

"Source : *Le consentement à l'acte médical : une étude effectuée pour la Commission de réforme du droit du Canada*, 214 pages, Commission de réforme du droit du Canada, 1980. Reproduit avec la permission du ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2011."

CHAPITRE IV

Le consentement à l'acte médical et le droit criminel

Avant d'examiner l'effet du consentement sur la responsabilité des médecins en droit criminel, ou avant d'interpréter et de comparer les lois et les décisions qui, dans divers pays, traitent de cette question, il est nécessaire de «brosser un tableau juridique» de la situation qui existe dans chaque pays.

En premier lieu, le droit criminel est, au Canada, un domaine de compétence fédérale régi par le Code criminel. En conséquence, le Québec et le reste du Canada sont identiques sur ce plan⁶⁷². Aux États-Unis d'Amérique et en Australie, le droit criminel relève avant tout de la compétence des États. Dans chacun de ces pays cependant, le gouvernement fédéral peut lui aussi agir en matière criminelle, dans les domaines touchant à l'exercice de ses pouvoirs constitutionnels⁶⁷³. En Australie, on s'est fondé sur ce pouvoir pour adopter le *Federal Crimes Act*⁶⁷⁴. Certains États de l'Australie ont codifié leur droit criminel alors que d'autres l'appliquent suivant les principes de la common law en le modifiant, par voie législative, au fur et à mesure que le besoin se fait sentir⁶⁷⁵. Aux États-Unis, l'American Law Institute a rédigé un *Model Penal Code* dont la première version officielle a été publiée en 1962⁶⁷⁶. A l'heure actuelle cependant, les règles de fond du droit criminel en vigueur dans ce pays sont contenues principalement dans des statuts, assez souvent dans des règlements administratifs, parfois dans des constitutions et la common law relative aux crimes⁶⁷⁷. L'Angleterre et la France sont des pays unitaires. Le droit criminel anglais repose sur les principes non codifiés de la common law⁶⁷⁸ qui, à divers points de vue, sont modifiés par certaines lois particulières⁶⁷⁹. En France, les règles du droit criminel sont réunies dans le *Code pénal*. Cependant, la principale différence réside dans le fait que le patient lésé peut soit poursuivre au civil, soit engager de concert avec le ministère public, des poursuites au criminel⁶⁸⁰. En outre, il ressort de la jurisprudence

que le degré de gravité de la faute qu'il est nécessaire de prouver pour qu'il y ait responsabilité est le même dans les deux cas⁶⁸¹ et que le demandeur peut réclamer des dommages-intérêts devant un tribunal de juridiction criminelle⁶⁸².

En étudiant le consentement à l'acte médical et son effet en droit criminel, on doit d'abord prendre en considération la légalité ou encore l'illégalité de l'acte médical en common law et en droit civil. Divers arguments appuyant la légalité de l'acte médical ont été invoqués et même inclus dans des textes législatifs. A mon avis, les articles 45 et 198 du *Code criminel* canadien⁶⁸³ ont pour effet de rendre juridiquement valide à première vue le traitement chirurgical ou médical⁶⁸⁴, à la condition que le médecin apporte une connaissance, une habileté et des soins raisonnables, qu'il soit raisonnable de pratiquer l'opération et enfin que l'opération soit pratiquée pour le bien du patient⁶⁸⁵. En admettant que ce soit là le sens de ces articles, cela renverse alors la présomption traditionnelle de common law selon laquelle ces interventions sont illégales et ne sont justifiées que si on prouve qu'il y a eu consentement, que l'intervention comporte un avantage thérapeutique, qu'elle est pratiquée par une personne qualifiée et enfin qu'elle est légalement justifiée. Dans ce dernier cas, il s'agit d'une exigence d'intérêt public constituant un moyen d'empêcher la pratique de certaines interventions et pouvant être modifiée au fur et à mesure que le besoin se fait sentir⁶⁸⁶. Il se peut que, dans bien des occasions, ces deux façons d'aborder la question aboutissent au même résultat sur le plan juridique. Toutefois, ce n'est pas toujours le cas. Dans le domaine de l'expérimentation médicale sur des êtres humains notamment, diverses attitudes peuvent être adoptées selon qu'on considère, à première vue, les interventions médicales comme étant juridiquement valides ou non valides.

Même en supposant qu'on ait rempli toutes les conditions nécessaires dans le cas d'un traitement ou d'une expérience thérapeutiques, il manque à l'intervention médicale non thérapeutique et à la recherche notamment, l'avantage mentionné dans l'une et l'autre façon d'aborder la question. Cependant, étant donné que des expériences non thérapeutiques sont effectuées sans qu'aucune poursuite ne soit engagée au criminel⁶⁸⁷, étant donné certaines opinions exprimées par les tribunaux américains dans des décisions relatives au don d'organes par des incapables⁶⁸⁸ et enfin, étant donné qu'on ne demande pas aux tribunaux leur assentiment dans le cas d'un don d'organe par une personne adulte capable, j'estime qu'il nous est permis de croire que, dans les pays de common law étudiés, le droit est en voie de modification de manière à admettre, tout comme le font les tribunaux, que l'un ou l'autre du

consentement et du caractère avantageux suffit à légaliser l'intervention médicale alors que traditionnellement les deux étaient nécessaires.

Le même problème de justification d'une intervention médicale se pose en droit pénal français et certains auteurs soutiennent que l'absence de toute intention de porter préjudice et l'intention formelle de guérir permettent de justifier l'intervention⁶⁸⁹. Selon Levasseur, «[l]e médecin . . . échappe à toute poursuite sous la qualification de violences volontaires du moment qu'il a agi dans l'exercice *normal* de son activité professionnelle»⁶⁹⁰. Ceci nous amène à nous demander ce en quoi consiste l'exercice «anormal» de la médecine. Il semble qu'en droit français, on considérerait certainement l'intervention non thérapeutique comme un exercice «anormal» de la médecine. Dans ce cas, le droit pénal français attache plus d'importance à «l'acte matériel d'intervention ou de traitement» qu'au mobile de l'action du médecin lorsqu'il s'agit d'établir le caractère intentionnel de l'acte aux fins de la détermination de la responsabilité pénale⁶⁹¹. En France, la responsabilité pénale du médecin et les éléments qui sont pris en considération pour déterminer s'il était justifié d'agir comme il l'a fait peuvent donc varier tout simplement en fonction du genre d'intervention qu'il a pratiquée. Cependant, ils n'ont certainement rien à voir, à première vue, avec le *consentement du patient*.

En fait, Levasseur est d'avis que le consentement du patient ne justifie pas l'intervention médicale étant donné, dit-il, que la meilleure opinion est celle selon laquelle l'impunité du médecin repose sur une autorisation implicite de la loi, à savoir «l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime»⁶⁹². Cela signifie qu'il est généralement interdit de porter atteinte à l'intégrité d'autrui, et que ce n'est qu'à titre exceptionnel que le médecin peut déroger à cette règle. L'autorisation de la loi repose alors sur deux éléments étroitement liés qu'il est nécessaire d'étudier plus en détail dans le contexte de la responsabilité pénale découlant d'une relation médicale. Il s'agit d'une part, de la nature et de l'importance du préjudice subi et d'autre part, de l'effet, en droit pénal, du consentement à une intervention médicale.

Il convient d'abord de souligner que le consentement ne suffit pas en soi à justifier un acte médical et qu'il n'est pas certain qu'il puisse de quelque manière justifier un acte médical susceptible de constituer un crime bien qu'en l'espèce, il puisse influencer sur le caractère criminel de cet acte. Dans certains cas, il n'y a crime que si le préjudice causé est d'une certaine importance comme par exemple, le fait d'infliger de graves lésions corporelles⁶⁹³, alors que pour commettre des voies de faits notamment, il doit y avoir absence de consentement valable⁶⁹⁴.

Toute limitation des droits et des obligations visant à protéger l'intégrité physique et mentale de la personne est fonction soit de la nature et de l'importance du préjudice, soit de la portée réelle du consentement et relève, à mon avis, de considérations d'ordre public⁶⁹⁵. Le droit criminel vise avant tout à servir l'intérêt public et il s'applique lorsque la conduite d'une personne envers autrui menace, d'une certaine manière, l'ensemble de la collectivité⁶⁹⁶. Autrement dit, le droit criminel constitue un moyen de protéger la société contre tout acte préjudiciable⁶⁹⁷ ou contraire aux bonnes mœurs⁶⁹⁸. On peut donc établir des critères souples et modifiables qui permettront de déterminer, dans chaque situation particulière, si une conduite est ou n'est pas de caractère criminel. Il est certain que, dans de nombreux cas, la situation est à ce point claire qu'il n'est pas nécessaire d'avoir recours à une telle analyse. Toutefois, c'est précisément dans le cas d'une intervention médicale comme le traitement et la recherche, qu'elle est utile.

Ainsi, la question de savoir si un certain préjudice est acceptable et s'il engage aucune responsabilité criminelle dépend de sa nature, de son importance, des raisons pour lesquelles il a été causé et des circonstances dans lesquelles il a été causé. Par exemple, certaines blessures infligées au cours d'un traitement médical ou de la pratique d'un sport de combat sont acceptables alors que, dans d'autres circonstances, elles ne le seraient pas. Le caractère acceptable est donc fonction de l'importance du préjudice subi. A mon avis, cela signifie qu'en deçà d'un certain préjudice, la nature et les objectifs de l'intervention peuvent être très variés. Toutefois, à mesure que le préjudice augmente en importance, la définition de ce qui constitue soit un objectif valable, soit une forme acceptable de préjudice, se restreint de telle sorte que, par exemple, dans le cas où un préjudice met en danger la vie, seul l'objectif thérapeutique permet vraisemblablement de se soustraire à la responsabilité criminelle.

Il est à présent nécessaire d'étudier la façon dont le consentement influe sur la responsabilité criminelle. On lit souvent que le consentement n'est pas un moyen de défense⁶⁹⁹ et, en particulier, que nul ne peut consentir à ce qu'on lui inflige la mort⁷⁰⁰ ou à ce qu'on le mutilé⁷⁰¹. A mon avis, cela est dû au fait que l'acte est, au départ, considéré comme criminel ou non criminel, selon l'importance et la nature du préjudice subi et selon les objectifs et les circonstances en cause. Si on en arrive à la conclusion que l'acte est de caractère criminel, le consentement n'est alors plus d'aucune utilité, du moins sur le plan du droit criminel, étant donné que, tout comme l'affirme Rubenstein, «l'interdiction ne vise pas les blessures qu'on s'inflige soi-même⁷⁰²; elle

visé à empêcher la violation d'une règle de droit fondamentale régissant le comportement. Cette interdiction traduit non seulement le souci d'assurer le bien-être de la personne mais également la nécessité de préserver la règle de droit selon laquelle nul ne peut infliger des blessures à autrui»⁷⁰³.

En supposant qu'au départ on ait qualifié l'acte de non criminel, sans prendre en considération la question du consentement, il se pourrait que le fait de tenir compte, par la suite, de l'absence du consentement ait pour résultat de changer la qualification de cet acte. Cette absence de consentement peut modifier la nature et l'objectif de l'acte à tel point que l'importance et la nature du préjudice le rendent *en l'espèce* inacceptable et permettent de le qualifier de criminel. Le consentement peut donc influencer sur le caractère criminel d'un acte quand la situation est telle que l'acte serait considéré comme non criminel s'il y avait consentement, et criminel s'il n'y avait pas consentement. Bien qu'on puisse donner des exemples précis de ce genre de situations, il est impossible de formuler cette règle générale de manière plus précise étant donné qu'elle n'est pas inscrite formellement dans la loi. Par contre, on peut l'examiner du point de vue de son application qui, à mon avis, se veut souple étant donné qu'elle se fonde sur des considérations d'ordre public dont le contenu est variable.

Si on applique maintenant ce raisonnement au domaine médical on constate que, dans l'ensemble, les interventions médicales peuvent soit engager, soit ne pas engager la responsabilité criminelle. Celles-ci vont de l'intervention qui engage presque infailliblement cette responsabilité, comme par exemple l'expérience non thérapeutique causant un certain préjudice et effectuée sans consentement, à celle qui ne risque aucunement de l'engager, comme par exemple le traitement thérapeutique qui ne cause qu'un préjudice minimal et qui est pratiquée avec le consentement du patient. Le même phénomène s'observe dans le contexte de l'euthanasie. En effet, le traitement qui vise, par exemple, à calmer les douleurs du patient et qui est administré avec le consentement de ce dernier est beaucoup moins susceptible d'engager la responsabilité criminelle que l'acte d'«euthanasie active».

L'étude du consentement en droit criminel exige qu'on examine également l'effet, dans ce domaine, du consentement par procuration et du consentement de l'enfant ou de l'handicapé mental. En premier lieu, il convient de souligner que la doctrine du consentement éclairé n'a pas cours en droit criminel. Pour être en mesure de donner un consentement valable, il suffit que la personne comprenne la nature de l'acte, sans qu'il soit nécessaire qu'elle en saisisse les conséquences⁷⁰⁴.

Par conséquent, il se peut que le droit criminel reconnaisse à l'enfant qui n'a pas atteint l'âge requis par le droit civil la capacité de donner un consentement valable⁷⁰⁵, étant donné qu'il n'assujettit pas la validité du consentement à la compréhension d'un nombre minimum de conséquences. Cependant, étant donné les limites de la portée et de l'effet du consentement en droit criminel, en ce sens que le consentement ne sert qu'à déterminer le caractère criminel ou non criminel de l'acte, le fait de considérer comme acceptable le consentement d'un mineur n'aura probablement, dans ce domaine du droit, que peu de conséquences pratiques sur la légalité des interventions médicales sur des mineurs.

Quant à la question du consentement d'une tierce partie, je suis d'avis que chaque personne a droit à la protection du droit criminel et qu'en principe, nul ne peut renoncer, en son nom, à ce droit. En d'autres termes, j'estime que le consentement par procuration ne devrait jamais être valable en droit criminel. La justification d'un acte devrait plutôt se fonder sur la preuve d'un consentement implicite ou encore sur la preuve de la nécessité, lesquelles sont généralement admises comme moyens de défense en droit criminel. Bien que le consentement implicite puisse être qualifié d'artificiel et bien qu'il suppose qu'on substitue son propre jugement à celui de l'incapable, tout comme c'est le cas, théoriquement, en matière de consentement par procuration, les règles qui le régissent diffèrent vraisemblablement de celles qui s'appliquent au consentement par procuration. A mon sens, elles insistent davantage sur les droits de l'incapable que sur le pouvoir de l'auteur du consentement par procuration. Une fois de plus, c'est par une décision de principe qu'on va définir le contenu de ces moyens de défense et notamment qu'on va déterminer si la nécessité doit s'entendre de l'état de nécessité personnel de l'incapable ou si elle peut désigner l'état de nécessité des autres. Cependant, on doit se rappeler que le droit criminel vise essentiellement à protéger la personne et que toutes les personnes ont droit également à sa protection.

Si les parents, le tuteur ou le curateur ont sciemment consenti à la perpétration d'un acte criminel sur un enfant ou sur un incapable, ils peuvent être déclarés coupables soit d'avoir comploté ou conseillé de commettre un crime, soit d'avoir amené, incité, aidé ou encouragé quelqu'un à le commettre⁷⁰⁶. Il serait également nécessaire de vérifier si leur responsabilité criminelle est susceptible d'être engagée en vertu d'une loi concernant la protection des enfants soumis à des mauvais traitements⁷⁰⁷. Une telle loi pourrait s'appliquer, par exemple, s'ils ont consenti à ce qu'un enfant subisse des mauvais traitements, s'ils les

ont infligés eux-mêmes ou encore s'ils ont omis de signaler aux autorités compétentes qu'un enfant était l'objet de mauvais traitements⁷⁰⁸.

Conclusion

Le consentement est une notion complexe et générale qui est utilisée aussi bien en droit privé qu'en droit pénal. Il s'agit essentiellement d'un mécanisme juridique visant à protéger les droits à l'autonomie et à l'inviolabilité de la personne, dans la mesure où ces droits sont reconnus par la loi.

La relation médicale n'est qu'un des nombreux domaines où le consentement est pris en considération. Cependant, il s'agit là d'un domaine où se manifestent plusieurs des problèmes les plus épineux en la matière. En premier lieu, sur quels critères la loi se fonde-t-elle pour limiter les cas où une personne peut causer à autrui un dommage matériel ou moral? En deuxième lieu, étant donné le fossé qui sépare le médecin du patient sur les plans des connaissances, des émotions et des besoins, comment s'assurer de l'authenticité du consentement même lorsque celui-ci a été donné par un adulte normal et capable? En troisième lieu, lorsque cet écart se trouve «artificiellement» amplifié par le fait que le patient est incarcéré, interné ou encore particulièrement désavantagé sur le plan social, quel effet cela a-t-il sur le consentement? Que se passe-t-il lorsqu'il est impossible d'obtenir le consentement de la personne en cause et quelles sont les implications du consentement par procuration?

Pour répondre à toutes ces questions, il est nécessaire d'analyser en détail les objectifs de l'obligation d'obtenir le consentement et la manière dont le consentement permet de les atteindre, sur les plans des faits et du droit. On doit en outre vérifier si le consentement permet ou non d'atteindre les objectifs souhaités. Si le consentement est impossible à obtenir ou encore s'il ne permet pas d'atteindre les objectifs souhaités, on doit alors examiner si ces objectifs peuvent être atteints de quelque autre manière. Toutes les situations mettent en cause les droits, les obligations, les pouvoirs, les privilèges, les intérêts et les immunités qui sont propres au patient, au médecin ou à la collectivité. En établissant des règles de droit privé et de droit pénal et, plus particulièrement, en définissant les effets, la portée et les limites du consentement, on cherche à harmoniser tous ces éléments.

Après avoir formulé ces observations générales qui, à mon avis, traduisent la nécessité d'un changement et d'une mise à jour constante, je tiens maintenant à résumer les principales recommandations contenues dans cette étude.

A. Sur le plan conceptuel:

Il est recommandé —

1. Que les contrôles et les recours prévus par le droit pénal et par le droit civil soient maintenus en matière de consentement aux soins médicaux.
2. Que l'autonomie et l'inviolabilité soient reconnues comme étant deux droits distincts.
3. Qu'aux fins de l'analyse juridique et de l'établissement des précédents, la distinction soit faite entre la notion traditionnelle du consentement et la notion nouvelle du consentement éclairé. Cette dernière notion, étant plus large, englobera la première.
4. Que la distinction soit faite entre le consentement du patient au contrat médical et son consentement à l'acte médical.

B. Sur le plan pratique:

Il est recommandé —

1. Qu'en règle générale, il soit obligatoire d'obtenir le consentement éclairé du patient avant de pratiquer une intervention médicale. Cela signifie que le médecin doit fournir au patient tous les renseignements qu'une personne raisonnable voudrait obtenir, dans les mêmes circonstances, au sujet de la nature de l'intervention proposée et des risques qu'elle comporte. En outre, s'il sait qu'un patient souhaite obtenir certains renseignements, il doit les lui fournir. En général, moins l'intervention est indispensable et plus grands sont les risques, plus on est exigeant en ce qui concerne l'obligation d'informer le patient. Le médecin peut considérer le consentement comme valide lorsque le patient a compris manifestement et subjectivement les renseignements fournis.

2. Que la règle générale précitée puisse être limitée dans son application par la notion du «privilège thérapeutique». Cela signifie que, dans certains cas, la divulgation d'une partie ou de la totalité des renseignements requis en vertu de la règle générale peut nuire *en soi* à la santé physique ou mentale du patient. Pour être en mesure d'invoquer ce privilège, il ne suffit pas que la divulgation requise soit susceptible d'influer sur la décision du patient. Étant donné qu'il constitue une exception, ce privilège doit être interprété de manière stricte. En outre, étant donné qu'il représente une justification, il incombe à la personne qui s'en prévaut, soit le médecin, de prouver son applicabilité.
3. Que la divulgation des renseignements et l'obtention du consentement se fassent d'une manière, dans une langue et un contexte exempts, autant que possible, de tout élément de coercition. Sauf dans certaines circonstances très rares, la tromperie est généralement inadmissible. En outre, on doit constamment tenir compte du droit du patient à la vie privée et veiller à ce que ce droit soit respecté.
4. Que la nécessité d'informer le patient et l'obligation d'obtenir son consentement soient considérées comme des exigences continues.
5. Qu'on insiste sur le fait que la notion du consentement éclairé vise à protéger le patient.
6. Que, dans le cas où un patient refuse de subir un traitement alors que sa vie est en danger, la décision voulant que la loi n'oblige pas en l'espèce à obtenir son consentement soit une décision de principe. Que la défense de nécessité s'applique dans le cas d'une situation urgente où il est impossible d'obtenir un consentement.
7. Que le consentement à l'intervention médicale soit considéré comme une justification nécessaire mais non suffisante.
8. Que le consentement à toute intervention médicale importante soit obtenu par écrit en présence d'une tierce personne servant de témoin.
9. Qu'on reconnaisse qu'il existe un climat de contrainte inhérent à la relation médecin-patient et, plus particulièrement, à la relation médecin-mourant.
10. En matière de consentement aux interventions médicales sur des enfants:

- a) Que la règle du «mineur ayant atteint la maturité» soit définie clairement;
 - b) Que le terme «consentement par procuration» soit remplacé par l'autorisation ou la permission des parents;
 - c) Que, dans le cas d'un enfant auquel ne s'applique pas la règle du «mineur ayant atteint la maturité» les parents puissent consentir à ce qu'il subisse une intervention thérapeutique. L'enfant devrait avoir un droit d'objection ou de veto auquel les parents ne pourraient passer outre que s'ils sont justifiés de ce faire;
 - d) Que, sauf dans des circonstances extrêmement rares, les parents ne puissent pas consentir à ce que l'enfant subisse une intervention non thérapeutique ou encore à ce qu'il subisse une intervention comportant plus qu'un risque minimal et dont il n'est susceptible de tirer aucun avantage;
 - e) Qu'on accorde une protection particulière à l'enfant pris en charge par une institution lorsqu'il s'agit de consentir à ce qu'il subisse une intervention médicale.
11. En matière de consentement aux interventions médicales sur des foetus:
- a) Que, dans le cas d'une intervention thérapeutique, on applique les mêmes règles qu'en ce qui concerne les enfants dépourvus de discernement;
 - b) Que la mère puisse consentir à subir une intervention nécessaire à sa santé et ce, même si cette intervention n'est pas de caractère thérapeutique pour le foetus;
 - c) Que, dans tous les autres cas, les règles régissant le consentement tiennent compte du dilemme devant lequel est placée la mère et, vraisemblablement, le médecin engagé dans la recherche médicale.
12. En matière de consentement aux interventions médicales sur des handicapés mentaux:
- a) Qu'on ne soit tenu d'obtenir leur consentement que s'ils sont capables de le donner;
 - b) Que, dans le cas où l'handicapé mental est de fait incapable de consentir, on applique les mêmes règles qu'en

ce qui concerne les enfants dépourvus de discernement et les enfants pris en charge par une institution.

13. En ce qui concerne les interventions médicales sur des détenus:
 - a) Qu'on soit tenu d'obtenir le consentement éclairé du détenu, quelle que soit la nature de l'intervention médicale. Le détenu ne pourra être traité sans son consentement que dans le cas où la maladie dont il est atteint menace la santé ou le bien-être des autres détenus.
 - b) Qu'on soit tenu de prendre toutes les mesures nécessaires pour effacer l'influence contraignante qu'exercent sur le consentement du détenu l'incarcération et les privations dont il souffre.

Renvois

1. *Acte de l'Amérique du Nord britannique* 1867, 30-31 Victoria, c. 3.
2. J.S. Mill, «Utilitarianism, On Liberty, and Considerations on Representative Government», Londres; J.M. Dent & Sons Ltd., 1972, dans «On Liberty», aux pp. 71-72.
3. P. Devlin, «The Enforcement of Morals», Londres; Oxford University Press, 1965. Extraits réimprimés dans J. Katz (éd.), «Experimentation with Human Beings», New York; Russell Sage Foundation, 1972 (désigné ci-après sous le nom de «Katz (éd.)»), aux pp. 541-4.
4. Par exemple, E.D. Pellegrino, «Editorial: Protection of Patient's Rights and the Doctor-Patient Relationship», *Prev. Med.* 4(4)398 (1975), à la p. 399.
5. Voir L. Loevinger, «Jurimetrics: Science in Law» dans W.A. Thomas (éd), «Scientists in the Legal System. Tolerated Meddlers or Essential Contributors?», Michigan; Ann Arbor Science Publishers Inc., 1974, (désigné ci-après sous le nom de «Thomas (éd.)»), à la p. 7.
6. P.A. Freund, «Legal Frameworks for Human Experimentation», dans P. Freund ed., «Experimentation with Human Subjects», New York, George Braziller, 1970, (désigné ci-après sous le nom de «Freund (éd.)») p. 105 à la p. 106.
7. *Ibid.* La réserve étant que la loi doit équilibrer le droit de la personne au libre choix et à l'affirmation de sa volonté, afin de préserver son intégrité.
8. A.M. Capron, «Informed Consent in Catastrophic Disease Research and Treatment», (1974-75), 123 *University of Pennsylvania Law Review* 340, à la p. 428.
9. C. Fried, «Medical Experimentation: Personal Integrity and Social Policy», Amsterdam et Oxford; North Holland Publishing Co., 1974, à la p. 97.
10. Voir, par exemple, R.C. Fox, «Some Social and Cultural Factors in American Society Conducive to Medical Research on Human Subjects», réimprimé dans I. Ladimer et R.W. Newman (éds.), «Clinical Investigation in Medicine: Legal, Ethical and Moral Aspects», Boston; Law-Medicine Research Institute, Boston Univ., 1963 (désigné ci-après sous le nom de «Ladimer et Newman (éds.)») p. 81, à la p. 107.

11. A. Decocq, «Essai d'une théorie générale des droits sur la personne», Paris; Librairie générale de droit et de jurisprudence, R. Pichon et R. Durand, Auzias, 1960, au n° 12.
12. L. Kornprobst, «Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises», Paris; Flammarion, 1957, à la p. 254.
13. E. Nizsalovszky, «A Legal Approach to Organ transplantation and Some Other Extraordinary Medical Actions», Budapest; Akadémiai Kiado, 1974, p. 45 et ss.
14. Cela revient à se demander si les droits en général sont en soi autonomes, c'est-à-dire autodéterminants. Il s'agit en réalité de faire la distinction entre les «tenants du droit naturel» qui considèrent que les droits existent indépendamment de la volonté humaine, et les «positivistes» qui ne partagent pas cette opinion. En conséquence, on peut considérer l'autonomie comme un droit autonome influant sur l'autonomie de la personne.
15. 211 N.Y. 127, à la p. 129; 105 N.E. 92, à la p. 93 (1914).
16. W.L. Prosser, «Handbook of the Law of Torts», 4^e éd., Minnesota; West Publishing Co., 1971, à la p. 101.
17. P.D.G. Skegg, «A Justification for Medical Procedures Performed without Consent», (1974) 90 Law Quarterly Review 512, à la p. 514.
18. Voir, par exemple, B. Starkman, «Preliminary Study on Control of Life», document non publié, soumis en 1974 à la Commission de réforme du droit du Canada qui donne une liste de décisions relatives à des transfusions sanguines effectuées, aux États-Unis, sur des adultes non consentants.

I. Kennedy, «The Legal Effect of Requests by the Terminally Ill and Aged Not to Receive Further Treatment from Doctors», [1976] Criminal Law Review 217, qui affirme que le droit à l'autodétermination «est délimité de manière imprécise» lorsqu'il s'agit de refuser un traitement médical, à la p. 218.
19. R.G. Spece, «Notes: «Conditioning and Other Technologies Used to Treat?» «Rehabilitate?» «Demolish?» Prisoners and Mental Patients», (1972), 45 Southern California Law Review 616, à la p. 675.
20. Cette opinion est intéressante en ce qu'elle signifie que la personne a le droit fondamental *de refuser* le traitement en même temps que le pouvoir de renoncer à l'exercice de ce droit, et qu'elle a vraisemblablement un autre droit *distinct* de subir le traitement. Cette distinction nous amène à nous demander si ces droits se fondent sur les mêmes jugements de valeur ou encore, s'ils sont régis par les mêmes jugements de valeur.
21. J. G. Fleming, «The Law of Torts», 4^e éd., Australie; The Law Book Co. Ltd., 1971.
22. *Ibid.*, à la p. 80. Cette affirmation est susceptible d'être appuyée par la décision *Marshall v. Curry* (1933) 3 D.L.R. 260, où le juge en chef Chisholm déclare que dans «une situation d'extrême urgence qui ne pouvait pas être prévue . . . le chirurgien est tenu de faire tout ce qui est né-

cessaire pour sauver la vie ou préserver la santé du patient». En parvenant à cette conclusion, le juge s'est reporté à deux décisions de droit civil prises au Québec, à savoir *Parnell c. Springle* (1899) 5 Rev. de Jur. 74, et *Caron c. Gagnon* (1930) 68 C.S. Qué. 155, aux pp. 272-275). Il affirme que la jurisprudence qui existe [à ce propos] au Québec . . . peut très bien s'appliquer dans d'autres juridictions (à la p. 275). Cette déclaration est intéressante pour déterminer si, la common law et le droit civil adoptent une attitude différente vis-à-vis des valeurs relatives de l'autonomie et de l'inviolabilité (concernant cette dernière, voir *infra* aux pp. 8-10). En effet, elle suppose que leur attitude est la même tout au moins lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, il existe une situation médicale urgente et imprévue où le patient est incapable de donner son consentement.

23. J.G. Fleming, «Law of Torts», 5^e éd. Australie; Law Book Co., 1977, à la p. 81. L'auteur affirme que « . . . l'équilibre entre la préservation de la vie et l'autodétermination s'établit en autorisant [un] acte médical seulement lorsqu'il serait déraisonnable, et non seulement inopportun, de le retarder jusqu'à ce qu'il soit possible d'obtenir le consentement. On justifie l'acte non pas en attribuant, de manière fictive, au patient un consentement qu'il n'a évidemment pas donné, mais plutôt par l'obligation humanitaire de la profession médicale».

24. Voir *infra*, aux pp. 8-9.

25. Il est possible de résoudre les problèmes juridiques que pose l'autonomie dans un tel cas. Autrement dit, il est possible de respecter juridiquement ce principe, si ce n'est sur le plan du fond tout au moins sur le plan de la forme, au moyen soit du consentement implicite, soit de la notion de la nécessité. Voir P.D.G. Skegg, *supra*, à la note 17.

Veuillez également noter que dans la décision *Marshall v. Curry*, précitée à la note 22, le tribunal a expressément rejeté «le recours à la fiction . . . du consentement [implicite]».

26. J.G. Fleming, *op. cit.*, note 21, à la p. 81, note explicative n° 1.

27. J.G. Fleming, *op. cit.*, note 23, à la p. 81.

Il est intéressant de souligner cette différence entre les deux éditions de cet ouvrage car elle traduit l'incertitude du droit en la matière. Bien que les deux affirmations soient délibérément «vagues», elles partent de deux propositions opposées concernant ce que *peut* décider un tribunal.

28. Voir I. Kennedy, *supra*, à la note 18. On y trouve une analyse intéressante, accompagnée d'exemples concrets, des problèmes qui se posent sur les plans des faits et de la théorie, lorsqu'il s'agit de décider lequel de ces deux principes doit avoir préséance.

Voir aussi S.H. Imbus et B.E. Zawacki, «Autonomy for Burned Patients When Survival is Unprecedented», *NEJM* 297(6) 308 (1977).

Cet article fait l'objet de commentaires dans E.J. Cassell, «Editorial: Autonomy and Ethics in Action», *NEJM* 297(6) 333 (1977). Notez également que ce conflit atteint son paroxysme dans le débat sur l'euthanasie.

29. L. Kornprobst, *op. cit.*, note 12, à la p. 254.

30. Voir *infra*, à la p. 11 et ss.
31. Voir *supra*, p. 3 et note 2.
32. Voir *supra*, p. 7 et note 29.
33. Il est possible que cette attitude reflète la distinction rigoureuse et traditionnelle qu'établit la common law entre l'omission et la commission, le délit d'abstention et l'accomplissement incorrect d'un acte licite, lorsqu'il s'agit d'imposer un devoir ou une obligation. Dans les premiers cas, la common law n'intervient qu'exceptionnellement.
34. Voir *infra*, à la p. 47 et ss.
35. Cette loi a été adoptée le 23 déc. 1976. Voir, à ce sujet, l'article intitulé «The French Solution: Removing Cadaver Organs Without Family's Permission», *The Hastings Center Report* 7(3) 2 (1977).
36. Voir, par exemple, P.J. Doll, «Les problèmes juridiques posés par les prélèvements et les greffes d'organes en l'état actuel de la législation française», *J.C.P. 1.D.* 2168. R. Savatier, «Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains», *J.C.P.* 1969. 1. 2247.
À mon avis, cette justification n'élargissait pas le droit de consentir, elle permettait simplement à une défense ou à une fin de non recevoir, de s'appliquer aux fins de déterminer la responsabilité légale.
37. Voir *infra*, à la p. 47 et ss., pour une analyse des limites du droit de consentir.
38. Voir C.R. Burns et H.T. Engelhardt, «Introduction to a Symposium», *Texas Reports on Biology and Medicine* 32(1) p. ix, (1974), qui expriment la même idée.
39. P. L. Bereano, «Courts as Institutions for Assessing Technology», dans Thomas (éd.), *op. cit.*, note 5, p. 73, à la p. 77.
40. *Supra*, aux pp. 5-6 et 8-10.
41. P. Laget, «Expérimentation et médecine», dans «Le médecin face aux risques et à la responsabilité», textes recueillis par M. Eck, Paris; Fayard, 1968 (ci-après désigné sous le nom de «Eck (éd.)») p. 301, à la p. 311.
42. H. Jonas, «Philosophical Reflections on Experimenting with Human Subjects», dans Freund (éd.), *op. cit.*, note 6. p. 1, à la p. 3.
43. A. Mayrand, «L'inviolabilité de la personne humaine», Montréal; Wilson et Lafleur Ltée., 1975, au n° 3.
44. A. Decocq, *op. cit.*, note 11, au n° 12.
45. *Ibid.*
Voir aussi les n°s 516 et 517.
46. A. Mayrand, *op. cit.*, note 43, au n° 40.
47. R. & J. Savatier, J.M. Auby et H. Péquignot, «Traité de Droit Médical», Paris; Librairies Techniques, 1956, au n° 247.

