

LE CONSENTEMENT DU MINEUR EN MATIERE DE SOINS ET TRAITEMENTS MEDICAUX OU CHIRUR- GICAUX SELON LE DROIT CIVIL CANADIEN*

PAUL-A. CREPEAU†

Montréal

Introduction

Le consentement du mineur en matière de soins et traitements médicaux ou chirurgicaux a fait récemment, en droit civil canadien, l'objet d'interventions législatives.

Deux lois de l'Assemblée nationale du Québec,¹ en effet, sont venues préciser les conditions dans lesquelles l'homme de l'art est autorisé à porter atteinte à l'intégrité physique d'une personne lors d'un traitement médical ou chirurgical effectué soit au profit de cette dernière, soit au profit d'un tiers.

Ces dispositions législatives s'inscrivent, au Québec, dans le cadre d'un important renouveau législatif qui, dans maints domaines du droit privé et du droit public, a pour mission d'accorder le droit à la réalité contemporaine et d'assurer notamment une reconnaissance expresse aux droits de la personne humaine.

Les articles 18 et 19 nouveaux du Code civil du Québec sont à la fois le gage et l'inspiration de ce mouvement.

18. Tout être humain possède la personnalité juridique.

Citoyen ou étranger, il a pleine jouissance des droits civils, sous réserve des dispositions expresses de la loi.

Every human being possesses juridical personality.

Whether citizen or alien, he has the full enjoyment of civil rights, except as otherwise expressly provided by law.

* Communication au Troisième Congrès mondial de droit médical qui s'est tenu à Gand en Belgique, le 20 août 1973.

† Paul-A. Crepeau, c.r., avocat au Barreau du Québec, Professeur à la faculté de droit de l'Université McGill, Président de l'Office de révision du Code civil du Québec, Montréal.

¹ Voir Loi modifiant de nouveau le Code civil et modifiant la Loi abolissant la mort civile, L.Q., 1971, c. 84; Loi de la protection de la santé publique, L.Q., 1972, c. 42 entrée en vigueur le 28 février 1973, voir la Proclamation du 28 février 1973, G.O., 1973, P. II, v. 105, n. 5, p. 503.

19. La personne humaine est inviolable.

Nul ne peut porter atteinte à la personne d'autrui sans son consentement ou sans y être autorisé par la loi.

The human person is inviolable.

No one may cause harm to the person of another without his consent or without being authorized by law to do so.

C'est dans ce contexte que le législateur a voulu régler les conditions de validité du consentement du mineur en matière de soins médicaux et de traitement chirurgicaux.

Jusqu'à tout récemment, le consentement du mineur en la matière ne paraissait pas soulever de problèmes particuliers: les règles du droit commun relatives à l'autorité paternelle, à la capacité de s'obliger ou de tester paraissaient suffisantes.

Mais, depuis peu, au Québec comme un peu partout en Amérique, la rapide transformation des mœurs familiales a conduit à un souplissement, sinon parfois à un véritable effritement, de l'autorité paternelle et partant, à l'affirmation, de la part des enfants, d'une plus grande liberté d'action, d'une plus grande autonomie qu'autrefois.

Ces changements, ces bouleversements, joints aux progrès extraordinaires, aux audaces prodigieuses de la médecine et de la chirurgie, ont, d'une part, modifié les conditions sociologiques dans lesquelles les médecins et les établissements hospitaliers sont souvent appelés à prodiguer leurs soins aux mineurs; ils ont, d'autre part, soulevé des conflits d'interprétation du droit entre le régime de l'autorité paternelle et celui de la capacité de contracter du mineur.

Tout cela ensemble a posé des problèmes nouveaux qui ont, dans une large mesure, incité le législateur québécois, non seulement à réduire à dix-huit ans l'âge de la majorité,² mais aussi à édicter, en matière de soins et traitements médicaux et chirurgicaux, un régime particulier en vue d'instaurer un juste équilibre entre les intérêts légitimes des parties en cause: mineurs, parents, autorités médicales et hospitalières.

Pour mieux saisir la portée des solutions législatives, il convient d'examiner d'abord les règles concernant les interventions effectuées à l'avantage du mineur lui-même; puis celles relatives aux interventions pratiquées au profit des tiers.

I. *Interventions au profit du mineur.*

Il s'agit ici du cas ordinaire de soins médicaux ou chirurgicaux requis par l'état de santé du mineur.

Qui doit consentir? Le mineur lui-même? Ses parents?

² L.Q., 1971, c. 85, art. 3. Cette disposition est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1972.

Dans la plupart des cas, bien sûr, on conçoit assez facilement que les parents, au nom de l'autorité paternelle³ puissent consentir aux soins et traitements à donner à leur enfant mineur, surtout si celui-ci est en bas âge. Les règles de la stipulation pour autrui⁴ servent alors de fondement juridique à l'intervention médicale.

