

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

La Revue juridique Thémis / volume 29 - numéro 1

Questions sur l'influence du droit

français sur le droit de la responsabilité

médicale

Gérard MÉMETEAU^[1]

I. LES MANIFESTATIONS D'INDÉPENDANCE 41

A. Les éloignements substantiels 42

1. La licéité des interventions 42

a) *L'expression du consentement* 43

b) *L'autodétermination du sujet* 52

2. Les divergences doctrinales 70

B. Les éloignements formels 84

1. La question des références 85

a) *Les auteurs cités* 86

b) *La jurisprudence citée* 94

2. La question rédactionnelle 105

II. LES PILIERS D'UNE COLLABORATION 110

A. Quelques principes communs 111

1. Le contrat médical 113

a) *L'apparition du contrat médical* 113

b) *Une responsabilité contractuelle?* 121

2. L'assentiment éclairé à l'acte médical 126

a) *Exigence de droit civil* 126

b) *Implications* 128

B. Les références communes 131

1. La querelle des emprunts juridiques à la common law 131

a) *La res ipsa loquitur* 132

b) *L'assentiment éclairé à l'acte* 136

2. Le cercle de famille 144

a) *Références et droit substantiel* 144

b) *Point de départ?* 145

ANNEXE -- LA MESURE DE L'INFLUENCE DU DROIT CIVIL FRANÇAIS SUR LE DROIT QUÉBÉCOIS DE LA RESPONSABILITÉ MÉDICALE 149

France, mère des Arts, des Armes et des Lois

J. du Bellay

La servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui...

Code civil français, art. 696; *Code civil du Bas Canada*, art. 552.

À quoi bon s'interroger? Il est acquis, n'est-ce-pas, que le droit québécois a suivi le modèle civiliste français, et que le Code de 1866 a copié le *Code civil français* dans la forme -- c'était ordonné -- et dans les principes, sinon par adoption d'articles tout entiers! C'est la gloire du droit civil français! Ce sont les exportations du Code, d'autorité -- car, disait Talleyrand, l'Empereur ne badine pas -- dans les fourgons de la grande Armée (cela donna Zachariae, et Zachariae provoqua Aubry et Rau, restituant à César ce qu'il avait prêté), ou de raison, même << dans des pays socialement très différents >>[2]. Ce n'est pas rien que de lire que le Japon va commémorer le passage de Boissonnade, les convenances taisant que << sa femme a passé trois mois au Japon, elle a pleuré trois mois puis elle est repartie ... sa femme que Maman a vue à Paris nous avait donné pour lui un paquet de remèdes pour l'asthme et une bouteille de vinaigre à l'estragon qui... >>[3] ; que de constater les emprunts et acculturations du modèle civil français, modèle tellement universel, dit-on, que Laurent, belge, professeur à Gand, n'en discute pas les mérites: < < Notre Code civil porte le titre de Code Napoléon; la postérité reconnaissante lui a conservé ce titre... >>. Au XIX^e siècle en tout cas, tant que les Codes allemand et suisse n'ouvriront pas la concurrence, le Code français exercera une influence que M. le Doyen Cornu qualifie de << prépondérante >>[4]. Mais, révérence consentie au Gallicanisme, célébrations lyriques passées, il est séant d'admettre qu'il y eut des replis, d'autres choix, des mélanges de genre dont la Louisiane n'est qu'un exemple, bien que son Code civil reproduisît des passages entiers du *Code civil français*[5].

Si nous parlons de droit médical, plus étroitement que de droit civil, observons-nous ces flux et reflux? La consultation des oeuvres belges, suisses, nous renvoie à nos propres sources, et, surtout au droit belge, nous le rendons bien. Anrys, Dierkens, Dijon, Hennau-Hublet, Ryckmans, sont de la maison; nous sommes de la leur. La doctrine espagnole ne dédaigne pas la référence aux auteurs français, pour autant que nous en ayons connaissance[6]... En revanche,

lorsque l'on quitte le continent, l'utilité de la consultation de notre droit n'est plus aussi évidente: en Grande-Bretagne, Speller n'y porte, sauf omission, aucune attention[7], pas davantage que, aux États-Unis, P.C. Weiler dans son récent ouvrage sur la responsabilité médicale[8]. Il n'y a là que des exemples pris au hasard de ces facilités de documentation dont nous mesurerons l'impact très concret chez les juristes du Québec, et dont nous sommes nous-mêmes, et sans doute plus encore, tributaires. Peut-être nous opposerait-on d'autres travaux, mais au moins devinons-nous que la réflexion sur le droit médical français n'est pas nécessairement un réflexe du spécialiste étranger. Peut-être au moins le droit médical européen qui se crée, et qui sans être français n'est pas *stricto sensu* étranger, reçoit-il plus profondément nos modèles[9]? Rien n'est moins assuré. Il semble, sous réserve de plus savantes interprétations, que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (Strasbourg) consente, en tant qu'intéressant les droits sur le corps humain, une écoute (trop) attentive au *right of privacy* et au concept d'autodétermination du sujet, qui n'entrent pas dans les cadres du droit civil. Ceci se comprend par une composition internationale de la Cour, avec des sensibilités dominantes étrangères au système de pensée civiliste, mais oblige la jurisprudence française à corriger le laxisme des arrêts strasbourgeois lorsque leur lecture de la Convention du 4 novembre 1950 devient menaçante pour la dignité et l'intégrité de l'être humain (nous proposerions à cet égard l'exemple du transsexualisme). Ce n'est pas le moindre des paradoxes, que de voir un document international destiné à garantir les Droits de l'Homme les menacer par une exaltation de la liberté individuelle entrant dans une logique d'autodestruction. Il faudra bientôt s'interroger sur le projet de Convention de bioéthique du Conseil de l'Europe présenté courant juillet 1994... Nous retrouverons ce principe de décision, le droit supérieur qu'est le droit à l'autodétermination, qui oblige à respecter, entre autres, les refus de soins, jusqu'à la curiosité de la condamnation du praticien qui aurait sauvé le sujet contre le gré de celui-ci[10]... Même à l'intérieur de nos frontières, il n'est point facile d'empêcher le droit civil d'être <<submergé par la pression de la common law>>[11]!