48. R. Nerson, «L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil», (1970) 68 Revue Trimestrielle de Droit Civil. 661.
49. *Ibid.*, à la p. 672.
50. *Ibid.*
51. *Ibid.*, à la p. 676.
52. *Ibid.*, à la p. 675.
- 52a. Veuillez prendre note qu'à moins qu'on en dispose autrement ou encore, que le contexte indique clairement le contraire, l'expression «consentement éclairé» est prise dans son sens général et couvre toutes les conditions requises en matière de consentement, à savoir la capacité, le caractère volontaire et l'information adéquate.
53. Pour une analyse du devoir d'établir une relation de confiance dans les relations médicales, voir: *Radcliffe v. Price*, (1902) 18 T.L.R. 466; *Re C.H.G.* [1970] Ch. 574; [1970] 2 All ER 740; *Kenny v. Lockwood*, *infra*, note 62; *Hunter v. Brown*, 4 Wash. App. 899; 484 P. 2d 1162 (1971); *Dow v. Kaiser Foundation*, 12 Cal. App. 3d. 488; 90 Cal. Rpt. 747 (1970); *Natanson v. Kline*, 354 P. 2d 670; 350 P. 2d 1093 (Cour sup. de l'État du Kans. 1960); plus particulièrement le juge Schroeder, à la p. 1101.
54. Voir: *R. v. Clarence* (1888) 220 B.D. 23; J.G. Fleming, *op. cit.*, note 23, aux pp. 78-79; A. Roddey Holder, «Medical Malpractice Law», New York; John Wiley & Sons, 1975, aux pp. 227-8.
Voir aussi *infra*, aux pp. 40-41.
55. Il s'agit là d'un exemple qui montre comment l'obligation du médecin d'établir une relation de confiance peut se superposer à d'autres obligations, de manière à établir un éventail plus satisfaisant des obligations du médecin et à leur conférer plus d'importance. La relation de confiance sert alors de fondement et de justification à l'imposition de telles obligations. Cela montre donc l'importance de la reconnaissance et de l'adoption par la loi d'une telle relation de confiance dans les échanges médecin-patient.
56. Voir, par exemple, G. Boyer Chammard et P. Monzein, «La responsabilité médicale», Paris; Presses Universitaires de France, 1974, aux pp. 138-147 et à la p. 236, où ces deux auteurs citent deux décisions de la Cour de Cassation (l'une d'elles étant Cass. 27 janvier 1970, B. Civ. 1970. I, n° 37, 30), selon lesquelles, dans le domaine de la chirurgie esthétique, le médecin est dans l'obligation très stricte d'informer le patient de tous les risques; A.R. Holder, *op. cit.*, note 54, aux pp. 227-8.
57. Voir *infra*, à la p. 30 et ss.
58. Voir A.M. Capron, *supra*, note 8, aux pp. 367-9.
59. Voir, par exemple, J. Katz, «The Education of the Physician Investigator», dans Freund (éd.), *op. cit.*, note 6, p. 293, à la p. 306.
60. À noter également que la Haute Cour de l'Ontario a récemment déclaré, à deux reprises, qu'il s'agissait là de l'objet de l'obligation d'obtenir un consentement éclairé: voir, à ce propos, *Kelly v. Hazlett* (1977) 75

D.L.R. 3d. 536, à la p. 556; et *Reibl v. Hughes* (1977) 78 D.L.R. 3d. 35, à la p. 41.

61. Voir *supra*, aux pp. 5-6.
62. Pour une analyse de la notion du «privilege thérapeutique», voir: E.D. Pellegrino, *supra*, note 4, à la p. 339; B. Dickens, «Information for Consent in Human Experimentation», (1974) 24 University of Toronto Law Journal, 381, à la p. 395; G. Boyer Chammard et P. Monzein, *op. cit.*, note 56, aux pp. 134, 138-147, 150 et 236; X. Ryckmans et R. Meert-van de Put, «Les droits et les obligations des medecins», 2^e éd., tomes I & II, Bruxelles; Maison Ferdinand Larcier, S.A. 1971, tome 1, aux n^{os} 570-3; L. Kornprobst et S. Delphin, «Le contrat de soins medecaux», Paris; Sirey, 1960, au n^o 208; C. Fried, *op. cit.*, note 9, à la p. 21; H.W. Smith, «Therapeutic Privilege to Withhold Specific Diagnosis from Patient Sick with Serious or Fatal Illness», (1946) 19 Tennessee Law Review 349. Réimprimé en partie dans Katz (éd.), *op. cit.*, note 3, à la p. 677; N. Rice, «Informed Consent: The Illusion of Patient Choice», (1974) 23 Emory Law Journal 503, à la p. 506; J. Fletcher, «Human Experimentation: Ethics in the Consent Situation», (1967) 32 Law and Contemporary Problems 620, à la p. 640, lequel preconise l'adoption d'une regle «intermediaire» en matiere de dissimulation de l'information — consistant peut-être à informer un parent du patient ou un ami qui est medecin. L'adoption, par un tribunal, d'une telle façon de proceder est analysee par A. Meisel dans «The Expansion of Liability for Medical Accidents: From Negligence to Strict Liability by Way of Informed Consent», (1977) 56 Nebraska Law Rev. 1:51, à la p. 101, n.e. 147. Voir aux pp. 99-107 de cet article pour une excellente analyse du «privilege thérapeutique» en droit americain, et, notamment, de la question de savoir à qui incombe la responsabilite de prouver que ce privilege s'applique ou non. On y discute également du critere applicable pour decider si l'information peut être dissimulee; A.M. Capron, «Experimentation and Human Genetics: Problems of «Consent» dans A. Milunsky et G.J. Annas (éds.), «Genetics and the Law», New York; Plenum Press, 1976 (designé ci-apres sous le nom de «Milunsky et Annas (éds.)») p. 319, à la p. 322; H.L. Blumgart, «The Medical Framework for Viewing the Problem of Human Experimentation», dans Freund (éd.), *op. cit.*, note 6, p. 39, à la p. 48; R. Boucher *et al.*, «La responsabilite hospitaliere», (1974) 14 Cahiers de Droit 2:219, à la p. 473; P.S. Cassidy, «Cooper & Roberts: A «Reasonable Patient» Test for Informed Consent», (1973) 34 University of Pittsburgh Law Rev. 500, aux pp. 505-6, analyse les decisions judiciaires americaines où il est question du privilege thérapeutique.

«Notes: Restructuring Informed Consent, Legal Therapy for the Doctor-Patient Relationship», (1970) Yale Law Journal, 1532, aux pp. 1566-7, où on suggere une restructuration du privilege thérapeutique; *Male v. Hopmans* (1965) 54 D.L.R. 2d 592; conf. 64 D.L.R. 2d. 105; *Johnston v. Wellesley Hospital* (1970) D.L.R. 3d. 139; *Kenny v. Lockwood* [1932] 1 D.L.R. 507; *Salgo v. Leland Stanford Junior University Board Trustees* 317 P. 2d. 170 (Cal. 1957); *Cobbs v. Grant* 502 P. 2d. 1; 104 Cal. Rptr. 505 (1972); *Canterbury v. Spence* 464 F. 2d. 772 (C. d'appel dist. de Col. 1972); *Wilkinson v. Vesey* 295 A. 2d. 676 (1972).

63. À noter que dans les décisions *Halushka v. University of Saskatchewan* (1965) 53 D.L.R. 2d. 436 et *Hyman v. Jewish Chronic Diseases Hospital* 206 N.E. 2d 338 (1965), le tribunal a déclaré que le privilège thérapeutique ne s'appliquait pas dans le cas d'une intervention non thérapeutique.

Voir aussi N. Hershey et R.D. Miller, «Human Experimentation and the Law», Germantown, Maryland; Aspens Systems Corporation, 1976, à la p. 35; W.J. Curran, «Governmental Regulation of the Use of Human Subjects in Medical Research: The approach of Two Federal Agencies», dans Freund (éd.), *op. cit.*, note 6, p. 402, à la p. 426 et ss., qui examine la réglementation de la F.D.A. qui, aux États-Unis, régit l'utilisation expérimentale des médicaments et le consentement requis dans de telles situations (voir *infra*, à la note 80). D'après cette réglementation, le «privilège thérapeutique» ne s'applique tout au plus que dans le cas d'une intervention thérapeutique.

Pour une analyse de la réglementation qui existe à ce sujet, voir:

M.J. Bloom, «Non-therapeutic Medical Research involving Human Subjects», (1973) 24 Syracuse L. Review 1067, aux pp. 1080-81; M.F. Ratnoff, «Who Shall Decide When Doctors Disagree? A Review of the Legal Development of Informed Consent and the Implications of Proposed Law Review of Human Experimentation», (1975) 25 Case Western Reserve Law Review 472, à la p. 504 et ss.; W.J. Curran et E.D. Shapiro, «Law Medicine and Forensic Science», 2^e éd., Boston, Little Brown & Co., 1970, à la p. 595 et ss.; G.J. Annas, L.H. Glantz et B.F. Katz, «Informed Consent to Human Experimentation: The Subject's Dilemma», Cambridge, Massachusetts; Ballinger Publishing Co., 1977, à la p. 7.

64. 95 Eng. Rep. 860; 2 Wils, K.B. 362 (1767).
65. Le Code de Nuremberg a été rédigé par la poursuite au cours de l'affaire *United States v. Karl Brandt et al.* relative aux crimes de guerre nazis. *Trials of War Criminals Before Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10* (oct. 1946 - avril 1949) *The Medical Case*, Washington's United States Government Printing Office, 1947. Il est réimprimé dans W.J. Curran et E.D. Shapiro, *op. cit.*, note 62, à la p. 888.
66. Rapport annuel 1962-63 du Conseil de recherches médicales. Cmnd. 2382, Her Majesty's Stationery Office, Londres, 1964. Également réimprimé dans B.H.J. 1964.2.178.
67. Royal College of Physicians (Angleterre), rapport du «Committee on the Ethics of Clinical Research Investigations in Institutions», juillet 1973.
68. «AMA Ethical Guidelines for Clinical Investigation», texte adopté par le «House of Delegates» de l'American Medical Association, le 30 nov. 1966, Chicago; American Medical Association.
69. «Déclaration d'Helsinki. Recommandations destinées à guider les médecins dans les recherches biomédicales portant sur l'être humain». Adoptée lors de la 18^e Assemblée Médicale Mondiale tenue, en 1969, à Helsinki, Finlande. Modifiée lors de la 29^e Assemblée Médicale

Mondiale tenue, en 1975, à Tokyo, Japon. Publiée par l'Association Médicale Mondiale, 01210 Ferney-Voltaire, France.

- 69a. Conseil de recherches médicales, «Les aspects éthiques des recherches faisant appel à des sujets humains», Rapport n° 6, Ottawa; Approvisionnement et Services, 1978, (ci-après désigné sous le nom de «La déontologie de l'expérimentation chez l'humain»), à la p. 21.
70. 21 C.F.R. § 312.1.
71. Fed. Reg. 13 mars 1975; 40 F.R. 50 11854-5 45 C.F.R. § 46.3(c).
72. *Décret du 14 janvier 1974*. Extraits publiés dans *La Nouvelle Presse Médicale* 3(5) 265 (1974), à la p. 266. Publié intégralement dans «La responsabilité civile des médecins», V^e Colloque de Droit Européen organisé par la collaboration des Universités «Jean Moulin» et «Claude Bernard», Lyon, 3-5 juin 1975.
- Cette obligation est limitée par l'article 34 du *Code de déontologie médicale* (France), Décret n° 55-1591 du 28 novembre 1955, portant *Code de déontologie médicale* et remplaçant le règlement d'administration publique n° 47-1169 en date du 25 juin 1947, selon lequel «Un pronostic grave peut légitimement être dissimulé au malade. Un pronostic fatal ne peut lui être révélé qu'avec la plus grande circonspection, mais il doit l'être généralement à sa famille, à moins que le malade ait préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite».
- Cf. *Code d'éthique de la Corporation professionnelle des médecins du Québec*, 2^e édition (2^e réimpression), juin 1976. Ratifié, le 6 oct. 1971, par le Décret n° 3391, qui crée une obligation générale de divulguer un diagnostic grave ou fatal au patient qui demande à ce qu'il lui soit révélé, sauf lorsque la dissimulation est justifiée. Cette obligation est retenue dans le projet de règlement *Code Professionnel 1973 c. 43 Gazette Officielle du Québec*, 31 août 1977, 109^e année, n° 34, 4243-4255, à la p. 4247, 2.03.30.
73. Cf. Le médecin de Platon, dans «Laws», qui obtient un consentement éclairé — on réfère à A. Buisson, «Human Experimentation through the Ages», dans D.P. Flood (éd.), «Medical Experimentation on Man», A Cahier Laenac, M. Gerrard Carroll trad., Chicago; Henry Regnery Co., 1955, (désigné ci-après sous le nom de «Flood (éd.)»), à la p. 14.
74. G. Edgar, «Commentaire du Code de morale pour les hôpitaux», Montréal; Wilson & Lafleur, 1957, à la p. 34. Cette même idée était récemment préconisée par l'«American Surgical Association», dans l'«American Surgical Association Statement on Professional Liability», septembre 1976, *NEJM* 295(23) 1293 (1976), qui veut modifier les exigences relatives au consentement éclairé aux États-Unis, de sorte que le médecin ne soit tenu de fournir des explications que si le patient en fait la demande.
75. R. Boucher *et al.*, *supra*, note 62, à la p. 474.
76. (1974) C.S. 105. Citée *ibid.*, n.e. 181 et 185.
77. G. Boyer Chamard et P. Monzein, *op. cit.*, note 56, à la p. 133.

78. Ce point de vue peut être soutenu en se référant à: C. Blomquist, «A New Era in European Medical Ethics», *The Hastings Center Report* 6(2) 7 (1976); P. Lombard, P. Macaigne et B. Ondin, «Le médecin devant ses juges», Paris: éditions Robert Laffont, 1973, aux pp. 122 et 167, qui affirment que la jurisprudence américaine est encore aujourd'hui plus exigeante que la jurisprudence française en ce qui concerne l'obligation d'informer le patient; R.C. Fox, *supra*, note 10, à la p. 99, qui estime que les médecins américains donnent plus de renseignements aux patients que les médecins européens parce que le public aux États-Unis est mieux renseigné en matière médicale grâce aux mass-media.

J'ai parlé d'une manière générale de l'obligation d'informer le patient en common law. Cependant, les auteurs précités se réfèrent spécifiquement à la common law américaine qui reflète certainement la plus importante évolution de cette tendance, bien que celle-ci existe dans d'autres pays de common law. Cette tendance comporte deux aspects: la création d'une obligation d'informer et l'élaboration du contenu de cette obligation. C'est tout particulièrement sous ce dernier aspect que la plupart des pays de common law emboîtent le pas aux États américains. Voir, par exemple, la déclaration de W.F. Bowker «Experimentation on Humans and Gifts of Tissue: Articles 20-23 of the Civil Code», (1973) 19 *McGill Law Journal* 2:161, qui, après avoir analysé la jurisprudence, conclut qu'au Canada les médecins «ont un pouvoir discrétionnaire très large» lorsqu'il s'agit d'informer leurs patients (à la p. 169). A noter que l'auteur précise que ce pouvoir discrétionnaire ne s'étend pas aux expériences non thérapeutiques. A ce propos, il se fonde sur la décision *Halushka v. University of Saskatchewan*, citée *supra*, à la note 63. Selon lui, il n'est pas certain que ce pouvoir puisse s'appliquer aux expériences thérapeutiques sauf si on est en présence de circonstances vraiment exceptionnelles.

79. Voir la décision *Pedesky v. Blaiberg* 59, Cal. Rpt. 294 (Cal. 1967), où un tribunal de common law a déclaré que le médecin est tenu de s'assurer que le patient a bien compris les renseignements transmis.

En droit civil québécois, R. Boucher *et al.*, *supra*, note 62, à la p. 474, affirment que l'obligation d'informer le patient est une obligation de résultat «en ce sens que les renseignements donnés devraient avoir pour effet de permettre au patient de donner un consentement libre et éclairé. . . [L]e médecin . . . se devra de donner tous les renseignements nécessaires, toutes les explications suffisantes pour que le patient puisse comprendre la portée de l'acte auquel il consent». (C'est nous qui soulignons). L. Walters, «Some Ethical Issues in Research Involving Human Subjects», *Perspectives in Biology and Medicine* 20 (2) 193 (1977), à la p. 205, affirme que, dans le contexte d'une recherche, le choix du critère du «patient raisonnable» — c'est-à-dire l'utilisation d'un critère objectif pour déterminer à la fois la portée de la divulgation et le degré de compréhension des renseignements par le patient — ou le choix d'un critère fondé sur «les besoins du sujet» — c'est-à-dire l'utilisation, à cette fin, d'un critère subjectif «influera beaucoup sur la rigueur de l'obligation d'informer le patient».

80. Voir Conseil de recherches médicales, «La déontologie de l'expérimentation chez l'humain», *supra*, note 69a, à la p. 21, exigeant

qu'»[un] sujet [ait] accordé le consentement voulu . . . après avoir bien compris les renseignements. . .»; J.C. Garham, «Some observations on informed consent in non-therapeutic research» *J. Med. Ethics* 1(3) 138 (1975); A.M. Capron, «Informed Consent in Catastrophic Disease Research and Treatment», (1974-75) 123 *University of Pennsylvania Law Review* 340, à la p. 413; R. Boucher *et al.*, *supra*, à la note 62; W.G. Todd, «Non-Therapeutic Prison Research: An analysis of Potential Legal Remedies», 1975 *Albany Law Review*, 799, à la p. 810, n.e. 91. Celui-ci s'appuie sur la décision *Knecht v. Gillman*, 488 F. 2d. 1136 (8th Circ. 1973), lorsqu'il déclare que le patient doit avoir bien compris subjectivement les renseignements transmis pour qu'il y ait consentement éclairé; X. Ryckmans et R. Meert-van de Put, *op. cit.*, note 62, au n° 571; N. Hershey et R.D. Miller, *op. cit.*, note 63, à la p. 64, estiment, au sujet du consentement à la recherche médicale, que le conseil d'examen déontologique devrait, avant d'approuver une recherche, exiger que l'une ou l'autre des conditions ci-après soit remplie: soit que le sujet comprenne les renseignements, soit qu'il ait rejeté l'offre de lui fournir des renseignements; Cf. Réglementation du D.H.E.W., Fed. Reg., 23 août 1974, à la p. 30649, selon laquelle l'obligation de s'assurer que le patient comprend les renseignements transmis «va bien au delà des exigences relatives au consentement éclairé, étant donné que celles-ci sont généralement formulées par les tribunaux». Par ailleurs, on doit comparer cette affirmation avec la définition du consentement éclairé contenue dans cette réglementation (45 CFR § 46.3). Le consentement éclairé y est défini comme un consentement «donné en connaissance de cause» («knowing consent»). Il semble donc que, dans la première observation, le Secrétaire du D.H.E.W. parle du fait que la réglementation n'exige pas qu'on assure la compréhension, plutôt que du fait qu'elle n'exige pas qu'il y ait effectivement *compréhension* par le sujet. Le Code de Nuremberg, *supra*, note 65, au par. 1, précise que la personne «doit . . . avoir une *connaissance suffisante*. . . de manière à être en mesure de prendre une décision *juste et éclairée*». (C'est nous qui soulignons).

Cf. La Déclaration d'Helsinki, *supra*, note 69, à I Principes de base, par. 9, exige tout au plus que «le sujet éventuel . . . [soit] informé de manière adéquate . . . «et qu'on obtienne son» consentement éclairé».

Aux États-Unis, la réglementation de la F.D.A., à 21 C.F.R. § 310.102(b), exige que le patient soit informé «de manière à ce qu'il soit en mesure de décider s'il accepte ou non de prendre le médicament expérimental . . . ce qui signifie qu'avant d'accepter une décision affirmative de la part d'une telle personne, le chercheur doit tenir compte de sa capacité de *comprendre*». . . les renseignements qui doivent lui être divulgués.

Le National Health and Medical Research Council, «N.H.M.R.C. (Aust.) Statement on Human Experimentation», réimprimé dans le *Medical Journal of Australia*, 1966, (2) 325, exige que le sujet, le tuteur ou le curateur, selon le cas, *comprenne* la nature de l'expérience; J.R. Waltz et T.W. Scheuneman, «Informed Consent to Therapy», (1969) 64 *Northwestern Univ. Law Rev.* 628, réimprimé en partie dans Katz (éd.), *op. cit.*, note 3, p. 579 et ss. et p. 605 et ss., à la p. 580, affirment que l'obligation consiste à informer de telle manière qu'un homme (médecin) raisonnable estimerait que le patient a compris. Cependant,

ils sont d'avis qu'il ne s'agit pas d'une obligation absolue de s'assurer que le patient a bien compris.

81. Citée *supra*, note 60.
82. Citée *supra*, note 60.
83. *Kelly v. Hazlett*, citée *supra*, note 60, aux pp. 563-4.
84. *Reibl v. Hughes*, citée *supra*, note 60, à la p. 41 (C'est nous qui soulignons).
85. *Ibid*, à la p. 44 (C'est nous qui soulignons).
86. J.C. Garham, *supra*, note 80, a fait une expérience relative à l'obtention d'un consentement éclairé et il a conclu que, malgré tous ses efforts, il n'a pu obtenir un tel consentement que dans cinq cas sur quarante et un.

Voir aussi James Reed «Knowledge, Power, Man & Justice: Ethical Problems in Biomedical Research», *Can. J. Genet. Cytol.* 17:297 (1975), à la p. 300, qui affirme qu'en raison de la complexité croissante de la technologie médicale moderne, il est plus difficile à un profane, même instruit, de saisir la portée de tout ce qu'on lui dit.

87. A. Meisel, *supra*, note 62, à la p. 117, fait observer que si le rôle du consentement éclairé est de préserver le droit de la personne à l'autodétermination, y compris son droit de prendre des décisions «insensées», il s'agit alors de mettre l'accent exclusivement sur les renseignements donnés par le médecin. Si toutefois, son rôle est d'*assurer* une prise de décision rationnelle, on doit alors également s'occuper de la compréhension, par le patient, des renseignements transmis. Je suis d'avis que le consentement éclairé doit remplir ces deux rôles tout au moins dans le cas d'une intervention non thérapeutique.
88. A.M. Capron, *supra*, note 8, à la p. 414.
89. Voir, par exemple, *Natanson v. Kline*, citée *supra*, note 53, à la p. 465.
90. G. Boyer Chammard et P. Monzein, *op. cit.*, note 56, à la p. 150; L. Kornprobst et S. Delphin, *op. cit.*, note 62, au n° 208.

Royal College of Physicians (Angleterre), «Code Ethics», *supra*, note 67, à la p. 2, où on interdit aux médecins d'essayer d'obtenir le consentement à «une recherche bénéfique» lorsqu'il est inadéquat ou inhumain de ce faire.

Cobbs v. Grant, citée *supra*, note 62, à la p. 502, P. 2d., 12; 104 Cal. Rptr., 516. où on a jugé que le privilège s'appliquait dans le cas où «la divulgation aurait si sérieusement bouleversé le patient qu'il aurait été incapable de mesurer calmement et froidement les risques que comporte le refus de subir le traitement recommandé».

À noter que cette déclaration ne concerne pas le cas où les renseignements ne semblent pas susceptibles de «bouleverser si sérieusement le patient», mais peuvent l'amener à refuser le traitement. C'est là le privilège du patient et la justification du «privilège thérapeutique» ne s'applique pas dans de tels cas.

91. Voir, par exemple, B. Dickens, *supra*, note 62 à la p. 400. Cet auteur semble toutefois estimer que «l'intérêt public» peut, dans certains cas, justifier la dissimulation de certains renseignements». A moins que cela signifie que certains risques n'ont pas à être divulgués en raison de leur peu d'importance ou de leur manque d'intérêt, je me permets d'être en désaccord avec un tel point de vue. Même si on considère valide le recrutement de sujets d'expérience, j'estime que ceux-ci ont le droit de connaître toutes les raisons pour lesquelles ils sont recrutés. En évitant de leur divulguer ces raisons, on exploite les gens en les induisant en erreur. Il est plus conforme à leurs droits de les exploiter ouvertement même si cela va à l'encontre de leur volonté.
92. Voir A.R. Holder, *op. cit.*, note 54, à la p. 226, qui donne une liste de décisions selon lesquelles, lorsqu'on est en présence d'un traitement expérimental ou nouveau, on est tout au moins tenu d'avertir la personne intéressée qu'on ne connaît pas toutes les conséquences qui peuvent découler. Autrement dit, le «privilege thérapeutique» ne peut même pas s'appliquer, du moins à cet égard, dans le cas d'une recherche thérapeutique et il est possible qu'il ne puisse pas non plus s'appliquer dans le cas d'un nouveau traitement thérapeutique.
93. Voir J.R. Mason, «*Kaimowitz v. Department of Mental Health: A Right to be Free from Experimental Psychosurgery*», (1974) 54 Boston University Law Review 301, à la p. 317; J.R. Waltz: «The Liability of Physicians and Associated Personnel for Malpractice in Genetic Screening», dans «Milunsky et Annas (éds.)», *op. cit.*, note 62, à la p. 148; C. Fried, *op. cit.*, note 9, à la p. 20.
- Davies v. Wyeth Laboratory Inc.*, 399 F. 2d. 121 (9th Circ. 1968), la possibilité d'une chance sur un million de contracter la polio à la suite d'un vaccin destiné à immuniser le patient contre cette maladie a été jugée comme un élément important qui aurait dû être révélé.
- Voir *Canterbury v. Spence*, *supra*, note 62, aux pp. 786-7.
- Wilkinson v. Vesey*, *supra*, note 62, à la p. 689, pour une définition de ce qu'est un risque important. Il y a risque important lorsque le médecin sait ou devrait savoir qu'une personne raisonnable serait susceptible d'attacher de l'importance au risque en cause, au moment de décider de subir ou non le traitement proposé.
94. B. Dickens, *supra*, note 62, à la p. 395; G. Edsall, «A Positive Approach to the Problem of Human Experimentation», dans Freund (éd.), *op. cit.*, note 6, p. 276, à la p. 281. Celui-ci se réfère à un procès qui n'a pas fait l'objet d'un compte rendu. Il s'agit du procès engagé contre les deux médecins impliqués dans «l'affaire des cellules cancéreuses» (l'injection expérimentale de cellules cancéreuses vivantes dans des patients en gériatrie, à l'origine de l'affaire *Hyman v. Jewish Chronic Diseases Hospital*, *supra*, note 63) devant le New York Board of Regents, l'organe habilité à autoriser l'exercice de la profession médicale, lequel a suspendu avec sursis la licence des deux médecins en alléguant notamment qu'ils n'avaient pas le droit de dissimuler tout fait que le volontaire aurait pu considérer comme *pertinent*.
- «Notes: Yale L.J.», *supra*, note 62, aux pp. 1559-60.

95. G. Edsall, *ibid*, affirme qu'on doit donner, à chaque patient ou sujet de recherche, toutes les chances d'exercer son jugement. Il est donc nécessaire d'utiliser un critère subjectif si on veut qu'il dispose de toutes les chances possibles; A. Meisel, *supra*, note 62, à la p. 109 et n.e. 165, affirme que de nombreux auteurs «ont supposé que le critère subjectif s'appliquait». Il fait état ici d'un critère subjectif ou objectif servant à établir s'il y a un lien de causalité entre le préjudice subi et la dissimulation. Autrement dit, il s'agit de déterminer si, selon toute probabilité, le patient en cause (critère subjectif) ou un patient raisonnable (critère objectif) aurait modifié sa décision si les renseignements requis lui avaient été transmis. En toute logique, le même critère que celui servant à déterminer le lien de causalité doit être appliqué au moment même de la divulgation pour déterminer ce qui doit être divulgué même si, à l'heure actuelle, il est utilisé à un autre moment précédant la divulgation. Ainsi, selon cet argument, le critère subjectif, du point de vue du patient, servirait à déterminer le contenu de l'information requise lorsqu'on utilise un critère subjectif pour déterminer le lien de causalité.
96. *Halushka v. University of Saskatchewan*, *supra*, à la note 63.
Canterbury v. Spence, *supra*, note 62, aux pp. 790-1.
Cobbs v. Grant, *supra*, note 62, 502 P. 2d., à la p. 11; 104 Cal. Rptr., à la p. 515; J.R. Mason, *supra*, note 92, à la p. 317.
«Notes: Yale L.J.», *supra*, note 62, aux pp. 1559-60; J.R. Waltz et T.W. Scheuneman, *supra*, note 80, à la p. 640; Katz (éd.), à la p. 580.
97. Citée *supra*, à la note 62.
Voir aussi *Wilkinson v. Vesey*, *supra*, à la note 62.
Cf. *Karp v. Cooley and Liotta*, 349 F. Supp. 827 (S.D. Tex. 1972), 493 2d. 408 (Cour d'appel féd. 1974), où le critère applicable à la divulgation a été défini par le tribunal en fonction de ce qu'un médecin raisonnable donnerait comme renseignement. Il se peut que le cas rapporté dans le *Harvard Law Review*, intitulé «Physician's Duty to Warn. *Di Fillipo v. Preston* (Del. 1961)» (1962) 75 Harv. L.R., 1445, ait été à l'origine de cette évolution des tribunaux américains vers un «critère étranger au monde de la médecine». Il y est déclaré que l'obligation d'avertir devrait se fonder sur les besoins du patient et non sur la pratique médicale; J.A. Robertson, «Compensating Injured Research Subjects II The Law», *The Hastings Center Report* 6(6) 29 (1976) à la p. 31, affirme que le quart des États américains suivent l'exemple de la décision *Canterbury v. Spence* (*ibid.*).
98. Citée *supra*, à la note 60.
99. *Ibid*, à la p. 558.
100. *Ibid*, à la p. 565.
101. *Ibid*.
102. *Ibid*.
103. On ne sait pas exactement si c'est un critère subjectif ou objectif qui doit être utilisé pour déterminer si une divulgation de risques peut justifier

des poursuites pour voies de fait. Cependant, il est probable qu'on doive utiliser un critère objectif. Autrement dit, on doit divulguer les risques qu'un patient raisonnable considérerait comme «importants compte tenu de la nature et des caractéristiques de l'intervention», (*Kelly v. Hazlett, ibid.*, à la p. 558). Bien qu'un tel critère, fondé sur le patient raisonnable, ait été rejeté pour apprécier le degré de négligence nécessaire (*ibid.*, p. 565), celui-ci, ou encore le critère subjectif qui est plus complexe, doivent s'appliquer pour déterminer si la divulgation peut justifier des poursuites pour voies de fait, étant donné que le tribunal a jugé qu'en l'espèce, il n'était pas nécessaire de recourir à l'expertise médicale aux fins de la preuve. (à la p. 565).

Même si le tribunal ne le déclare pas expressément, il se peut que la distinction qui existe, sur le plan du contenu des renseignements, entre les deux catégories d'obligations d'obtenir le consentement, se fonde sur la distinction qui existe entre l'«ancien» et le «nouveau» droit. Dans l'ancien droit, la détermination de ce qui constitue un consentement suffisant pour repousser une accusation de voies de fait est moins complexe que le degré du consentement qui, en vertu du droit moderne en matière de négligence, est nécessaire pour décharger le médecin de toute responsabilité relative au défaut d'informer adéquatement le patient. Voir, par ailleurs, *McLean v. Weir, Goff and Royal Inland Hospital* [1977] 5 W.W.R. 609.

104. En fait, dans la décision elle-même, le juge a de la difficulté à classer le risque. D'une part, il parle «de la nature et des caractéristiques «substantielles» de l'intervention» (p. 558) et d'autre part, il parle des risques «secondaires» (p. 559), «spéciaux» (p. 564), «habituels» (p. 564) et «importants» (p. 559). Dans la décision *Reibl v. Hughes* (supra, note 60) M. le juge Haines ajoute expressément (à la p. 42) au critère énoncé, dans la décision *Kelly v. Hazlett* (aux pp. 558-9), au sujet de la classification des risques, que «ce n'est pas seulement la probabilité d'un risque mais la gravité de ses conséquences perceptibles qui permet de le caractériser comme un «élément intégrant de la nature et des caractéristiques de l'intervention». (*Kelly v. Hazlett, ibid.*)».

Ainsi, selon ces décisions, ce qui doit être révélé aux fins d'écarter toute responsabilité pour voies de fait diffère de ce qui doit être révélé pour respecter l'obligation d'apporter tous les soins voulus pour éviter une accusation de négligence. Dans ce dernier cas, il s'agit d'informer le patient des «risques particuliers qui font partie des connaissances particulières que le chirurgien (médecin) possède au sujet traitement projeté. La portée de cette obligation d'apporter tous les soins voulus se définit par l'évaluation, dans chaque cas, d'une gamme de facteurs étroitement liés comme, par exemple, l'existence d'une urgence exigeant un traitement immédiat, l'état émotif ou intellectuel du patient et sa capacité d'apprécier et d'affronter la situation en cause, la gravité des risques connus, du point de vue de leur possibilité et de la difficulté de les saisir». (*Reibl v. Hughes*, p. 42, c'est nous qui soulignons).

105. *Kelly v. Hazlett, ibid.*, à la p. 556.

106. *Ibid.*

107. L. Kornprobst, «Les orientations prises, depuis trente ans, par la jurisprudence en matière de responsabilités médicales (II)», *La Nouvelle Presse médicale* 2(28) 1874 (1973), à la p. 1875.

En ce qui concerne la situation qui existe au Québec, voir R. Boucher *et al.*, *supra*, note 62, à la p. 472 et ss., où le contenu de l'obligation d'informer semble identique à celui de l'obligation qui existe en common law. Cependant, elle comporte vraisemblablement des exceptions plus larges. Bien que les auteurs ne le déclarent pas expressément, on peut déduire que les faits qui doivent être divulgués sont appréciés selon le point de vue du patient: «le médecin . . . se devra de donner tous les renseignements nécessaires, toutes les explications suffisantes pour que le patient puisse comprendre la portée de l'acte auquel il consent». (à la p. 474. C'est nous qui soulignons). A mon avis, il s'agit de «la portée de l'acte» selon le point de vue du patient, et non selon celui du médecin. Dans ce cas, le patient doit recevoir les renseignements qu'il juge appropriés pour évaluer les conséquences ou, du moins, ceux qu'un «bon père (patient) de famille» considérerait comme tels et non seulement ceux qu'un médecin considérerait pertinents.