Mais là n'est pas le problème. La véritable question se présente sous deux aspects selon que l'enfant mineur est ou non doué de discernement, c'est-à-dire en mesure d'apprécier la nature et les conséquences de l'intervention requise par son état de santé.

1. Intervention au profit d'un infans.

Le problème ici est de savoir si les parents peuvent refuser de consentir à une intervention jugée pourtant dans l'intérêt de l'enfant.

Par exemple—et c'est le cas typique—les parents peuvent-ils, au nom des préceptes religieux qui interdisent toute transfusion sanguine, refuser pour leur enfant une telle intervention?

L'autorité paternelle est-elle à ce point puissante qu'elle donne au père québécois, à l'instar du *pater familias* romain, droit de vie ou de mort sur la personne de ses enfants?

On sentait bien, malgré l'absence d'une autorisation législative expresse, que la réponse devait être dans la négative. Mais comment la justifier juridiquement en l'absence de textes précis limitant l'autorité paternelle?

Divers moyens s'offraient pour contourner la difficulté. D'abord, puisque, selon le droit civil québécois, la tutelle est dative,⁵ on aurait pu songer à faire nommer à l'enfant un tuteur autre que le père ou la mère. Mais on conçoit aisément les inconvénients d'une telle solution: lourdeur de la procédure, perte de temps souvent précieux. Et de fait, cette solution ne semble pas avoir été utilisée.

Un deuxième moyen aurait pu être celui d'invoquer les dispositions de la Loi de la protection de la jeunesse⁶ permettant de placer un enfant "exposé à des dangers" sous la protection d'un juge de la Cour de bien-être social qui pourrait alors autoriser l'intervention. Mais là encore on devait forcer l'institution qui avait été conçue pour permettre le retrait d'un enfant d'un milieu

³ Voir l'art. 243 du Code civil, désormais cité C.c. Même si cette autorité est encore, pour le moment, exercée pendant le mariage par le père, le législateur a toutefois inclus récemment l'autorisation maternelle parmi les pouvoirs résultant du mandat domestique (art. 180 C.c.).

⁴ Voir l'art. 1029 C.c. Voir à cet égard X . . . v. *Mellen*, [1957] B.R. 389, à la p. 408.

⁵ Voir l'art. 249 C.c.

⁶ S.R.Q., 1964, c. 220, art. 15.

familial malsain ou dangereux et le confier à une personne ou à une institution apte à assurer son éducation. D'ailleurs, il ne semble pas que l'on ait eu recours à cette solution.

Enfin, la troisième solution était la simple autorisation judiciaire. Le médecin ou l'établissement hospitalier s'adressait à un juge de la Cour supérieure afin d'obtenir, malgré le refus des parents, l'autorisation de procéder à une intervention destinée à sauver immédiatement ou éventuellement la vie de l'enfant. Nous avons pris connaissance de trois jugements récents accordant telle requête.⁷ Il est remarquable de constater qu'aucun de ces jugements ne s'appuie sur un texte législatif. La décision est fondée uniquement sur la théorie de l'urgence immédiate ou éventuelle de l'intervention.

On conçoit facilement que de telles décisions, si elles sont parfaitement justifiables sur le plan humain,⁸ placent tout de même un juge dans une situation délicate et qu'il valait mieux lui en accorder expressément le pouvoir.

C'est ce que fit le législateur québécois en édictant, le 21 décembre 1972, les articles 36 et 37 de la Loi de la protection de la santé publique.⁹

⁷ Voir *Montreal Children's Hospital v. Wong*, C.S. (Montréal—16,691 ex. p.), 2 mai 1970; *Montreal Children's Hospital v. Powell*, C.S. (Montréal—17,534 ex. p.), 17 déc. 1970; *Lakeshore General Hospital v. Reinmueller*, C.S. (Montréal—18,000752—73), 29 juin 1973. Nous désirons exprimer ici notre gratitude à notre confrère, Me Michael A. Meighen qui a eu l'amabilité de nous communiquer copie de ces procédures.

⁸ Dans la dernière affaire précitée, on nous a même rapporté que les parents, quoique opposés à l'intervention, étaient forts heureux que le tribunal ait autorisé la transfusion sanguine.

⁹ *Supra*, note 1:

36. Un établissement ou un médecin peut fournir les soins et traitements requis par l'état de santé d'un mineur âgé de quatorze ans ou plus, avec le consentement de celui-ci, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement du titulaire de l'autorité paternelle; l'établissement ou le médecin doit toutefois avertir le titulaire de l'autorité paternelle en cas d'hébergement de plus de douze heures ou de traitements prolongés.

Lorsqu'un mineur est âgé de moins de quatorze ans, le consentement du titulaire de l'autorité paternelle doit être obtenu; toutefois, en cas d'impossibilité d'obtenir ce consentement ou lorsque le refus du titulaire de l'autorité paternelle n'est pas justifié par le meilleur intérêt de l'enfant, un juge de la Cour supérieure peut autoriser les soins et traitements.