Quant aux normes de Bruxelles et de la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) (à Luxembourg), elles feraient courir à l'acte médical un risque de dénaturation, pour le disqualifier en prestation de service relevant en réalité du droit des affaires. L'aventure de l'avortement est exemplaire, toute considération éthique et <<jusmédicaliste>> échappant à l'arrêt de la C.J.C.E. du 29 octobre 1992, tant il est vrai, écrit un de ses commentateurs que <<le traité CEE a pour objectif d'instituer un marché commun, non une morale commune. L'I.V.G. [interruption volontaire de grossesse] lui demeure étrangère en tant que solution d'un problème éthique; elle le concerne en tant qu'activité économique>>[12]. La CEE ne sort-elle pas ici de sa compétence? Des données contestables de notre droit national frayaient la voie vers cette appréhension économique de l'acte médical[13]... En un mot, et au seul vu de ces perspectives encore étroites, la Gloire du droit français est parfois contrainte d'incliner ses Aigles, lorsque même nous invitons notre Comité national d'éthique à répandre ses avis sur <<la société tout entière>>, ou lançons le modèle d'une éthique <<à la française>>! Mais enfin, ce n'est que de son rayonnement au Québec qu'il nous est demandé de parler.

Les auteurs étudient la stratification du droit québécois. Après une période d'application des coutumes importées dans les bagages des premiers colons, la Coutume de Paris devient le droit civil local en 1664, outre les Ordonnances royales (demeurant pendant la question de leur enregistrement). Après une période transitoire marquée par la conquête militaire en 1760, et la proclamation de 1763 renvoyant autant que possible aux règles du droit anglais, l'*Acte de Québec* de 1774 restitue autorité aux règles, usages et coutumes en vigueur avant la conquête, donc à l'ancien droit français. Mais, ce dernier peut être modifié par l'adaptation de règles britanniques, et ce sont, par exemple, les principes de la procédure civile qui vont alors, et déjà, selon le mot de M. Morin, être <<chambardés>>[14]... Bien que les normes civiles françaises reprennent leur place, on écrit aussi que ce *Québec Act* introduit un autre type de droit applicable, la common law[15]. La codification manifesterait-elle une reconquête du droit français?

Les codificateurs doivent s'inspirer du *Code civil Français*, seul chef-d'oeuvre civil du temps (le Code civil allemand (B.G.B.) attendra 1900) ; le droit privé québécois s'aligne sur la pensée

juridique civiliste plutôt que sur la technique du <<Judge made law>>, et, écrit P. Deslauriers:

malgré un environnement propice à la common law à l'échelle du continent, le choix s'est arrêté au Québec, de façon délibérée, sur le maintien du modèle français comme source majeure, favorisant ainsi la survie de la culture juridique française au Québec, la survie d'une parenté intellectuelle de manière à engendrer une commune discipline de pensée.[16]

Les temps sont proches où une véritable mystique du Code se développera, dans un esprit différent de celui de notre Exégèse, parce que la codification est la marque du fait canadien français sur le continent nord-américain[17]. L'on entendra: <<Nos Codes montèrent la garde et nous protégèrent de l'invasion>>[18]. La codification à l'image de celles impériales sera interprétée comme un fait de civilisation, dépassant la technique juridique de mise en forme des lois: le meilleur moyen de protéger la civilisation d'un peuple consiste à affiner la pureté de son système juridique[19]. En un mot, en 1866, <<décréter l'uniformité dans nos lois, c'était affermir et consolider notre unité nationale>>[20]. Et l'on admire la translation, du *Code civil français* vers le *Code civil du Bas Canada*, de formules entières; l'on est satisfait de constater la réaction de la Cour suprême elle-même, sous l'influence de Mignault, contre une certaine tendance <<à puiser aux sources de la common law pour la résolution de litiges de droit civil>>[21]; l'on accepte comme allant de soi de lire que <<le droit français et les juristes français font partie de la communauté juridique du Québec qui n'est pas délimitée par des frontières et des loyautés étatiques>>[22].