108. *Cour de Cass (civ.)* 21 fév. 1961, J.C.P. 1961.12129.
109. J. Vidal et J.-P. Carlotti, «Le consentement du malade à l'acte médical», dans «Premier congrès international de morale médicale. Rapports», Ordre National des médecins, Paris, 1955, à la p. 79.
110. H. et L. Mazeaud et A. Tunc, «Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle», 6^e éd. Paris; éditions Montchrestien, 1965, tomes I & II, dans le tome I, au n^o 511.
111. Pour un résumé de cette jurisprudence et des renvois à celle-ci, voir: L. Kornprobst, *op. cit.*, note 12, aux pp. 356-7.
112. Remarquer les termes «simple», «intelligible» et aussi, peut-être dans le même sens d'aider le patient à comprendre, «approximative» utilisés par la *Cour de Cassation. supra*, note 108, lorsqu'elle parle de l'information requise pour obtenir le consentement.
- Les conditions de subjectivité et de compréhension s'appliquent probablement aussi en droit québécois. Voir, par exemple, la citation de R. Boucher *et al.*, *supra*, à la note 107.
113. 26 App. Div. 2d. 693; 272. N.Y.S. 2d. 557 (Cour sup. 1966); décision renversée en partie dans 19 N.Y. 2d. 407; 227 N.E. 2d. 296 (1967).
114. J.R. Waltz et T.W. Scheuneman, *supra*, note 80, aux pp. 630-5; dans Katz (éd.), *op. cit.*, note 3, à la p. 605.
115. 42 U.S.L.W. 2063 (Circ. Ct., Comté de Wayne, Michigan 1973). Également publié dans W.H. Gaylin, J.S. Meisler et R.C. Neville (éds.), «Operating on the Mind (The Psychosurgery Conflict)» New York; Basic Books Inc. 1975 (désigné ci-après sous le nom de «Gaylin *et al.* (éds.)», à l'Annexe, p. 185 et ss.
- 115a. Les dispositions du D.H.E.W. et de la F.D.A. relatives à la portée de la divulgation requise de renseignements devraient être mises en parallèle avec celles qui ont été recommandées récemment par le Conseil de

recherches médicales du Canada, («La déontologie de l'expérimentation chez l'humain,» *supra*, note 69a, aux pp. 21-22), où il est déclaré que les renseignements, fournis devraient contenir «les détails sur:

- les interventions que subira le sujet, la liste des médicaments ou des radioisotopes;
- les risques, les effets secondaires et les malaises prévisibles;
- la nature de l'expérience, y compris les interventions déterminées au hasard et les incertitudes;
- les avantages possibles, tant pour le sujet lui-même que pour les autres, en précisant bien que ces avantages ne sont en rien assurés;
- le droit de changer d'avis et de se retirer à tout instant sans aucun préjudice;
- les précautions prises pour maintenir l'anonymat des personnes.

116. Fed. Reg. 13 mars 1975, 40 F.R. 50, 11854; 45 C.F.R. § 46.3(c).
117. 21 C.F.R. § 310.102(h), § 312.1.
118. Il y a eu une certaine discussion sur la question de savoir si on est tenu ou non, le cas échéant, de déclarer qu'il est possible de faire subir d'autres traitements *expérimentaux*. Voir: C. Fried, *op. cit.*, note 9, Introduction, à la p. 29; *Fortner v. Koch*, 272 Mich. 273; 261 N.W. 762 (1935). On peut considérer également le «non-traitement» comme une autre forme de traitement dont le patient doit être informé. A ce sujet, il est intéressant de constater que R. Boucher *et al* (*supra*, note 62, à la p. 485) déclarent qu'il existe une obligation d'informer le patient des conséquences du refus de subir le traitement. Même si les auteurs ne le suggèrent pas, cette obligation pourrait s'étendre à la divulgation des risques et des avantages d'un «non-traitement» quand ce dernier résulte de la décision du médecin plutôt que celle du patient lorsqu'il refuse, par exemple, de subir le traitement.
119. 21 C.F.R. § 310.102(h).
120. *Ibid.*
121. Voir, par exemple, W.R. Barclay, «Statement of the American Medical Association. Re: Human Experimentation» devant le *Subcommittee on Health, Committee on Labour and Public Welfare*, Sénat des États-Unis, le 8 mars 1973 (dont une copie a été fournie à l'auteur par l'American Medical Association), à la p. 2; N. Hershey et R.D. Miller, *op. cit.*, note 63, à la p. 33, qui interprètent la définition du D.H.E.W. comme n'exigeant que la divulgation des objectifs de l'intervention à laquelle on va procéder. Cependant, ils recommandent de divulguer spontanément au sujet l'objectif global de la recherche.
- L.A. Ebersold, «The University of Cincinnati Whole Body Radiation Study for Whose Benefit?», (1973-74) 15 Atomic Energy Law Journal 155. L'auteur analyse une situation où des personnes étaient soumises à des expériences d'anthroporadiation, vraisemblablement à des fins de défense et sans que cet objectif ne leur soit révélé. Cette situation est intéressante lorsqu'il s'agit de décider si la divulgation de l'objectif global doit être obligatoire et lorsqu'il est suggéré qu'elle le soit.
- B. Dickens, *supra*, note 62, à la p. 395, affirme qu'il s'agit de déterminer si le sujet doit approuver, dans leur intégralité, les objectifs et le plan

de la recherche ou s'il suffit qu'il ne consente qu'à la partie impliquant sa propre participation. Dickens établit une distinction entre le fait de donner au sujet des renseignements inacceptables, ce qui est inacceptable, et le fait de ne lui donner que les renseignements ayant trait à sa participation, ce qui, selon lui, est admissible.

122. Lorsque la recherche médicale ne se limite pas à des fins médicales, cela influe sur la justification morale de la recherche, laquelle dépend de la validité de l'objectif envisagé par rapport aux risques courus; il peut également être utile de connaître l'objectif global pour protéger adéquatement les sujets ou même pour les inciter à se protéger eux-mêmes. Voir l'étude, de la «U.S. National Commission», portant sur les recherches sur des sujets humains effectuées par l'«Intelligence Community», comme par exemple la United States Intelligence Agency (C.I.A.) [National Commission for the Protection of Human Subjects, «Summary of Minutes of Meeting July 8-9, 1977», certifié par K.J. Ryan, le 13 août 1977, à la p. 2, dito les 12-13 août 1977, à la p. 1], où il est affirmé que des mesures de protection spéciales comme «le second examen» et la nomination d'un «résident expert» qui est présenté aux sujets comme la personne à contacter en cas de préjudice, devraient être mises en oeuvre dans toutes les recherches de cette nature, étant donné qu'il peut arriver que, pour des motifs de sécurité, on ne révèle pas, l'identité du bailleur de fonds ou encore l'objectif de la recherche.
123. Rapport d'un Groupe scientifique de l'OMS, Org. mond. de la Santé, Série de Rapports techniques, 1968, n° 403, à la p. 19.

Une telle divulgation ne concernerait que le montant de rémunération que touche le chercheur, en sus de son salaire normal et ce, qu'il ait ou non effectué l'expérience.
124. Ce qui ne signifie pas qu'il est assuré d'être traité plus tard, étant donné que d'autres éléments qui n'ont rien à voir avec la volonté du médecin de prodiguer le traitement, peuvent alors indiquer que le traitement n'est pas souhaitable.
125. N. Hershey et R.D. Miller, *op. cit.*, note 63, aux pp. 62-3.
126. J.A. Robertson, *supra*, note 97, à la p. 30.

S'il n'existe aucune clause expresse dans le contrat de participation à l'expérience, le sujet n'aura droit à un dédommagement que s'il est possible de supposer l'existence d'une clause à cet effet à partir des circonstances, de la coutume ou de l'usage.
127. On doit éviter d'utiliser, intentionnellement ou non, des termes susceptibles d'induire en erreur. Par exemple, B. Gray: «Human Subjects in Medical Experimentation», New York; John Wiley & Sons, 1975, aux pp. 221-2, a découvert que le formulaire de consentement utilisé dans le cadre de la recherche expérimentale qu'il étudiait, n'utilisait pas le terme recherche et que les membres du personnel médical et paramédical employaient des euphémismes tels que «nouveau médicament» plutôt que «médicament expérimental», lorsqu'ils s'adressaient aux patients-sujets (à la p. 217).
128. N. Hershey et R.D. Miller, *op. cit.*, note 63, à la p. 39.

129. D.C. Martin, J.D. Arnold, T.F. Zimmerman, R.H. Richart, «Human Subjects in Clinical Research — A Report of Three Studies», *N.E.J.M.* 279 (26) 1426 (1968), à la p. 1427.
130. N. Hershey et R.D. Miller, *op. cit.*, note 63, aux pp. 33 et 63, recommandent que l'information soit donnée sous forme d'invitation à participer, afin d'éviter toute coercition.
131. L.C. Epstein et L. Lasagna, «Obtaining Informed Consent: Form or Substance», *Arch. Int. Med.* 123(6) 682 (1969), ont constaté que le degré de compréhension des renseignements par les sujets de recherche était inversement proportionnel à la longueur des formulaires de consentement utilisés, lesquels contenaient les renseignements essentiels à l'obtention d'un consentement éclairé; F.J. Ingelfinger, «Informed (but uneducated) Consent», *N.E.J.M.* 287(9) 465 (1972), à la p. 466.
132. B. Gray, *op. cit.*, note 127, à la p. 220.
133. *Ibid*, à la p. 220.
134. *Ibid*, à la p. 138.
135. B. Barber, J. Lally, J.L. Makarashka et D. Sullivan, «Research on Human Subjects (Problems on Social Control in Medical Experimentation)», New York; Russel Sage Foundation, 1973, à la p. 113.

Voir également H.O. Tiefel, «The Cost of Fetal Research: Ethical Considerations», *N.E.J.M.* 294(2) 85 (1976), à la p. 86, qui conclut qu'il est nécessaire au chercheur de s'identifier au sujet de manière à le considérer comme un être humain et, par conséquent, à le traiter comme tel. L'obtention du consentement vise notamment à provoquer cette identification du chercheur, de même qu'à permettre au sujet de s'identifier à la recherche ou de la rejeter, selon son choix. Par conséquent, si le chercheur n'obtient pas lui-même le consentement, une partie du mécanisme de protection du processus du consentement disparaît, bien qu'on doive vérifier le solde net de la protection fournie par le processus du consentement et tenir compte des possibilités de coercition que comporte l'obtention du consentement par le chercheur. En fait, je veux ici souligner que le consentement peut constituer un double processus d'identification: Celle du sujet avec l'expérience et celle du chercheur avec le sujet.

136. Il n'est pas en soi illogique de formuler une obligation qui ne peut être déléguée mais qui peut être exécutée par une autre personne étant donné que, dans de tels cas, c'est la responsabilité découlant de l'inexécution de l'obligation qui ne peut être déléguée et non l'exécution elle-même, bien que, dans certains cas, la loi ou une entente contractuelle puisse interdire la délégation de cette dernière. Conformément à cette analyse, les obligations qui ne peuvent être déléguées et dont il est question ici, sont celle d'obtenir un consentement éclairé qui ne peut pas être déléguée sur le plan de la responsabilité uniquement, et celle d'assurer l'obtention d'un consentement éclairé, laquelle ne peut être déléguée tant sur le plan de la responsabilité que sur celui de son exécution.
137. R. Slovenko: «Commentary: On Psychosurgery», *The Hastings Center Report*, 5(5) 19 (1975), à la p. 21.

138. Voir R. Boucher *et al.*, *supra*, note 62, à la p. 475, qui citent la décision *Pincovsky v. Tessier* (1930) 36 R.L. 327; B. Dickens, *supra*, note 62, à la p. 402. Cet auteur parle en outre du caractère continu de l'obligation de divulguer les nouveaux éléments qui surgissent en matière de risques. Étant donné que le sujet consent à une intervention visant un objectif précis, il doit être informé de toute modification de cet objectif si on veut que son consentement demeure valide (aux pp. 403-4).

C. Fried, *op. cit.*, note 9, aux pp. 24, 34-35; N. Hershey et R.D. Miller, *op. cit.*, note 63, à la p. 150.

- 138a. Voir, par exemple, Conseil de recherches médicales du Canada, «La déontologie de l'expérimentation chez l'humain», *supra*, note 69a, à la p. 25.

139. Voir *Johnston v. Wellesley Hospital*, *supra*, note 62, pour une analyse de la façon dont la common law aborde la question du lien de causalité dans les cas où il y a eu dissimulation de renseignements.

140. D. Giesen, «La responsabilité par rapport aux nouveaux traitements et aux expérimentations», dans «La responsabilité civile des médecins», *op. cit.*, note 72, p. 63, à la p. 69 (notes explicatives omises).

141. Cet argument s'apparente au concept de la «perte d'une chance de guérir» qu'on trouve en jurisprudence française. Ce concept peut se définir comme l'obligation du médecin de ne faire perdre au patient aucune chance, qu'il aurait autrement, de guérir ou de survivre. Voir P. Lombard *et al.*, *op. cit.*, note 78, à la p. 14 et ss. Un lien de causalité doit nécessairement exister entre la dissimulation des renseignements par le médecin et le préjudice subi par le patient, pour que la responsabilité du médecin soit engagée. A ce propos, certaines décisions américaines indiquent que le jury (l'arbitre des faits) doit déterminer ce qu'une personne prudente, placée dans la même situation que le patient, aurait décidé si elle avait été informée adéquatement. Il n'existe alors un lien de causalité que si sa décision aurait été différente de celle qu'il a prise.

Cobbs v. Grant, *supra*, à la note 62; *Canterbury v. Spence*, *supra*, à la note 62; *Fogel v. Genesee Hospital*, 344 N.Y.S. 2d. 552 (1973); *Cooper v. Roberts*, 286 A. 2d. 647 (1971).

Il s'agit de déterminer objectivement si le patient aurait refusé sa participation si on lui avait donné tous les renseignements requis. En d'autres termes, la dissimulation des renseignements doit être à l'origine de sa décision de participer, alors qu'une divulgation adéquate aurait, objectivement parlant, entraîné son refus de participer. Cette *décision de participer* est alors considérée sous l'angle du préjudice et non sous celui du risque qui a résulté et qui quantifie plutôt le préjudice.

Les tribunaux anglais abordent de la même façon la question du lien de causalité dans les «cas où il y a eu dissimulation de renseignements». Voir, par exemple, *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* [1957] 1 W.L.R. 582; [1957] 2 All E.R. 118.

Lorsqu'on parle de la «perte d'une chance», on aborde la situation sous un autre angle. Autrement dit, le préjudice consiste en la *perte d'une chance de ne pas participer* et il existe quelle que soit la décision du

patient adéquatement informé. En fait, la dissimulation de renseignements a comme résultat d'engager une responsabilité stricte ou une responsabilité découlant des risques, ce qui, à mon avis, est souhaitable du moins lorsqu'il n'existe aucun motif thérapeutique de pratiquer l'intervention, ou lorsque l'intervention est expérimentale, et peut-être même dans le cas d'une intervention purement thérapeutique, étant donné que le médecin peut toujours, lorsque cela est approprié, se fonder sur la justification du «privilege thérapeutique».

142. P. Lombard *et al.*, *op. cit.*, note 78, à la p. 165.

À remarquer que j'ai suggéré d'aborder, sous l'angle de la «perte d'une chance», la dissimulation des renseignements par le médecin, même si les auteurs français ne l'ont pas encore fait. Cette notion a évolué dans le domaine de «la faute médicale» au sens plus traditionnel de négligence dans l'accomplissement d'un acte médical, comme par exemple l'administration d'un traitement de qualité inférieure à la normale qui est alors décrit comme la cause de la perte d'une chance de recevoir un traitement adéquat.

143. Cf. L. Kornprobst et S. Delphin, *op. cit.*, note 62, au n° 231 qui affirment qu'en l'absence de consentement, c'est le médecin qui assume les risques du traitement. Cependant, la dissimulation des renseignements ne peut donner lieu à des poursuites que si le traitement échoue, c'est-à-dire que s'il y a des dommages. Il en résulte que dans les mêmes circonstances, le résultat global serait le même aux États-Unis et en France, la seule différence étant que la réclamation intervient à des moments différents. Aux États-Unis, on n'accorderait probablement que des dommages nominaux pour voies de fait, dans le cas d'un traitement couronné de succès et prodigué sans consentement.

Dans un tel cas, le droit français ne prévoit aucune réclamation. Mais dans les deux cas, si le traitement échoue, il semble possible de réclamer des dommages-intérêts pourvu qu'on prouve l'existence d'un lien de causalité. Voir la discussion sur ce point, *supra*, à la note 141.

G. Boyer Chammard et P. Monzein, *op. cit.*, note 56, à la p. 139, déclarent que le médecin qui a agi sans consentement ne peut être tenu responsable s'il ressort qu'il a agi dans l'intérêt du patient; R. Boucher *et al.*, *supra*, note 62, à la p. 478, analysent la situation qui existe au Québec. Ils déclarent qu'il y a faute pour le médecin d'agir sans consentement mais cette faute doit être la cause d'un préjudice pour que sa responsabilité soit engagée. Cependant, il semble que le fait de soumettre une personne à un risque auquel elle n'a pas consenti, ne constitue pas en soi un préjudice. A ce propos, il convient de citer une décision importante rendue au Québec. Il s'agit de la décision *Beausoleil v. Communauté des Soeurs de la Charité de la Providence* [1965] B.R. 37 où les juges Casey et Owen sont d'avis que même en l'absence de faute de sa part, le médecin qui ignore la volonté du patient prend le risque d'avoir à indemniser le patient si son intervention donne des mauvais résultats. Sur le plan des faits toutefois, on peut interpréter cette décision comme ne s'appliquant que lorsque le médecin agit *contre* la volonté expresse du patient et non en l'absence du consentement de ce dernier. Dans cette décision la majorité semble soutenir que parce

que le médecin n'est assujéti qu'à une obligation de «moyens», il n'est pas responsable de tous les risques qui résultent de l'acte non autorisé par le patient. À mon avis, l'obligation de moyens qui doit s'appliquer en l'espèce concerne l'obligation d'informer et bien que le même genre d'obligation puisse également s'appliquer au traitement donné, cela n'est d'aucune importance à ce stade. J'estime en outre que si le médecin n'a pas fait preuve de toute la *diligence nécessaire pour informer* le patient, on peut quantifier le préjudice qui s'ensuit en appréciant les complications médicales qui résultent de l'intervention, même celles qui surgissent indépendamment de la faute du médecin.

144. P. Lombard *et al.*, *op. cit.*, note 78, aux pp. 167-8.

On peut expliquer cette façon dont la common law aborde la question en supposant qu'elle applique, à l'information, un concept semblable à celui de la «perte d'une chance». Autrement dit, le patient doit avoir toutes les chances de choisir, ce qui est conforme au principe fondamental de l'autonomie et de l'autodétermination. Par comparaison le droit civil accorde plus de latitude au médecin qu'au patient en ce qui concerne le choix du traitement (ce qui est certainement exact sur le plan historique) mais il est davantage enclin à reconnaître la responsabilité à un stade ultérieur, au moment où il détermine que le patient a perdu, non pas une chance de choisir comme c'est le cas en common law, mais une chance de guérir, ce qui est plus conforme au maintien du principe de l'inviolabilité destiné à protéger la santé et le bien-être de la personne plutôt que son autonomie (voir *supra*, aux pp. 4-8).

145. R. Miller et H.S. Willner, «The Two-Part Consent Form», *NEJM* 290(17) 964 (1974), à la p. 965.

Voir également Fed. Reg. 14 jan. 1977, 3089, où il est rapporté que le *Clinical Research Centre for Vaccine Development* (États-Unis) exige que les sujets volontaires passent un examen destiné à évaluer leur compréhension des renseignements relatifs à la recherche, avant qu'on leur administre un vaccin expérimental.

146. N. Hershey et R.D. Miller, *op. cit.*, note 63, à la p. 41.

147. B. Gray, *op. cit.*, note 127, à la p. 200.

148. Fed. Reg. 23 août 1974, 39 F.R. 165 30653;45 C.F.R. §46.305. Supprimé par Fed. Reg. 9 août 1975, 33527, sur recommandation de la «United States National Commission», *supra*, note 37, chapitre I.

149. Voir la déclaration du Comité déontologique de l'American Heart Association, «Ethical Considerations of the Left Ventricular Assist Device», *JAMA* 235(8) 823 (1976).

Voir aussi la Déclaration d'Helsinki, *supra*, note 69, I. Principes de base, par. 10, où on est d'avis qu'un médecin, non engagé dans l'expérience en cause et complètement étranger à la relation médecin-sujet, peut obtenir le consentement.

150. Au sujet de cette dernière question, voir J. Viret, «L'expérimentation clinique. Quelques réflexions sur l'aspect juridique du problème», *Revue Médicale de la Suisse Romande* 89(9) 911 (1969), à la p. 915, qui affirme

que l'information doit être simplifiée et formulée dans un langage courant et compréhensible. C'est pourquoi le médecin ne devrait recourir qu'à «une caricature de la vérité».

151. Par exemple dans *Lotspeich v. Chance Vought Aircraft Corporation* 369 S.W. 2d 705 (Tex. 1963), un examen médical de pré-embauchage, comprenant une radiographie de la poitrine, a permis de déterminer que la requérante était alors atteinte de la tuberculose. Toutefois, ce n'est que trois années plus tard que cette dernière a pris connaissance de cet état de choses. Le tribunal a jugé qu'étant donné l'absence d'une relation médecin-patient, on était tenu de révéler le diagnostic, non pas à la requérante, mais plutôt à l'employeur qui a ordonné l'examen.

Voir aussi *Candler v. Crane Christmas and Co.* [1951] 2 K.B. 164, par le juge L. Denning, à la p. 183.

152. M. Hemphill, «Pre-testing for Huntington's Disease. An Overview», *The Hastings Center Report* 3(3) 12 (1973); F.R. Freemon, «Pre-testing for Huntington's Disease, Another view», *The Hastings Center Report* 3(4) 13 (1973).

Ces auteurs parlaient précisément du dilemme que pose le dépistage de la chorée d'Huntington qu'est une maladie héréditaire incurable qui peut être détectée à un âge relativement jeune. Celle-ci se caractérise par un dérèglement mental et une perte de coordination physique qui vont en s'aggravant, et elle entraîne le décès à l'âge mûr.

Voir aussi l'article 34 du *Code de Déontologie* (France), *supra*, note 72, auquel se rallie la méthode que j'ai suggérée.

Article 14 du *Code d'éthique de la Corporation professionnelle des médecins du Québec*, *supra*, à la note 72.

O. Enjolas, «Morale traditionnelle et progrès en génétique», *La Nouvelle Presse médicale* 2(13) 865 (1973).

153. Voir, par exemple, B.L. Kaiser, «Patients' Rights of Access to their Own Medical Records: The Need for New Law», (1975) 24 *Buffalo Law Rev.* 2:317.

A noter qu'aux termes de l'article 11 du *Public Hospitals Act* (Ontario), R.S.O. 1970, c. 378 «le dossier médical préparé dans un hôpital à l'intention du patient qui y séjourne ou du patient en consultation externe demeure la propriété de l'hôpital . . .» (C'est nous qui soulignons).

154. *Code de la Santé publique* (France), article R5120.

155. U.S.C. § 552.

156. *Washington Research Project Inc. v. D.H.E.W.* 504 F. 2d 238, *cert. refusé* 421 U.S. 963 (1975).

157. Voir aussi: *Report and Recommendations of the United States National Commission on «Disclosure of Information under the Freedom of Information Act»*, Publication du D.H.E.W. n° (05) 77-0003, aux pp. 7-12, 22-4.

- 157a. *Supra*, à la note 155.

158. L.Q. 1971, c. 48, modifiée par L.Q. 1973, c. 38; L.Q. 1974, c. 42; projets de loi n^{os} 36 et 86 (1975); projet de loi n^o 10 (1977).
159. *Ibid.*, article 7.
160. J.M. Gustafson, «Ain't Nobody Gonna Cut on My Head!», *The Hastings Center Report* 5(1) 49 (1975), aux pp. 49-50.
161. H.K. Beecher, «Consent in Clinical Experimentation – Myth and Reality», *J.A.M.A.* 195(1) 124 (1966).
162. E.B. Brody, «The Right to Know. On the Freedom of Medical Information», *Journal of Nervous and Mental Diseases* 161(2) 73 (1975), à la p. 76.
163. Cf., A.M. Capron, *supra*, note 62, à la p. 321, lequel affirme que l'objectif de la loi en exigeant le consentement est de protéger le «bien-être» de la personne. Le terme «bien-être» est peut-être utilisé ici comme synonyme d'«autoprotection» ou encore il se pourrait qu'il s'entende également du droit à l'autodétermination même lorsqu'on ne l'exerce pas pour assurer sa propre protection.
164. H. Jonas, *supra*, note 42, à la p. 19.
165. P.A. Crépeau, «Le consentement du mineur en matière de soins et traitements médicaux ou chirurgicaux selon le droit civil canadien», (1974) 52 *Rev. du Barr. du Can.* 247, à la p. 256; cf., H.K. Beecher, *supra*, à la note 161, qui considère que la principale valeur du consentement réside dans le fait que le patient sait alors ce dans quoi il s'engage. En sachant qu'il s'engage, par exemple, dans une expérience, il est alors en mesure de refuser sa participation (p. 124). En abordant la question sous cet angle, on part du principe que le consentement est un «mythe» et, en conséquence, que la volonté formelle dont parlent Crépeau et Jonas est impossible. En conséquence, l'avantage du consentement n'est pas tant de permettre à quelqu'un de participer volontairement, mais de lui permettre de *refuser* de participer. Il en résulte donc qu'il y a «consentement» lorsqu'il y a apparence de consentement et lorsque le consentement n'a pas été refusé après qu'on ait tenté adéquatement de l'obtenir.
166. Voir W.H.V. Rogers, «Winfield and Jolowicz on Tort», 10^e éd., Londres; Sweet et Maxwell, 1975 (désigné ci-après sous le nom de «Winfield et Jolowicz»), à la p. 614.
167. *Ibid.*
168. Voir *Christopherson v. Bare* (1848) 11 Q.B. 473, à la p. 477, où il a été décidé que l'absence de consentement doit porter sur l'ensemble du litige et elle ne doit pas être considérée comme un élément de justification à faire valoir dans le cadre d'un plaidoyer de «*confession and avoidance*». J.G. Fleming, *op. cit.*, note 23, à la p. 77, n.e. 24.
- 168a. Le fait que le défendeur admette l'acte ne constitue pas un plaidoyer de «*confession and avoidance*» étant donné que l'acte ne constitue pas en soi une faute que celui-ci peut avouer lorsqu'il y a eu consentement.

169. Ainsi, lorsqu'il invoque le consentement comme moyen de défense, le défendeur est limité par la capacité du demandeur de consentir à l'acte en question. Il se peut que l'intérêt public ou encore l'ordre public et les bonnes moeurs apportent des limites à la commission de cet acte.
170. J. Paquin, «Morale et Médecine», Montréal; Immaculée Conception, 1955, à la p. 354.
171. G.J. Annas et L.H. Glantz, «Psychosurgery: The Laws Response», (1974) 54 Boston University Law Review, à la p. 254.
172. Dans une situation urgente, il peut y avoir une exception à la nécessité de la délégation du pouvoir du patient au médecin et au cas où on peut considérer que le médecin possède un pouvoir d'«intervention» conféré par le patient lui-même, plus particulièrement, lorsque, comme c'est le cas dans certain pays, le médecin peut intervenir contre la volonté du patient.
173. T.A. Shannon, «The Problem of Interests and Loyalties: Ethical Dilemmas in Obtaining Informed Consent», Bioethics Digest 1:1 (1976).
174. *Ibid.*, aux pp. 4-5.
175. *Ibid.*, à la p. 5.
176. *Ibid.*
177. *Ibid.*, à la p. 7.
178. *Ibid.*, à la p. 2.
179. Voir, par exemple, J. Katz, *supra*, note 59, à la p. 306.
180. C.H. Baron, M. Botsford et C.F. Cole, «Live Organ and Tissue Transplants from Minor Donors in Massachusetts», (1975) 55 Boston Univ. Law Rev. 2:159, à la p. 168.
181. A.M. Capron, *supra*, note 80, à la p. 349.
182. Voir W.E. May, «Proxy Consent to Human Experimentation», Linacre Quarterly 43(2) 73 (1976).
183. À remarquer que l'expression «contre leur volonté» dans *shaping them against their will* n'a pas nécessairement la même signification que l'expression «sans consentement». On agit sans le consentement mais non contre la volonté d'une personne lorsque l'acte en cause aurait respecté la volonté de cette dernière si elle avait pu l'exprimer. Par ailleurs, on peut agir sans consentement lorsque la personne en cause n'a pas la capacité juridique de consentir, mais non contre sa volonté lorsque celle-ci a la capacité de fait et qu'elle s'en est servi pour exprimer sa volonté. Dans le premier cas, la légalité de l'acte repose sur des exceptions ou des implications relatives au consentement et non pas à la volonté. Dans le dernier cas, une «lacune» devrait vraisemblablement s'interpréter comme une présomption qu'une personne agit contre la volonté d'une autre personne. Autrement dit, celui qui n'a pas donné à la personne ayant la capacité de fait de choisir l'occasion de faire son choix est présumé avoir agi contre la volonté de cette personne du seul fait qu'il

ne l'ait pas consultée. Le point de savoir si cela est justifié dans certaines circonstances est une question distincte et secondaire.

184. I. Berlin, «Four Essays on Liberty», Londres; Oxford University Press, 1969, à la p. 138.
185. P. Freund, *supra*, note 6, à la p. xvi et à la p. 114.
Voir également H.K. Beecher, *supra*, note 161, qui parle du «*mythe*» du consentement éclairé, un terme à forte connotation de symbolisme.
186. P. Freund, *ibid.*, à la p. xvii.
187. *Supra*, à la note 115.
188. Examiné par V.C. Heldman, «Behavior Modification and Other Legal Imbroglis of Human Experimentation», (1974) 52 *Journal of Urban Law* 155, à la p. 164 et ss.
189. G. Calabresi, «Reflections on Medical Experimentation in Humans», dans Freund (éd.), *op. cit.*, note 6, p. 178, à la p. 195.
190. Voir G. Calabresi, «The Cost of Accidents — A Legal and Economic Analysis», New Haven; Yale University Press, 1970.
191. J.F. Childress, «Compensating Injured Research Subjects: I. The Moral Argument», *The Hastings Center Report* 6(6) 21 (1976).
192. Voir aussi H. Jonas, *supra*, note 42, aux pp. 14, 15 et 17 qui parle du consentement comme étant la «condition minimale non négociable» pour pouvoir puiser à même les réserves d'abnégation d'une personne.
193. A.M. Capron, «Legal Considerations Affecting Clinical Pharmacologic Studies in Children», *Clinical Research* 21(2) 141 (1973), à la p. 146.
Il est intéressant de constater que Capron utilise le terme «suffer» dans sa description de l'objectif du consentement éclairé, laquelle se lit comme suit: «To assure that one *suffers* only those risks he has chosen». (C'est nous qui soulignons). Cette description connote également un élément de sacrifice même si elle est énoncée d'une manière positive plutôt que négative en ce sens qu'elle met davantage l'accent sur le droit au choix que sur le sacrifice en cause.
194. Par exemple, voir R. McCormick, «Experimentation in Children: Sharing in Sociality», *The Hastings Center Report* 6(6) 41 (1976), à la p. 46.
195. Par exemple, A.M. Capron, *supra*, note 8, à la p. 349; F. Rosner, «Modern Medicine, Religion and Law», *New York State J. Med.* 75(5) 758 (1975), à la p. 759.
196. W.E. May, *supra*, note 182, aux pp. 79-80.
Voir aussi I. Berlin, *op. cit.*, note 184, à la p. 156, qui décrit le processus de l'identification personnelle de la manière suivante: «ma personnalité est inséparable de mes rapports avec les autres et des attributs de ma personne qui dépendent de leur attitude à mon égard».
197. J. Fletcher, *supra*, note 62, à la p. 644.
198. *Ibid.*, à la p. 633.

199. Voir H.O. Tiefel, *supra*, à la note 135; B. Barber *et al.*, *op. cit.*, note 135, à la p. 113.
200. H. Jonas, *supra*, note 42, à la p. 19.
201. P. Ramsay, «The Ethics of a Cottage Industry in an Age of Community and Research Medicine», *NEJM* 284(13) 700 (1971), à la p. 705.
202. P. Ramsay, «The Patient as a Person — Explorations in Medical Ethics», New Haven, Yale University Press, 1970, à la p. 5.
203. T. Parsons, «Research with Human Subjects and the «Professional Complex», dans Freund (éd.), *op. cit.*, note 6, p. 116, aux pp. 132-5.
204. B. Gray, *op. cit.*, note 127, à la p. 239.
205. Voir S. Siegel, «A bias for life», *The Hastings Center Report* 5(3) 23 (1975), à la p. 25.
206. G. Edsall, *supra*, note 94, à la p. 282.
207. R. Slovenko, *supra*, note 349, à la p. 21.
208. A. Meisel, *supra*, note 325, aux pp. 107-113, 123-132.
209. Voir *Kaimowitz v. Department of Mental Health for the State of Michigan*, *supra*, note 115, aux pp. 194-200 et 204 où le tribunal a refusé de permettre qu'un handicapé mental subisse une intervention psychochirurgicale, étant donné notamment que le consentement du sujet était nécessaire et qu'il était impossible de l'obtenir.
210. Voir, par exemple, le *California Penal Code* (Supp. 1975) § 2670.5(b): «La personne . . . qui n'a pas la capacité de donner un consentement éclairé ne peut subir une intervention psychochirurgicale».
211. Voir B. Dickens, *supra*, note 62, à la p. 387.
212. Comité déontologique de l'American Heart Association, «Ethical Implications of Investigations in Seriously and Critically Ill Patients» *Circulation* 50(6) 1063 (1974), à la p. 1068. Étant donné le ton adopté par le comité dans sa déclaration ultérieure, *supra*, à la note 461a, la critique formulée dans mon observation nécessite probablement une modification.
213. W. Wolfensberger, «Ethical Issues in Research with Human Subjects», *155 Science* 47 (1967), aux pp. 50-51. Également réimprimé dans Katz (éd.), *op. cit.*, note 3, p. 923, à la p. 924.
214. Voir *infra*, à la p. 41 et ss.
215. Voir G.J. Annas, L.H. Glantz, B.F. Katz, *op. cit.*, note 171, à la p. 49. Ces auteurs citent un sociologue qui estime que l'application de normes irréalistes à la recherche médicale notamment n'engendre que du cynisme.
216. Fed. Reg. 13 mars 1975; 40 F.R. 50, 11854; 45 C.F.R. § 46.3(c). A noter que cette définition emprunte de nombreux éléments au Code de Nuremberg et à la Déclaration d'Helsinki. Elle est par conséquent, d'intérêt général.