An establishment or a physician may provide the care and treatment required by the state of health of a minor fourteen years of age or older with his consent without being required to obtain the consent of the person having paternal authority; the establishment or the physician must however inform the person having paternal authority in the case where the minor is sheltered for more than twelve hours, or of extended treatment.

Where a minor is under fourteen years of age, the consent of the person having paternal authority must be obtained; however, if that consent cannot be obtained or where refusal by the person having paternal authority is not justified in the child's best interest, a judge of Superior Court may authorize the care or treatment.

On y prévoit deux cas: tout d'abord, si la vie du mineur est en danger, le médecin ou l'établissement doit fournir les soins et traitements requis, sans même qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement du titulaire de l'autorité paternelle.

Si, au contraire, il n'y a pas danger de mort, le consentement du titulaire de l'autorité paternelle est nécessaire lorsque le mineur est âgé de moins de quatorze ans.

Toutefois, précise le législateur, en cas d'impossibilité d'obtenir ce consentement ou lorsque le refus du titulaire de l'autorité paternelle n'est pas justifié par le meilleur intérêt de l'enfant, un juge de la Cour supérieure peut autoriser les soins ou traitements.¹⁰

2. *Intervention au profit d'un adolescents.*

On est ici en présence du cas où le malade, dont l'état de santé requiert soins et traitements, est un mineur doué de discernement. Et la question se pose de savoir si un médecin ou un établissement peut les fournir avec le seul consentement soit du mineur, soit de ses parents. En d'autres termes—et plus précisément—un médecin peut-il d'une part, intervenir à la seule requisition du mineur, sans l'autorisation ou même malgré l'opposition des parents? Peut-il d'autre part, intervenir à la seule requisition des parents, sans le consentement ou même malgré le refus du mineur?

Ce sont là les deux facettes d'un même problème: celui de l'efficacité du consentement du mineur dans un contrat médical qui le concerne.

37. Un établissement ou un médecin doit voir à ce que soient fournis des soins ou traitements à toute personne dont la vie est en danger; il n'est pas nécessaire, si la personne est mineure, d'obtenir le consentement du titulaire de l'autorité paternelle.

An establishment or a physician shall see that care or treatment is provided to every person in danger of death; if the person is a minor, the consent of the person having paternal authority shall not be required.

¹⁰ L'article 36 vise manifestement l'enfant qui est né. Mais qu'en est-il de l'enfant conçu et non encore né? Supposons le cas d'une femme enceinte; son état requiert une intervention chirurgicale ou une transfusion sanguine qu'elle refuse péremptoirement au nom de principes religieux, car elle croit que Dieu la guérira, elle et son enfant, sans le secours de la science médicale. Le père, qui ne partage pas la foi de sa femme, pourrait-il, en sa qualité de père ou en se faisant nommer curateur au ventre (arts 337, 338 et 345 C.c.), obtenir que sa femme se soumette à l'intervention? C'est là une question très délicate que ne règlent pas les textes existants. Une personne majeure peut, en connaissance de cause, refuser pour elle un traitement même si cela peut entraîner la mort; mais peut-elle entraîner aussi dans la mort l'enfant qu'elle porte? Ne jouit-il pas, lui aussi, ainsi que le proclame l'article 18 C.c., du plus fondamental des droits: le droit à la vie? Il y a ici un tel conflit d'intérêts que l'un doit céder devant l'autre. Lequel? Nous optons pour le droit à la vie. En ce qui concerne l'enfant, ce refus est aussi injustifié que celui prévu à l'article 36 de la Loi pour la protection de la santé publique et nous croyons que le curateur pourrait, par analogie, s'adresser à la Cour supérieure en vue de faire autoriser les traitements malgré l'opposition de la mère.

La réponse dépendait du point de départ ou encore de la force d'attraction de deux postulats contradictoires. D'une part, les prérogatives de la puissance paternelle qui donne au père autorité sur la personne de son enfant mineur non émancipé¹¹ et qui lui confère la responsabilité de son bien-être. Selon cette thèse, l'autorisation paternelle serait nécessaire et le médecin ne saurait s'en dispenser. D'autre part, le régime de capacité selon lequel un mineur doué de discernement est juridiquement capable de passer un contrat, quel qu'il soit, pourvu qu'il n'en souffre pas lésion.¹² Et, par hypothèse, le contrat médical n'est-il pas passé à l'avantage du mineur?¹³ Selon cette thèse, que traduit le brocard: "restituitur non tamquam minor, sed tamquam laesus", seul la consentement du mineur est essentiel et on aurait tort de faire intervenir le consentement des parents si ce n'est, éventuellement, à titre de caution. Car, il faut le rappeler, le consentement en matière de contrat médical n'a pas seulement pour objet de faire naître une relation juridique à caractère patrimonial, mais aussi, et surtout, de permettre une atteinte à l'intégrité physique de la personne humaine.