Seulement, la forme a trop facilement emporté le fond; la naturelle sympathie de l'interprète français pour le fait et le droit québécois l'a vite induit en l'erreur de croire que ce droit n'était que français, non par notre droit de conquête, mais par fraternité historique: la lutte pour le droit compense le désastre des plaines d' Abraham! Le modèle de 1804 n'a été imposé aux codificateurs québécois qu'en sa forme; il n'y a pas eu d'emprunt obligatoire au système français[23]. De Lorimier et Vilbon, en leur temps, le soulignaient: <<Quand nombre d'articles du *Code civil Français* ont été amendés et mis en harmonie avec les besoins et usages de nos populations>>[24]. Du reste, quelle était la tâche? Le Code ne devait incorporer que les propres lois du Québec[25], énoncer des règles spécifiquement locales à côté de celles issues du droit français (non seulement de 1804, d'ailleurs car, s'il est vrai que l'évidence doit être parfois dite, le Code Napoléon ne fut pas promulgué au Québec!!!) ou anglais[26]. <<Valoriser les origines françaises des québécois[27]>> écrit S. Normand, certes, mais sans subir ce que J.L. Baudouin devait plus tard appeler <<l'hypnotisme de la source étrangère>>[28]. Ainsi ne sera-t-on pas surpris, d'une part de voir les expressions doctrinales du droit français suivre des chemins variés, d'autre part de constater des rejets nets de nos solutions, après analyse de la doctrine et de la jurisprudence[29], le droit local s'estimant à juste titre suffisamment mature et autonome[30]. Un exemple en est fourni, en matière de perte de chance, par l'arrêt *Lawson c. Laferrrière* du 21 mars 1991[31] écartant en connaissance de cause les principes reçus en jurisprudence française.

Voici, en droit médical, un jugement révélateur de la prudence devant nos certitudes, du recul face à nos principes civils (et, en l'espèce, administratifs). Il en est d'autres, qui appartiendraient à l'épistémologie. La vision globale du droit médical au Québec est-elle la même qu'en France? Sur nos rives de l'Atlantique, cette discipline est largement entendue: droit de l'acte médical, droit de l'environnement de l'acte médical, de la responsabilité professionnelle, des contrats médicaux, bioéthique dès qu'elle suppose l'intervention du médecin[32], etc. [*cf.*, les tables des matières des traités de droit médical (non de médecine légale -- *forensic medicine, medical jurisprudence* -- qui est hors sujet)]... L'observateur pressé s'égare certainement en pensant qu'en droit québécois, le droit médical subit une approche restrictive, n'est regardé qu'à travers le prisme de la responsabilité civile. Sans doute aucun, les institutions médicales et medicosociales profitent d'études autonomes et approfondies[33] échappant à cette déformation, et de nombreuses études doctrinales examinent des phénomènes de santé sans les réduire à l'analyse de la responsabilité professionnelle, mais on ressent la vague impression de cette approche dominante de nombreux phénomènes. Ce n'est qu'incidemment que, de la responsabilité déclarée ou, du moins, invoquée, l'on remonte au débat sur la licéité de la chirurgie cosmétique, de la

stérilisation, sur la relation contractuelle ou légale de l'hôpital avec le patient[34], l'on devine des aspects du droit des comités d'éthique, les limites du consentement et de l'information. Si cette observation contient une part de vérité -- ce qu'il appartiendra au commentateur local de mieux juger -- cela est sans doute imputable à une excessive judiciarisation du rapport médical. Mais, hormis de rares exceptions[35], on découvre mal l'importance de débats juridiques autonomes, par exemple, en droit des contrats entre médecins, ou avec les cliniques. Or, il s'agit en droit français d'un ensemble doctrinal et jurisprudentiel considérable, révélateur de contentieux et de difficultés parfois très techniques (<<cession>> du contrat d'exercice en clinique privée, groupes de contrats, etc.) ainsi que d'un esprit affairiste infiniment plus inquiétant pour l'équilibre de la profession médicale qu'une responsabilité civile somme toute -- quantitativement -- dérisoire[36]. Qui plus est, en droit québécois, cette responsabilité médicale n'est-elle pas appelée à se renfermer dans la casuistique des manquements au devoir d'information? Nous traçons quelques traits épais, trop peu nuancés vraisemblablement... C'est aussi la responsabilité médicale qui est l'occasion de la revendication d'autonomie du droit québécois de la part du juge Monet, l'occasion pour la pratique de prendre ses références encore en common law britannique et américaine. Et cependant, quelle serait la mesure statistique des données de responsabilité médicale au Québec? Une équipe animée par MM. Crépeau, Jutras et Deschamps (Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec de l'Université Mc Gill) en fait l'analyse. De distingués magistrats chiffrent à sept ou huit dossiers annuels ceux qui en Cour d'appel du Québec, portent sur ces questions, et ajoutent que <<la Cour suprême du Canada, depuis dix ans, n'a rendu que deux ou trois arrêts en droit médical québécois et guère plus en common law sur les mêmes problèmes>>. On plaiderait environ (nous a révélé un magistrat) 60 dossiers de responsabilité médicale par an en première instance; ces chiffres relativement -- et heureusement -- peu élevés s'expliqueraient par le pourcentage élevé des règlements amiables (deux-tiers des affaires?), et par le coût particulier de la procédure (somme moyenne de 50 000\$ CAN)...