217. Fed. Reg. 23 août 1974, 39 F.R. 165, 30655; 45 C.F.R. § 46.501(b).
218. Fed. Reg. 13 mars 1975; 40 F.R. 50, 11854; 45 C.F.R. § 46.2(b)(3). (C'est nous qui soulignons).
219. *Ibid.*, 40 F.R. 50, 11856; 45 C.F.R. § 46.9 (C'est nous qui soulignons).
220. «A Submission to the Medical Research Council [Canada]: The University of Toronto's Experience with the Review of Research Involving Human Subjects», par T.C. Clark, Directeur, le 3 février 1977, à la p. 2. (l'accès à ce document nous a été possible grâce aux auteurs et au Conseil de recherches médicales).
221. *Ibid.*, aux pp. 2-3.
222. Voir *supra*, à la p. 24.
223. Cf. T. Parsons, *supra*, note 203, à la p. 135. Celui-ci déclare que l'expérience médicale a lieu dans le cadre d'un complexe associatif volontaire et le plus important moyen de protection de l'individu son droit de démissionner de ce complexe. Il semblerait que cela suppose non seulement l'accomplissement d'un acte formel mais également l'existence de certaines obligations relatives à la procédure de démission.
- Voir également R. Boucher *et al.*, *supra*, note 62, à la p. 485, qui affirme qu'au Québec le patient conserve, en tout temps, «son droit de refuser», compte tenu de l'article 19 du Code civil de la province de Québec qui prévoit que la personne humaine est inviolable. L'article 20 de ce Code reconnaît expressément un droit de révocation aux donneurs d'organes transplantation et aux sujets d'expérience.
224. A.M. Capron, *supra*, note 8, à la p. 364.
225. Il peut y avoir une exception à l'existence d'une relation contractuelle lorsque le médecin était justifié d'administrer le traitement contre la volonté expresse du patient et lorsqu'il était raisonnablement impossible de supposer l'existence d'un contrat.
- Voir P.D.H. Skegg, *supra*, à la note 17; J. Penneau, «Faute et erreur en matière de responsabilité médicale», Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Anzias, 1973, à la p. 15. Celui-ci affirme qu'en droit français, ce n'est qu'en l'absence de tout consentement qu'un acte devient un délit, puisqu'un acte fondé sur un consentement entaché d'un vice tombe sous le régime de la responsabilité contractuelle.
226. Voir L. Kornprobst et S. Delphin, *op. cit.*, note 62, aux n^{os} 16, 113 et 114.
227. Voir A.G. Guest (éd.), «Anson's Law of Contract», 24^e éd., Oxford; Clarendon Press, 1975, (ci-après désigné sous le nom de «Anson»), aux pp. 5-6.
- Par comparaison, le «consensus ad idem» est apprécié d'une façon plus subjective en droit civil. Voir J.-L. Baudouin «Les Obligations», Montréal, Les Presses de l'université de Montréal, 1970, aux n^{os} 71-79. Si le consentement à un contrat fait appel à un critère objectif comme c'est le

cas en common law, cela peut alors expliquer la nécessité d'élaborer la notion du consentement éclairé au traitement, laquelle comporte un critère subjectif. En outre, cela explique vraisemblablement pourquoi la notion du consentement éclairé a été élaborée plus tôt et plus en profondeur en common law.

228. V.C. Heldman, *supra*, note 188, à la p. 169, estime que le recours des tribunaux américains à des motifs d'ordre constitutionnel pour interdire ou autoriser des interventions médicales, indique qu'ils délaissent les théories contractuelles rigoureuses sur les droits pour prendre en considération les droits de la personne.

Cf. A. Mayrand, *op. cit.*, note 43, au n° 41. Celui-ci suppose qu'en ce qui concerne la capacité tout au moins, les mêmes règles s'appliquent tant au consentement nécessaire à la formation d'un contrat, qu'à celui requis pour l'application du principe du respect de l'inviolabilité: «Celui qui est incapable de contracter ne pouvant consentir valablement à ce que l'on porte atteinte à sa personne. . .», ce qui semble confiner dans un cadre entièrement contractuel les droits en cause dans une situation médicale.

On doit admettre que l'établissement d'un fondement plus général de ces droits ne règle en rien le problème de savoir lequel des droits fondamentaux que possède le patient en tant qu'être humain, a prédominance lorsque deux ou plusieurs de ces droits entrent en conflit. J'ai affirmé que, selon moi, le règlement d'un tel conflit impliquait un jugement de valeur et que les valeurs du patient devraient prédominer, sans oublier toutefois qu'on ne peut abuser de ces droits, c'est-à-dire qu'on ne peut les utiliser à d'autres fins que celles qu'ils visent, comme par exemple le fait d'invoquer le droit à l'inviolabilité pour éviter de subir un traitement destiné à sauver la vie.

229. W. Prosser, *op. cit.*, note 16, à la 103.
230. Voir «Anson», *op. cit.*, note 227, aux pp. 8-18, pour un bref historique de l'évolution des contrats en common law.
231. J.F. Toole, «Informed Consent», *Circulation* 48(1) 1 (1973).
232. Ici j'examine seulement la *possibilité* d'obtenir un consentement éclairé. C'est une tout autre question que d'examiner la faisabilité d'assurer l'obtention d'un consentement éclairé de personne à personne dans des programmes de dépistage génétique sur grande échelle par exemple. (Voir J. Fletcher, R. Roblin et T. Powledge, «Informed Consent in Genetic Screening Programs», *Birth Defects* 10(6) 137 (1974), à la p. 138. La distinction se situe entre la possibilité et la faisabilité.
233. H.K. Beecher, *supra*, à la note 161.
234. H.K. Beecher, «Some Fallacies and Errors in the Application of the Principle of Consent in Human Experimentation», *Clinical Pharmacology and Therapeutics* 3(2) 141 (1962). Réimprimé dans Ladimer et Newman (éds.), *op. cit.*, note 10, p. 133, à la p. 137.
235. L. Portes, «À la recherche d'une éthique médicale», «Du consentement du malade à l'acte médical», Paris; Masson, 1954, aux pp. 83-84.

236. *Ibid.*

Remarque: Sur le plan historique, il est intéressant de se demander si Beecher connaissait la description de Portes selon laquelle le consentement est une «notion mythique», laquelle a été publiée douze années avant l'expression la plus citée de Beecher: le «mythe» du consentement éclairé.

237. E.D. Pellegrino, «Humanism in Human Experimentation: Some notes on the investigator's fiduciary role», *Tex. Rep. Bil. and Med.* 32 (1) 311 (1974), à la p. 316.

238. F.J. Ingelfinger, *supra*, à la note 131.

239. F.J. Ingelfinger, *ibid.*, interprète ainsi l'exigence d'obtenir un consentement «éclairé» comme étant respectée même lorsqu'il y a un manque de compréhension des renseignements donnés. Voir *supra*, aux pp. 15-16, pour une analyse de la question de la compréhension. La capacité juridique ne repose que sur la possibilité de comprendre, et non pas sur la compréhension effective. Un patient ou un sujet pourrait donc avoir la capacité juridique sans qu'il comprenne les renseignements donnés.

240. M.J. Vidal et J.P. Carlotti, *supra*, note 109, à la p. 83.

241. Ainsi en ce qui concerne la notion du «double consentement» examinée plus haut (*supra*, aux pp. 39-40), Vidal et Carlotti estiment qu'il est nécessaire d'obtenir un consentement libre et clair au contrat médical et non pas nécessairement au traitement donné en vertu de ce contrat.

242. Pour des exemples d'une telle opinion, voir: Comité déontologique de l'American Heart Association», *supra*, à la note 212;

J.F. Toole, *supra*, à la note 231.

243. Voir *supra*, aux pp. 3-10.

244. R. McCormick, «Proxy Consent in the Experimentation Situation», *Perspectives in Biology and Medicine* 18(1) 2 (1974), à la p. 3.

245. Voir C. Fried, *op. cit.*, note 9, à la p. 21; Cf. P.D.G. Skegg, *supra*, note 17, aux pp. 513-4, qui soutient que de telles suppositions relatives au consentement sont factices et que la justification des interventions d'urgence devrait plutôt se fonder sur la notion de la «nécessité».

Voir également J.G. Fleming, qui, dans l'édition antérieure de son ouvrage, *op. cit.*, note 21, à la p. 78, considérait que la justification d'une intervention d'urgence se fonde non pas sur un consentement implicite, mais sur «la préservation de la vie», laquelle justification a été remplacée, dans la dernière édition, *op. cit.*, note 23, à la p. 81, par «l'obligation humanitaire de la profession médicale».

Cf. C. Ryckmans et R. Meert-van de Put, *op. cit.*, note 62, au n° 569, qui affirment qu'il n'est pas nécessaire d'obtenir le consentement lorsque le traitement ne comporte aucun danger. Autrement dit, on fait la distinction entre le consentement au traitement et le consentement aux risques, et on suppose que le consentement n'est nécessaire que dans le deuxième cas.

Voir également P.J. Doll, *supra*, note 36, au n° 41, qui soutient que dans une situation d'urgence, il existe une notion de «tentative autorisée», qui est un motif suffisant pour justifier l'intervention bien qu'apparemment, cela ne revienne pas à supposer l'existence du consentement «libre et clair» normalement requis.

246. Voir, L. René, «Risque et responsabilité en chirurgie», dans «Le médecin face aux risques et à la responsabilité», textes recueillis par M. Eck, Paris, 1968, (désigné ci-après sous le nom de Eck (éd.)), aux pp. 242-3, qui affirme que le consentement n'est pas nécessaire lorsqu'il est humainement impossible de l'obtenir; X. Ryckmans et R. Meert-van de Put, *ibid.*, aux n°s 570 et 572, admettent le «privilege thérapeutique» et l'urgence d'une situation comme une justification d'agir sans consentement; R. Boucher *et al*, *supra*, note 62, aux pp. 477, 479 et ss., analysent la décision *Beausoleil* (citée *supra*, à la note 143) et montrent qu'au Québec, il n'est pas certain qu'on puisse légitimement passer outre à la volonté du patient. Ils concluent (à la p. 485) qu'un médecin ne peut probablement pas forcer un patient adulte et capable à recevoir des soins qu'il refuse; Cf. A. Mayrand, *op. cit.*, note 43, au n° 38 qui soutient que cela est justifié lorsqu'il y va de la vie du patient. Il admet cependant que la situation n'est pas claire au Québec; L. Kornprobst, «Peut-on admettre un refus de transfusion sanguine par convictions religieuses?», *La Nouvelle Presse Médicale* 3(19) 1262 (1974), affirme que le fait de sauver le patient contre son gré ne constitue pas un préjudice et que, par conséquent, un tel acte ne peut pas donner lieu à des poursuites en justice. R. Piédelièvre et E. Fournier, «Médecine légale», Paris; Ballière, 1963, tomes I et II, dans le tome I, à la p. 103, affirment que, sur le plan strictement juridique, le patient peut refuser un traitement.
247. D.A. Frenkel, «Consent of Incompetents (i.e. Minors and the Mentally Ill) to Medical Treatment», texte non publié, présenté lors du Troisième Congrès Mondial sur le Droit Médical, tenu à Gand, Belgique, du 19 au 23 août 1973, à la p. 3. L'auteur cite deux décisions américaines, à savoir *Erikson v. Dilgard* 252 N.Y.S. 2d. 705, et *In re Brook's Estate* 32 Ill. 2d. 361; 205 N.E. 2d. 435 (1965), lesquelles maintiennent le droit du patient de refuser un traitement destiné à lui sauver la vie, et démontrent, à titre de corollaire, que le consentement est toujours nécessaire lorsque le patient peut le donner. Cependant, il affirme que ces décisions contreviennent à la règle générale selon laquelle le patient ne peut pas refuser un traitement destiné à lui sauver la vie.
- J.R. Mason, *supra*, note 93, à la p. 327, n.e. 146, fait valoir que le consentement n'est pas toujours nécessaire puisque les juges peuvent ordonner qu'un traitement urgent soit prodigué sans consentement.
- Application of President Directors of Georgetown College* 331 F. 2d. 1000 (D.C. Cir.), certiorari refusé dans 377 U.S. 978 (1964), où le tribunal a ordonné une transfusion sur une femme adulte capable malgré le refus de cette dernière d'accorder son consentement.
- Cf., *In re Brook's Estate*, l'une des décisions citées plus haut par Frenkel, où le tribunal a décidé que l'ordre d'un tribunal itinérant (*circuit court*) d'effectuer une transfusion sanguine contre la volonté d'un patient adulte et capable était inconstitutionnel parce qu'il va l'encontre

de la liberté religieuse.

Voir aussi *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, *supra*, à la note 15.

248. Pour des exemples de déclarations selon lesquelles le consentement est nécessaire pour toute recherche médicale, voir: Déclaration d'Helsinki, *supra*, note 69, I. Principes de base, au par. 9; D.J. Whalan, «The Ethics and Morality of Clinical Trials in Man», *Medical Journal of Australia* 1(16) 491 (1975), à la p. 493; I. Ladimer, «Ethical and Legal Aspects of Research on Human Beings», dans Ladimer et Newman (éds.), *op. cit.*, note 10, p. 179, à la p. 503. Il s'agit là d'un extrait d'un article de I. Ladimer, intitulé «Ethical and Legal Aspects of Medical Research on Human Beings», publié intégralement dans (1954) 3 *Journal of Public Law* 467; G. Calabresi, *supra*, note 189, à la p. 195; Conseil des Arts du Canada, Rapport du Groupe consultatif de déontologie, «Au sujet de la recherche impliquant des sujets humains», mai 1976; Cf. A. Decocq, *op. cit.*, note 4, au n° 334, qui tente de démontrer qu'il peut y avoir faute de la part du patient lorsque ce dernier refuse de subir un traitement expérimental nécessaire sur le plan thérapeutique, lorsqu'on sait que ce traitement est sans danger. Cela peut signifier que le consentement n'est pas nécessaire dans une telle situation qui, selon ce juriste, est très rare, voire inexistante.
249. La formulation de cette exigence, la plus universellement acceptée, est contenue dans la Déclaration d'Helsinki, *ibid*.
- Voir également le rapport du Conseil de recherches médicales (Royaume-Uni), *supra*, à la note 66, selon lequel le consentement est indispensable en recherche non thérapeutique; Royal College of Physicians Committee (Royaume-Uni), *supra*, note 67, à la p. 2; J.F. Childress, *supra*, note 191, à la p. 25.
250. C. Blomquist, «Ethical Guidelines for Biomedical Research», *Annals Clinical Research* 7(6) 291 (1975), à la p. 293.
251. M.B. Visscher, «Ethical Constraints and Imperatives in Medical Research», Illinois, Charles C. Thomas, 1975, à la p. 25.
252. Conseil de recherches médicales du Canada, «La déontologie de l'expérimentation chez l'humain», *supra*, note 69a, à la p. 25. Veuillez toutefois prendre note que la disposition contenue dans ce Code va plus loin que l'utilisation des renseignements déjà obtenus au sujet d'une personne, en autorisant l'utilisation du reste «d'échantillons . . . utilisés pour fins de diagnostic ou de traitement, de tissus prélevés au cours d'interventions chirurgicales ou de renseignements consignés dans des registres ou entreposés dans des banques de données . . . à des fins de recherche».

Déclaration du Conseil de recherches médicales (Royaume-Uni), «Responsibility in the Use of Medical Information for Research», *B.M.J.* 1973.(1).213. L'utilisation de tels renseignements doit se conformer à certaines garanties. Cependant, ces garanties ne comprennent pas le droit, pour le patient, de s'opposer à l'utilisation de son dossier.

J.A. Baldwin, J. I. Eft et J.K. Wing, «Confidentiality of Psychiatric Data

in Medical Information Systems», *British J. Psychiatry* 128:477 (1976), à la p. 423.

253. Selon la réglementation du D.H.E.W., 45 C.F.R. § 46.3, une telle recherche épidémiologique ou rétrospective serait considérée comme une recherche sur des êtres humains nécessitant l'obtention d'un consentement éclairé.

Voir aussi N. Hershey et R.D. Miller, *op. cit.*, note 63, à la p. 17, qui affirment qu'une recherche n'est pas nécessairement un processus «d'interaction»; l'étude d'êtres humains à travers une glace d'observation, par l'enregistrement magnétique de leurs conversations ou par l'examen de leur dossier peut être qualifiée de recherche . . .».

254. Par exemple, B. Dickens, *supra*, note 62, à la p. 397.
255. M.D. Eilenberg, R. Williams et L.J. Witts, «New Horizons in Medical Ethics: Research Investigation in Adults», *B.M.J.* 2(860) 220 (1973), à la p. 223. Ceux-ci affirment qu'un comité d'examen déontologique, au Northwick Park Hospital (Middlesex) possède une liste d'«interventions mineures» où le médecin n'a pas besoin de demander le consentement étant donné que cela ne pourrait qu'indisposer davantage le patient».
256. Fed. Reg. 13 mars 1975, 40 F.R. 50, 11856; 45 C.F.R. § 46.10(c). Il s'agit là d'une interprétation possible mais probablement injuste de cet article, lorsqu'on le lit dans le contexte global de la réglementation.
257. On peut distinguer les exceptions d'ordre thérapeutique où le consentement n'est pas nécessairement requis à cet égard, étant donné qu'en l'espèce, la personne n'est pas utilisée dans un but qui lui est extrinsèque puisqu'il s'agit de son propre objectif. En conséquence, la poursuite de cet objectif intrinsèque, avec ou sans le consentement d'une personne, ne constitue pas une *utilisation* de cette dernière.
258. C. Fried, *op. cit.*, note 9, à la p. 23.
- 258a. Par exemple, lorsqu'une personne est porteuse d'une maladie infectieuse grave sans pour autant en souffrir.
259. Voir W. Modell, «Let Each New Patient be a Complete Experience», dans Ladimer et Newman (éds.), *op. cit.*, note 10, p. 73, à la p. 77; F.J. Ingelfinger, «Those «Ingredients Most Used by Doctors», *NEJM* 295(11) 616 (1976); P.L. Bereano, *supra*, note 39, à la p. 88, affirme que lorsque le tribunal doit faire une évaluation de la technologie pour déterminer les intérêts des parties en litige, celui-ci doit prendre en considération les conséquences qui en résulteront sur les intérêts diffus et nombreux des *tierces parties*; D.S. Greenberg, «Drug Advertising on T.V.: A New Inquiry», *N.E.J.M.* 294(17) 963 (1976).

Voir également et comparer: S.C. Schoenbaum, B.J. McNeil et J. Kaver, «The Swine-Influenza Decision», *N.E.J.M.* 295(14) 759 (1976), pour une analyse d'un programme de vaccination contre la grippe porcine qui démontre que les «non-sujets», c'est-à-dire les gens qui ne participent pas au programme de vaccination, peuvent profiter directement de la participation des sujets, étant donné que celle-ci réduit les risques d'une

épidémie où ils seraient plus susceptibles de contracter la maladie en cause.

260. A.B. Hill, «Medical Ethics and Controlled Trials», B.M.J. 1963.1.1043, à la p. 1046.
261. *Supra*, à la p. 30 et ss.
262. X. Ryckmans et R. Meert-van de Put, *op. cit.*, note 62, au n° 595.
263. J.R. Waltz et T.W. Scheuneman, *supra*, note 80, dans Katz (éd.), à la p. 604.
264. A. Decocq, *op. cit.*, note 4, au n° 369.
265. J.K. Wing, «The Ethics of Clinical Trials», *Journal of Medical Ethics*, 1975:1:174.
266. J. Hamburger, «Protection of Donor Rights in Renal Transplantation», dans V. Fatturoso (éd.), «Biomedical Science and the Dilemma of Human Experimentation», Paris. Conseil pour les Organisations Internationales des Sciences Médicales, 1967, à la p. 44. Réimprimé dans Katz (éd.), *op. cit.*, note 3, à la p. 621.
267. E. Cahn, «Drug Experiments and the Public Conscience», dans Paul Talalay (éd.), «Drugs in our Society» Baltimore; The John Hopkins Press. 1964, à la p. 255. Réimprimé en partie dans Katz (éd.), *ibid.*, à la p. 721.
268. A.M. Capron, *supra*, note 8, à la p. 373.
269. Il n'y a pas de doute qu'une personne ne peut pas consentir à s'exposer à la mort ou à subir un préjudice grave, mais la détermination de ce qui est raisonnable constitue, dans une certaine mesure, un jugement de valeur. Par exemple, on peut se demander si le risque pris dans l'affaire *Halushka* (cit. *supra*, à la note 63), c'est-à-dire celui relatif au cathétérisme cardiaque et à l'anesthésie générale, avait été parfaitement révélé et si le consentement avait été obtenu, et si, objectivement parlant, ce risque aurait été raisonnable ou non.
270. T.A. Shannon, *supra*, note 173, à la p. 2.
271. Voir par exemple: *Marshall v. Curry* [1933] 3 D.L.R. 266; 60 Can. C.C. 136 (C.S.N.-É); *Mulloy v. Hop Sang* [1935] 1 W.W.R. 714 (c. d'appel Sask.); *Murray v. McMurchy* [1949] 2 D.L.R. 442; 1 N.W.R. 989 (C.-B.); *Cour de Cass.*, 15 mars 1966 J.C.P. 64.4.67;
Trib. Civ. Seine, 25 janv. 1949, Gaz. Pal. 1949.1.217; H.M. Street, «The Law and Torts», 6^e éd., Londres, Butterworths, 1976, à la p. 75, n.c. 4. Celui-ci affirme qu'en Angleterre, il existe une rareté frappante de litiges portant sur le consentement dans les relations médicales, et l'une des très rares décisions en la matière est l'affaire *Beatty v. Illingworth* (1896) *British Medical Journal*, 21 nov. 1896, à la p. 1525; *Mohr v. Williams* 104 N.W. 12 (Minn. 1905); *Kennedy v. Parrot* 90 S.F. 2d. 754 (C.N. 1956); *Dufresne v. X* [1961] C.S. 119 (Qué.); H.P. Green et A.M. Capron, «Issues of Law and Public Policy in Genetic Screening», *Birth Defects: Original Article Series*, 10(6) 57 (1974), à la p. 65; J.G. Fleming, *op. cit.*, note 23, chapitre I, à la p. 81.

272. Voir F.H. Beale, «Consent in the Criminal Law», (1895) 8 Harvard Law Review 317. Dans les pays de common law, il y a eu un débat sur la question de savoir si le consentement à un acte criminel constitue ou non une fin de non-recevoir contre une action civile visant à obtenir des dommages-intérêts pour le préjudice subi. D'une part, on estime que l'autorisation d'intenter une action civile a un effet préventif et d'autre part, on est d'avis que la personne qui a participé volontairement à la commission d'un acte criminel ne devrait pas avoir droit à un dédommagement; J.G. Fleming, *ibid.*, aux pp. 80-81, celui-ci analyse la décision *Matthew v. Ollerton* (1693) Comb. 218, où on a jugé que le consentement du requérant à un acte «illégal» ne constituait pas une fin de non-recevoir contre l'action civile intentée par celui-ci. Fleming estime que le tribunal a peut-être été influencé par le fait qu'avant 1694, la personne coupable d'être entrée sans autorisation sur une propriété devait verser une amende à la Couronne; W. Prosser, *op. cit.*, note 16, à la p. 107; G. Boyer Chammard et P. Monzein, *op. cit.*, note 56, à la p. 70.
- Voir *infra*, à la p. 119 et ss., pour une analyse de ce qui constitue un acte criminel en médecine.
273. A. Decocq, *op. cit.*, note 4, aux n^{os} 377-8.
274. Voir «Notes: «The Sale of Human Body Parts», (1974) 72 Michigan Law Rev. 1182, à la p. 1238.
275. E. Nizsalovszky, *op. cit.*, note 13, à la p. 65.
276. J.J. Lynch, «Human Experimentation in Medicine: Moral Aspects», dans Ladimer et Newman (éds.), *op. cit.*, note 10, à la p. 289.
277. Le Pape Pie XII exprime le même avis dans «Les limites morales du traitement et de la recherche médicale», 44 Acta Apostolica Sedis 779 (1952) Rome, où il compare les droits qu'une personne possède sur son propre corps à un «usufruit», un droit de jouissance et non pas un droit de destruction ou, si l'on peut dire, de «dégradation» au sens de ce terme dans le droit relatif aux biens immobiliers en common law.
278. E. Cahn, «The Lawyer as Scientist & Scoundrell: Reflections on Francis Bacon's Quadricentennial», (1961) 36 New York University Law Rev. 1, à la p. 12.
- 278a. À noter que le Conseil de recherches médicales du Canada, dans «La déontologie de l'expérimentation chez l'humain», *supra*, note 69a, à la p. 22, n'exige pas mais recommande l'obtention d'un consentement par écrit.
279. P. Lombard *et al.*, *op. cit.*, note 78, à la p. 116.
280. Fed. Reg. 13 mars 1975, 40 F.R. 50, 11854; 45 C.F.R. § 46.10.
281. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.Q. 1971, c. 48, art. 3.2.1.11.
- Voir aussi O. Reg. 100/74, 49 conformément à *The Public Hospitals Act* (Ontario) R.S.O. 1970, c. 378, article 39.
282. P.A. Crépeau, *supra*, note 165, à la p. 258.

283. Voir, par exemple, l'article 21 du *Code civil de la province de Québec*.
 Loi type: *Loi sur le don des tissus humains* (1965) (Procès-verbal de la Conférence des Commissaires sur l'uniformisation des lois au Canada (1965) 104) sur laquelle toutes les provinces canadiennes régies par la common law ont fondé leurs lois relatives aux «dons d'organes».
 Loi type: *American Anatomical Gift Act* 1968 (8 Uniform Law Annotated, Master Edition (1972) 22) sur laquelle les États américains ont fondé leurs lois en la matière.
Human Tissue Act (1961) 9 & 10 Eliz. II, c.54 (Angleterre).
Tissue Grafting & Processing Act (1955-1966) N.S.W. (Australie).
- Voir aussi Commission de réforme du droit (Australie), document de travail n° 5, 28 janv. 1977, «Human Tissue Transplants» et le rapport n° 7 intitulé «Human Tissue Transplants», Canberra, Service des publications du gouvernement de l'Australie, 1977, et plus particulièrement l'avant-projet de loi intitulé «*Transplantation and Anatomy Ordinance 1977*», Partie III intitulée «Donations of Tissue after Death».
- Voir le «Times» 4 de Londres du 21 déc. 1976, et *supra*, à la note 35, pour des articles sur la nouvelle législation française en matière de transplantation.
284. L'article 20 du *Code civil de la province de Québec* permet tout au moins, même s'il ne l'exige pas, que le consentement soit révoqué par écrit. Voir P.A. Crépeau, *supra*, note 165, à la p. 258, qui affirme que l'écrit n'est qu'une simple question de forme et qu'il ne s'agit pas d'une règle de fond relative à la validité de la révocation. L'article prévoit que «[le] consentement doit être donné par écrit; il peut être pareillement révoqué.» Selon moi, l'interprétation adéquate de cette disposition est que le verbe «peut» doit être mis en contraste avec le verbe «doit». Il ressort alors que la dernière partie de la disposition n'est pas de caractère obligatoire et qu'on a inclus cette disposition sur la révocation en vue de réfuter toute déduction selon laquelle, puisque le «consentement doit être donné par écrit», il en va de même en ce qui concerne sa révocation. Autrement dit, le consentement ne doit pas nécessairement être révoqué par écrit, la disposition qui existe à cet égard étant de caractère purement facultatif.
- Voir aussi A. Mayrand, *op. cit.*, note 43, au n° 62, qui ajoute que même si le consentement donné par écrit, conformément à l'article 20, peut être révoqué verbalement d'une manière instantanée, «[l]e droit de révocation peut être exercé fautivement et donner lieu à un recours en dommages-intérêts.»
285. 45 C.F.R. § 46.103(c) (réglementation du D.H.E.W. des États-Unis).
286. B. Gray, *op. cit.*, note 127, à la p. 204.
287. E. Cahn, *supra*, note 278, à la p. 11.
288. Par exemple, en common law le terme «duress» a une signification très limitée de violence ou de menaces de violence à l'endroit de la partie contractante, de ses parents, de son épouse ou de ses enfants. Voir M.P. Furmston, «Cheshire & Fifoot's «Law of Contract», 9^e éd. Londres,

Butterworths, 1976, (ci-après désigné sous le nom de «Cheshire et Fifoot»), à la p. 286.

L'influence indue est décrite comme un principe d'Equity plus large que le «duress». Elle s'entend de toute pression empêchant une partie d'exercer librement son jugement. *Ibid.*, aux pp. 285-94.

L'article 991 du *Code civil de la province de Québec* prévoit que «[l]'erreur, la fraude, la violence ou la crainte et la lésion sont des causes de nullité des contrats. . .».

Voir également l'article 1109 du *Code Napoléon* (France).

En ce qui concerne le critère selon lequel on devrait apprécier la coercition, la violence ou l'influence indue en vue de déterminer si le consentement éclairé à une intervention médicale est valide, je suis d'avis que même s'il est normalement objectif, c'est-à-dire que la menace doit être de nature à vaincre la volonté d'une personne raisonnable, on doit en outre prendre en considération l'état d'esprit dans lequel on a mis le patient, ainsi que ses prédispositions particulières dans la mesure où celles-ci augmentent l'effet de coercition, afin de déterminer si on a forcé le patient à consentir à une certaine intervention médicale.

289. Voir *supra*, aux pp. 39-41.

290. Cheshire et Fifoot, *op. cit.*, note 288, à la p. 291.

291. A. Mayrand, *op. cit.*, note 43, au n° 34.

292. G. Boyer Chammard et P. Monzein, *op. cit.*, note 56, à la p. 141. Voir aux pp. 141-150 pour une analyse complète de la jurisprudence en la matière.

293. *Cour de Cass.*, 29 mai 1951, citée *ibid.*, à la p. 141.

294. A remarquer que, d'après ce raisonnement, on admet la distinction entre les deux consentements (voir *supra*, aux pp. 39-41), c'est-à-dire entre le consentement au contrat et l'obligation contractuelle d'obtenir le consentement. Le tribunal traite du fardeau de la preuve relatif à l'obligation contractuelle d'obtenir le consentement.

295. Pour un résumé de la position de la common law concernant les vices du consentement relatif à l'expérimentation médicale sur des êtres humains, voir B. Dickens, *supra*, note 62, à la p. 395 et ss.

Voir aussi A.R. Holder, *op. cit.*, note 54, à la p. 276, qui affirme que la violence vicie le consentement et qu'en conséquence une action pour voies de fait est recevable en l'espèce. Il poursuit en disant que la violence est en soi un acte dommageable et que, si elle est utilisée par une personne travaillant pour une agence fédérale du gouvernement des États-Unis ou rémunérée par cette dernière, on considère également dans ce pays qu'il y a alors violation des droits constitutionnels. De même, W. Prosser, *op. cit.*, note 16, à la p. 106, affirme que la violence invalide le consentement qui constitue une fin de non-recevoir contre certains recours en dommages-intérêts.