Or, le droit à l'inviolabilité est un droit extrapatrimonial, personnel, qui ne saurait être exercé que par son titulaire, s'il est en mesure de la faire, s'il est doué de discernement.

Entre ces deux thèses, il fallait choisir. Les administrateurs d'hôpitaux réclamaient du législateur une solution nette qui puisse leur assurer une protection efficace en cas d'éventuelles poursuites. D'autre part, de nombreux organismes de parents, s'inquiétant de la recrudescence chez les mineurs de certaines affections "clandestines" résultant soit d'une grossesse, soit encore d'un usage excessif d'alcool ou de drogues et laissées souvent sans traitements adéquats, exigeaient que ceux-ci puissent être traités sans avoir recours au consentement de leurs parents.

A cet égard, il peut être intéressant de suivre l'évolution de la pensée du législateur. Dans une première version du Projet de loi sur la protection de la santé publique,¹⁴ l'article 35 prévoyait ce qui suit:

35. Un établissement ou un médecin peut fournir des soins et traitements à une personne mineure qui est enceinte, qui souffre

An establishment or a physician may provide care and treatment to a minor who is pregnant, has a disease contemplated in section 8

¹¹ Voir l'art. 242 C.c. Aussi les arts 174 et 180 C.c.

¹² Voir les arts 985, 986, 987 et 1002 C.c.

¹³ Si l'on pouvait en douter lorsque, dans un régime libre, le mineur devait parfois s'engager au paiement d'honoraires substantiels, il n'en est plus question dans un régime étatique d'assurance maladie ou d'assurance hospitalisation tel qu'il a été établi récemment au Québec.

¹⁴ Projet no. 30, déposé le 5 juillet 1972. Voir Journal des débats, 1972, v. 12, no. 59, p. 1929.

d'une maladie visée à l'article 8 ou dont l'état requiert des soins par suite d'une consommation d'alcool ou d'autre drogue sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement de ses parents, de son tuteur ou curateur ou de la personne qui en a la garde.

or whose condition requires treatment as a result of the consumption of alcohol or another drug without it being necessary to obtain the consent of his parents, tutor, curator or the person who has custody of him.

Une telle disposition était sujette à critique. Non pas tellement par ce qu'elle disait, mais bien par ce qu'elle ne disait pas. En effet, en voulant résoudre un problème particulier—les cas de mineurs qui, redoutant les foudres parentales, n'osaient se faire traiter dans les établissements—on donnait à croire, sur le plan de l'interprétation, que dans tous les cas non prévus à l'article 35, le consentement des parents était nécessaire. Or, c'était là faire violence au régime de capacité du mineur. On pouvait par ailleurs se demander quel critère avait présidé à la sélection des maladies dont le traitement n'était pas soumis à l'autorisation paternelle. Voulait-on, par voie législative, établir une distinction entre les maladies "honteuses" et les maladies "nobles"? On le savait d'autant moins que le texte prévoyait l'établissement par règlement d'une liste de maladies à traitement obligatoire. Et cette liste n'existait pas au moment de la présentation du projet.

Les critiques furent entendues et une seconde version du projet de loi,¹⁵ s'élevant au-dessus des cas particuliers, abandonnant la thèse de la nécessité de l'autorisation paternelle, consacrait la thèse de la capacité du mineur *adolescents*. L'article 34 de ce deuxième projet édictait:

Un établissement ou un médecin peut fournir à un mineur tous soins et traitements requis par son état de santé sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement des parents de ce mineur, de son tuteur ou curateur ou de la personne qui en a la garde.

An establishment or a physician may provide a minor all the care and treatment his state of health requires without being required to obtain the consent of the parents, tutor, curator or person having custody of the minor.

Ce texte, assez laconique, placé dans une loi spéciale, hors du contexte du régime de capacité du mineur, prévu au Code civil, donna lieu à un vif débat à l'Assemblée nationale. Certains députés—peut-être pères de famille, nantis de l'autorité et des responsabilités parentales—s'émurent à la pensée que les médecins ou les établissements hospitaliers pourraient désormais, en tout état de cause, se dispenser du consentement des parents en matière de soins et traitements médicaux à fournir aux enfants mineurs.

¹⁵ Projet de loi 30 réimprimé déposé le 8 nov. 1972. Voir le Journal des débats, 1972, v. 12, no. 68, p. 2367.

Si la loi leur accordait la garde de leurs enfants mineurs non émancipés et leur imposait les responsabilités qui en découlent, ne convenait-il pas qu'ils aient un mot à dire lorsqu'il s'agissait de leur santé et de leur bien-être?¹⁶

Par ailleurs, on pouvait estimer que l'exigence même du discernement posait une difficulté particulière qui pourrait être, pour les autorités médicales et hospitalières, source d'incertitude et, éventuellement, de contentieux. En effet, le discernement est une question de fait qui doit être apprécié *in concreto*, selon le degré d'intelligence de chacun. A quel âge, un mineur acquiert-il le discernement et notamment en matière de soins et traitements requis par son état de santé? C'était là une question délicate à laquelle on ne pouvait donner réponse abstraite.¹⁷

Or, pouvait-on demander, est-il souhaitable, dans l'état actuel de la pratique médicale ou hospitalière, de confier une telle responsabilité au médecin et ainsi de laisser cette question à une appréciation toute subjective avec tout le risque d'arbitraire que cela comporte.