En retour, que de jugements emplis de références à nos arrêts et à nos auteurs, et, en même temps, statuant en faveur de solutions assises en droit français! L'arrêt *Lapierre*, de 1985, abonde en références françaises, et conclut que <<la théorie du risque n'est pas davantage acceptée en droit québécois>>[37] et qu'une obligation indépendante de toute faute n'est pas prévue par le droit[38], ce qui est vraiment décisif dans cette imposante dissertation. Le contrat médical est affirmé dès 1934 et 1936, avec citations de solutions continentales (l'arrêt *Mercier* de la Cour de cassation a été rendu entre les deux jugements canadiens)[39]. Nous nous interrogerons plus loin sur la pertinence de ces citations et références. En l'état, demandons-nous si l'invocation de la *Lex Rhodia de jactu* s'imposait à toute force, mais, à côté de cette minime interrogation, voyons bien que cet arrêt de principe, et d'autres, est, par la solution retenue très proche du discours sur la responsabilité que tiendrait le juriste français traditionnel[40].

Ces mouvements contradictoires du droit québécois, en droit médical, prennent évidemment place dans les réflexions d'ensemble sur la place du droit français en 1994 en dehors de l'Hexagone. À l'heure où le Québec se soumet à son nouveau Code civil -- dont d'importantes dispositions intéressent la personne, son traitement médical -- se pose la question de cette influence[41]. Certains laissent à nos auteurs une part d'autorité, pour éviter un <<repli sur soi>> dangereux ou pallier la prétendue insuffisance de la doctrine locale[42]... Ce pourrait être plus à la méthode d'interprétation qu'à l'inspiration substantielle que le civiliste québécois emprunterait: un nouveau Code suscite une Exégèse, surtout lorsque les auteurs ont des soucis doctrinaux que n'avaient pas leurs ancêtres de 1866, davantage liés aux contingences. Nous ne pouvions entrer dans ce débat général mais quelques lectures du droit québécois des responsabilités médicales nous avaient suggéré, depuis quelques années déjà, la possibilité de prendre la mesure des influences réciproques de nos deux systèmes juridiques. Des manifestations d'indépendance; des traces de collaboration: le droit médical est-il exemplaire à ces égards? Fait-il exception dans l'ensemble de ces relations juridiques franco-québécoises? Nous orienterons nos recherches dans ces deux directions, mais il nous est agréable de satisfaire auparavant au plus aimable des devoirs, celui de l'expression de la gratitude.

La générosité de l'Ambassade du Canada à Paris et du ministère canadien des Affaires

Étrangères, et l'indulgence des savants collègues ayant consenti à répondre de nous, nous ont permis de bénéficier d'une bourse de recherche en études canadiennes grâce à laquelle nous avons pu séjourner à Montréal, hébergé par la Faculté de droit de l'Université de Montréal, reçu par le Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec de l'Université McGill -- avec une gracieuse invitation de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke pour dire quelques mots -- et rencontrer magistrats, avocats et universitaires qui ont bien voulu nous dire leur sentiment sur le thème de notre réflexion. C'est qu'en effet une simple étude documentaire, que nous aurions pu conduire dans le silence de notre cabinet, nous paraissait insuffisante. Il fallait essayer de comprendre les choix des références, des raisonnements aux contours *a priori* plus proches de la common law mais non dénués d'attaches avec le droit civil, de deviner des états d'esprit, de voir des méthodes de travail, tout ce qui explique des jugements sans y être inscrit. En un premier temps, nous avons adressé un questionnaire^[43] qui a reçu quelques réponses argumentées et approfondies. En un second temps, les rencontres dont nous parlions ci-avant, ont complété utilement celles-ci, avec quelques confidences. Nous avons promis à nos interlocuteurs le respect de l'anonymat de leurs réponses. Ceci ne nous dispense en rien d'écrire combien nous avons été sensible à la courtoisie toujours infinie et patiente de toutes les éminentes personnalités qui nous ont écrit ou nous ont reçu. Qu'elles en soient remerciées. Que le soient aussi, pour avoir soutenu notre projet, l'honorable juge J.L. Baudouin, MM. les Doyens, Vice-Doyens et professeurs Molinari, Knoppers, Crépeau, Breillat, Debouy et, pour nous avoir livré généreusement la jurisprudence qu'il nous fallait posséder, maître Pierre Deschamps (au prix de son repos, il nous l'écrivit!) et Maître Pierre Lesage. Et que, bien entendu, les autorités canadiennes qui ont accepté la prise en charge de notre déplacement reçoivent nos remerciements.