296. Voir *supra*, aux pp. 31-32 et *infra*, aux pp. 121-124.

297. B. Gray, *op. cit.*, note 127, à la p. 205.
298. Voir aussi H.M. Spiro, «Constraint and Consent — On Being a Patient and a Subject», N.E.J.M. 293(22) 1134 (1975), qui corrobore cette constatation. Il affirme que la relation médecin/patient est si intense que le consentement ne peut pas être considéré comme un acte accompli librement, étant donné que le patient tente de faire plaisir au médecin; Cf. L.B. Berman, «Ethics of Studies in Anephric Patients», N.E.J.M. 286(15) 842 (1972), qui ne voit aucun élément de coercition dans la relation médecin/patient étant donné que «le consentement éclairé se donne entre personnes qui se connaissent bien et ne ressemble en rien à la caricature du savant distant qui intimide un patient effrayé».
299. Voir *infra*, à la p. 75 et ss.
300. F.J. Ingelfinger, *supra*, à la note 131.
301. Voir F.J. Ayd, «Motivations and rewards for volunteering to be an experimental subject», *Clinical Pharmacology and Therapeutics* 13(5) (2) 771 (1972), à la p. 777. Celui-ci cite l'exemple de patients atteints d'un cancer qui, pour des motifs semblables, participent à une recherche.
302. S.W. Bloom, «The Doctor and His Patient: A Sociological Interpretation», New York, Russel Sage Foundation, 1963, à la p. 218 et à la p. 231, n.e. 7. Celui-ci se réfère à W. Caudill, «The Psychiatric Hospital as a Small Society», Cambridge (Mass.), Harvard Univ. Press, 1958.
303. E. Goffman, «Asylums, essays on the social situation of mental patients and other inmates», Chicago; Aldine, 1961. Cette référence ainsi que d'autres références aux ouvrages de Goffman sont données par S.W. Bloom, *ibid.*, aux n.e. 10, 11 et 12.
- Dans le domaine de l'expérimentation médicale, on peut comparer les relations médecin/patient à celles qui existent entre le professeur et l'étudiant, entre les membres des forces armées, entre les employés d'un laboratoire ou d'un hôpital et le personnel de recherche, etc. Autrement dit, chaque fois qu'il se crée une relation où une personne exerce une certaine autorité sur une autre personne, cette autorité peut se transmettre sous forme de demande de participer à une expérience à titre de sujet volontaire.
304. S.W. Bloom, *ibid.*
305. Voir R.N. Smith, «Safeguards for Healthy Volunteers in Drug Studies», *The Lancet* 1975.II.449, qui donne des détails au sujet de ces pratiques.
306. Cette «affaire» est rapportée par S.L. Chorover, «Psychosurgery: A Neuropsychological Perspective», (1974) 54 *Boston Univ. Law Rev.* 231, à la p. 241.
307. Voir C. Fried, *op. cit.*, note 9, à la p. 36. On pourrait également examiner sous cet angle les «*expériences Willowbrook*», (voir Katz (éd.), *op. cit.*, note 3, aux pp. 1007-10; G. Edsall, *supra*, note 24, aux pp. 283-5; G.J. Annas, L.H. Glantz et B.F. Katz, *op. cit.*, note 63, aux pp. 179-83; *New York State Association for Retarded Children, Inc. v. Carey* 393 F. Supp. 715 (1975), pour une description de ces expériences et de l'institution Willowbrook). Le consentement des parents à ce que leur

- enfant déficient mental participe à une «étude d'hépatite» était une condition à l'admission de l'enfant dans cette institution où il était difficile d'être admis.
308. M.H. Pappworth, «Human Guinea Pigs Experimentation of Man», Londres. Routledge et Kegan Paul, 1967, à la p. 216.
309. A remarquer que la rétribution en espèces n'est pas nécessairement la seule forme de paiement. Dans le cas d'un étudiant par exemple, il peut être fait sous forme de crédits, de meilleures notes, de privilèges spéciaux, etc. A moins d'avis contraire, implicite ou explicite, les observations sur le paiement doivent être lues dans cette optique plus large.
- À noter également que le paiement peut être considéré comme un encouragement plutôt que comme un élément de coercition. Toutefois, on fait valoir que l'encouragement indu constitue un élément de coercition ou a les mêmes effets que la coercition étant donné que tous deux influent sur le caractère volontaire du consentement. Le caractère indu dépend des circonstances de chaque cas.
310. 28 Eng. Rep. 838, à la p. 839 (Ch. 1762).
311. Voir, par exemple, S. Shipko, «Human Experimentation: From the Other Side», NEJM 289(17) 924 (1973).
- Voir aussi Fed. Reg. 14 janv. 1977, 3076-3091 dans la Partie IV. Rapports à la Commission. Chapitre 8. Perspectives philosophiques 3086, pour le résumé d'une proposition faite à la «United States National Commission» par D. Wartofsky, concernant les effets coercitifs qu'a, sur les détenus, le paiement offert en échange de leur participation à une recherche.
312. F. Fried, *op. cit.*, note 9, Introduction, à la p. 166.
313. R. Nerson, *supra*, note 48, aux pp. 676-7; R. Savatier, *supra*, à la note 36; P. Lombard *et al.*, *op. cit.*, note 78, à la p. 242;
- J. Caroff, «Problèmes moraux et responsabilité du médecin lors des essais thérapeutiques», *Thérapie* 1971 xxvi, 1107, à la p. 1113; P.-J. Doll, *supra*, à la note 36.
- En fait, selon la doctrine traditionnelle du droit civil, sont interdits non seulement les contrats de vente, mais tous les contrats ayant pour objet l'être humain. Cette position constitue le fondement de l'article 1780 du *Code Napoléon* et de l'article 1667 du *Code civil de la province de Québec* qui prévoit qu'une personne ne peut louer ses services que pour «un temps limité, ou pour une entreprise déterminée».
314. P.-J. Doll, «L'aspect moral, religieux et juridique des transplantations d'organes», *Gaz. Pal.* 1974.2. doct. 820, 28 sept. 1974, à la p. 821; R. Nerson, *ibid.*
315. Il est possible de faire valoir que dans les provinces canadiennes régies par la common law, la jurisprudence appuie l'opinion selon laquelle la loi permet le versement d'une «compensation» ou même d'un paiement à la personne qui participe à une recherche médicale, puisque le tribunal, dans la *décision Halushka* (citée *supra*, à la note 63) a implicitement

reconnu la validité du paiement effectué à un sujet volontaire, en s'abstenant de le déclarer illégal. La rémunération des personnes qui participent volontairement à une expérience est une chose tellement connue et fréquente au Canada et aux États-Unis qu'on pourrait presque la considérer comme une formulation de la loi issue de la «pratique courante».

Voir aussi: Conseil de recherches médicales du Canada, «La déontologie de l'expérimentation chez l'humain», *supra*, note 69a, à la p. 24, où on permet l'indemnisation et même la rémunération accordée à titre de «récompense», pourvu que celles-ci ne soient pas excessives au point de constituer «un motif de participation non conforme aux principes éthiques».

La vente entre vifs d'organes et de tissus n'est pas interdite aux États-Unis et en Angleterre. En outre, la vente «après le décès» n'est pas interdite en Angleterre. Cependant, il existe des problèmes d'ordre juridique en raison de la règle de common law selon laquelle il ne peut y avoir aucun droit de propriété sur un cadavre.

Voir D.W. Louisell, «Transplantation: Existing Legal Constraints» dans G.E.W. Wolstenholme et M. O'Connor (éds.), CIBA Foundation Symposium, «Ethics in Medical Progress: with special reference to transplantation», Londres, J.A. Churchill Ltd. 1966, (designé ci-après sous le nom de Wolstenholme et O'Connor (éds.)) p. 78, à la p. 87; A.T.H. Smith, «Stealing the Body and its Parts», [1976] Crim. L. Rev. 622.

Aux États-Unis, l'effet du *Uniform Anatomical Gift Act* (cité *supra*, à la note 283) n'est pas clair en ce qui concerne la vente d'organes après le décès, (voir «Notes: The Sale of Human Body Parts», (1974) 72 Michigan Law Rev. 1182, à la p. 1248). Dans certains États comme le Delaware, il existe une loi en interdisant le paiement.

Dans les provinces canadiennes régies par la common law, la vente entre vifs de tissus et d'organes, à l'exception du sang, est interdite: voir, par exemple, la *Loi sur le don des tissus humains* de l'Ontario, S.O. 1971, c.83, art. 10.

La situation juridique actuelle en Australie est la même qu'en Angleterre, mais le texte législatif qui vient d'être proposé par la Commission de réforme du droit de l'Australie (cit. *supra*, note 283, à la Partie VII — Prohibition of Trading in Tissue, article 40) ne déclare pas seulement nulle et sans effet toute vente de tissus humains mais prévoit l'imposition d'une amende pouvant aller jusqu'à \$500 (en devises australiennes) à toute personne impliquée dans un tel commerce. Une exception expresse à cette disposition permet «le remboursement des dépenses» engagées par le donneur.

À remarquer qu'au Royaume-Uni, la somme versée pour des «matières fœtales» doit se limiter aux dépenses engagées pour les obtenir («The Use of Foetuses and Foetal Material for Research», Rapport du groupe consultatif, Londres, Her Majesty's Stationery Office, 1972, à la p. 9); dans son rapport concernant la recherche sur des fœtus, la United States National Commission recommande l'interdiction de tout paiement ou de toute autre mesure destinée à encourager l'interruption de grossesse

aux fins de la recherche. Cette recommandation a été adoptée sous forme de loi accessoire dans Fed. Reg. 8 août 1975, 33529; 45 C.F.R. § 46.206. Selon qu'on considère comme sujet d'expérience la mère ou l'enfant ou les deux à la fois, on pourrait interpréter cette loi comme interdisant la rétribution d'un sujet d'expérience afin d'éliminer toute possibilité de coercition.

En ce qui concerne le paiement pour la participation à la recherche médicale, il est également intéressant, sur le plan juridique, d'étudier si une telle participation constitue une vente ou un service. Voir *Perlmutter v. Beth David Hospital* 123 N.E. 2d. 792 (1954).

316. Voir, par exemple, B. Dickens dans «A Submission to the Medical Research Council: The University of Toronto's Experience with the Review of Research Involving Human Subjects», *supra*, note 220, à la p. 41.
317. A. Mayrand, *op. cit.*, note 43, au n° 60.
318. *Ibid.*, au n° 61.

F. Heleine, «Le dogme de l'intangibilité du corps humain et ses atteintes normalisées dans le droit des obligations du Québec contemporain», (1976) 36 Rev. du Barr. du Qué. (1)2, aux pp. 55-63. L'auteur doute également que l'article 20 interdise la rétribution pour la participation à une expérience.
319. P.A. Crépeau, *supra*, note 165, à la p. 258.
320. Voir la discussion portant sur les «sujets spéciaux» et plus particulièrement sur les détenus, *infra*, à la p. 108 et ss.
321. E. Cahn, *supra*, à la note 267.
322. D. Daube, «Transplantation: Acceptability of Procedures and the Required Legal Sanctions», dans Wolstenholme et O'Connor (éds.), *op. cit.*, note 315, p. 188, à la p. 198.
323. B. Freedman, «A Moral Theory of Informed Consent», *The Hastings Center Report* 5(4) 32 (1975), à la p. 36.

Cette affirmation doit être comprise comme se fondant sur la conviction que dans toute collectivité, chaque personne a droit à un certain niveau de vie minimum, variant d'une collectivité à l'autre. Cependant, on doit également considérer qu'il existe, à cet égard, un dénominateur commun universel qui, semble-t-il confère à une personne le droit notamment de s'opposer à certaines conditions d'emprisonnement.
324. N. Hershey et R.D. Miller, *op. cit.*, note 63, à la p. 65.
325. Fed. Reg. 23 août 1974, 39 F.R. 165, 30655; 45 C.F.R. § 46.404(4).
326. Publié par l'«Association of the British Pharmaceutical Industry», Londres, 1970, à la p. 2.
327. Ce même type de situation piège se répète en ce qui concerne l'exigence d'obtenir le consentement par écrit qu'on considère normalement comme une garantie pour le patient. Voir R.W. Smithells, R.W. Beard

et un avocat: «New Horizons in Medical Ethics. Research Investigations and the Foetus», B.M.J. 1973.2(864) 464, à la p. 465, par R.W. Beard qui estime que le consentement par écrit peut influencer de manière déraisonnable le patient en l'empêchant de se retirer de l'expérience si, par la suite, il change d'avis.

328. G.J. Annas, L.H. Glantz et B.F. Katz, *op. cit.*, note 63, à la p. 241.
329. Voir M.H. Pappworth, *op. cit.*, note 308, à la p. 82.
Report of the Committee to Investigate on Medical Experiments on Staff Volunteers (Royaume-Uni), *supra*, note 326, à § 3:2.
330. Une interdiction de pratiquer des interventions psychochirurgicales pourrait être considérée de la même manière.
331. Voir *infra*, aux pp. 116-118.
332. N. Hershey et R.D. Miller, *op. cit.*, note 63, à la p. 65.
333. Selon le Groupe consultatif de déontologie du Conseil des Arts du Canada (*supra*, note 248, à la p. 11), la tromperie, ou duperie, consiste, dans le cas d'une expérience sur des sujets humains, «à induire délibérément en erreur une ou des personnes partie prenante à l'expérience en leur cachant les méthodes et les buts réels». Cette définition pose un problème en raison de l'exigence relative au caractère intentionnel. Sur le plan juridique, on considère généralement que la tromperie comporte des fausses représentations faites soit de bonne foi ou par négligence, auquel cas il y a absence de caractère intentionnel, soit frauduleusement, ce qui, le cas échéant, suppose une intention de tromper. Dans le contexte de la médecine et de l'expérimentation médicale, il est probablement préférable de n'utiliser le terme «tromperie» que dans le cas où le médecin, ou le chercheur, était au fait des fausses représentations ou encore dans le cas où il était convaincu de la fausseté de l'exposé des faits à l'origine de la tromperie. On ne devrait également l'utiliser que pour décrire les influences trompeuses comme les fausses représentations faites de bonne foi ou par négligence, ou encore celles que comportent les notions de coercition et d'erreur.
334. Voir, par exemple, la décision *Bell v. Lever Bros.* [1932] A.C. 161.
Il vaut également la peine de mentionner qu'en ce qui concerne l'erreur, les recours sont compliqués par le fait que la division historique qui existe entre la common law et l'Equity influe sur ce domaine étant donné que chacun de ces tribunaux possède ses propres règles en la matière. Voir «Anson», *op. cit.*, note 227, aux pp. 315-7.
335. »Anson», *ibid.*, aux pp. 287-8.
336. Voir «Anson», *ibid.*, à la p. 271. A remarquer cependant que l'erreur peut avoir, en Equity, un effet différent de celui qu'elle a en common law (Anson, *ibid.*, aux pp. 315-7.)
337. «Anson», *ibid.*, à la p. 271 et ss.
338. Voir l'article 992 du *Code civil de la province de Québec* et l'article 1110 du *Code Napoléon*.

339. Voir J.-L. Baudouin, *op. cit.*, note 227, aux n^{os} 99-123.
 Voir également: Office de révision du Code civil, Comité du Droit des obligations, «Rapport sur les obligations», XXX, Montréal, 1975, articles 29-33 et 52-61 ainsi que la doctrine et la jurisprudence citées dans le commentaire portant sur ces articles.
340. En droit civil, si on avait jugé que l'application de la règle requérant la nullité d'un contrat médical pour cause d'erreur, était une question d'intérêt public, toute personne intéressée, ou encore le tribunal, pourrait donc *ex proprio motu* invoquer une déclaration de nullité.
 Voir le «Rapport sur les obligations», *ibid.*, à l'article 54.
 Voir aussi l'article 1000 du *Code civil de la province de Québec* et l'article 1117 du *Code Napoléon*.
341. Voir *supra*, aux pp. 17-22.
342. Voir, par exemple, *O'Brien v. Cunard S.S. Co.* (1891) Mass. 272; 28 N.E. 266.
343. Voir, par exemple, *Smythe v. Reardon* [1948] Q.S.R. 74; *Papadimitropoulos v. The Queen* (1957) 98 C.L.R. 249; *R. v. Harms* [1944] 2 D.L.R. 61; *R. v. Bolduc and Bird* (1967) 59 W.W.R. 103 (C.A. C.-B.).
344. Ce terme est utilisé tel que défini dans la note 333, *supra*.
345. E.A. Carr, «Discussion», *Clinical Pharmacology and Therapeutics* 13(5) 790 (1972), aux pp. 791-2.
346. Dans certains hôpitaux, jusqu'à 90 p. 100 des personnes décédées subissent une autopsie. Voir la Commission de réforme du droit (Australie), document de travail, *supra*, note 283, à la p. 74.
347. E.A. Carr, *supra*, à la note 345.
348. Ici tous les sujets sont trompés, mais le contenu de la tromperie varie selon qu'il s'agit d'un patient en phase terminale ou d'un patient qui n'est pas en phase terminale.
349. Voir, par exemple, Fed. Reg. 13 mars 1975, 40 F.R. 50 11854; 45 C.F.R. § 46.3(c).
350. N. Hershey et R.D. Miller, *op. cit.*, note 63, à la p. 31.
351. L. Lasagna, «Drug Evaluation Problems in Academic and Other Contexts», *Annals of the New York Academy of Sciences* 169:506 (1970). Réimprimé dans Katz (éd.), *op. cit.*, note 3, à la p. 689; E.D. Pellegrino, *supra*, note 327, à la p. 316; R.J. Prineas, «Common Problems in Clinical Trials», *Medical Journal of Australia* 1971.2(8) 425, à la p. 430.
352. La question de savoir si une personne peut donner un consentement éclairé à une tromperie est un point de droit. Selon moi, elle ne le peut probablement pas.
353. Voir «Notes», *Yale Law Journal*, *supra*, note 62, à la p. 1563, n.e. 91; «Anson», *op. cit.*, note 227, aux pp. 233-242.
 Sur le plan juridique, les fausses représentations consistent normale-

ment en un exposé des faits, verbal ou par écrit, et il n'y a probablement aucune obligation d'informer l'autre partie qu'elle est dans l'erreur lorsque celle-ci n'a pas été induite en erreur par une partie qui connaissait la vérité. Cependant, cette règle générale comporte une exception dans le cas des relations de confiance et confidentielles où l'obligation d'informer est absolue.

Voir également B. Dickens (*supra*, note 316, à la p. 36) qui affirme que la tromperie consiste notamment à énoncer des «demi-vérités». Il ajoute que la ligne de démarcation entre la dissimulation admissible et l'information erronée est très mince. Autrement dit, on pourrait soutenir, comme c'est le cas dans d'autres domaines, que même si au départ, il n'existe aucune obligation d'informer, les renseignements donnés doivent être complets.

354. Voir H. et L. Mazeaud et J. Mazeaud «Leçons de Droit Civil», 5^e éd., Paris; par M. de Juglart; Ed. Montchrestien, 1972, tomes I et II, dans le tome II, «L'erreur», aux n^{os} 161-186, «Le dol», aux n^{os} 187-198 et «Les effets de la responsabilité civile», au n^o 602 et ss.

Code Napoléon, articles 1382-3 (les délits); 1142, 1144 (les contrats); 1116 (la fraude); 1117 (l'erreur); 1159, 1150, 1151 (les dommages-intérêts résultant de l'inexécution d'une obligation).

Code civil de la province de Québec, articles 1053 (les délits); 1065 (les contrats); 993 (la fraude); 1000 (l'erreur); 1073, 1074, 1075 (les dommages-intérêts résultant de l'inexécution d'une obligation).

«Anson», *ibid.*, aux pp. 226-258.

J.G. Fleming, *op. cit.*, note 23, aux pp. 164-169 et 616-634, qui affirme (à la p. 167) que les paroles négligentes causant un préjudice *physique* (par comparaison à un préjudice matériel) sont depuis longtemps reconnues, en common law, comme une source de responsabilité. Il déclare en outre que le défaut d'avertissement (voir l'obligation d'informer des risques, *supra*, à la p. 12 et ss.) peut constituer un cas de fausses représentations par négligence.

355. Pour un cas de tromperie à l'origine d'une action contre un médecin, voir *Hedin v. Minneapolis Medical & Surgical Institute* 62 Minn. 146, 64 N.W. 158 (1895).

Pour une analyse de la tromperie par des médecins, voir A.R. Holder, *op. cit.*, note 54, à la p. 345.

Voir également: Conseil des Arts du Canada, «Rapport du Groupe consultatif de déontologie», *supra*, note 248, à la p. 10, où il est affirmé que la tromperie pourrait constituer une infraction criminelle, à savoir une fraude, «si c'était de l'argent qu'on cherchait ainsi à soutirer».

356. Voir: Conseil des Arts du Canada, «Rapport», *ibid.*

Le fait de considérer la tromperie comme étant moralement inacceptable parce qu'elle constitue une atteinte à la dignité humaine, est lié au droit à l'autonomie, et probablement à celui à l'inviolabilité, si la renonciation à ce dernier se fonde sur un consentement éclairé. Le consentement éclairé est considéré comme inexistant même si on consent à être

- trompé. Il semble cependant qu'une personne puisse valablement renoncer à son droit à l'inviolabilité, en l'absence d'un consentement éclairé au sens propre de cette expression, étant donné qu'on peut choisir de ne pas être informé dans une situation thérapeutique. En outre, le «privilege thérapeutique» du médecin s'applique sans égard à la question du consentement éclairé et sans pour autant enfreindre le droit à l'inviolabilité. Toutefois, il est possible de le considérer comme un élément justifiant la violation du droit à l'inviolabilité qui se produit effectivement.
357. M. Mead, «Research with Human Beings: A Model Derived from Anthropological Field Practice», dans Freund (éd.), *op. cit.*, note 6, p. 152, aux pp. 166-8.
358. Voir également S. Bok, «The Ethics of Giving Placebos», *Scientific American* 231 (15) 17 (1954), à la p. 19, lequel soutient que les médecins qui induisent en erreur pour des motifs d'ordre thérapeutique prennent, à la longue, l'habitude de recourir à la tromperie et, par conséquent, ils en viennent à étendre son utilisation.
359. *Supra*, note 248, à la p. 16.
- Voir également: Conseil de recherches médicales du Canada, «La déontologie de l'expérimentation chez l'humain», *supra*, note 69a, aux pp. 23-24, où on déclare que le recours à la tromperie exige «une justification scientifique de la plus haute importance», que la recherche ne comporte que des risques «négligeables» et qu'on rende compte au sujet.
360. Le consentement à être trompé correspond-il au consentement à ce qu'on dissimule des renseignements? Même s'ils représentent la même réalité, le langage utilisé dans le premier cas informe mieux le sujet de ce à quoi il consent.
361. E.D. Pellegrino, *supra*, note 237, à la p. 316.
362. N. Hershey et R.D. Miller, *op. cit.*, note 63, à la p. 70.
- A remarquer que le Conseil de recherches médicales du Canada, dans «La déontologie de l'expérimentation chez l'humain», *supra*, note 69a, à la p. 24, n'exige pas la destruction de tels renseignements mais qu'on respecte la volonté du sujet quant à l'utilisation des données. S'il refuse de permettre qu'elles soient utilisées, «il faut respecter ses désirs et retirer les données».
363. C. Fried, *op. cit.*, note 9, à la p. 102.
364. Office of Science & Technology, «Privacy and Behavioural Research», Washington D.C.; U.S. Government Printing Office, 1967. Réimprimé en partie dans Katz (éd.), *op. cit.*, note 3, à la p. 729.
365. T. Parsons, *supra*, note 203, à la p. 140.
366. Voir G.J. Annas, L.H. Glantz et B.F. Katz, *op. cit.*, note 63, à la p. 35.
367. O.M. Ruebhausen et O.G. Brim, «Privacy and Behavioural Research», (1965) 65 *Columbia Law Rev.* 1184, à la p. 1197.
368. Voir *supra*, aux pp. 21-22.

369. O.M. Ruebhausen et O.G. Brim, *supra*, note 367, à la p. 1186.
Voir aussi M. Ouellette-Lauzon, «Chroniques Régulières. Le droit à l'image», (1974) 34 Rev. du Barreau (Québec) 1.69, qui affirme que «la doctrine a reconn[u] que tout individu a le droit, entre autres, à son honneur, à son image, à sa «sphère d'intimité».
370. *Supra*, note 248, à la p. 23.
371. Ceci peut être décrit comme le conflit entre la vie privée et le progrès. Voir la déclaration du United States Office of Science & Technology, intitulée «Privacy and Behavioural Research», *supra*, à la note 364.
372. Voir L. Dérobert, «Droit Médical et Déontologie Médicale», Paris; Flammarion Médecine-Sciences, 1974, aux pp. 249-58; G. Boyer Chammard et P. Monzein, *op. cit.*, note 56, aux pp. 216-30.
373. I. Berlin, *op. cit.*, note 184, à la p. 129.
374. *Pavesich v. New England Life Insurance Co.* 122 G.A. 190, 193-198; 50 S.E. 68, 69-71 (1905) par le juge Cobb.
375. Voir P. Lombard *et al.*, *op. cit.*, note 78, aux pp. 171-216, qui font l'historique du secret médical en droit français et exposent l'évolution de cette obligation dans la jurisprudence. Ceux-ci affirment que l'«ancien droit» ne reconnaissait pas une telle obligation, mais qu'elle a pris naissance avec l'individualisme du XIX^e siècle. Ils déclarent en outre que, de nos jours, cette obligation s'atténue en raison de l'existence d'une médecine socialisée et collective.
376. La «Déclaration universelle des droits de l'Homme» adoptée, le 10 décembre 1948, par l'Assemblée Générale des Nations Unies, O.R. Troisième Session Ass. Gén., Doc. A/810, article 12.
377. «Déclaration de Genève. Le serment médical», adoptée par l'Assemblée générale de l'Association Médicale Mondiale, tenue en septembre 1948, à Genève, Suisse. Modifiée lors de la 22^e Assemblée Médicale Mondiale tenue en août 1968, à Sydney, Australie. Réimprimée dans Katz (éd.), *op. cit.*, note 3, à la p. 312.
378. *Privacy Act* S.B.C. 1968, c. 39, modifié par S.B.C. 1975, c. 37.
379. *Privacy Act* S.M. 1970, c. 74, modifié par S.M. 1971, c. 23.
380. 1977, 25-26 Eliz. II, c. 33, alinéa 2 b) et Partie IV.
381. *Ibid.*, alinéa 2 b).
382. *Ibid.*, Partie IV.
383. *Ibid.*, article 50.
384. *La Charte des droits et libertés de la personne* L.Q. 1975, c. 6, article 1.
385. *Ibid.*, article 5.
386. *Ibid.*, article 49.
387. *Ibid.*

388. Deuxième édition (2^e réimpression), juin 1976. Ratifié par le Décret n^o 3391, le 6 oct. 1971.
389. *Ibid.*, section 52, article 20.
390. Voir par exemple: *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965); *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973), à la p. 154; *Stanley v. Georgia* 394 U.S. 557 (1968); *Eisenstadt v. Baird* 405 U.S. 438 (1972); Cf. *Doe v. Cwths. Attorney* 90 S.Ct. 1439 (1976); H.P. Green et A.M. Capron, *supra*, note 271, à la p. 71. Ceux-ci affirment qu'il existe deux catégories de droits relatifs au droit constitutionnel à la vie privée tel qu'élaboré par la Cour suprême des États-Unis. Ce sont les droits relatifs au mariage et à la procréation et les droits à la libre disposition de son corps. Ces deux catégories de droits s'appliquent au traitement et à la recherche médicale.
391. «American Medical Association. Ethical Guidelines for Clinical Investigation». Publié par l'American Medical Association, 535 North Dearborn St., Chicago, Illinois 606100.
392. British Medical Association (B.M.A.), «Medical Ethics», Londres, 1974, à la p. 13.
393. Déclaration du Conseil de recherches médicales, *supra*, à la note 251.
394. Voir par exemple: A.R. Holder, *op. cit.*, note 54, à la p. 265; H.P. Green et A.M. Capron, *supra*, note 271, à la p. 63.
395. Voir: *Saltman Engineering Co. Ltd. v. Campbell Engineering Co. Ltd.* [1963] 3 All E.R. 413 n.; *Seager v. Copydex Ltd.* [1967] 1 W.L.R. 923; *Seager v. Copydex* (n^o 2) [1969] 1 W.L.R. 809; *Argyll v. Argyll* [1965] 1 All E.R. 611, où le pouvoir d'accorder une injonction visant à empêcher un abus de confiance se fondait sur une «politique générale de la loi» (à la p. 625); «Winfield et Jolowicz», *op. cit.*, note 166, aux pp. 493-4; A.R. Holder, *ibid.*, à la p. 271.
- L'abus de confiance peut aussi bien donner naissance à une action pour manquement à l'obligation d'établir une relation de confiance, ainsi qu'à une action en matière de dommages intentionnels, tel que suggéré par Holder.
- Voir aussi W. Prosser, *op. cit.*, note 16, aux pp. 812-814 qui parle du préjudice consistant à donner, au public, une fausse image d'une personne, laquelle image n'est pas nécessairement de caractère diffamatoire. Dans le cas où il existe une certaine inexactitude dans les renseignements donnés, ce qui constitue également un abus de confiance, ce préjudice peut être également pris en considération.
396. H.P. Green et A.M. Capron, *supra*, note 271, à la p. 63.
397. Voir J.G. Fleming, *op. cit.*, note 23, aux pp. 122-133; H.P. Green et A.M. Capron, *supra*, note 271, à la p. 62; N. Hershey et R.D. Miller, *op. cit.*, note 63, à la p. 147.
398. *Michigan Stats. Ann.*, article 14-533.
- Voir également *The Professional Standards Review Organization Act*, 42 U.S.C. § 1320c-c-19 (Supp. II, 1970) à § 1320c-15a. Cette loi prévoit

une obligation d'établir une relation de confiance pour le médecin qui traite un patient conformément à ses dispositions. Elle prévoit en outre que, le médecin qui ne respecte pas cette obligation est passible d'un emprisonnement de six mois ou d'une amende de \$1,000. (en devises américaines).

399. Article 7 du *Code de Déontologie médicale* (France), *supra*, à la note 72.
400. Article 378 du *Code pénal* (France).
401. Selon J.R. Waltz, *supra*, note 93, à la p. 151, la plupart des catégories que je décris ici comme étant des exceptions sont des moyens de défense auxquels le médecin peut recourir en cas de poursuites pour violation du droit à la vie privée.
402. G. Levasseur, «La responsabilité pénale du médecin», dans Eck (éd.), *op. cit.*, note 246, p. 133, à la p. 146, souligne qu'en droit français, la question de savoir si un médecin, cité comme témoin, doit révéler des «secrets médicaux» est un sujet controversé. Levasseur estime que le médecin est en droit de refuser de divulguer de tels renseignements.
403. A.R. Cross, «Evidence», 4^e éd., Londres, Butterworths, 1974, à la p. 258, qui se réfère au droit anglais et au droit américain relatifs au privilège médical; H.P. Green et A.M. Capron, *supra*, note 271, à la p. 62, citant *AB v. CD* Sess. Cas. (Dunlop) 2d. Ser. 177 (1851), affirment que la common law anglaise et la common law américaine ont accordé peu de protection au secret médical; A.R. Holder, *op. cit.*, note 54, à la p. 271; R.J. Levine, «Guidelines for Negotiating Informed Consent with Prospective Subjects of Experimentation», *Clinical Research* 22:42 (1974), à la p. 45. L'auteur affirme que l'État du Connecticut ne reconnaît pas le privilège médical sauf si un psychiatre est en cause et, même dans ce cas, le privilège est limité.
404. Voir J.R. Waltz, *supra*, note 93, à la p. 150; H.P. Green et A.M. Capron, *ibid.*; Cf. L. Dérobert, *op. cit.*, note 372, à la p. 260, qui affirme que le secret professionnel est «d'ordre public».
405. Voir O.M. Ruebhausen et O.G. Brim, *supra* note 367, à la p. 1209.
Voir N. Hershey et R.D. Miller, *op. cit.*, note 63, aux pp. 113-122, pour une loi concernant ce privilège en matière de recherche médicale et notamment en matière de recherche sur l'usage abusif des drogues ou de l'alcool.
406. L. Portes, *op. cit.*, note 235, aux pp. 161-3.
407. Voir: British Medical Association, «Medical Ethics», *supra*, note 392, aux pp. 17-18.
408. Voir *supra*, à la p. 13 et à la note 62, pour une analyse du «privilège thérapeutique» et *supra*, à la p. 28 et ss., pour des observations sur l'obligation d'accorder au patient l'accès à son dossier médical ou de lui révéler les résultats de l'intervention.
409. B.L. Kaiser, «Patients» Rights of Access to Their Own Medical Records: The Need for New Law», (1975) 24 *Buffalo Law Rev.* 2:317.

410. Voir: British Medical Association: «Medical Ethics», *supra*, note 392, à la p. 13, qui présente généralement cette obligation comme suit: «l'intérêt public amène rarement le médecin à considérer que son obligation envers la collectivité prime sur celle de conserver la confiance de son patient».

Voir également l'American Medical Association, «Opinions and Reports of the Judicial Council», Illinois, 1972, article 9, à la p. 42, qui affirme que le médecin peut révéler les confidences qui lui ont été faites au cours de l'exercice de sa profession si le bien-être de l'individu ou de la collectivité l'exige.

H.A. Davidson, «Legal and Ethical Aspects of Psychiatric Research», *Am. J. Psych.* 126(2) 237 (1969), à la p. 239. L'auteur décrit la dernière partie de l'exception relative à la collectivité comme une échappatoire à l'obligation de préserver le caractère confidentiel.

Le Conseil des Arts du Canada, Rapport du Groupe consultatif de déontologie, *supra*, note 248, à la p. 29. On reconnaît que, dans certaines circonstances exceptionnelles des motifs de sécurité publique peuvent prévaloir sur l'obligation de préserver le caractère confidentiel.

L. Dérobert, *op. cit.*, note 372, à la p. 262, affirme qu'il peut y avoir certaines dérogations au secret médical afin de protéger la société.

411. Voir R. Macklin, «Ethics, Sex Research, and Sex Therapy», *The Hastings Center Report* 6(2) 5 (1976); G.J. Annas, «Problems of Informed Consent and Confidentiality in Genetic Counseling», dans Milunsky et Annas (éds.), *op. cit.*, note 62, p. 111, à la p. 119. L'auteur affirme qu'il existe, aux États-Unis, certains précédents selon lesquels un médecin est tenu de mettre en garde les autres même si cela constitue une violation du caractère confidentiel.
412. Voir la discussion sur la chorée d'Huntington *supra*, à la p. 28 et à la note 152; Cf. J.R. Waltz, *supra*, note 93, à la p. 150, qui affirme qu'on peut stigmatiser l'individu en violant son droit à la vie privée dans le contexte du dépistage génétique, de sorte qu'on se trouve dans une situation où la révélation causera à l'individu un préjudice s'ajoutant à celui que comporte en soi la violation de son droit à la vie privée, et la dissimulation préjudiciera aux autres; Mahoney, «Discussion» (du document de Waltz notamment, *ibid.*, dans Milunsky et Annas (éds.), *supra*, note 62, à la p. 192). L'auteur estime qu'un moyen de surmonter cette difficulté serait d'élaborer une notion juridique de la famille, selon laquelle la famille, et non plus l'individu, serait l'unité aux fins du respect du caractère confidentiel des renseignements d'ordre génétique.
413. Déclaration du Conseil de recherches médicales (Royaume-Uni), *supra*, à la note 251.
414. Voir, par exemple, *Loi du 15 fév. 1902* (France), citée par L. Kornprobst, «Du secret professionnel médical», dans Eck (éd.), *op. cit.*, note 246, p. 39, à la p. 48, et par L. Kornprobst et S. Delphin, *op. cit.*, note 62, au n° 367; *Décret du 29 janvier 1960*, modifié par les décrets du 20 mai 1964 et du 27 nov. 1968 (France).

Articles 259 et 662 du *Code de la santé publique* (France).

415. *Washington Research Project Inc. v. D.H.E.W.* 504 F. 2d. 238, cert. refusé dans 421 U.S. 963 (1975).

En général les dispositions du *Freedom of Information Act*, 5 U.S.C. § 552, ne s'appliquent pas aux dossiers médicaux, pour des motifs de droit à la vie privée.

416. *Ibid.*

417. Voir par exemple: Conseil de recherches médicales du Canada, «La déontologie de l'expérimentation chez l'humain», *supra*, note 69a, aux pp. 26-27; Déclaration du Conseil de recherches médicales (Royaume-Uni), *supra*, à la note 251; Conseil des Arts du Canada, Rapport du Groupe consultatif de déontologie, *supra*, note 248, à la p. 28.