Devant ces difficultés, le gouvernement décidait de remanier son projet et, dans une troisième version,¹⁸ qui fut finalement adoptée, il proposa ce que l'on pourrait appeler un âge de majorité en matière médicale. En effet, selon l'article 36 de la Loi, une distinction est faite selon que le mineur a atteint ou non l'âge de quatorze ans. Si le mineur est âgé de quatorze ans, il pourra seul consentir aux soins et traitements requis par son état de santé; et le texte précise "sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement du titulaire de l'autorité paternelle". Mais l'établissement ou le médecin a l'obligation d'avertir les parents lorsque l'état de santé exige un "hébergement de plus de douze heures" ou des "traitements prolongés".

Si le mineur est âgé de moins de quatorze ans, l'autorisation du titulaire de l'autorité paternelle est alors requise et le texte prévoit une autorisation judiciaire en cas d'impossibilité d'obtenir ce consentement ou de refus qui "n'est pas justifié par le meilleur intérêt de l'enfant".

C'est là une solution qui, dans l'ensemble, paraît raisonnable en ce qu'elle tente de concilier l'autonomie de la personne humaine et les exigences légitimes de l'autorité paternelle.

¹⁶ Voir les interventions de M. A. Audet, député d'Abitibi-Ouest, *Journal des débats*, 1972, v. 12, no. 74, aux pp. 2635, 2659; du Dr C. Laurin, député de Bourget, *ibid.*, à la p. 2652; de M. Guy Fortier, député de Gaspé-Sud, *ibid.*, à la p. 3142; de M. le Ministre de la Santé, *ibid.*, à la p. 3148, B-7926.

¹⁷ Voir à ce sujet la remarquable intervention du Dr. C. Laurin, député de Bourget, *ibid.*, à la p. 2654.

¹⁸ Voir *supra*, note 9.

II. *Intervention au profit des tiers.*

Le législateur québécois a voulu régler non seulement les conditions de validité de l'acte par lequel le mineur reçoit les soins et traitements que requiert son état de santé, mais également celles d'une intervention faite au profit d'un tiers. On devait en effet se poser le problème de savoir s'il convenait de permettre une atteinte à la personne d'un mineur en vue de procurer un avantage à autrui. Le problème se soulevait dans deux hypothèses bien différentes: d'abord celle de l'aliénation entre vifs d'une partie du corps ou d'une expérimentation; puis celle d'un acte de disposition des restes mortels.

1. *Aliénation entre vifs d'une partie du corps ou expérimentation.*

Selon le droit commun, on ne saurait douter que l'acte par lequel un mineur dispose d'une partie de son corps ou se soumet à une expérimentation au profit d'un tiers est nul. Le mineur ne peut, en principe, donner entre vifs, même avec l'assistance de son tuteur.¹⁹ Si le Code a certes ici principalement en vue les biens du mineur, à plus forte raison doit-il en être de même lorsqu'il s'agit d'un acte de donation portant sur le corps du mineur. Par ailleurs, le mineur en est juridiquement incapable puisque, s'agissant d'une atteinte préjudiciable à son intégrité physique, l'acte, par définition, comporte lésion au sens du droit civil.²⁰

Le législateur a toutefois voulu reconnaître la licéité de tels actes de disposition pourvu qu'ils répondent à certaines conditions de validité et revêtent certains caractères.²¹

¹⁹ Voir art. 763 C.c.

²⁰ Voir les arts 985, 986, 1001, 1002 C.c.

²¹ Voir l'art. 20 C.c.:

Le majeur peut consentir par écrit à l'aliénation entre vifs d'une partie de son corps ou à se soumettre à une expérimentation, pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut en espérer.

Le mineur, doué de discernement, le peut également avec le consentement du titulaire de l'autorité paternelle et d'un juge de la Cour supérieure, à condition qu'il n'en résulte pas un risque sérieux pour sa santé.

L'aliénation doit être gratuite à moins que son objet ne soit une partie du corps susceptible de régénération.

Le consentement doit être donné par écrit; il peut être pareillement révoqué.

Et à ce sujet, voir M. Lauzon, *Chronique de Droit civil—personnes*

A person of full age may consent in writing to the disposal inter vivos of a part of his body or submit to an experiment provided that the risk assumed is not disproportionate to the benefit anticipated.

A minor, capable of discernment, may do likewise with the consent of the person having the paternal authority and of a judge of the Superior Court, provided that no serious risk to his health results therefrom.

The alienation must be gratuitous unless its object is a part of the body susceptible of regeneration.