I. LES MANIFESTATIONS D'INDÉPENDANCE

La lecture des décisions québécoises en responsabilité médicale montre des éloignements par rapport aux solutions du droit français. Le lecteur pourrait s'en étonner, s'il croyait encore en un droit civil unitaire, compact, et en une déférente soumission du droit québécois au droit paternel. Et celle-ci est rompue depuis les origines. Le passage de la souveraineté française à la souveraineté britannique, même accompagnée de la conservation du droit <<local>>, portait en elle le principe de ces éloignements: le droit français perdait toute force *ratione auctoritatis*. Le droit québécois forgeait des traditions originales, dont le civiliste français n'a pas plus à s'étonner que de celles, sur lesquelles il ne s'interroge pas, du droit belge par exemple. <<[L]attitude à adopter n'est certes pas de recenser des trahisons ou des déviations; c'est bien plutôt d'essayer de comprendre "une mentalité originale", un style propre, une culture façonnée à la fois par ses origines et par son histoire particulière>>^[44]. Les juristes canadiens nous mettent en garde:

[S]i la tradition juridique française a fortement influencé son cousin d'outre-mer, il n'en demeure pas moins que le droit civil québécois s'est épanoui dans la société nord-américaine dont la culture tant sociale que juridique allait orienter les solutions et créer un droit original. Il ne faut pas voir cette situation avec amertume ou nostalgie mais comme le phénomène vivant qu'est le droit: l'organisation de la norme sociale.

Nous sommes, disent les juges, nord-américains, et vivons dans une société n'évoluant pas parallèlement à la société française. Les forces créatrices du droit, pour ces autres raisons, ne peuvent être identiques. En droit médical, l'indépendance du droit québécois est acquise sur deux terrains: d'abord, celui du droit substantiel dans lequel sont écrites des solutions consciemment ou non opposées à celles du droit civil français; ensuite, celui de la présentation (formelle) des décisions, parfois déroutante et révélatrice de méthodes de recherche et de réflexions.

A. Les éloignements substantiels

La lecture de la jurisprudence, et des tentatives d'interprétation, fait deviner à peu près que le droit québécois de la responsabilité médicale a pris du champ par rapport au droit français dans

deux directions, pouvant être celle de la licéité de certaines interventions et celle de la réflexion doctrinale que nous oserons qualifier de consciente, réalisée en pleine connaissance de cause.

1. La licéité des interventions

Peut-être est-ce ici que le droit québécois profite des influences -- ou les subit -- de la pensée nord-américaine de l'autodétermination du sujet exaltant le <<droit supérieur qu'est le droit à l'autodétermination>>[45] jusqu'à accepter qu'il devienne la principale valeur de l'action sur la personne et absorbe en lui tout l'ordre public? C'est, nous expliquait un de nos distingués interlocuteurs, l'effet au Québec de cette <<révolution tranquille>> qui a voulu renverser ses idoles et ses valeurs, refuser de se laisser dicter ses conduites. On fait état d'un <<contexte sociologique nord-américain où le développement des droits individuels a atteint des proportions franchement étonnantes voire déroutantes...>> Cette <<me-génération>> n'objective plus ses comportements et la logique en serait le refus de tout droit. Mais, paradoxalement, ce droit est sommé d'avaliser l'action individuellement satisfaisante dans le cadre d'un recours croissant au juge: que l'on induise une licéité des jugements de responsabilité, ou que l'on interroge le tribunal pour être autorisé à accomplir une intervention mutilante ou suppressive de la personne, l'idée est peut-être commune: la personne se réduit à sa volonté dont le corps n'est qu'un objet. Ces dichotomies de la personne -- volonté et du corps -- appropriation ont trouvé ici les plus brillants interprètes, même animés (autre paradoxe) du souci ardent de protéger l'individu[46]. L'on pousse plus outre que la proposition classique du droit subjectif objet de volonté pour aller jusqu'à la personne réduite à la volonté. C'est oublier qu'en droit civil, la condition d'Homme libre se profile derrière l'indisponibilité du corps humain, du sujet dans son corps[47], et qu'il n'y a plus d'Homme libre quand il n'y a plus d'homme. Ces expressions de la liberté individuelle se rencontrent dans l'élargissement des techniques d'expression du consentement ainsi que dans celui de l'éventail des actes devenus réguliers, révélatrices d'un principe général d'autodétermination.

a) *L'expression du consentement*

En premier lieu, et puisqu'aussi bien nous entreprenons de réfléchir d'abord à partir de la jurisprudence, nous constatons une judiciarisation de l'assentiment à l'acte médical. En droit médical français, ce phénomène est pratiquement inconnu, sauf quelques exceptions.

Lorsque la santé d'un enfant incapable est en jeu et que ses représentants refusent de consentir au traitement salvateur, que l'intéressé n'a pas un discernement suffisant pour donner son accord à l'acte médical <<conservatoire>>, le juge des enfants, statuant en matière d'assistance éducative, donne à l'équipe soignante l'autorisation d'agir. Son intervention ne se conçoit que si l'obstination des représentants met en péril la santé de l'enfant mais non lorsque ne se pose que la question de choix thérapeutiques non aberrants, le juge français s'interdisant, comme son collègue québécois, par une jurisprudence constante depuis 1862, de se prononcer sur les querelles purement scientifiques, de départager Hippocrate et Galien, selon le mot de Dupin[48]. Également voit-on parfois intervenir ce même magistrat lorsque lui est demandée une autorisation d'avortement par une mineure se heurtant au refus des titulaires de l'autorité parentale. Il est advenu que, se prononçant à l'encontre des textes les plus clairs (article L. 162.7 du *Code de la Santé Publique* (C.S.P.)), des juges ont donné leur consentement, absolument illégal[49]. Il est encore advenu que l'on sollicitât en justice une autorisation de soin au profit d'un enfant *in utero*, contre la volonté maternelle[50], le juge n'accordant que des mesures de sauvegarde dont les effets seront <<reportés au moment de la naissance>>, afin de respecter les droits de la femme sur son propre corps mais non motif pris de ce que, comme en common law, le père n'aurait aucun pouvoir protecteur de l'enfant conçu, au contraire. Enfin, il y eut à choisir entre deux possibles protecteurs naturels d'un malade s'opposant sur une décision d'arrêts de traitements <<extraordinaires>>[51], mais l'on croit savoir que la procédure avait été suggérée par les médecins inquiets d'être <<couverts>> par une décision de justice! Ces <<protecteurs naturels>> figurent en fin d'article 15 du nouveau *Code civil du Québec* (C.c.Q.) sous une désignation rappelant clairement l'arrêt de la Cour de cassation du 8 novembre 1955[52]... Cela