S'interroger sur l'effet de la réglementation du D.H.E.W. à ce sujet, 45 C.F.R. § 46.119(b): [TRADUCTION] «sauf dans les cas où la loi prévoit le contraire, les renseignements contenus dans les dossiers ou obtenus par l'institution dans le cadre d'une recherche. . . lesquels se rapportent («refers to») ou peuvent être reliés («identified with») à un sujet précis («particular subject»), ne peuvent être divulgués sauf: (1) si le sujet ou son représentant légalement autorisé y consent; ou (2) si cela est nécessaire pour permettre au Secrétaire de remplir les fonctions décrites dans la présente partie». La signification du verbe «refers to» n'est pas claire en l'espèce. On ne sait pas exactement s'il désigne ce qui peut se rapporter, de manière générale, au sujet ou s'il est utilisé au sens de «nommer» le sujet. Étant donné l'inclusion de l'autre disposition relative à l'identification («identified with»), qui autrement serait superflue, et étant donné l'utilisation du terme «particular» pour qualifier le sujet, j'estime que la dernière interprétation plus stricte est la meilleure. Par conséquent, certaines recherches épidémiologiques pourraient s'effectuer sans consentement.

Voir l'interprétation de la réglementation du D.H.E.W. par N. Hershey et R.D. Miller, *op. cit.*, note 63, à la p. 36. Ils estiment que le médecin doit même demander au patient la permission de donner son nom à un chercheur pour qu'il puisse éventuellement servir de sujet de recherche. Autrement dit, le patient doit consentir à ce qu'on lui fasse une offre et les mêmes règles s'appliquent en ce qui concerne l'utilisation de son dossier médical.

Cf. O.M. Reubhausen et O.G. Brim. *supra*, note 367, aux pp. 1196-7, qui soutiennent que le consentement et l'anonymat ne sont pas des éléments alternatifs mais cumulatifs. Autrement dit, le consentement est nécessaire pour avoir accès à l'information et l'anonymat doit être préservé lors de l'utilisation de cette information.

418. A remarquer qu'au Québec, il existe des dispositions législatives concernant certaines représentations lors d'assemblées scientifiques. Voir la *Loi modifiant la Loi de la protection de la santé publique*, Projet de loi n° 88 sanctionné le 27 juin 1975, Troisième Session, Trentième Législature, Assemblée Nationale du Québec, article 10, qui ajoute à la *Loi de la protection de la santé publique* l'article 37a prévoyant que «[n]ul ne peut présenter ou permettre que soit présenté, à des fins autres qu'éducatives ou scientifiques, un spectacle mettant en évidence ou

exploitant la débilite ou la maladie mentale d'un être humain participant lui-même physiquement au spectacle, ni agir comme organisateur d'un tel spectacle». (C'est nous qui soulignons).

419. Voir: American Medical Association, «Opinions and Reports of the Judicial Council», *supra*, note 410, article 9, à la p. 52; L. Kornprobst et S. Delphin, *op. cit.*, note 62, au n° 395.

Voir également *Rebeiro v. Shawinigan Chemicals (1969) Ltd.* [1973] C.S. 389 (Québec), où il a été décidé que la défenderesse ne pouvait utiliser une photographie du demandeur, sans le consentement de ce dernier, si cette photographie était susceptible de le mettre dans l'embarras.

420. Je me réfère ici davantage à la publication par écrit étant donné que, si la publication implique une représentation requérant la participation active du patient, lors d'une assemblée scientifique notamment, le consentement doit alors être exprès ou implicite pourvu que le patient ait la capacité de consentir.
421. L. Kornprobst, *supra*, note 414, à la p. 99, déclare qu'en France cette exception se fonde sur l'usage. Toutefois, ceci ne nous indique pas si cet usage se fonde ou non sur le consentement implicite.

Il semble qu'aux États-Unis, on doive obtenir le consentement du patient à la publication ou à l'analyse de son cas, même si l'anonymat est préservé. Voir A.R. Holder, *op. cit.*, note 54, aux pp. 272-6 et *Bachrach v. Farbenfabriken* 344 N.Y.S. 2d. 286 (N.Y. 1973).

422. Voir: Rapport du Groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice: «L'ordinateur et la vie privée», Ottawa, Information Canada, 1972.

Conseil de recherches médicales du Canada, «La déontologie de l'expérimentation chez l'humain», *supra*, note 69a, aux pp. 26-27.

423. Voir J.K. Wing, *supra*, note 265, qui se réfère à un document du Royal College of Psychiatrists (Angleterre), portant sur le caractère confidentiel des données obtenues par systèmes d'information.

«Editorial» *Med. J. Aust.* 1973.2.1022, rapport sur la 27^e Assemblée de l'Association Médicale Mondiale, tenue à Munich dans le but d'examiner les problèmes du caractère confidentiel reliés à l'utilisation des ordinateurs en médecine.

Organisation mondiale de la Santé, «L'élément santé dans la protection des droits de l'homme», *Chronique O.M.S.* 30:391 (1976), à la p. 400, rapport sur la 27^e Assemblée de l'A.M.M., telle que précitée.

424. Voir J.A. Baldwin *et al.*, *supra*, note 251, à la p. 419.
425. *Ibid.*, à la p. 421.
426. C. Levine, «Sharing Secrets: Health Records and Health Hazards», *The Hastings Center Report* 7(6) 13 (1977), à la p. 15.
427. D.J. Whalan, «Protection of Privacy has become Pressing», *The Australian Financial Review*, le 24 juin 1969, à la p. 36. Rapporté par H.H. Dic-

kenson, «Medical Ethics and the Law. The Position of the Medical Administrator», *Med. J. Aust.* 1970 1(16) 794.

428. Citée *supra*, à la note 380.
429. *Ibid.*, article 2(b).
430. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, citée *supra*, note 281, article 7.
431. *Ibid.*
432. P. Lombard *et al.*, *op. cit.*, note 78, à la p. 192.
433. G. Boyer Chamard et P. Monzein, *op. cit.*, note 56, à la p. 133.
434. L. Kornprobst et S. Delphin, *op. cit.*, note 62, au n° 372.
435. Voir *Barber v. Time Inc.* 348 Mo 1199; 159 S.W. 2d 291 (1942).
436. J.A. Baldwin *et al.*, *supra*, note 251, à la p. 418.
437. Voir par exemple: *Professional Standards Review Organisation Act*, *supra*, à la note 398.
- Voir également un texte législatif australien proposé antérieurement et tombé en désuétude aujourd'hui, à savoir le *National Compensation Bill 1974*, qui est analysé article par article par H. Luntz, «Compensation & Rehabilitation», Melbourne; Butterworths, 1975. Ce texte législatif aurait prévu (à l'article 103) une obligation de préserver le caractère confidentiel, applicable à ce qui constitue avant tout des renseignements médicaux. Tous les «intervenant», et non seulement les médecins, auraient été tenus de respecter cette obligation.
438. Voir: «Report and Recommendations Psychosurgery. The National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research», publication du D.H.E.W. n° (OS) 77-0001, U.S. Gov't. Printing Office, Washington, D.C., 1977, aux pp. 57, 59-60; *Aden v. Younger* 129 Cal. Rptr. 535 (C. d'appel 4^e Dist. Div. 1, 1976).
439. Voir G.J. Annas, L.H. Glantz et B.F. Katz, *op. cit.*, note 63, à la p. 231. Ces auteurs rapportent qu'un groupe d'étude sur la psychochirurgie, établi au Massachusetts par le Commissaire à la santé mentale, est en désaccord sur la question de savoir si le consentement d'un patient sur lequel on se propose de pratiquer une intervention psychochirurgicale, doit être analysé par le biais d'une interview du patient devant un comité multidisciplinaire. Tous les médecins membres de ce groupe d'étude se sont vigoureusement opposés à une telle analyse; *Aden v. Younger*, *ibid.*. Également discuté dans Annas, Glantz et Katz, aux pp. 226-8.
440. G.B. Forbes, «Marginal Comments: Ethics and Editors», *American Journal of Diseases of Children* 127(4) 471 (1974), à la p. 472.
441. Ceci permettrait de remédier à la situation inacceptable en matière de caractère confidentiel, exposée par J.P. Tupin, «Ethical Considerations and Behaviour Control», *Tex. Rep. Biol. & Med.* 32(1) 249 (1974), à la p. 255. Il s'agit de la situation où tous les dossiers confidentiels d'un

psychiatre de prison avaient été confisqués et le tribunal a décidé qu'ils appartenaient à l'institution. Dans de telles circonstances, un détenu est encore moins enclin et disposé à donner des renseignements qui pourraient être utiles à son traitement médical ou psychologique.

442. Voir J.A. Baldwin *et al.*, *supra*, note 251, aux pp. 421-25.
443. Voir O.M. Ruebhausen et O.G. Brim, *supra*, note 367, à la p. 1206, qui soutiennent qu'en l'absence d'un tel consentement, les renseignements doivent être détruits.

Voir la suggestion relative à la tromperie, *supra*, à la p. 62, selon laquelle on devrait remettre au patient une copie des renseignements. Cependant, on devrait détruire ces renseignements si, par la suite, le patient ne consent pas à leur conservation ou à leur utilisation. Cela pourrait également se faire dans le cas où, en l'absence de tout élément de tromperie, le patient n'a pas consenti, avant l'obtention des renseignements, à ce qu'ils soient utilisés ou conservés et qui, par la suite, refuse d'y consentir.

444. N. Hershey et R.D. Miller, *op cit.*, note 63, à la p. 36.
445. Voir, par exemple, *Iowa Code Ann.* § 204.504 (Supp. 1975); *Cal. Health & Safety Code* (1975) § 11603; *Cal. Welf. & Inst. Code* § 5328 (Supp. 1975); *Pa. Stat. Ann. Tit. 71.* 1690.104 (Supp. 1975); *Illinois Ann. Stat.* c.51, (1966) § 101, § 104.

446. T. Parsons, *supra*, note 203, à la p. 140, a formulé cette suggestion dans un langage très contourné et complexe, au point qu'il est extrêmement difficile de déterminer exactement ce qu'il a voulu dire. Toutefois, il semble que ce soit là ce qu'il a voulu dire dans sa déclaration.

Voir également: United States National Commission, «Disclosure of Research Information under the Freedom of Information Act», *supra*, note 160, aux pp. 7-9.

447. Voir O.G. Ruebhausen et O.M. Brim, *supra*, note 367, à la p. 1186; J.W. Symington et T.R. Kramer, «Does Peer Review Work?», *American Scientist* 65(1) 17 (1977), à la p. 19.

448. J.S. Baldwin *et al.*, *supra*, note 251, à la p. 418.

449. Le terme «incapable» est utilisé ici dans un sens très général et doit s'entendre de toute personne qui, en matière de consentement à un contrat médical ou à un acte médical, nécessite une protection spéciale de la loi en raison d'une incapacité de fait ou de droit.

450. Voir, par exemple, l'article 1124 du *Code Napoléon* (France); les articles 290, 985, 986, 1029 du *Code civil de la province de Québec*; «Anson», *op. cit.*, note 227, aux pp. 196-225; «Cheshire & Fifoot», *op. cit.*, note 288, aux pp. 401-430.

451. Voir *supra*, aux pp. 38-41.

452. Voir *supra*, aux pp. 33-34.

453. Voir *supra*, aux pp. 53-54.

454. Voir, par exemple, *Karp v. Cooley and Liotta*, cit. *supra*, à la note 97, où la greffe d'un cœur artificiel avait été effectuée sur le patient.
455. Ceci peut découler de la diminution des facultés intellectuelles provoquée par la maladie ou par l'ingestion de médicaments destinés à apaiser la douleur ou prescrits dans le cadre du traitement en cause, ou encore de l'effet que la connaissance de leur mort prochaine peut avoir sur certaines personnes. A.M. Capron, *supra*, note 8, à la p. 387, affirme que les patients mourants peuvent devenir «des sujets d'expérience dociles» par crainte d'être délaissés par le médecin au cas où ils refuseraient de donner leur consentement. Cette crainte est particulièrement forte chez les mourants.
456. Public Health Council of the Netherlands, Report on Human Experimentation, à § 6h. Résumé publié dans 4 World Medical Journal 299 (1957); ou W.J. Curran et E.O. Shapiro, *op. cit.*, note 68, à la p. 889; et dans «Codification and Principles». Ladimer et Newman (éds.), *op. cit.*, note 10, à la p. 154.
457. M.D. Eilenberg *et al.*, *supra*, à la note 255.
458. W.J. Curran, *supra*, note 63, aux pp. 427-8.
- Voici le nom d'autres auteurs qui soutiennent que les mourants ne devraient pas être utilisés comme sujets de recherche médicale: E. Tesson, «Moral Reflection», dans Flood (éd.), *op. cit.*, note 73, à la p. 109; M.H. Pappworth, *op. cit.*, note 308, à la p. 78; H.K. Beecher, «Experimentation in Man», dans Ladimer et Newman (éds.), *op. cit.*, note 10, p. 2, à la p. 8.
459. H.K. Beecher, *ibid.*, à la p. 17.
460. Voir, par exemple, A. Mayrand, *op. cit.*, note 43, au n° 111.
461. Aux États-Unis: le *Uniform Anatomical Gift Act*, cit. *supra*, à la note 283.
- Dans les provinces canadiennes régies par la common law: le *Pro forma Human Tissue Gift Act*, cit. *supra*, à la note 283.
- Au Québec: les articles 21 et 22 du *Code civil de la province de Québec* prévoient un système de «contracting-in» et un système modifié de «contracting-out».
- En Angleterre: le *Human Tissue Act*, cit. *supra*, à la note 283, prévoit un système de «contracting-in».
462. En France: la *Loi Caillavet*, *supra*, à la note 35.
- En Australie: le rapport de la Commission de réforme du droit (Australie), *supra*, à la note 283, *Avant-projet de loi*, article 25, énonçant les systèmes de «contracting-in» et de «contracting-out», mais où on choisit comme présomption de base le dernier système.
- Voir aussi: «Report of the Special Committee on Organ Transplantation», *BMJ* 1970, 1, 750.
463. *The Human Tissue Gift Act*, S.O. 1971, c.83, article 4(1) (Ontario).

464. Voir par exemple: «Bar Council Report on Organ Transplants», *BMJ* 1971.3.716; Éditorial, «Determination of Death», *The Lancet* 1970, 1, 1092.

Aucun des «textes législatifs sur les greffes d'organes» mentionnés dans les notes 461 à 463 ne donne une définition de la mort. Toutefois, la Commission de réforme du droit de l'Australie en propose une définition dans son avant-projet de loi intitulé «Transplantation and Anatomy Ordinance 1977», Partie III intitulée «Donations of Tissue after Death», cit. *supra*, à la note 283, article 42: «Une personne est morte lorsque se produit

- a) l'arrêt irréversible de toutes ses fonctions cérébrales; ou
- b) l'arrêt irréversible de la circulation du sang dans son corps».

Certains États américains ont défini la mort. Ce sont le Kansas: *Kan. Stat. Ann.* § 77-202 (Supp. 1973); le Maryland: *Md. Ann. Code*, à 43 § 54 F (Supp. 1973); le Connecticut: *Conn. Gen. Stat. Ann.* § 19-139 (Supp. 1973).

Voir aussi: «Notes: «Sale of Human Body Parts», *Michigan Law Rev.*, *supra*, à la note 274.

J.F. Leavell, «Legal Problems in Organ Transplants», (1973)44 *Mississippi Law J.* 5.865, à la p. 880.

Voir en particulier: H.L. Hirsh, «Brain Death — Medico-Legal Status», *Southern Med. J.* 69(3) 286 (1976), comprenant une liste très complète de renvois portant ce sujet. On peut se procurer cette liste en en faisant la demande à l'auteur.

Pour une analyse de la loi actuellement applicable en France, en matière de détermination de la mort, laquelle ne définit pas vraiment la mort mais présente plutôt une série de critères à partir desquels un médecin peut conclure à la mort, voir: «Critères de la mort et greffes d'organes», *Cahiers Laennec* n° 3, sept. 1970; R. Nerson, *supra*, note 48, à la p. 668; J. Malherbe, «Médecine et Droit Moderne», Paris, Masson, 1969, à la p. 41 et ss.; R. Savatier, «Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains», *J.C.P.* 1969. I.2247; J. Savatier, «Et in hora mortis nostra: Le problème des greffes d'organes prélevés sur un cadavre», *D.*1968.89; P.-J. Doll, *supra*, à la note 36.

Ces textes législatifs français sont les décrets du 3 déc. 1941, du 20 oct. 1947 et du 27 janvier 1955, la *Loi du 7 juillet 1949*, la *Circulaire* n° 67, 24 avril 1968; le *Bull.* du 21 fév. 1968.

Voir aussi: «Déclaration de Sydney. Exposé sur la mort», adoptée par la 22^e Assemblée Médicale Mondiale tenue en août 1968, à Sydney, Australie.

465. Voir M. Houts et J. Hunt, *1 Death* § 1.03 (1970). Cité par J.F. Leavell, *ibid.*, aux pp. 887-8, n.e. 94.

466. À remarquer que le fait d'exiger diverses mesures de protection selon différentes fins n'est pas la même chose que formuler plusieurs définitions de la mort selon différentes fins. La Commission de réforme du

droit de l'Australie, dans son «rapport», *supra*, note 283, p. 59, au n° 127 a rejeté expressément la définition de la mort à une seule fin, à savoir la transplantation.

467. Pour un exposé intéressant de ce principe juridique général, voir la Déclaration du Conseil de recherches médicales (Royaume-Uni), *supra*, à la note 66.

Voir également G.J. Annas, L.H. Glantz et B.F. Katz, *op. cit.*, note 63, aux pp. 68-70, qui citent la décision *Lacey v. Laird*, 166 Ohio St. 12, 139 N.E. 2d. 25, 30 (1956), où il est déclaré que toute règle selon laquelle un mineur ne peut pas consentir à un traitement médical se fonde non pas sur la détermination de sa capacité réelle de consentir, mais plutôt sur le droit des parents dont l'obligation de secours et d'assistance envers leur enfant pourrait leur incomber davantage à la suite d'un acte médical ayant donné des mauvais résultats. Ainsi, les parents jouissent tout au moins d'un certain droit de refuser leur consentement et, à titre de corollaire, d'un certain droit de consentir. Cette façon de présenter ce droit est intéressante car elle montre qu'il ne s'agit pas d'un droit illimité de refuser ou d'accorder son consentement. La question qui se pose alors est quelles sont les limites de ce droit?

468. Voir: Lord Kilbrandon, «Chairman's Closing Remarks», dans Wolstenholme et O'Connor (éds.), *op. cit.*, note 315, à la p. 212; D. Louisell, *supra*, note 315, aux pp. 84-5; A.R. Holder, *op. cit.*, note 54, à la p. 17; L. Kornprobst, *supra*, à la note 246.

Voir aussi «La Charte du Malade Hospitalisé» (France), *Décret du 14 janv. 1974*. Extraits publiés dans *La Nouvelle Presse Médicale*, 3(5) 265 (1974), à la p. 266. Publiée intégralement dans «La responsabilité civile des médecins», *op. cit.*, note 140, à la p. 127. Celle-ci prévoit que lorsque les parents refusent de consentir, on peut s'adresser au ministère public pour obtenir une autorisation: *Child Welfare Act* (Ontario) R.S.O. 1970, c.64, article 20 en vertu duquel l'État peut autoriser le traitement nécessaire à la santé ou au bien-être de l'enfant: *Medical (Blood Transfusion) Act*, 1960 Victoria (Australie). Cette loi permet au tribunal de passer outre au refus des parents de consentir à ce que leur enfant subisse une intervention.

- 468a. Pour un exemple de loi type dont on a recommandé l'adoption par toutes les provinces du Canada, voir le procès-verbal de la Cinquante-septième assemblée annuelle de la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada, août 1975, *Medical Consent of Minors Act*, annexe N.
469. *Loi de la protection de la santé publique*, L.Q. 1972, c. 42, à l'article 36.
470. Par exemple, dans l'État de Nouvelle-Galles du Sud: *Minors (Property & Contracts) Act*. Loi n° 60, 1970 N.S.W., article 49.
471. *Public Hospitals Act*, R.S.O. 1970, c. 378, laquelle loi est modifiée dans Ontario Rev. Reg. 729, Ontario Reg. 100/77, § 49, § 49a.
472. *Infants Act*, R.S.B.C. 1960, c. 193, laquelle loi est modifiée par: *l'Act to Amend the Infants Act*, S.B.C. 1973 (1^{ère} sess), c.43, article 23.

473. *Family Law Reform Act* 1969 17 & 18 Eliz. II, c.46, article 8.
474. Pour un tableau complet exposant la nature et la portée de ces textes législatifs qu'on trouve dans chacun des États américains, voir H.F. Pilpel, «Minor's Rights to Medical Care», (1972) 36 Albany Law Rev. 462.
475. Voir, par exemple, la réglementation établie en vertu du «*Public Hospitals Act* (Ontario), cit. *supra*, à la note 153.
476. Cit. *supra*, note 473, à l'article 8(3).
477. Article 36 de la *Loi de la protection de la santé publique*, cit. *supra*, à la note 469.
- À remarquer que cette loi du Québec comporte une exception selon laquelle un juge de la Cour supérieure peut autoriser le traitement lorsqu'il est impossible d'obtenir le consentement du titulaire de l'autorité paternelle ou lorsque le refus du titulaire de l'autorité paternelle est contraire au meilleur intérêt de l'enfant.
- À noter également que, compte tenu du remplacement récent de la puissance paternelle par l'autorité parentale dans le Code civil (voir *Loi modifiant le Code civil*, Projet de Loi n° 65 sanctionné le 17 novembre 1977, 2^e session, 31^e Législature, Assemblée Nationale du Québec) et, notamment, de l'article 9 de cette loi, la puissance paternelle doit être interprétée dans le sens plus large de l'autorité parentale dans toutes les lois et tous les règlements d'application d'une loi.
478. R. Dierkens, «Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme», Paris; Masson, 1966, n° 5, à la p. 43.
- Voir aussi L. Kornprobst, *op. cit.*, note 12, à la p. 240 et n.e. 7; Cf. H. Anrys, «La responsabilité civile médicale», Bruxelles, Maison Ferdinand Larcier, 1974, au n° 56, p. 84, qui soutient que le consentement des parents est toujours nécessaire.
- À noter qu'en droit français, en vertu de l'article 1124 du *Code Napoléon*, les mineurs n'ont pas la capacité de contracter, ce qui, en admettant qu'ils peuvent consentir à un traitement médical comme l'ont suggéré certains juristes cités, confirme davantage la notion du double consentement (voir *supra*, aux pp. 38-41) et la thèse selon laquelle la capacité requise pour chacun de ces consentements n'est pas la même.
- Cf. Article 986 du *Code civil de la province de Québec*, selon lequel les mineurs ne sont pas frappés d'une incapacité générale mais ne sont juridiquement incapables de contracter que «dans les cas et suivant les dispositions contenues dans [l]e Code». Il semblerait donc qu'au Québec, un mineur pourrait tout aussi bien passer un contrat médical et qu'en vertu de la loi (*supra*, à la note 477), il pourrait également consentir à un traitement médical, pourvu qu'il ait atteint l'âge de 14 ans.
- Voir aussi P. Chassagne, «Risques médicamenteux et responsabilité médicale», dans Eck (éd.), *op. cit.*, note 246, à la p. 349; P. Lombard *et al.*, *op. cit.*, note 78, à la p. 162.
479. Article 36 de la *Loi de la protection de la santé publique*, citée *supra*, à la note 469.
480. P.A. Crépeau, *supra*, note 165, à la p. 252.

481. Cf. J.-L. Baudouin, *op. cit.*, note 339, au n° 189, qui soutient qu'au Québec, le mineur est entouré par la loi d'une protection qui prend «la forme d'une incapacité d'exercice quasi générale».
- Cf. *Dixon v. U.S.*, 197 F. Supp. 803 (W.D.S.C. 1961). Dans cette décision, le tribunal a déclaré que l'incapacité d'un mineur est un privilège à exercer dans son propre intérêt, étant donné qu'elle vise à l'empêcher de se causer du tort ou de se laisser abuser par les autres.
482. P.A. Crépeau, *supra*, note 165, à la p. 252.
483. En fait, la déclaration de P.A. Crépeau est plus catégorique que l'article 36 qui n'exige pas expressément que le mineur soit doué de discernement, bien que cela soit implicite en exigeant le «consentement» du mineur.
484. Co. Littleton 172a.
485. (1610) 1 Bulst. 39.
486. Il s'agit là de ce qu'on appelle habituellement la «règle du mineur ayant atteint la maturité». Voir: H.L. Nathan, «Medical Negligence; being the law of negligence in relation to the medical profession and hospitals», en collaboration avec A.R. Barrowclough, Londres; Butterworths, 1957, aux pp. 171-179; *Johnston v. Wellesley Hospital* (H.C. Ont.), cit. *supra*, note 62, aux pp. 144-5, où le tribunal déclare que «la common law ne fixe pas d'âge au-dessous duquel les mineurs sont automatiquement incapables de consentir à une intervention médicale. Tout dépend de la compréhension qu'a le mineur de l'intervention en cause»; G.S. Sharpe, «The Minor Transplant Donor», (1975) 7 *Ottawa Law Rev.* 85, à la p. 86; W.F. Bowker, *supra*, note 78, à la p. 172; P.D.G. Skegg, «Consent to Medical Procedures on Minors», (1973) 36 *Mod. Law Rev.* 370, à la p. 375; G.E. Railt, «The Minors Right to Consent to Medical Treatment. A Corollary of the Constitutional Right of Privacy», (1975) 48 *S. Calif. Law Rev.* 6:1389. L'auteur affirme, qu'aux États-Unis, un enfant a le droit de consentir à un traitement médical et que ce droit découle de son droit constitutionnel à la vie privée, tel que reconnu à tous les citoyens dans la décision *Roe v. Wade* citée *supra*, à la note 390. Il semblerait que la portée de ce droit à la vie privée s'accroît au fur et à mesure qu'augmente la maturité et qu'en conséquence, on a plus tendance à le violer ou à y passer outre à un âge plus jeune.
- Voir aussi: American Law Institute, «Restatement of the Law», Torts 2d, 1965, § 59, qui permet à un enfant de consentir à une intervention médicale visant son bien-être, lorsque celui-ci est capable de comprendre le sérieux de cette intervention.
- Pour des exemples de l'application de la «règle du mineur ayant atteint la maturité» par les tribunaux américains, voir: *Bach v. Long Island Hospital*, 49 Misc. 2d 207 (C. sup. N.Y. 1966); *Gulf & S.I.R. Co. v. Sullivan*, 119 So. 502 (C. sup. Miss. 1928); *Lacey v. Laird*, cit. *supra*, à la note 467.
487. W. Wadlington, «Minors and Health Care: The Age of Consent», (1973) 11 *Osgoode Hall Law J.* 1:115, à la p. 124.

488. Cependant, étant donné que la situation en cause est, par définition, une situation de nécessité, le médecin qui pratique une intervention sur un tel mineur peut recourir, en cas de poursuites judiciaires, à une défense de nécessité ou encore invoquer le consentement implicite du patient ou des parents à l'intervention.

Voir P.D.G. Skegg, *supra*, note 17, à la p. 512, qui affirme qu'en droit anglais, «il est généralement admis qu'un médecin peut parfois être justifié, en ce qui a trait au crime de voies de fait, de pratiquer une intervention médicale sans consentement. Des juges ont fait des déclarations extrajudiciaires à ce propos, et les médecins continuent d'agir en étant convaincus que telle est la situation. Toutefois, dans aucune des décisions anglaises publiées, n'a-t-on jamais autant discuté de l'existence ou des limites d'une telle justification».

489. À la note 486, *supra*.

490. G.J. Annas, L.H. Glantz et B.F. Katz, *op. cit.*, note 63, à la p. 64 et ss.

491. W. Blackstone, «Commentaries on the Laws of England», Oxford; 1776-79, 4 vols., volume premier, 463.

Voir généralement «Of Parent and Child», 446 et ss., «Of Guardian and Ward», 460 et ss.

492. Voir, par exemple, *Porter v. Toledo Terminal Railway Co.* 152 Ohio St. 463, 90 N.E. 2d 142 (1950); *Centrello v. Basky* 164 Ohio St. 41, 128 N.E. 2d 80 (1955); *Heisler v. Moke* [1972] 2 O.R. 466; *Gough v. Thorne* [1966] 3 All E.R. 398; *McHale v. Watson* (1966) 39 A.L.J.R. 459.

493. Voir G.J. Annas, L.H. Glantz et B.F. Katz, *op. cit.*, note 63, aux pp. 68-70 et l'analyse effectuée à la note 467, *supra*.

494. Voir «Notes: «Sale of Human Body Parts», *supra*, note 274, à la p. 1196.

495. G.J. Annas, L.H. Glantz et B.F. Katz, *op. cit.*, note 63, à la p. 70.

496. Voir, par exemple, L. Kornprobst et S. Delphin, *op. cit.*, note 62, au n° 51.

À remarquer que l'article 49 du *Minors (Property & Contracts) Act* de la Nouvelle-Galles du Sud, cit. *supra*, à la note 470, est susceptible de soulever certaines difficultés à cet égard, étant donné qu'il prévoit qu'un mineur âgé de quatorze ans ou plus peut consentir à un traitement médical et que le chirurgien est légalement protégé contre toutes poursuites pour voies de fait lorsque les parents ou le tuteur d'un mineur âgé de moins de seize ans consentent au traitement médical d'un tel mineur. Il semblerait que le mineur dont l'âge se situe entre quatorze et seize ans puisse consentir au traitement mais non le refuser.

497. Voir: U.S. National Commission, «Staff Draft. Research Involving Children Recommendations», le 1^{er} avril 1977, à la recommandation n° 5, p. 13 (Document fourni à l'auteur par le Secrétaire de la United States National Commission).

Voir également: The National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioural Research, «Report and Recommendations, Research Involving Children», publication du D.H.E.W. n°

(OS) 77-0004, U.S. Government Printing Office, Washington D.C., 1977, à la recommandation n° 7, pp. 12-13. En affirmant que le droit de s'objecter au traitement précède le droit de consentir, on dit exactement l'inverse de ce qui est prévu par le *Minors (Property & Contracts) Act* de la Nouvelle-Galles du Sud, voir à la note 496.

498. H.F. Pilpel, *supra*, note 474, à la p. 462.
Voir également W. Wadlington, *supra*, note 487, à la p. 124.
499. À mon avis, dans le cas d'un mineur ayant atteint la maturité, on n'est probablement pas plus justifié de lui faire subir un traitement contre sa volonté que s'il s'agissait d'un adulte non consentant.
500. Le Groupe consultatif de déontologie du Conseil des Arts du Canada, *supra*, note 248, à la p. 24, permettrait qu'on se livre à des recherches non thérapeutiques sur des enfants à la condition d'obtenir le consentement des parents et pourvu que l'enfant ait un droit de veto.
Voir également: U.S. National Commission, «Staff Draft. Research Involving Children. Recommendations», *supra*, note 497, à la recommandation n° 5, p. 13, et «Report and Recommendations», *supra*, note 497, à la recommandation n° 7, aux pp. 12-13.
501. Le Conseil de recherches médicales (Royaume-Uni), *supra*, note 60, à la p. 179, est d'avis que, compte tenu de l'âge, de l'intelligence, de la situation et du caractère du sujet ainsi que de la nature de la recherche, un enfant âgé de douze ans et plus peut avoir la capacité de consentir à une recherche non thérapeutique.
502. Le Code de Nuremberg (*supra*, à la note 65) n'autorise pas le consentement par procuration à une recherche non thérapeutique étant donné qu'il exige que le sujet ait la capacité juridique de consentir. Par contre, le consentement par procuration est prévu dans la Déclaration d'Helsinki (*supra*, à la note 69), dans le Rapport du Groupe consultatif de déontologie du Conseil des Arts du Canada (*supra*, à la note 248) et, aux États-Unis, dans la réglementation de la F.D.A. (21 C.F.R. § 310.102(b)). Cette réglementation exige indirectement qu'on effectue des recherches sur des enfants. En effet, celle-ci conditionne l'approbation de la mise en marché des médicaments pour enfants, à la preuve qu'ils sont «efficaces et sans danger» pour cette catégorie de personnes (21 C.F.R. § 310.6), ce qui nécessite des essais cliniques sur des enfants. Il arrive souvent que des médicaments pour adultes soient utilisés pour soigner des enfants.
B.L. Mirkin *et al.*, «Panel on Pediatric Trials», *Clin. Pharm. & Therap.* 18(5).2.657, déplorent une telle utilisation à l'aveuglette et ils sont d'avis qu'avant d'approuver leur utilisation par des adultes, on devrait soumettre les médicaments susceptibles d'être utilisés en pédiatrie à des essais sur des enfants.
A. Mayrand, *op. cit.*, note 43, au n° 47, affirme qu'au Québec, les parents ne peuvent consentir qu'aux traitements requis par l'état de santé de leur enfant.

