.B.C. 1960, c. 239, art. 72.
423. *R. c. St-Germain*, note 26 *supra*.
424. *Horsley v. MacLaren* [1969] 2 O.R. 137, [1970] 2 O.R. 487, confirmé 22 D.L.R. 545; Stewart, James, «Torts: Negligence: Duty of Care to a Boat Passenger: Duty Owed to a Rescuer: *Horsley v. MacLaren*, [1970] 2 Ont. 487» *Ottawa Law Review* 325 (Été 1970).
425. *Bourgeois v. Dade County*, (1957) 99 So. 2d 575; *New Biloxi Hospital v. Frazier*, (1962) 146 So. 2d 882; *O'Neill v. Montefiore Hospital* (1960) 11 App. Div. 2d 132, 202 N.Y.S. 2d 436; *Methodist Hospital v. Ball* (1961) 362 S.W. 2d 475; *Wilmington General Hospital v. Manlove* (1961) 174 A. 2d 135; Voir Copeland, Charles Gregory, «Liability of Private Hospital Emergency Rooms for Refusal to Provide Emergency Care» 45 *Mississippi Law Journal* 1003 (1974).
426. Association médicale canadienne, *Code de déontologie*, juin 1975, «Responsabilités envers le malade», art.11, 12.
427. *Ibid.*, art. 12, 13; Le Code international de déontologie prévoit:
 [TRADUCTION] Le médecin doit administrer le traitement nécessaire en cas d'urgence, à moins de savoir que ce traitement peut être et sera administré par d'autres.
428. Shindell, «Legal and Ethical Problems in the Provision of Medical Care: Ethical Standards and Societal Norms» 37 *Yale Journal of Biology and Medicine*, 379, (avril 1965) à la p. 386; Henderson and Fisk, note 398 *supra*, à la p. 224; Annas, George J. «Beyond the Good Samaritan: Should Doctors Be Required to Provide Essential Services?» *Hastings Centre Report*, 16 (avril 1978).
429. Arrêt en conseil, Chambre du Conseil Exécutif, Québec, 6 octobre 1971, *Gazette officielle du Québec*, 6 novembre 1971, Vol. 103, No. 45, 8091; Annas, «Beyond the Good Samaritan . . .» *ibid.*, à la p. 17.
430. Henderson and Fisk, note 398 *supra*; Wright and Linden, *Canadian Tort Law*, note 123 *supra*, aux pp. 326-330. Gray, J. R. and Sharpe, G. S., «Doctors, Samaritans and the Accident Victim»; (1973) 11(1) *Osgoode Hall Law Journal* 1 (juin). Gray and Sharpe sont en faveur d'une obligation positive de fournir assistance. Voir aussi Commission de réforme du droit du Manitoba rapport no. 11 «*The Advisability of a Good Samaritan Law*», qui rejette l'idée d'en adopter une.
431. Gusfield, Joseph «Social Sources of Levites and Samaritans» dans *The Good Samaritan and the Law* (1966).
432. Déclaration universelle des droits de l'homme, article 1:

Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité.

433. À l'exclusion de Terre-Neuve, du Nouveau-Brunswick et de l'Île-du-Prince-Édouard.