dit, en règle générale, le patient ne sent pas plus que le médecin l'utilité de solliciter du juge un consentement donné dans l'exécution du contrat médical ou de la relation singulière établie à l'hôpital public, et dont la recherche puis le respect vont de soi. Il ne serait certainement pas opportun de multiplier les procédures radicalisant -- sinon créant artificiellement -- les conflits et dont seule l'inexécution de ses obligations (contractuelles en droit civil) par une partie justifie l'ouverture: pas d'intérêt, pas d'action, et le juge n'est pas sur le banc pour donner des leçons de droit -- ce qui a été jugé au Canada -- ni rendre des jugements (déclaratoires) anticipant les *véritables* contentieux.

De prime abord, le juge québécois est saisi lui aussi dans un contexte conflictuel, comme son homologue américain peut l'être lorsque le refus médical s'oppose au souhait personnel (par exemple, l'affaire *Quinlan*[53], de valeur historique exemplaire, pour cela et pour la création des comités d'éthique <<cliniques>>). Nous ne parlerons pas, en l'état, des arrêts *Reibl c. Hughes*[54], *Hopp c. Lepp*[55], ni *Rodriguez*[56], qui ne sont pas montés du Québec à la Cour suprême, même si l'influence des deux premiers y est descendue et si tous les trois présentent une importance sur laquelle nous reviendrons ci-après. En revanche nous nous intéresserons à des décisions plus <<locales>>, du moins pour l'instant.

Dans l'affaire *Maude Goyette c. Centre de services sociaux du Montréal Métropolitain*[57], dans laquelle le tribunal après avoir rendu sa décision d'autorisation de soins le 22 décembre 1982, rédigea ultérieurement ses motifs <<à la demande des parents>>, ces derniers avaient refusé une autorisation nécessaire à une intervention chirurgicale sur leur enfant, et requête fut présentée pour vaincre ce refus. On lira ceci:

[I]l y a lieu de poser le principe que à défaut d'autorisation parentale ou sur refus d'icelle, la décision doit être une décision judiciaire. Le médecin se mettra ainsi à l'abri de toute plainte ou poursuite de nature tant civile que pénale.[58]

Le jugement américain *Quinlan* exprimait ce motif rassurant pour le médecin, que l'on relira dans un jugement du 22 janvier 1992 (Cour supérieure), *Manoir de la Pointe bleue c. Corbeil*:

Toutefois, il reste que la fixation de la frontière des droits et obligations en matière de soins soulève parfois des dilemmes qui, par souci de prudence, forcent les justiciables à un recours à l'arbitrage judiciaire afin d'être soustraits à toute responsabilité criminelle ou civile.[59]

Dans ce dossier, le centre d'accueil demandait <<au Tribunal de déclarer [qu'il] est tenu [--] de respecter les volontés de l'intimé et doit s'abstenir de lui administrer les soins de santé auxquels il ne consent pas>> et que l'on doit <<respecter la volonté de l'intimé de ne pas le transférer dans une autre institution du réseau sans son consentement>> [sic]. Quant à l'affaire *Nancy B.*[60] jugée en Cour supérieure le 6 janvier 1992, son objet était contenu dans la requête de la malade sollicitant injonction contre le personnel médical de cesser de lui administrer des soins dont elle ne voulait plus. Alors que le juge devait, dans la logique de cette demande *interdire* aux médecins de persévérer (tout débat au fond réservé), le dispositif de sa décision *permet* au médecin codéfendeur de cesser le traitement de soutien respiratoire au moment voulu par la demanderesse, après avoir relevé, à côté du droit du patient de ne pas consentir aux traitements, le fait justificatif de ce refus au regard des crimes d'homicide des articles 222 à 241 du *Code criminel* et d'aide au suicide (article 241), profitant au médecin: <<la personne qui aura à faire cesser le traitement de soutien respiratoire à Nancy B. pour permettre à la nature de suivre son cours, ne commettra en aucune façon les crimes etc.>>