503. On trouvera probablement le meilleur résumé de tous ces arguments dans le «Report and Recommendations. Research Involving Children» de la United States National Commission, *supra*, à la note 497.
504. Voir P. Ramsey, *supra*, à la note 201; «Shall we 'Reproduce'? Pt. I. The Medical Ethics of In Vitro Fertilization», J.A.M.A. 220(10) 1346 (1972); «Pt. II. Rejoinders and Future Forecast», J.A.M.A. 220(11) 1480 (1972); «The Enforcement of Morals: non-therapeutic research on children», The Hastings Center Report 6(4) 21 (1976).
- W.E. May, *supra*, à la note 182, est du même avis que Ramsey.
505. Voir l'article de R. McCormick, *supra*, à la note 244; voir également *supra*, à la note 194, et «Foetal Research, Morality and Public Policy», The Hastings Center Report 5(3) 26 (1975).
506. Ce n'est pas la faisabilité qui détermine ce qui est acceptable sur le plan de l'éthique et ce, malgré la théorie de «l'éthique situationnelle» de J. Fletcher (voir «Ethical Aspects of Genetic Controls. Designed Genetic Changes in Man», N.E.J.M. 285(14) 776 (1971), et *supra*, à la note 62) selon laquelle, au lieu de définir des principes rigides servant à établir ce qui est bien et ce qui est mal dans toutes les situations, on devrait, dans chaque situation nouvelle, apprécier toutes les données, y compris la faisabilité, pour déterminer ce qui est acceptable sur le plan de l'éthique. Même si on ne lui accorde aucune importance sur le plan de l'éthique, on devrait tout au moins tenir compte de la faisabilité en légiférant, si ce n'est en établissant des préceptes personnels et moraux.
507. S. Toulmin, «Exploring the Moderate Consensus», The Hastings Center Report, 5(3) 31 (1975), à la p. 34.
508. Voir R. Savatier, *supra*, à la note 36; R. Dierkens, *op. cit.*, note 477, à la p. 31; P.-J. Doll, «L'aspect moral, religieux et juridique des transplantations d'organes», Gaz. Pal. 1974 2. doctr. 820, le 28 sept. 1974.
509. Voir P.-J. Doll, *ibid.*, à la p. 822, qui décrit ces circonstances exceptionnelles comme étant celles où un enfant donne un organe pour sauver son frère, sa soeur ou son jumeau.
510. P.-J. Doll, *ibid.*, déclare que, le 14 mars 1961, la Chancellerie a tenu compte du consentement d'un enfant âgé de quatorze ans, dont la compréhension de la situation était parfaite, du consentement des parents et de l'avis favorable du Conseil National de l'Ordre des Médecins, pour autoriser la greffe d'un de ses reins sur sa soeur, ceci étant le seul espoir de lui sauver la vie.
511. *Loi modifiant le Code civil*, citée *supra*, à la note 477.
512. Voir *supra*, aux pp. 80-84.
513. A. Mayrand, *op. cit.*, note 43, au n° 7.

À remarquer que l'auteur souligne qu'à sa connaissance aucune requête en vertu de l'article 20 n'a jamais été déposée devant un tribunal du Québec même si un tel droit est reconnu dans une disposition législative et même si son exercice est assujéti à des conditions spéciales dans le cas des mineurs. Étant donné qu'il existe de nombreuses institutions de

recherche médicale dans cette province, soit qu'on ignore les exigences de l'article 20, soit qu'on n'effectue plus aucune recherche sur des enfants.

514. Voir *infra*, à la p. 91 et ss.
515. *Human Tissue Gift Act*, cit. *supra*, à la note 463.
516. *Human Tissue Act*, S.B.C. 1968, c.19; *Human Tissue Gift Act* S.B.C. 1972, c.27.
517. *Human Tissue Act*, R.S.N.S. 1967.
518. *Human Tissue Act*, S. Nfld., c.132, 1971, au n° 66.
519. À noter que le terme tissu est défini de manière à exclure les «tissus remplaçables par le processus naturel de la régénération» (voir, par exemple, l'article 1(c) du *Human Tissue Gift Act* de l'Ontario). Il semble donc que la validité du consentement d'un mineur à donner du sang ou d'autres tissus susceptibles de régénération émane de la common law.
520. Procès-verbal de la Conférence des Commissaires sur l'uniformisation des lois au Canada, (1965) 104.
521. P.D.G. Skegg, *supra*, note 486, à la p. 375.
522. Voir: *Re L* [1968] P. 119 (C.A.); *B (BR) v. B(J)* [1968] P. 466 (C.A.); *S. v. McC (MCC & W v. W)* [1972] A.C. 24.
523. Voir: P.D.G. Skegg, *supra*, note 17, à la p. 375 et ss.; B. Dickens, «The Use of Children in Medical Experimentation», (1975) 43 *Medico-Legal Journal* 166.
524. G. Dworkin, «Law relating to organ transplantation in England», (1970) 33 *Modern Law Review* 353, à la p. 360.
525. Spécialement si on considère que le «meilleur intérêt» peut inclure les «intérêts financiers» de l'enfant – voir *S. v. McC*, cit. *supra*, note 522, à la p. 42, et P.D.G. Skegg, *supra*, note 486, à la p. 379. Selon Skegg, on devrait se fonder sur la décision *S. v. McC* pour adopter une règle suivant laquelle les parents peuvent consentir dans le cas où des parents raisonnables consentiraient, c'est-à-dire dans le cas où cela ne va pas contre les intérêts de l'enfant et où il y va de l'intérêt public. Un tel critère permettrait aux parents de consentir à ce qu'une expérience non thérapeutique soit effectuée sur leur enfant. On se demande si les opinions exprimées par les juges au sujet de la question de savoir si on peut ou non forcer un enfant à subir une analyse du sang dans le but d'établir sa légitimité, peuvent s'appliquer dans le contexte général de l'expérimentation non thérapeutique, plus particulièrement lorsqu'une telle analyse du sang est autorisée par la loi (*Family Law Reform Act*, 1969 17 & 18 Eliz. II c.46, article 20), ce qui, semble-t-il, établit sa légitimité fondamentale. On ne peut pas en dire autant en ce qui concerne les expériences non thérapeutiques sur des enfants.
526. 139 A.L.R. 1366 (1941), plus particulièrement à la p. 1369; 126 F. 2d 121 (1941).

527. La décision *Bonner v. Moran* (*ibid.*) ne détermine pas clairement si le consentement des parents aurait été suffisant sans celui de l'enfant. On peut l'interpréter comme établissant que, dans le cas d'une intervention non thérapeutique, la règle «du mineur ayant atteint la maturité» ne s'applique que si on obtient en plus le consentement des parents. Cette décision ne nous renseigne pas sur la situation où le mineur est incapable de consentir; A.M. Capron, «Legal Considerations Affecting Clinical Pharmacologic Studies in Children», *supra*, note 193, à la p. 143, soutient qu'on ne doit pas interpréter la décision *Bonner v. Moran* comme signifiant notamment que les parents peuvent consentir à ce que leur enfant subisse un traitement non bénéfique étant donné, dit-il, que dans cette décision et dans celles qui ont suivi, les tribunaux ont évité de trancher la question. Cela est vrai dans les cas où les tribunaux ont conclu à l'existence d'un avantage psychologique et où il s'agissait, par conséquent, d'un consentement à une intervention bénéfique. Voir cependant la décision *Nathan v. Farinelli* (non publiée), Eq. n° 74-87, Mass., le 3 juillet 1976 (Mass., É.-U.), qui est analysée dans les lignes suivantes.
528. 289 A. 2d 386 (Conn. 1972).
529. Citée *supra*, à la note 527.
530. (Non publiée) n° J74-57 (Mass., le 28 août 1974).
531. 445 S.W. 2d. 145 (Ky 1969).
- Voir aussi la décision *Howard v. Fulton-Dekalb Hospital Authority* 42 U.S.L.W. 2322 (Cour sup. Georgie, Fulton City, le 29 nov. 1975), où le tribunal s'est fondé sur son pouvoir «*parens patriae*» pour autoriser une jeune fille de quinze ans «moyennement retardée» à donner un rein en vue d'une greffe sur sa mère. Ce faisant, le tribunal a tenu compte du choc émotif que pourrait causer à la jeune fille le décès de sa mère et il a voulu éviter que cette situation ne se produise même si la jeune fille ne pouvait donner «un consentement intelligent par écrit».
532. À remarquer que le tribunal a autorisé le don en vertu du pouvoir «*parens patriae*» ou de «jugement par substitution» dont il dispose en Equity. Il s'agissait là de son pouvoir d'agir dans le *meilleur intérêt* du mineur ou de l'incapable et il n'a pas appuyé sa décision sur le consentement des parents (*ibid.*, aux pp. 147-9, plus particulièrement à la p. 149). Pour une analyse complète de la notion du jugement par substitution consistant essentiellement à se demander ce que l'incapable choisirait de faire s'il avait la capacité, voir J.A. Robertson, «Organ Donations by Incompetents and the Substituted Judgment Doctrine», (1976) 76 Columbia Law Rev. 48.
533. 284 So 2d. 185 (La. App. 1973). Il convient de souligner ici que l'handicapé mental était un mineur, même si cela n'a été d'aucune importance dans cette affaire.
- Voir aussi la décision *Lausier v. Pescinski* 67 Wis. 2d, 4, 226 N.W. 2d. 180 (1975), où le tribunal a déclaré expressément que ni lui, ni le curateur d'un handicapé mental de trente-neuf ans, dont l'âge mental était de douze ans, ne pouvaient consentir à la place de cet handicapé étant

donné que l'intervention en cause, à savoir une greffe de rein, ne comportait aucun avantage pour ce dernier.

534. Voir G. Dworkin, *supra*, note 524, aux pp. 356-7.
535. Voir *Strunk v. Strunk*, cit. *supra*, note 531, à la p. 146. Voir également les notes 523 et 525, *supra*.
536. Ces décisions ne sont pas publiées mais elles sont citées dans *Hart v. Brown*, *supra*, note 528, à la p. 387. Ces décisions sont les suivantes: *Masden v. Harrison* n° 68651, Eq. Mass. Sup. Jud. Ct. (le 12 juin 1957); *Hushey v. Harrison*, n° 68666, Eq. Mass. Sup. Jud. Ct. (le 30 août 1957); *Foster v. Harrison*, n° 68674, Eq. Mass. Sup. Jud. Ct. (le 20 nov. 1957).
537. Voir W.J. Curran, «A Problem of Consent: Kidney Transplantation in Minors», dans Ladimer et Newman (éds.), *op. cit.*, note 10, p. 237, à la p. 242; C.H. Baron *et al.*, *supra*, note 180, à la p. 161. Après avoir analysé ces décisions, ils arrivent à la conclusion que les tribunaux n'ont pas tenu compte du consentement des parents ou des enfants. «Au lieu de cela, ils se sont contentés dans chaque cas, d'entendre les témoignages et de décider si, en l'espèce, l'intervention devait être autorisée». S'il s'agit là de la vérité, cela peut s'expliquer par le fait que, dans ces affaires, on cherchait à obtenir un jugement déclaratoire concernant la «légalité de l'intervention» (voir D.W. Meyers, «The Human Body and the Law», Chicago, Aldine-Atherton, 1970, à la p. 123) et il se peut que les tribunaux se soient moins souciés de la question même du consentement que d'interdire, à l'avenir, toute poursuite contre des médecins.
538. Citée *supra*, à la note 528.
539. Voir les observations de G.S. Sharpe dans «The Minor Transplant Donor», (1975) 7 *Ottawa Law Rev.* 85, à la p. 98.
540. Citée *supra*, à la note 527.
541. Voir G.J. Annas, L.H. Glantz et B.F. Katz, *op. cit.*, note 63, à la p. 89.
542. *Ibid.*, aux pp. 85-87.
543. A.M. Capron, *supra*, note 193, à la p. 146 et *supra*, note 81, à la p. 319.
- Capron propose essentiellement de remplacer le consentement des parents par un modèle de prise de décision, c'est-à-dire un cadre de prise de décision consistant en des «approximations successives limitées», lequel réduirait les problèmes qui se posent et ouvrirait la voie à d'autres mesures de protection dont le consentement des parents. Ces mesures sont: *limiter* autant que possible le besoin qu'on ressent de faire des expériences; *limiter* les risques; *limiter* ensuite le nombre des participants a) en effectuant des expériences thérapeutiques sur des enfants malades chaque fois que c'est possible; b) lorsque des enfants normaux sont utilisés, (1) en écartant les enfants pris en charge par une institution; (2)(i) en permettant au tuteur de faire la sélection; (ii) en faisant une sélection fondée sur l'aptitude médicale et psychologique; et ensuite (iii) en faisant un choix au hasard parmi ceux qui sont admissibles; enfin, *limiter* les dommages par l'exercice d'un contrôle constant (Clinical Res. *ibid.*, aux pp. 145-7). Capron poursuit en déclarant (*ibid.*, à la p. 147)

que le pouvoir conféré à l'État est «l'aspect le plus gênant» du mode de sélection des sujets-enfants fondé sur l'aptitude et le choix au hasard.

544. Cette expression a été adoptée par la United States National Commission dans son document intitulé «Staff Draft. Research Involving Children. Recommendations», *supra*, note 497, à la p. 3, et dans «Report and Recommendations», *supra*, note 497, à la recommandation n° 3, p. 5.

Voir également B. Freedman, «A Moral Theory of Informed Consent», *The Hastings Center Report* 5(4) 32 (1975), aux pp. 37-8, qui affirme que le consentement par procuration donné au nom des enfants est une notion différente du consentement des adultes.

545. United States National Commission, «Staff Draft, Research Involving Children. Recommendations», *ibid.*, à la p. 14.

Voir aussi J. Viret, *supra*, note 150, à la p. 915, qui affirme qu'on ne peut pas parler du consentement «éclairé» d'une personne autre que le patient lui-même.

546. Il est, à toutes fins pratiques, difficile de définir ce qu'on entend par «aucun risque ou un risque minimal». La United States National Commission («Staff Draft», *ibid.*, à la p. 4) estime que, dans le contexte d'une recherche médicale, cela signifie que la recherche «ne doit comporter, pour les enfants, aucun risque ou inconvenient plus importants que ceux auxquels ils font normalement face chaque jour ou lors d'un examen médical ou psychologique de routine. . .» et on ajoute plus loin (à la p. 5) que s'il existe un doute substantiel au sujet des risques, ceux-ci ne peuvent pas être considérés comme étant minimaux.

Bien que ce soit sous-entendu dans cette affirmation, il doit être clairement admis que le «risque minimal» s'entend à la fois de la possibilité qu'un risque se concrétise et de l'importance du préjudice qui résulterait s'il venait à se concrétiser. Autrement dit, j'utilise cette expression dans le sens de risque minimal de préjudice minimal. Ce projet de recommandation devrait être comparé au texte définitif du «Report and Recommendations», *supra*, à la note 497, qui remplace la classification des risques en aucun «risque ou inconvenient . . . plus importants que ceux auxquels ils font normalement face chaque jour» et en «risques ou inconvenients plus importants que ceux-ci. . .», par une classification en «risques plus importants que le risque minimal», en «risques représentant plus qu'un risque minimal» et en «risques un peu plus importants que le risque minimal» (aux recommandations n°s 3, 4 et 5 respectivement). Il semblerait que la dernière classification est plus large en ce qui concerne la première catégorie de risques, laquelle comporte des exigences moins strictes en matière d'approbation. Il semblerait également qu'elle ait une portée plus large en ce qui concerne l'autorisation de la recherche étant donné que les risques de la troisième catégorie sont traités avec moins de rigueur que ceux de la deuxième catégorie.

Dans l'affaire *Neilson v. Regents of University of California et al.* (Civ. Case n° 665-049, Cour sup. de Calif., comté de San Francisco, requête déposée le 23 août 1973 et modifiée le 20 déc. 1973), on se demande si les parents ont le droit de consentir à ce qu'on se livre à des recherches non thérapeutiques sur leurs enfants. Dans cette affaire qui est toujours

pendante, on demande l'interdiction d'un projet de recherche non thérapeutique consistant à soumettre des enfants à des tests d'allergie. On a offert aux parents de les payer en échange de la participation de leurs enfants à une telle recherche.

Dans le «Code» du Royal College of Physicians (Royaume-Uni), *supra*, note 67, à la p. 2, on autorise, dans les cas où les risques sont négligeables, le consentement par procuration à des interventions non bénéfiques sur des enfants et des handicapés mentaux.

Le Conseil de recherches médicales du Canada, «La Déontologie de l'expérimentation chez l'humain», *supra*, note 69a, aux pp. 30-31, autoriserait également de telles interventions.

547. Voir la déclaration du Conseil de recherches médicales (Royaume-Uni), *supra*, note 66, à la p. 179, selon laquelle «du point de vue du droit anglais strictement les parents et les tuteurs des mineurs ne peuvent pas consentir au nom de ces derniers à ce qu'ils subissent une intervention qui ne leur procure aucun avantage particulier et qui peut comporter certains risques de préjudice».

Voir aussi la disposition législative, en vigueur en Louisiane, (*La Stat. Ann.*, titre 14 § 87.2 (1974)) qui requiert le consentement du sujet d'expérience sans prévoir aucune exception à cette règle.

Cf. New York, *N.Y. Pub. Health Law* § 2441(5) qui permet au représentant légal de consentir à une recherche sur le sujet incapable de donner son consentement.

- 547a. Il est nécessaire d'utiliser l'expression «il semble» étant donné qu'il y a toujours l'objection selon laquelle le consentement empêche non seulement qu'on force une personne à s'exposer à un risque ou à un préjudice auxquels elle n'a pas consenti à s'exposer, mais également qu'on la force à participer. Voir *supra*, à la p. 44.

Il existe également d'autres objections à la proposition selon laquelle on devrait permettre d'effectuer, sur des enfants dépourvus de discernement, des expériences non thérapeutiques ne comportant aucun risque ou qu'un risque minimal et ce, sans qu'il ne soit nécessaire d'obtenir aucun consentement. On objecte notamment que le consentement est nécessaire lorsque de telles expériences sont faites sur des adultes. Cependant, il semble possible de distinguer la situation d'un adulte de celle des enfants dépourvus de discernement, en faisant valoir que le consentement est nécessaire pour protéger un droit à l'autonomie que ne possède pas l'enfant dépourvu de discernement, et un droit à la vie privée comportant des caractéristiques intrinsèques et extrinsèques. Seules les caractéristiques extrinsèques de ce dernier droit s'appliquent dans le cas d'une personne dépourvue de discernement d'où la nécessité d'une protection. En outre, il y a une obligation de respecter la personne et d'empêcher qu'elle ne subisse aucun préjudice. Il ne semble pas qu'on faillit à l'une ou l'autre de ces obligations dans le cas d'une expérience «sans risque». On ne faillit quelque peu à la dernière obligation que dans le cas des interventions comportant un «risque minimal». Je préfère recourir à ce type de raisonnement pour reconnaître la validité du consentement par procuration des parents, en raison des ramifications de

ce dernier. (Voir *supra*, aux pp. 90-91).

Cela revient à dire que le consentement par procuration est une fiction légale dans les situations où il est acceptable. À mon avis, ces situations se rencontrent, par exemple, lorsque McCormick et Toulmin utilisent les expressions «se doivent» (ought) et «ne pourraient pas s'objecter» (could not object) respectivement (*supra*, à la p. 85). En réalité, le même raisonnement s'appliquerait dans les cas où on soutient que le consentement n'est pas nécessaire, comme, par exemple, dans le cas d'une recherche épidémiologique. Pour des exemples de ce dernier argument, voir R. Doll, «Obstacles Within The Practice of Medicine: Public Benefit and Personal Privacy; The Problems of Medical Investigation in the Community», *Proc. Roy. Soc. Med.* 67(12), Partie 2, 1281 (1974), à la p. 1283; déclaration du Conseil de recherches médicales (Royaume-Uni), «Responsibility in the Use of Medical Information for Research», *B.M.J.* 1973.1.1213.

548. À noter que la détermination de l'absence de risque ou de la présence d'un risque minimal doit être faite par un organe indépendant, de préférence par un comité d'examen déontologique.
549. Voir: U.S. National Commission, «Staff Draft. Research Involving Children. Recommendations», *supra*, note 497, à la p. 12. «Report and Recommendations», *supra*, note 497, à la recommandation n° 2, p. 2.
550. A.H. Schwartz, «Children's Concepts of Research Hospitalization», *N.E.J.M.* 287(12) 589 (1972).
551. Pour une opinion se fondant sur un critère autre que le discernement pour justifier la participation des enfants à la recherche non thérapeutique, voir W.G. Bartholome, «Parents, Children, and the Moral Benefits of Research», *The Hastings Center Report* 6(6) 44 (1976). Celui-ci estime qu'il est possible à des enfants âgés de cinq à quatorze ans de bénéficier moralement de la participation à une recherche. Il est en outre d'avis que les parents ne sont pas seulement tenus de protéger l'enfant mais également de favoriser son épanouissement moral. Par conséquent, la participation des enfants devrait être autorisée.
552. Voir l'opinion minoritaire de P.A. Crépeau, Conseil de recherches médicales du Canada, «La déontologie de l'expérimentation chez l'humain», *supra*, note 69a, à la p. 30.
- Pour une opinion contraire, voir:
- W.J. Curran et H.K. Beecher, «Experimentation in Children: A Re-examination of Legal Ethical Principles», *J.A.M.A.* 210:77 (1969).
- Editorial, «The Ethics of research involving children as controls», *Archives of Disease in Childhood* (Royaume-Uni) 1973.48.751, à la p. 752.
- 552a. Voir l'opinion de la majorité dans le «Code» du Conseil de recherches médicales (*ibid.*, aux pp. 30-31) selon laquelle les recherches médicales peuvent s'effectuer sur des personnes incapables de donner leur consentement à la condition de respecter la disposition spéciale concernant la «deuxième étape du consentement par procuration» donné par «l'avocat

du sujet ou . . . un défenseur des droits de l'homme». A remarquer qu'on n'exige pas que la recherche soit de caractère vraiment exceptionnel.

553. À l'appui de cette opinion, voir:

Kaimowitz v. Michigan Department of Mental Health, cit. *supra*, note 115, aux pp. 197-8, où le tribunal a décidé que le consentement des parents ou du tuteur «est juridiquement sans effet dans le cas d'une psychochirurgie».

Voir également R. Neville. «Pots and Black Kettles: A Philosopher's Perspective on Psychosurgery», (1974) 54 *Boston Univ. Law Rev.* 340, à la p. 348, qui, au sujet de la psychochirurgie, affirme que le consentement personnel est absolument nécessaire et que le consentement par procuration ne devrait être autorisé qu'à la suite d'une contestation en justice. Il est possible de généraliser cette affirmation de manière à l'appliquer à la situation où il est question de pratiquer, sur une personne incapable de donner son consentement, une intervention comportant plus qu'un risque minimal, une intervention non thérapeutique ou encore une intervention dont le caractère thérapeutique est douteux.

554. Voir: U.S. National Commission, «Staff Draft. Research Involving Children. Recommendations», *supra*, note 497, à la p. 6, qui exige, pour qu'on puisse autoriser une recherche non thérapeutique, comportant plus qu'un risque minimal, sur des enfants incapables de donner un consentement éclairé, qu'un conseil d'examen de l'institution, qu'un conseil consultatif national de déontologie et, après avoir donné au public l'occasion d'examiner la question, que le Secrétaire du D.H.E.W. aient déterminé que les risques sont acceptables, qu'il existe un grave problème de santé touchant, de manière générale, les enfants, qu'une telle recherche est le seul moyen adéquat de remédier à cette situation et enfin qu'on remplira les conditions relatives au consentement des enfants et à l'autorisation des parents, figurant dans les recommandations.

Voir également: «Report and Recommendations», *supra*, note 497, à la recommandation n° 6, p. 10, qui établit des exigences semblables concernant la recherche qui comporte des risques un peu plus importants que le risque minimal.

555. Voir H. Jonas, *supra*, à la note 42.

556. Voir *infra*, à la p. 101 et ss.

557. 3 *Pa. Bull.* n° 2667 (1973). Citée par B. Mishkin, «Multidisciplinary Review of the Protection of Human Subjects in Biomedical Research: Present and Prospective H.E.W. Policy», (1974) 54 *Boston Univ. Law Rev.* 278, à la p. 284.

558. Par exemple, dans le cas des «expériences Willowbrook», voir *supra*, à la note 307, on avait dit aux parents qu'on n'admettrait leur enfant mentalement handicapé dans l'institution que s'ils consentaient à ce que l'enfant participe à une expérience.

559. *Supra*, à la note 497.

560. *Supra*, à la note 497.

561. «Staff Draft. Research on Children», *supra*, note 497, recommandation n° 8, à la p. 22, modifiée lors de la réunion de la U.S. National Commission, tenue les 10 et 11 juin 1977, résumé du compte rendu, recommandation n° 9, à la p. 2.
562. Voir D.H. Russell, «Law Medicine and Minors», Pt. IV, N.E.J.M. 279(1) 31 (1968). On trouve des lois concernant les enfants maltraités dans tous les pays en cause dans la présente étude.
563. *Cal. Penal Code* § 273(a) West 1970. Reste à savoir si l'expérimentation non thérapeutique est «injustifiable» au sens de cette loi. On a répondu par l'affirmative dans la décision *Nielson v. Regents of University of California*, citée *supra*, à la note 546.
564. R.J. Levine, «In Comment . . .», JAMA 232(3) 259 (1975), à la p. 261.
565. N. Hershey et R.D. Miller, *op. cit.*, note 63, à la p. 147.
566. *Loi concernant la protection des enfants soumis à des mauvais traitements*, L.Q. 1974, c.59, article 14j.
- 566a. Il est nécessaire de distinguer l'avortement naturel de l'avortement provoqué étant donné que l'avortement naturel n'a pas les mêmes implications sur le plan déontologique. L'expulsion naturelle d'un fœtus avant terme serait régie par les mêmes considérations applicables aux enfants, aux mourants ou aux personnes décédées selon le cas.
567. À remarquer qu'il s'agit du même type de question que celle qui se pose relativement à l'exécution des détenus condamnés à mort par le biais d'une expérience médicale, voir *infra*, à la p. 112.
568. Fed. Reg. 8 août 1975, 33546.
- Voir aussi T.W. Ogletree, «Values, Obligations and Virtues: Approaches to Bio-Medical Ethics», *Journal of Religious Ethics* 4(1) 105, 1976, aux pp. 111-112, qui affirme que la National Commission souligne de façon particulière le risque de porter atteinte à la dignité que possède le fœtus en tant qu'être humain digne d'être protégé. En outre, si le respect du fœtus ne le protège pas contre une décision d'avortement ou encore n'empêche pas son utilisation comme sujet d'expérience non consentant, ce «risque» ne peut pas logiquement se rapporter d'abord et avant tout au fœtus lui-même. Son importance semble plutôt résider principalement dans ses répercussions sur le bien-être moral et psychologique des «parents» et des chercheurs en cause dans l'expérience ou, de manière plus générale, dans son impact sur la santé morale de la société qui accepte et appuie la recherche». Autrement dit, le risque est apprécié en fonction des autres et non du fœtus à l'égard duquel la notion du risque est éliminée sur le plan du fond et non pas de la forme, lorsqu'on compare la possibilité que le fœtus subisse un préjudice à la réalité de la situation dans laquelle il se trouve. On se demande pourquoi la National Commission a conservé une notion aussi vide de sens. A mon avis, Ogletree nous en donne l'explication dans son analyse.
569. Red. Reg. 8 août 1975, 33528; 45 C.F.R. § 46.209(d). Cette disposition exige que la mère et le père donnent un «consentement éclairé» à la re-

cherche sur l'avorton, sous réserve de certaines exceptions dans ce dernier cas.

570. «The Use of Fetuses and Fetal Material for Research. Report of the Advisory Group», Londres; Her Majesty's Stationery Office, 1972, (désigné ci-après sous le nom de «rapport Peel»), à la p. 8.
571. «Rapport Peel», *supra*, note 570, aux pp. 8-9.
572. *Human Tissue Act*, cit. *supra*, à la note 283.
573. *Ibid.*, à la p. 12.
574. *Ibid.*, à la p. 9, n° 42.
575. *Ibid.*, à la p. 12. «Recommended Code of Practice», article 4(1).
576. *Ibid.*, à la p. 7, n° 32, et voir *supra*, à la p. 79.
577. G.J. Annas, L.H. Glantz et B.F. Katz, *op. cit.*, note 63, à la p. 206.
578. L'auteur a, à la suite d'entrevues personnelles, de bonnes raisons de croire qu'il s'agit là d'une pratique courante dans certains hôpitaux canadiens.
579. R. Wasserstrom, «The status of the fetus», *The Hastings Center Report* 5(3) 18 (1975), aux pp. 20-21.
580. H.O. Tiefel, *supra*, note 135, à la p. 88.
581. 45 C.F.R. § 46.206 4(b).
582. *Supra*, note 570, à la p. 9, n° 44, et à la p. 12.
583. Voir: «Report on Injuries to Unborn Children», Commission du droit (Royaume-Uni) n° 60. Cmnd. 5709 Londres; Her Majesty's Stationery Office, 1974. *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act* 1976 Eliz. II c.28; *Watt v. Rama* (1972) V.R. 353 (Australie); *Duval v. Seguin* (1972) 26 D.L.R. 3d. 418 (Ontario); *Montreal Tramways Company v. Lévillé* [1933] R.C.S. 456 (Québec); *Cour d'appel d'Amiens* 28 avril 1964, *Gaz. Pal.* 1964.2.167; *Cour d'appel de Paris* 10 janv. 1959, *Gaz. Pal.* 1959.1.223; *Bonbrest v. Kotz* 65 F. Supp. 138 (D.D.C. 1946).
- Voir aussi P.A. Lovell et R.H. Griffith-Jones, « «The Sins of the Fathers» — Tort Liability for Pre-Natal Injuries», (1974) 90 *Law Quarterly Rev.* 513; J.G. Fleming, *op. cit.*, note 23, aux pp. 159-61, 644-5 et 668-9; W. Prosser, *op. cit.*, note 16, aux pp. 335-8, 864 et 883; J. Carbonnier, «Droit Civil», 9^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1971, tomes I et II, dans le tome I, aux pp. 179-84; G. Marty et P. Raynaud, «Droit Civil», 2^e éd., Paris, Sirey, 1967, vols. I et II, dans vol. II, à la p. 360.
- Les parents peuvent également avoir le droit d'intenter une action, voir par exemple: *O'Neill v. Morse*, 385 Mich. 130, 188 N.W. 2d. 785 (1971); *Trib. gr. inst. Seine*, 20 janv. 1962, J.C.P. 62 éd. G. IV 68; *Langlois v. Meunier* [1973] C.S. 301 (Québec).
584. Voir les références, *ibid.*, de manière générale et, en particulier, le rapport de la Commission du droit (Royaume-Uni), à la p. 41 notamment.

585. Voir: Editorial, «The Rights of the Mentally Handicapped», *The Lancet* 1973, 1 (818), 1295, où on propose d'établir une autre distinction entre le malade mental et l'handicapé mental en ce sens que ce dernier peut, à la condition qu'on lui en donne l'occasion, atteindre la maturité, se développer et agir comme tout autre citoyen normal. Il y a également un autre argument selon lequel on devrait classer les personnes dont les facultés mentales sont temporairement affaiblies comme, par exemple, les patients ressentant des douleurs intenses, dans la catégorie des «handicapés mentaux frappés temporairement d'une incapacité de fait», et leur accorder, en matière de consentement à une intervention médicale, toutes les mesures de protection dont jouissent les personnes faisant partie de cette catégorie.

Voir aussi G.J. Annas, L.H. Glantz et B.F. Katz, *op. cit.*, note 63, à la p. 151, qui divisent les handicapés mentaux en deux catégories: les malades mentaux et les retardés mentaux. Ils ajoutent que ces catégories se divisent en plusieurs sous-catégories.

586. Voir *supra*, à la p. 94 et ss. et *infra*., à la p. 115.

Voir aussi Annas, Glantz et Katz, *ibid.*, aux pp. 147-151.

587. R. Neville, *supra*, note 553, à la p. 349.

588. *Ibid.*

589. Voir Fed. Reg. 23 août 1974, 30656 (règles proposées); 45 C.F.R. 46 § 46.504(c) qui prévoit ce qui suit: [TRADUCTION] «L'handicapé mental pris en charge par une institution ne peut participer à la recherche — à moins: — c) qu'on ait également obtenu son consentement à la recherche, lorsqu'il est suffisamment capable de comprendre ce qui lui est proposé et d'exprimer son opinion au sujet de sa participation».

590. En Californie, la loi prévoit que cette prise en charge par une institution ne signifie pas *nécessairement* que la personne en cause est frappée d'une incapacité de droit ou de fait: voir le *California Penal Code* (Supp. 1975) § 2672 (b) (c).

La prise en charge par une institution peut être volontaire ou involontaire. Cependant, elle ne détermine pas automatiquement si la personne en cause a ou non la capacité de droit ou de fait de donner un consentement éclairé, étant donné que le critère de la prise en charge involontaire par un hôpital psychiatrique comporte un danger pour soi-même ou encore pour autrui (voir, par exemple, l'article 8(1)a) du *Mental Health Act* R.S.O. 1970, c.269, qui en soi ne connote aucune incapacité de fait. Il y aura incapacité de droit selon que, dans le pays en cause, la prise en charge involontaire comporte une présomption à ce sujet. La loi ontarienne précitée (*ibid.*) ne comporte aucune présomption de cette nature. L'article 32(3) exige que la personne prise en charge subisse un examen médical sur lequel il sera *possible* de se fonder pour délivrer un certificat d'incapacité.

591. L'incapacité juridique peut être déclarée de deux manières correspondant à deux situations de fait différentes, mais ayant les mêmes implications sur le plan juridique. En premier lieu, on peut déclarer une personne juridiquement incapable pour le motif qu'elle est incapable de

fait. Son incapacité de droit découle donc de son incapacité de fait. En second lieu, une personne peut avoir été déclarée juridiquement incapable par le biais d'une procédure légale menant à l'interdiction. Dans ce cas, elle est et demeure juridiquement incapable, totalement ou partiellement suivant l'effet de la procédure légale, et ce jusqu'à ce que l'ordonnance soit levée, même si, dans l'intervalle, il lui arrive d'être capable de fait. Dans chaque cas, les détails relatifs à la capacité de fait de chaque personne prise individuellement doivent être examinés en même temps que les lois qui, dans le pays en cause, s'appliquent aux handicapés mentaux et ce, afin d'apprécier la capacité de droit de la personne en cause. Cela permet d'apprécier sa capacité générale de consentir à une intervention ou à une recherche médicale.

592. Voir P. Laget, *supra*, note 41, à la p. 310; F. Heleine, *supra*, note 318, à la p. 43; L. Kornprobst et S. Delphin, *op. cit.*, note 62, au n^{os} 55, 60 et 65; R. Boucher *et al.*, *supra*, note 62, à la p. 488; R. Piédelièvre et E. Fournier, *supra*, note 246, dans le tome I, à la p. 103; X. Ryckmans et R. Meert-van de Put, *op. cit.*, note 62, au n^o 595; A. Mayrand, *op. cit.*, note 43, au n^o 41; P.-J. Doll, *supra*, note 36, au n^o 5; R. Dierkens, *op. cit.*, note 478, au n^o 195; V.C. Heldman, *supra*, note 188, aux pp. 163-170; M.F. Ratnoff, *supra*, note 63, à la p. 495 et ss.; J.A. Robertson, *supra*, à la note 532; R.G. Spece, *supra*, à la note 19; A.R. Holder, *op. cit.*, note 54, à la p. 243.