The consent must be in writing; it may be revoked in the same way.

A. Conditions de validité des actes.

Les conditions de validité d'un acte d'aliénation d'une partie du corps ou d'expérimentation concernent le consentement, la capacité du mineur, l'objet de l'intervention et la forme de l'acte.

1) *Le consentement du mineur.*

L'acte de disposition ou l'expérimentation ne peut avoir lieu qu'avec le consentement du mineur lui-même. Et, selon le droit commun, ce consentement exige le discernement, c'est-à-dire l'aptitude du mineur à comprendre la nature, les risques et les conséquences d'une intervention. C'est là une question de fait qui doit être tranchée, dans chaque cas, par l'appréciation des signes ordinaires ou des preuves scientifiques de l'intelligence. En matière de contrat médical, on comprend à cet égard toute l'importance du rôle du médecin qui, entre tous, est le plus apte à juger de la vivacité de l'esprit du malade.

Et puisque le consentement est à la fois jugement et volonté, le droit commun impose, pour sa validité, des exigences particulières:²² le jugement doit être éclairé, c'est-à-dire adéquatement instruit de la nature des risques et des conséquences de l'intervention permettant ainsi au mineur de prendre une décision en connaissance de cause; la volonté, elle, doit être libre, c'est-à-dire dénuée de contrainte externe, physique ou morale, inspirant la crainte d'un mal sérieux pour soi ou pour ses proches.²³

Il résulte de cette première condition que ni les parents ni ceux qui en tiennent lieu, ne pourront seuls permettre de telles atteintes à l'intégrité physique de leur enfant.

2) *La capacité du mineur: les autorisations requises.*

Le législateur a voulu, en outre, soumettre la validité de l'acte d'aliénation ou l'expérimentation à une *double autorisation: parentale et judiciaire*. De prime abord, on peut s'étonner de cette double exigence. Le consentement du titulaire de l'autorité paternelle n'aurait-elle pas suffi, comme cela avait d'abord été proposé dans le projet de loi?²⁴ Sans doute a-t-on voulu d'une part, protéger l'enfant contre d'éventuelles pressions indues de la part d'un parent ou d'un gardien. Et s'assurer d'autre part, que la décision soit prise dans le meilleur intérêt de l'enfant.

(1972), 32 R. du B. 264, 410, 510; (1973), 33 R. du B. 516; W. F. Bowker, *Experimentation on Humans and Gifts of Tissue: Articles 20-33 of the Civil Code* (1973), 19 McGill L.J. 161.

²² Voir les arts 991 et s. C.c. Aussi le Code de déontologie médicale, art. 52a, par. 4 des règlements du Collège des Médecins et Chirurgiens de la Province de Québec.

²³ Voir les arts 994 et s. C.c.

²⁴ Voir le projet, en première lecture.

3) *L'objet de l'intervention: le risque couru.*

Le législateur a voulu faire ici, sur le plan de la licéité de l'aliénation ou de l'expérimentation, une distinction très nette entre le cas du majeur et celui du mineur.²⁵ Alors, en effet, qu'il est permis au majeur de consentir à l'aliénation ou de se soumettre à l'expérimentation "pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut en espérer";²⁶ le mineur, lui, ne pourra valablement consentir "que s'il n'en résulte pas un risque sérieux pour sa santé".²⁷

L'évaluation d'un tel risque relève évidemment de la science médicale.²⁸ C'est ici, une fois de plus, qu'entre en jeu la responsabilité du médecin chargé de l'intervention, car, en définitive, il lui appartiendra de juger de l'étendue du risque encouru par le mineur et, au besoin, de refuser d'intervenir. Il devra, à cet égard, tenir compte de critères objectifs, mais aussi de facteurs personnels au sujet: une prise de sang peut être en soi une opération bénigne; elle peut, au contraire, chez certains sujets, comporter des risques très graves. Cette condition est sans doute de nature à restreindre considérablement le nombre de cas où l'acte pourra être valablement fait.

4) *La forme de l'acte.*

Le législateur exige, contrairement à la règle de droit commun,²⁹ que les consentements requis soient donnés par écrit. Et il semble bien que ce soit là une condition de validité, et non pas seulement une règle de preuve.³⁰

B. *Caractères des actes.*

Aux conditions de validité, le législateur a voulu imposer à l'acte d'aliénation ou d'expérimentation les caractères de gratuité et de révocabilité.

1) *La gratuité de l'acte.*

En ce qui concerne la gratuité, le législateur a fait une distinction entre l'aliénation et l'expérimentation. La première est, en principe gratuite; la seconde peut, semble-t-il être consentie à titre onéreux.

a) *Aliénation.*

Que l'aliénation d'une partie du corps humain doive être en

²⁵ Voir à ce sujet A. Mayrand, La personne humaine est inviolable (1974), n. 54.

²⁶ Voir l'art. 20, al. 1 C.c., *supra*, note 21.