Enfin, dans l'affaire *Institut Philippe Pinel de Montréal c. Dion*, le centre demandait au Tribunal <<de lui dire si [il] a le droit de forcer quelqu'un qui est détenu à son établissement, de se soumettre à des traitements psychiatriques et si, ce faisant, [il] risque d'encourir quelque responsabilité>>[61]. Le dispositif du jugement déclare que le centre,

en imposant de tels traitement et thérapie avec la permission du tribunal et en les exécutant suivant les règles de l'art [--] n'est pas susceptible d'être responsable pour les séquelles négatives que tels traitement et thérapie pourraient causer, [car, est-il écrit en motif avant dernier:] en obtenant ainsi une autorisation judiciaire, Pinel sera protégé contre les reproches qu'on pourrait lui faire d'avoir agi sans droit.[62]

Il ne serait pas impossible de rapprocher ces décisions d'un arrêt de la Cour de cassation de 1973 déclarant irrecevable le pourvoi du veuf d'une malade, partie civile dans une information pour homicide involontaire et non-assistance à personne en péril. La chambre d'accusation avait constaté que la thérapeutique adéquate n'avait pas été appliquée <<en raison du refus obstiné et même agressif de "la patiente"[63]>>. Ce refus est assimilé, écrit M. le Doyen Véron, à un cas de force majeure[64]. Un arrêt constate donc qu'en présence d'un tel refus, le médecin peut se retirer: il ne commet pas de faute pénale, et le lien intellectuel entre cette décision et celles qui précèdent est évident. Seulement, l'opposition entre les raisonnements est flagrante. Le médecin français était déjà poursuivi devant le juge pénal et présentait ses moyens de défense. Or, dans les instances québécoises rapportées, la situation procédurale est entièrement différente: une partie prévient le différend (officiel, car on devine qu'il est latent) en sollicitant du juge une décision qui <<ouvrira le parapluie>>, et, si l'on veut bien tolérer la répétition de l'image triviale, le tribunal ouvre cet instrument évitant les retombées de la pluie: il n'y aura pas de responsabilité, si... Ce n'est que dans le dossier *Nancy B.* que la patiente présente la requête, et, malgré cette initiative procédurale, c'est le médecin qui bénéficie d'une autorisation! Voici des choses qui eussent dû être réglées simplement, sans procès, dans la connaissance présumée des principes du droit médical (assentiment, actes proportionnés et actes non-proportionnés, distinction entre soins palliatifs et prétendu acharnement thérapeutique...), mais l'on ressent l'impression, non pas certes de l'ignorance par les intéressés de ces règles élémentaires, mais d'une panique devant l'ombre de l'éventualité du doute, du soupçon d'un procès dont l'hypothèse égale l'incertitude phantasmatique! Aux yeux du juriste continental, ne devinant l'équivalent de ces procédures préventives que dans l'affaire précitée de mai 1987 (arrêts de traitements extraordinaires) -- et encore par suite de divers recoupements -- il faut que l'impression produite par les jurisprudences médicales des États-Unis soient bien fortes, que toutes les virtualités de l'arrêt *Lapierre* soient bien méconnues, pour que de tels procès soient ouverts! Que les principes substantiels (droit au refus éclairé de soins) soient identiques à ceux du droit français est à débattre peut-être, à des nuances près, mais là n'est pas la question, pour l'heure.

Ce qui importe est que l'on ait cru devoir saisir le juge afin de *consulter* et dire le droit par anticipation, fût-ce (affaire *Nancy B.*) pour préciser que, dans tel cas, il n'y aurait pas de responsabilité. En droit français, dans ce dossier, le refus des traitements excessifs aurait été constaté et l'on n'aurait pas passé outre. Il paraît grave de voir le juge dicter le comportement médical en partie, sinon principalement, pour éviter d'ultérieures contestations non encore nées, et l'on redoute de deviner, en arrière-plan, une trop prudente formation des professionnels de santé à leur droit et à leur déontologie[65], ce qui les porte parfois à se réfugier derrière l'autorité plus ou moins illusoire de comités d'éthique de type <<clinique>>, dans la situation particulière des cessations de traitement. Là, en effet, l'on prétend diluer les responsabilités, et s'achèvent ces jurisprudences! Le *Code civil du Québec* prévoit l'intervention judiciaire en cas de refus <<injustifié>> du représentant de l'incapable ou du majeur <<inapte à consentir>>, sauf urgence (cette urgence visée par notre jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation et l'article 16-3 du Code civil), ou de soins non nécessaires sur un incapable de droit ou de fait, s'ils sont risqués et non <<requis par son état de santé>> (articles 16 à 18 C.c.Q.). Si les soins ne sont pas médicalement nécessaires et s'ils sont risqués, nul n'y peut consentir, et sur ce point le droit québécois s'éloigne du droit médical français limitant le consentement substitué au domaine de l'intervention ayant une cause thérapeutique. Quant au refus du majeur mentalement inapte, il est vrai que la décision judiciaire présente une véritable nécessité, sauf placement sous un régime de tutelle. Il y a tout de même dans certaines dispositions un encouragement au procès (article 16, alinéa 2 C.c.Q., suite consécutive du déclin de l'autorité parentale: le mineur y gagne la chance de plaider contre ses parents). Ce texte est nouveau et, expliquent les *Commentaires du ministre de la Justice*, <<opère une certaine conciliation entre les droits reconnus au mineur et

les droits et devoirs des titulaires de l'autorité parentale>>[66].