«Notes «Sale of Human Body Parts», *supra*, note 315, à la p. 1197; D.A. Frenkel, *supra*, note 247; *Kaimowitz v. Department of Mental Health for the State of Michigan*, *cit. supra*, à la note 115.

593. Voir W.F. Cook, «Transplantation – Incompetent Donors: Was the First Step or the Last Taken in Strunk & Strunk? (Ky 445 S.W. 2d. 145)», (1970) 58 Calif. L. Rev. 754, où l'auteur propose de justifier l'utilisation du critère de la valeur sociale, c'est-à-dire la valeur du donneur incapable par rapport à celle du receveur capable, par le «bien que représente pour la société le fait de relancer dans une activité lucrative un citoyen plus productif» (à la p. 769).

Voir également R.A. Koory, «Equity — Transplants — Power of Court to Authorize Removal of Kidney from Mental Incompetent for Transplantation into Brother», (1970) 16 Wayne L. Rev. 1460, à la p. 1467, n.e. 62, où on se demande si l'handicapé mental pourrait jouer un rôle utile comme donneur d'organes.

594. Voir Laget, Heleine, Kornprobst, Boucher, Piédelièvre, Ryckmans et Meert-van de Put, Mayrand, Doll et Dierkens, tels que cités *supra*, à la note 592.
595. L. Kornprobst, *op. cit.*, note 12, à la p. 243.
596. Voir les articles 290, 325, 343 et 986 du *Code civil de la province de Québec*.
597. A. Mayrand, *op. cit.*, note 43, au n^o 42; F. Heleine, *supra*, note 318, à la p. 43.

Cette interprétation a été adoptée en se fondant sur le fait que l'article 20 prévoit expressément que la personne adulte capable et le mineur

doué de discernement, lequel peut être frappé d'une incapacité de droit même s'il a la capacité de fait, peuvent, à certaines conditions, se soumettre à une expérimentation ou faire don d'un organe. Elle a également été adoptée en se fondant sur le fait que la nécessité et l'existence de cette disposition expresse écarte toute déduction selon laquelle de telles interventions peuvent être pratiquées sur des personnes ne faisant pas partie de l'une ou l'autre de ces catégories, ainsi que toute autre déduction que seul le consentement par procuration peut être valide dans ces situations.

598. Voir J.-L. Baudouin, *op. cit.*, note 339, au n° 192.
599. Voir Heldman, Ratnoff, Robertson, Spece, Holder, Michigan Law Rev. et Frenkel, tels que cités *supra*, à la note 592.
600. Voir les lois citées *supra*, aux notes 463, 516, 517 et 518.
601. Document de travail n° 5, *supra*, note 283, au n° 50, p. 28. «Rapport» *supra*, note 283, à la p. 51, n° 113.
602. Voir *supra*, aux pp. 88-91.
603. Voir *supra*, à la note 532.
604. Citée *supra*, à la note 115.
605. Voir G.J. Annas, L.H. Glantz et B.F. Katz, *op. cit.*, note 63, aux pp. 175-178.
606. Voir, par exemple, *In re Moore*, 221 S.E. 2d. 307 (N.C. 1976); *Cook v. Oregon*, 9 Ore. App. 224, 495 P. 2d. 768 (1972); *In re Sallmaier* 378 N.Y.S. 2d. 989 (C. sup. N.Y., le 26 janvier 1976).
607. Fed. Reg. 23 août 1974, 30655; 45 C.F.R. § 46.504a.
- Voir aussi R.Q. Marston, «Medical Science The Clinical Trial and Society». The Hastings Center Report 3(2) 1 (1973), qui estime qu'on ne devrait autoriser la participation des malades mentaux qu'aux recherches relatives aux maladies mentales.
608. *Supra*, à la note 65.
609. B. Mishkin, *supra*, note 557, à la p. 282.
610. *Supra*, note 69, à I Principes de base, par II.

À noter que le «Projet de Code de déontologie de l'expérimentation chez l'humain (1961)» B.M.J. 1962, 2, 1119, constituant l'avant-projet de la Déclaration d'Helsinki, exigeait que le sujet «soit dans des conditions mentales, physiques et juridiques lui permettant d'exercer pleinement son libre choix» (ceci s'inspire nettement de l'article I du Code de Nuremberg, *supra*, à la note 65) et il interdisait l'expérimentation sur les enfants, les incapables les «groupes captifs». En raison surtout, semble-t-il, de l'influence américaine, cela a été modifié de manière à autoriser le consentement par procuration au nom d'une personne n'ayant pas la capacité juridique («Déclaration d'Helsinki. Recommandations destinées à guider les médecins dans les recherches portant sur l'être humain». Adoptée lors de la 18^e Assemblée Médicale Mondiale tenue en 1964, à

Helsinki, Finlande, au par. III 3(a)), et l'utilisation des détenus comme sujets (voir M.J. Bloom, *supra*, note 63, à la p. 1087). Cette première Déclaration d'Helsinki (1964) contenait une disposition (III 3(a)) selon laquelle «le sujet d'une recherche clinique doit se trouver dans des conditions mentales, physiques et juridiques lui permettant d'exercer pleinement son libre choix».

Il est intéressant de noter que la Déclaration de 1964 a été modifiée en 1975, à Tokyo, en éliminant notamment la disposition III 3(b). Les raisons pour lesquelles on a éliminé cette disposition ne sont pas claires. On a probablement déduit de l'effet cumulatif des deux paragraphes précités, que la capacité de fait était nécessaire ainsi peut-être que la liberté de mouvement, et que le consentement par procuration ne pouvait être donné que dans le cas où seule la capacité de droit, et non la capacité de fait, était absente. La Déclaration de 1975 contient des dispositions relatives au «consentement sous la contrainte», à l'«incapacité légale» et à l'«incapacité physique ou mentale rendant impossible l'obtention d'un consentement éclairé». Ces dispositions traitent des cas où le consentement par procuration est acceptable. Cela représente, en ce qui concerne la question des sujets «spéciaux», un changement important si on compare la version de 1964 de la Déclaration d'Helsinki à celle de 1975.

Voir également: O.M.S. Principes applicables à l'évaluation clinique des médicaments, *supra*, note 123, à § 4.1, p. 19, où il semble qu'on permette au représentant légal de consentir à ce que le sujet participe à une recherche non thérapeutique, dans le cas où ce dernier est «juridiquement incapable». En effet, on déclare que «les sujets . . . peuvent être des volontaires bien portants . . . dont on n'a pas cherché à obtenir le consentement . . . parce qu'ils n'avaient pas la capacité de le donner» (à la p. 7). Le fait d'utiliser l'expression «juridiquement incapable» peut engendrer la présomption qu'on ne peut pas donner un tel consentement au nom d'une personne incapable de fait bien que la Déclaration d'Helsinki traite également de l'«incapacité légale», vraisemblablement au sens d'«incapacité de droit» et qu'elle montre clairement que cette expression couvre l'«incapacité physique ou mentale» (*ibid.*, à I. Principes de base, par II).

611. *Supra*, note 67, à la p. 2.

612. Rapport du «Committee to Investigate Medical Experiments on Staff Volunteers», *supra*, note 326, à § 3:2.

613. *Supra*, à la note 68.

Cf. État de New York, *N.Y. Pub. Health Law* § 2440-2446 (Supp. 1976) qui régit la recherche non thérapeutique sur des êtres humains et qui, à §2442, sous le titre «consentement éclairé», prévoit que ce type de recherche ne peut s'effectuer, dans cet État, en l'absence d'un consentement éclairé donné par écrit par le sujet. Si le sujet est juridiquement incapable de donner son consentement, ce consentement doit être donné par écrit par une autre personne légalement habilitée à agir en son nom. Cette disposition est loin d'être claire étant donné que le titre et la première partie donnent à entendre que le consentement éclairé est une condition essentielle et qu'en conséquence, la deuxième partie de la

disposition doit être interprétée comme établissant une exception à la nécessité d'obtenir un consentement éclairé personnel lorsque le sujet est frappé d'une incapacité de droit mais non de fait.

614. Voir *supra*, à la p. 91.
615. D.A. Frenkel, *supra*, note 247, à la p. 9.
616. Voir G.E.W. Wolstenholme, «An Old-Established Procedure: The Development of Blood Transfusion», dans Wolstenholme et O'Connor (éds.), *op. cit.*, note 315, p. 24, à la p. 26, qui cite cet exemple historique de la recherche.
617. Voir G.J. Annas, L.H. Glantz et B.F. Katz, *op. cit.*, note 63, à la p. 240.
618. Voir, par exemple, *Ruffin v. Commonwealth* 62 Va. [21 Gratt] 790 [1871] (Virginie), où le tribunal a déclaré que le détenu «a, en raison de son crime, non seulement perdu sa liberté, mais également tous ses droits personnels à l'exception de ceux que la loi lui accorde à titre humanitaire. Il est pour l'instant l'esclave de l'État»; P.J. Doll, *supra*, note 508, à la p. 822, qui affirme que l'article 36 du *Code pénal* (France) «dispose que l'individu condamné à une peine afflictive perpétuelle est déchu de tous ses droits civils» et que, par conséquent, tout pouvoir ou droit de donner un consentement semblent exclus.
619. Pour une analyse des droits du détenu et de sa capacité juridique en général, voir: G. Hawkins, «The Prison. Policy and Practice», Chicago et Londres. The University of Chicago Press, 1976. Pour une analyse de ces droits dans le contexte de la relation médicale, voir: W.G. Todd, *supra*, note 80, à la p. 800 et ss.; A.R. Holder, *op. cit.*, note 54, aux pp. 13-15; L. Vandervort, «Legal Aspects of the Medical Treatment of Penitentiary Inmates», (1977) 3 *Queen's Law J.* 3:368.
620. B. Starkman, *supra*, note 18, à la p. 23, avec qui je suis parfaitement d'accord, soutient que, sur le plan de la procédure, les mesures de protection des personnes prises en charge par une institution ne sont pas suffisantes, et que le droit positif doit énoncer les droits civils dont elles jouissent dans le contexte des pratiques mettant en cause l'intégrité de la personne.
621. Voir par exemple: W.G. Todd, *supra*, note 80, à la p. 805; G. Hawkins, *supra*, note 619, à la p. 136, qui affirme que «jusque dans les années 1960 . . . le détenu a constaté que la loi, pour utiliser l'expression de Gerhard Mueller, «ne franchissait pas le seuil de la prison».
622. A.B. Sabin, A.J. Bronstein, W.N. Hubbard, «The Military/The Prisoner», dans «Experiments and Research with Humans: Values in Conflict», National Academy of Sciences, Academy Forum, Washington, 1975, (ci-après désigné sous le nom de «National Academy of Sciences Forum»), p. 127, par Bronstein, aux pp. 130-5.
623. *Ibid.*, à la p. 131.
624. Voir S. Spicker, «Inquiry and Commentary», une partie de l'analyse effectuée par A.B. Sabin *et al.*, *ibid.*, à la p. 145.

625. Lord Kilbrandon, «Final Discussion», dans Wolstenholme et O'Connor (éds.), *op. cit.*, note 315, p. 202, à la p. 205.
626. P. Ramsey, *supra*, note 201, à la p. 705.
627. W.J. Estelle, «The Changing Profile and Conditions Surrounding Clinical Research in Prisons», *Clin. Pharm. & Therap.* 13(5) 831 (1972). (C'est nous qui soulignons).
A remarquer l'emploi du pronom possessif lorsqu'on parle des détenus, ainsi que la manière de les traiter comme des objets plutôt que comme des êtres humains.
628. J.D. Moore, «The Deer Lodge Research Unit», *Clin. Pharm. & Therap.* 13(5) 833 (1972), à la p. 834.
629. R.W. Newman, «The Participation of Prisoners in Clinical Research», dans Ladimer et Newman (éds.), *op. cit.*, note 10, à la p. 467.
630. J.C. Wohlleb, «Research on Prisoners», *N.E.J.M.* 288(14)742 (1973); F.G. McMahon, «The «Normal» Prisoner in Medical Research», *J. Clin. Pharm.* 12(2) 71 (1972); R. Burt, «Inquiry and Commentary», dans National Academy of Sciences Forum, *supra*, note 622, à la p. 144.
631. P.B. Meyer, «Drug Experiments on Prisoners. Ethical Economic or Exploitative?», Massachusetts, Lexington Books, 1976, à la p. 35.
632. J.P. Tupin, *supra*, note 441, à la p. 255; G. Bach – Y – Rita, «The Prisoner as an Experimental Subject», *J.A.M.A.* 229(1) 45 (1974), note que le fait que tout renseignement donné par le détenu devienne la propriété de l'État pose un problème sur le plan du droit à la vie privée, surtout en l'absence de garantie que ces renseignements ne seront pas utilisés contre le détenu lui-même.
633. W.B. Bean, dans «A Testament of Duty: Some Strictures on Moral Responsibility in Clinical Research», *Arch. Int. Med.* 134 (5) 854, parle des criminels condamnés à mort qui servaient de sujets d'expérience médicale à l'époque de la Perse et de l'Égypte antiques ainsi qu'au cours de la Renaissance.
634. Par exemple J. Paquin, *op. cit.*, note 170, à la p. 359; R. Dierkens, *op. cit.*, note 477, aux n^{os} 198 et 199.
635. En supposant que cela est possible, voir *infra*, aux pp. 114-118.
636. A. Decocq, *op. cit.*, note 11, au n^o 100, p. 79; G. Bourguignon, «Les conditions morales de l'expérimentation sur l'homme sain ou malade», dans «Premier congrès international de morale médicale. Communications», Paris, Ordre National des Médecins, 1955, p. 67, à la p. 68.
Voir également: C. Bernard, «An Introduction to the Study of Experimental Medicine», ouvrage traduit par Henry Copley Green, New York; MacMillan Co., 1927, à la p. 101; J. Fletcher, *supra*, note 62, à la p. 636; M.H. Pappworth, *op. cit.*, note 308, à la p. 194; P.B. Meyers, *op. cit.*, note 631, aux pp. 65-66, 79-80; P.-J. Doll, *supra*, note 508, à la p. 822, et B. Dickens, *supra*, note 316, à la p. 22, qui se prononcent contre l'utilisation des détenus comme sujets d'expérience, ce qui, à plus forte raison, s'appliquerait à ce mode d'exécution des condamnés à mort.

637. M.B. Visscher, *op. cit.*, note 252, à la p. 65.
638. P.B. Meyer, *op. cit.*, note 631, à la p. 6.
639. Fed. Reg. 14 janv. 1977, 3082-3.
640. Voir R. Branson, «Prison Research: National Commission Says «No, Unless . . .», The Hastings Center Report 7(1) 15 (1977), citant M.E. Jaffe et C.S. Snoddy, «An International Survey of Clinical Research in Volunteers», rapport préparé pour la National Commission, le 10 février 1976, à la p. 4.
641. B. Dickens, *supra*, note 316, à la p. 22.
642. M.D. Eilenberg *et al.*, *supra*, à la note 255.
- Voir également M.H. Pappworth, *op. cit.*, note 308, à la p. 194, qui affirme que les détenus ne sont pas utilisés comme sujets d'expérience en Grande-Bretagne.
643. Voir, par exemple, un document préparé pour la Commission de réforme du droit du Canada par G. Ferguson, «A Survey of the Literature on Psychiatric & Medical Techniques used in Canada for Personality Control», (non publié) qui montre clairement que des interventions expérimentales dont l'efficacité est douteuse sur le plan thérapeutique, sont pratiquées dans certaines prisons canadiennes.
- Voir également N. Goodwin, «The Legal Aspects of Human Experimentation», *Canadian Hospital* 47(1) 33 (1970), à la p. 35, qui, à titre de Directeur des services médicaux du ministère des Services correctionnels de l'Ontario, a fait valoir, dans un article publié dans un journal médical, que *pour éviter* toute poursuite en justice un chercheur doit: a) faire l'expérience dans le cadre d'un traitement; b) faire en sorte qu'elle soit prescrite par le médecin auquel s'est adressé le sujet (à remarquer qu'on parle de sujet et non de patient); et c) obtenir le consentement et expliquer les dangers que comporte l'expérience uniquement dans le cas où a) et b) sont impossibles à réaliser. Cependant, «si on veut promouvoir les lois naturelles de la recherche effectuée au moyen d'expériences sur des êtres humains, il est plus prudent d'éviter les situations où il est nécessaire d'appliquer la disposition c)». Il est évident qu'en l'espèce, on induit volontairement en erreur le sujet et qu'on préconise cette pratique. Cependant, je me demande jusqu'à quel point on souhaite tromper l'ensemble de la collectivité et jusqu'à quel point on a recours à de telles pratiques pour camoufler l'expérimentation en milieu carcéral.
644. Citée *supra*, à la note 65.
645. Citée *supra*, à la note 69.
646. *Supra*, à la note 610.
647. Par exemple, en Pennsylvanie: *3 Pa. Bull* n° 2667 (1973); A.J. Bronstein, *supra*, note 622, à la p. 134, affirme que le Massachusetts et l'Illinois ont également interdit l'utilisation des détenus.
- Voir également le rapport de la United States National Commission, Fed. Reg. 14 janv. 1977, 3082, chapitre 4, par. 4 et 5.

648. Par exemple: *Okla. Stat. Ann.* Tit. 63 (1973), § 47.1 – § 47.5; *Iowa Code Ann.*, § 246.47 (1969); *Cal. Penal Code*, § 3049.5 (Supp. 1975).
- Voir également G.J. Annas, L.H. Glantz et B.F. Katz, *op. cit.*, note 63, aux pp. 128-132.
649. Fed. Reg. 14 janv. 1977, 3082, n.e. 2.
650. L'article D. 380 du *Code de procédure pénale* (complété par le décret du 12 septembre 1972).
651. Malgré que N. Goodwin, *supra*, à la note 643, ait essentiellement suggéré le contraire.
652. F.J. Ayd, *supra*, note 301, à la p. 772.
653. C.H. Fellner et J.R. Marshall, «Twelve Kidney Donors», *JAMA* 206 (12) 2703 (1968).
654. D.C. Martin *et al.*, *supra*, note 129, à la p. 1427.
655. Voir *supra*, aux pp. 15-17.
656. Voir G. Bach-Y-Rita, *supra*, note 632, à la p. 45, qui décrit le phénomène de la prise en charge par une institution comme un désir de se plier aux volontés du gardien et comme un transfert émotif à une relation parent-enfant; B.S. Laves, «Legal Aspects of Experimentation with Institutionalized Mentally Disabled Subjects», *J. Clin. Pharm.* 16(10) Pt. 2.592 (1976), à la p. 597.
657. F.J. Ayd, *supra*, note 301, à la p. 776.
658. La perte de la liberté de choisir librement son médecin peut avoir un effet coercitif outre celui engendré par la perte de la liberté elle-même. Si le détenu considère le médecin traitant comme une composante de l'institution carcérale parce que ce dernier est choisi et employé par les autorités pénitentiaires, celui-ci peut alors se sentir obligé de consentir au traitement recommandé, de crainte d'obtenir une «mauvaise note» ou un mauvais rapport médical qui pourraient lui nuire lorsque, par exemple, vient le moment de décider si on doit lui accorder une libération conditionnelle.
659. Voir le rapport et les recommandations de la United States National Commission, «Research Involving Prisoners», Fed. Reg. 14 janv. 1977, 3076-3091.
660. R. Curtis Morris, «Guidelines for accepting volunteers: Consent, ethical implications and the function of a peer review», *Clin. Pharm. Therap.* 13(5) 782 (1972), à la p. 785.
661. D.C. Martin *et al.*, *supra*, note 129, à la p. 1428, tableau 1.
662. P.B. Meyer, *op. cit.*, note 631, à la p. 58.
663. Voir D.C. Martin *et al.*, *supra.*, note 129, à la p. 1427; P.B. Meyer, *ibid.*, aux pp. 10-15; L. Lasagna, «Special Subjects in Human Experimentation», dans Freund (éd.), *op. cit.*, note 6, p. 262, aux pp. 264-5, qui déclare qu'en milieu carcéral, les volontaires deviennent «l'élite de leur propre société». Est-ce que cela constitue en soi un élément coercitif,

- plus particulièrement lorsque cette élite pousse les autres détenus à se plier aux exigences de l'expérimentation? Voir F.J. Ayd, *supra*, note 301, à la p. 777.
664. Voir P. Freund, «Ethical Problems in Human Experimentation», N.E.J.M. 273(13) 687 (1965), à la p. 691.
665. W.G. Todd, *supra*, note 80, à la p. 811.
666. Fed. Reg. 14 janv. 1977, 3078.
667. *Ibid.*, 3080, recommandation 3C, commentaire (iii).
 À remarquer que les recommandations formulées à ce propos par la United States National Commission, sont très précises et comptent dix-sept rubriques telles que le logement dans des cellules simples, les cabinets d'aisances privés, etc.
668. *Ibid.*, commentaire (iv).
669. Fed. Reg. 14 janv. 1977, 3079.
670. N. Hershey et R.D. Miller, *op. cit.*, note 63, à la p. 65.
671. Voir notamment: *Mackey v. Procutier* 477 F. 2d. 877 (9^e Circ. 1973); *Knecht v. Gillman* 488 F. 2d. 1136 (8^e Circ. 1973).
672. *Code criminel* S.R.C. 1970, chap. C-34, tel que modifié par S.R.C., c.11 (1^{er} supp.); S.R.C. 1970, c.2 (2^e supp.); S.C. 1972, c.13; S.C. 1973-74, c.50.
 À noter qu'à l'article 8(a), le Code abroge toutes les infractions de common law, mais qu'à l'article 7(3), il maintient «chaque règle et chaque principe de la common law qui font d'une circonstance une justification ou excuse d'un acte, ou un moyen de défense contre une inculpation. . . sauf dans la mesure où ils sont modifiés par la présente loi ou une autre loi du Parlement du Canada ou sont incompatibles avec l'une d'elles.»
 À remarquer également qu'en matière pénale, les provinces ont certains pouvoirs qui découlent de l'article 92(15) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* 1867, 30-31 Victoria, c.3. On trouve un exemple de l'exercice de ces pouvoirs dans l'article 13 de la *Loi sur le don des tissus humains* de l'Ontario (citée *supra*, à la note 283), qui prévoit que la personne qui enfreint sciemment la Loi est passible d'une amende ou d'un emprisonnement.
 En ce qui concerne le partage des pouvoirs en matière criminelle, la situation est effectivement la même dans les deux autres systèmes fédéraux, à savoir les États-Unis d'Amérique et l'Australie. Toutefois, dans ces deux derniers pays, chaque État a un pouvoir général en matière criminelle tandis que le gouvernement fédéral a, à cet égard, un pouvoir découlant de chacun de ses domaines de compétence.
673. Constitution des États-Unis, article I § 8.
The Constitution 63 et 64 Victoria, c.12. *An Act to constitute the Commonwealth of Australia*, article 51.
674. *Crimes Act* 1914 - 1973 (Australie).

675. À remarquer que même si le droit criminel a été codifié, on se sert toujours de la common law lorsqu'il s'agit notamment d'interpréter les éléments d'une infraction.
- Pour une analyse complète du droit criminel en Australie, voir: C. Howard, «Australian Criminal Law», Sydney, Australie, The Law Book Co., 1970.
676. Voir W.R. LaFave et A.W. Scott, «Handbook on Criminal Law», St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1972, à la p. 3.
677. *Ibid.*, à la p. 57.
678. Voir J.C. Smith et B. Hogan, «Criminal Law», 3^e éd., Londres, Butterworths, 1973.
679. Par exemple, *Offences against the Person Act 1861*, 24 et 25 Vict., c.100.
680. P. Lombard *et al.*, *op. cit.*, note 78, aux pp. 126 et 132-3.
681. *Ibid.*
- Voir également: J. Penneau, *op. cit.*, note 225, au n^o 265; G. Boyer Chammard et P. Monzein, *op. cit.*, note 56, à la p. 71.
682. G. Boyer Chammard et P. Monzein, *ibid.*, à la p. 73.
683. Cit. *supra*, à la note 672.
684. J'estime que les termes «traitement chirurgical ou médical . . . ou . . . autre acte légitime. . .» utilisés à l'article 198, laissent entendre qu'un tel traitement est légal. Cf. la situation en common law, discutée *infra*, aux pp. 120-121. (Il est ici nécessaire de formuler une «réserve». Il semble que l'interprétation de l'article 198 la plus acceptée soit celle selon laquelle cet article n'influe pas sur le caractère légal ou illégal à première vue d'une intervention médicale. Il constitue plutôt un moyen de défense servant à justifier un acte qui autrement engagerait la responsabilité criminelle, étant donné que l'acte en cause correspond à une infraction au sens du *Code criminel*. A mon avis, il est préférable d'adopter l'interprétation que j'ai suggérée. Cette interprétation se fonde sur le fait que l'expression «autre acte légitime» qualifie le «traitement chirurgical ou médical», ce qui n'était probablement pas dans l'intention du législateur au moment de la rédaction du Code, étant donné que l'ancienne expression visait à décrire les actes, autres que médicaux, qui étaient dangereux mais légitimes. Voir H.E. Taschereau, «The Criminal Law Consolidation and Amendments Acts of 1869, 32-33 Vict. for the Dominion of Canada», vol. I et II, Montréal, Lovell Printing and Publishing Co., 1874, dans le vol. I, à la p. 204.)
685. À remarquer qu'on n'exige pas le consentement du patient. J'estime cependant que cette exigence est incluse dans celle d'apporter des «soins raisonnables» contenue dans les articles 45 et 198. Cependant, cette interprétation soulève une difficulté historique, comme le démontre B. Starkman (*supra*, note 18, aux pp. 5-6) qui analyse le *Stephen's Digest of Criminal Law*, 1^{re} and 4^e éd., Macmillan & Co., Londres, 1877, 1887, sur lequel se fondent ces articles, et qui conclut que l'article 45

- n'était destiné qu'à couvrir les situations d'urgence où le patient est incapable de donner son consentement.
686. Voir G. Dworkin, *supra*, note 524, aux pp. 356-7.
687. Par exemple, B. Starkman, *supra*, note 18, à la p. 47, affirme qu'à sa connaissance, l'expérimentation médicale n'a jamais, au Canada, donné lieu à des poursuites au criminel.
688. Voir, par exemple, la décision *Strunk v. Strunk*, citée *supra*, note 53, aux pp. 147-8, où le tribunal subordonne l'autorisation d'une greffe d'organe à l'existence d'un «avantage pour les personnes incapables d'assurer leur propre protection». Cependant, il ne fait mention d'aucun avantage lorsqu'il parle de la «pratique clinique courante» consistant à greffer sur un être humain un tissu prélevé sur un autre être humain.
689. Voir P. Lombard *et al.*, *op. cit.*, note 78, à la p. 128; G. Boyer Chamard et P. Monzein, *op. cit.*, note 56, à la p. 175.
690. G. Levasseur, *supra*, note 402, à la p. 140. (C'est nous qui soulignons).
691. *Ibid.*, à la p. 139.
692. Article 327 du *Code pénal* (France).
693. Voir, par exemple, *Offences against the Person Act 1861* (Royaume-Uni), cit. *supra*, note 679, à l'article 20.
694. Par exemple, *Code Criminel* (Canada), cit. *supra*, note 672, à l'article 244.
695. Voir par exemple: *Mathew v. Ollerton* 90 Eng. Rep. 438; *Comberback* 218 (1693) où le tribunal a décidé que l'autorisation donnée par quelqu'un à une autre personne de lui infliger des coups était nulle parce que *contraire à la paix*.
696. Il peut arriver que l'exercice de la médecine (ou plutôt la faute professionnelle du médecin) menace la collectivité. Voir, par exemple, G. Levasseur, *supra*, note 402, à la p. 138: «Le bien des citoyens conditionnant le bien de l'État, les pouvoirs publics se doivent d'accorder au bon exercice de la profession médicale: facilités, encouragements, récompenses, garanties de qualité et succès. Il leur appartient d'assurer par des mesures appropriées . . . la sauvegarde de la santé publique, qui doit être un de leurs soucis majeurs.»
- Voir, de manière plus générale: *Spead v. Tomlinson* 73 N.H. 46, 59A, 376 (1904), où on a fait valoir que l'État a le droit et le devoir d'assurer le bien-être de tous et qu'à cette fin, il peut imposer des obligations envers l'État et non envers les personnes au profit desquelles elles sont imposées. Cette façon d'aborder la question explique pourquoi le consentement personnel ne constitue pas un moyen de défense contre une accusation d'infraction criminelle étant donné que la personne ne peut pas permettre à quelqu'un de se soustraire à une obligation qu'il a envers l'État; J. Penneau, *op. cit.*, note 225, au n° 327, affirme que la responsabilité juridique traduit la réprobation de la société face à la violation d'une de ses règles qui sont nécessaires à l'équilibre moral du groupe.

697. Voir G. Dworkin, *supra*, note 524, à la p. 355, qui analyse l'ancienne notion du crime de mutilation en common law. A l'époque, une personne commettait ce genre de crime lorsqu'elle infligeait à une autre personne des blessures diminuant sa capacité de combattre, de se défendre ou de molester un adversaire. Cet acte était illégal parce qu'il *privait le roi d'un combattant*, autrement dit parce qu'il était contraire à l'intérêt public ou à l'intérêt de la collectivité.
698. Voir, par exemple, la décision *Bravery v. Bravery* [1954] 3 All E.R. 59, où le juge Denning a décidé que la stérilisation d'un homme était illégale, même si ce dernier y consentait, parce qu'aucun «motif ou excuse valable» ne la justifiait et parce qu'elle était «nettement préjudiciable à l'intérêt public».
- Les «mocurs» qui se reflètent dans cette décision ont peut-être changé en Angleterre. A noter également que la qualification d'acte illégal se fonde sur le préjudice à la société, et que, par conséquent, l'intervention ne peut pas être justifiée par le consentement du patient, mais plutôt par le fait qu'elle vise à «préserver la santé d'une personne». En supposant que des motifs non thérapeutiques justifient certaines interventions médicales (comme, par exemple, l'intérêt de la collectivité), voici la question qui se pose au sujet de la légalité de l'expérimentation non thérapeutique sur des êtres humains: le bien de la société justifie-t-il l'atteinte qu'on porte à l'intérêt public lorsqu'on utilise des êtres humains comme sujets d'expérience et, si oui, dans quels cas? Autrement dit, le consentement est nécessaire mais non suffisant pour qu'une telle intervention soit légale étant donné qu'en protégeant l'individu, c'est l'intérêt public que le droit criminel protège.
699. Voir, par exemple, F.H. Beale. «Consent in the Criminal Law», *supra*, à la note 272; «Notes «Sale of Human Body Parts» », *supra*, note 274, à la p. 1238.
- Pour une excellente et récente analyse de cette question, voir: A. Rubenstein, «The Victim's Consent in Criminal Law: An Essay on the Extent of the Decriminalizing Element of the Crime Concept», dans E.M. Wise et G.O.W. Mueller (éds.), «Studies in Comparative Criminal Law», Illinois; Charles C. Thomas, 1975, aux pp. 189-210; G. Levasseur, *supra*, note 402, aux pp. 140-1, affirme qu'une personne ne peut pas donner à autrui le droit de porter atteinte à son intégrité physique. Autrement dit, en droit français, le consentement est nécessaire sauf dans certaines circonstances particulières, mais il n'est pas suffisant pour justifier un acte constituant une faute civile ou pénale. En d'autres termes, il ne permet pas à lui seul d'établir la légalité de l'acte.
700. Voir, par exemple, l'article 14 du *Code Criminel* (Canada), cité *supra*, à la note 672.
701. W. Blackstone, «Commentaires», *op. cit.*, note 491, à 4:205-8; H. Roxburgh, «Experiments on Human Subjects», (1963), 3 *Medicine Science and the Law*, 132, aux pp. 135-6.
702. À mon avis, on devrait comprendre que l'expression «qu'on s'inflige soi-même» s'entend des blessures que l'on consent à subir plutôt que du fait que la personne s'inflige elle-même des blessures.

703. A. Rubenstein, *supra*, note 699, à la p. 200.
704. *R. v. Clarence* (1888) 22 Q.B.D. 23; *Papadimitropoulos v. R* (1957) 98 C.L.R. 249.
- Voir B. Dickens, *supra*, note 62, aux pp. 395-6, qui analyse l'effet de l'erreur sur le consentement en matière de droit criminel. En bref, l'erreur ne vicie le consentement que si elle porte sur la nature de l'acte et non seulement sur ses conséquences.
705. B. Starkman, *supra*, note 18, à la p. 43.
- À remarquer que l'article 204 du *Stephen's Digest*, *supra*, à la note 685, prévoit que « toute personne a le droit de consentir à ce que des lésions corporelles soient causées dans le cadre d'une intervention chirurgicale pratiquée sur elle-même ou sur un enfant qu'elle a sous sa garde et qui est trop jeune pour faire un choix raisonnable en la matière. . . » Stephen affirme, dans une note explicative, qu'il ne « connaît aucun texte ou auteur appuyant ces affirmations, mais . . . qu'elles n'en ont pas besoin. » La première déclaration reconnaît à l'enfant capable de faire un choix la capacité de consentir pour lui-même et elle implique qu'il doit ce faire en matière de droit criminel.
- Le fait qu'un mineur, ayant atteint l'âge de raison, ait consenti à une infraction criminelle dont le consentement ne constituait pas un élément essentiel pouvait être invoqué comme moyen de défense en common law. Voir Starkman, *ibid.*
706. Voir, par exemple, les articles 21, 22, 421, 422 et 423 du *Code Criminel* (Canada), *supra*, à la note 672; C. Howard, *supra*, note 675, aux pp. 250-86.
- Ces infractions criminelles résultant d'une responsabilité « incidente » s'appliqueraient généralement à toute situation médicale à laquelle on associe une activité criminelle et non seulement à celles où l'incrimination découle d'un consentement par procuration.
707. Voir, par exemple, l'article *Cal. Penal Code* § 273(a) West 1970, selon lequel le fait de mettre en danger la santé d'un enfant ou de lui faire subir indûment des souffrances physiques ou morales constitue une infraction grave.
708. Voir notamment la *Loi concernant la protection des enfants soumis à des mauvais traitements*, *supra*, à la note 566.