²⁷ Voir l'art. 20, al. 2 C.c., *ibid.*

²⁸ Voir A. Mayrand, *op. cit.*, note 25, n. 54.

²⁹ Voir art. 988 C.c.

³⁰ Voir en ce sens, A. Mayrand, *op. cit.*, note 25, n. 35.

principe gratuite, cela se comprend bien dans une civilisation qui place le corps humain hors du commerce.³¹ Mais si le principe était reconnu, l'on se rendait compte qu'une énonciation sans réserve du principe soulevait des difficultés.³² Les cheveux, le lait maternel ne sont-ils pas vendus? De plus, certains Etats voisins autorisent la vente du sang. On raconte par ailleurs que des étudiants américains gagnent leurs cours par leur contribution intéressée à une banque de sperme. Ces faits ont peut-être incité le législateur à apporter une réserve au principe de la gratuité en permettant la vente "d'une partie du corps susceptible de régénération".³³

On peut certes craindre une commercialisation du sang humain, mais il est permis de croire que si de telles pratiques devaient s'instaurer, le législateur serait vite appelé à réprimer les abus.

b) *L'expérimentation.*

Il découle du texte de l'article 20 du Code civil que si l'aliénation d'une partie du corps est en principe gratuite, l'expérimentation, elle, pourrait faire l'objet d'un contrat onéreux, permettant la rémunération des services du volontaire.³⁴

On peut se demander si une telle distinction est justifiable. Elle est peut-être fondée sur le fait de la différence entre une vente et la location de services. Cette dernière a peut-être paru moins choquante que la première et moins susceptible de prêter à des abus.

2) *La révocabilité de l'acte.*

Le consentement à l'aliénation ou à l'expérimentation est enfin susceptible de révocation, en tout cas aussi longtemps qu'elle peut utilement intervenir.³⁵ On remarquera, à la lecture du texte, que la révocation, comme le consentement, doit être faite par écrit. S'agit-il également d'une règle de fond? Si on l'admet pour le consentement, on peut en douter pour la révocation qui, pourvu qu'elle soit clairement exprimée, devrait suffire à empêcher la tenue ou la poursuite d'une intervention.

2. *Disposition des restes mortels.*

On ne saurait s'étonner de ce que le Code civil du Québec, édicté en 1866, n'ait pas réglementé les actes de disposition des restes

³¹ C'est la recommandation qu'avait faite à ce sujet l'Office de revision du Code civil. A ce sujet, L. Mazeaud, *Les contrats sur le corps humain* (1956), 16 R. du B. 157.

³² Voir R. Dierkens, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme* (1966), n. 74 et s., p. 57 et s.

³³ Voir l'art. 20, al. 3 C.c., *supra*, note 21.

³⁴ Il semble bien que ce soit le cas en pratique: voir *Halushka v. Univ. of Sask. et al.* (1966), 53 D.L.R. (2d) 436 (C.A. Sask.).

³⁵ Voir l'art. 20, al. 4 C.c., *supra*, note 21.

de l'homme. On ne dispose, par testament, que de son patrimoine. Et encore faut-il être majeur.³⁶

Aujourd'hui la situation est différente. Les possibilités nouvelles qui s'offrent à l'homme d'être utile à son prochain au delà de la mort ont incité le législateur québécois à légiférer dans ce domaine en reconnaissant d'une part, mais à certaines conditions, la pleine efficacité des dernières volontés de l'homme et d'autre part, en instaurant un régime subsidiaire selon lequel, en l'absence de directives du défunt, le cadavre de l'homme peut être mis au service de la vie.

A. *Le régime général.*

Le législateur a voulu permettre non seulement au majeur, mais aussi au mineur, de disposer de ses restes mortels.³⁷ En la matière, la volonté du défunt est souveraine dans les limites permises par l'ordre public et les bonnes moeurs.³⁸ Elle peut s'exprimer explicitement ou même implicitement par référence aux usages. Mais pour être efficace, la volonté expresse est assujettie à certaines conditions de validité; elle est de plus révocable.

1) *Les conditions de validité.*

Le législateur a imposé en la matière deux conditions de validité; l'une de fond, l'autre de forme.

D'une part, l'acte de disposition, comme tout acte juridique, suppose le discernement chez son auteur, qu'il soit majeur ou mineur.³⁹ Et, en ce qui concerne ce dernier, l'acte de volonté doit être confirmé par le consentement du titulaire de l'autorité paternelle.⁴⁰

D'autre part, la volonté doit être exprimée dans un écrit:⁴¹

³⁶ Voir l'art. 833 C.c. selon lequel le mineur ne peut valablement tester.

³⁷ Voir l'art. 21 C.c.:

Le majeur peut par écrit régler les conditions de ses funérailles et le mode de disposition de son cadavre.

Le mineur, doué de discernement, le peut également avec le consentement du titulaire de l'autorité paternelle.

Le consentement doit être donné par écrit; il peut être pareillement révoqué.

A défaut de directives du défunt, on s'en remet à l'usage.

³⁸ Voir l'art. 13 C.c. Voir A. Mayrand, *op. cit.*, note 25, n. 116 et s.

³⁹ Voir l'art. 21, al. 1 et 2 C.c.

⁴⁰ Voir l'art. 21, al. 2 C.c.

⁴¹ Voir l'art. 21, al. 3 C.c. Le législateur exige également l'écrit en matière d'autopsie autorisée par le défunt. Voir l'art. 23 C.c.:

L'autopsie ne peut être effectuée que dans les cas prévus par la loi

A person of full age may, in writing, determine the nature of his funeral and the disposal of his remains.

A minor, capable of discernment, may do likewise with the consent of the person having the paternal authority.

The consent must be in writing; it may be revoked in the same way.

In the absence of instructions by the deceased, usage is followed.

An autopsy may be performed only in the case provided for by law

exigence fort légitime surtout lorsqu'il s'agit d'utiliser le cadavre à des fins thérapeutiques ou scientifiques.

2) *Le caractère de révocabilité.*

Comme l'acte d'aliénation entre vifs, l'acte de disposition du cadavre est toujours révocable. Et cela que l'acte de disposition soit à titre gratuit ou même à titre onéreux. L'article 21 du Code civil ne fait aucune distinction à cet égard.⁴² L'écrit serait ici également exigé pour fins de preuve.

B. *Le régime exceptionnel.*

L'absence de directives de la part du défunt ne constitue pas un obstacle péremptoire à l'utilisation de son cadavre. Le législateur autorise un prélèvement dans certaines circonstances. Tout d'abord—et cela se comprend aisément—si "le conjoint ou le parent le plus rapproché" y a consenti.⁴³ Et, même en l'absence de tel consentement, le prélèvement sera encore possible si "deux médecins attestent par écrit l'impossibilité de l'obtenir en temps utile, l'urgence de l'intervention et l'espoir sérieux de sauver une vie humaine".⁴⁴ A ces conditions très précises, le législateur a jugé prudent d'en ajouter une autre en ce qui concerne le constat du décès du donneur: le décès doit être constaté par deux médecins qui ne participent en aucune manière au prélèvement ou à la transplantation.⁴⁵

Il est encore trop tôt pour juger de l'intérêt de ce régime ex-

ou avec le consentement écrit du défunt.

Elle peut être exigée par le médecin traitant ou l'une des personnes mentionnées à l'article 1056 du Code civil. [conjoint, ascendants et descendants].

⁴² Voir A. Mayrand, *op. cit.*, note 25, n. 120.

⁴³ Voir l'art. 22, al. 1 C.c.:

Un médecin peut effectuer un prélèvement sur un cadavre si, à défaut de directives du défunt, il obtient le consentement du conjoint ou du parent le plus rapproché.

⁴⁴ Voir l'art. 22, al. 2 C.c.:

Ce consentement n'est pas nécessaire lorsque deux médecins attestent par écrit l'impossibilité de l'obtenir en temps utile, l'urgence de l'intervention et l'espoir sérieux de sauver une vie humaine.

⁴⁵ Voir l'art. 22, al. 3 C.c.:

La mort du donneur doit être constatée par deux médecins qui ne participent en aucune manière à ce prélèvement ni à une transplantation.

or with the written consent of the deceased.

It may be required by the attending physician or by one of the persons mentioned in article 1056 of the Civil Code. [consort, ascendant and descendant relatives].

A physician may remove a part of the remains, if in the absence of instructions by the deceased, he obtains the consent of the consort or nearest relative of the deceased.

This consent is not necessary when two physicians attest in writing to the impossibility of obtaining it in due time, the urgency of the operation, and the serious hope of saving a human life.

The death of the donor must be ascertained by two physicians who do not participate in any way in the removal or in the transplantation.

ceptionnel. Mais n'aurait-il, pour un certain temps, qu'une valeur éducative, le législateur aura déjà fait oeuvre utile en montrant que, même au delà de la mort, l'homme peut être utile à son prochain.

Conclusions

Telles sont les dispositions essentielles de ce nouveau régime québécois marqué, en ce qui concerne les atteintes *ante mortem*, au coin d'un double souci. D'une part, en effet, dans la mesure où les soins et traitements sont requis au bénéfice du mineur lui-même, le législateur a voulu reconnaître à ce dernier une plus grande autonomie et liberté de décision; d'autre part, et dans la mesure où l'intervention serait effectuée à l'avantage d'autrui, le législateur a voulu, en protégeant le mineur, même contre lui-même, s'assurer qu'une atteinte à son intégrité physique ne lui serait pas préjudiciable.

En ce qui concerne les atteintes *mortis causa*, le législateur québécois a voulu instaurer un régime qui, tout en assurant le respect de la volonté du défunt ou de ses proches, donne à l'homme une ultime chance de servir son prochain.