Si nous quittons cette jurisprudence *québécoise* pour jeter un regard sur d'autres procédures, nous voyons l'affaire *Sue Rodriguez c. Procureur général du Canada*, jugée par la Cour suprême le 30 septembre 1993, venant de Colombie-Britannique mais intéressant la fédération tout entière car interprétant un article du *Code criminel* (article 241(b)) interdisant l'aide au suicide. Sollicitant une déclaration d'inconstitutionnalité de cette disposition,

l'appelante [dont l'expectative de survie se situe entre 2 et 14 mois] ne souhaite pas mourir tant qu'elle peut encore jouir de la vie mais demande qu'un médecin qualifié soit autorisé à mettre en place des moyens technologiques qu'elle pourrait utiliser, quand elle perdra la capacité de jouir de la vie, pour se donner elle-même la mort au moment qu'elle choisirait.[67]

Sans juger encore les surprenants moyens soutenant cette pitoyable réclamation, constatons le caractère préventif, ou préparatoire, de celle-ci. Le contentieux n'est pas encore -- en apparence -- né entre la patiente et un médecin s'opposant à sa demande d'aide au suicide, mais tout se passe comme si cette malade voulait déjà garantir au médecin une absence de responsabilité pénale le jour venu. Dans son opinion dissidente, M. le juge en chef Lamer suggérait d'accorder, par voie de requête à une Cour supérieure, une exemption constitutionnelle. Le geste causant la mort devrait être celui du requérant <<et non celui d'autrui>>, mais un médecin devrait être présent <<auprès de la requérante, au moment où elle se donne la mort avec l'aide requise>>, ce qui nécessairement exonère cet assistant de toute responsabilité. Ici encore, pas d'intérêt déjà né, donc pas d'action, répondrait un juge français. Mais la vérité est que, même s'il avait à statuer sur le différend né et actuel opposant la patiente et le médecin sommé de contribuer au processus mortel, ledit juge rejeterait la requête, n'ayant pas le pouvoir d'autoriser la commission d'un acte sanctionné par la loi pénale. Ces affaires se règlent -- lorsqu'il y a intervention puis poursuite -- par le verdict de condamnation ou d'acquiescement de la Cour d'assises ou bien le jugement du Tribunal correctionnel si les faits ont été disqualifiés. Il n'est point envisageable d'ouvrir des procédures aux fins d'aménagement de situations à venir, qui pourraient être conflictuelles. L'action <<déclaratoire>> n'est qu'exceptionnelle, à la supposer pure de tout intérêt né et actuel. L'article L. 151.1 du *Code de l'organisation judiciaire* ne permet de solliciter l'avis de la Cour de cassation que lorsque le juge est déjà saisi, ce qui requiert la constatation du pré-requis de l'intérêt pour agir, donc de la recevabilité de la demande. Il est vrai qu'en pratique, on peut imaginer des schémas procéduraux de saisine de la Cour de cassation avant le jugement d'irrecevabilité, même s'il est écrit: <<il est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire>>, ce qui est clair. Que ne peuvent cependant réaliser les habiletés tactiques conjuguées d'un ou trois juges et de deux avocats? Ne sont-elles pas contraires à la règle traditionnelle faisant du juge canadien l'arbitre des questions concrètes posées entre deux plaideurs et non un professeur de droit *ex cathedra*[68]? Or, sous couvert de faire prononcer ces constats d'inconstitutionnalité ou ces autorisations de cessations futures de soins extraordinaires, on attend du magistrat une chronique sur une question controversée, qui aurait pu en effet être *vraiment* (nous tenons à souligner) posée un peu plus tard. Dans l'arrêt *Borowski c. Procureur général du Canada*[69], du 9 mars 1989, la Cour suprême avait, dans un pertinent souci d'économie judiciaire, constaté le caractère théorique du pourvoi puisqu'il n'y avait plus de différend juridique concret, l'arrêt *Morgentaler*[70] de 1988 étant intervenu entre le recours et l'audience. Il ne semble pas que cette décision ait été visée par les honorables juges dans cette affaire de 1993 (l'arrêt *Morgentaler* est utilisé, comme l'arrêt *Daigle*[71] et le jugement *Nancy B.*). Bien sûr, la règle permettant de ne pas juger un dossier ne soulevant qu'une question hypothétique ou abstraite n'est pas absolue; bien sûr aussi, la situation discutée était-elle susceptible de se représenter (de plus en plus?) et enfin la demanderesse pouvait-elle attendre de l'arrêt des effets pratiques (*cf.*, les motifs de l'arrêt *Borowski*), mais les deux arrêts de la Cour suprême contiennent un semblant de contradiction entre eux. Il faut pourtant comprendre les choses autrement.

D'une part, le corps médical local s'inquiète de sa responsabilité civile, et, nous le constatons à travers ces jugements, pénale (pour homicide volontaire). Peut-être est-ce à tort, l'arrêt *Lapierre* de 1985 ayant dû le rassurer. La menace est-elle si pesante et quelles sont les mesures respectives

de la crise et du réformisme[72]? À tort ou à raison, il peut lui sembler prudent de se réfugier derrière une autorisation ou une injonction judiciaire, ou bien, ce qui constitue une autre méthode pour aboutir prétendument au même résultat pratique, derrière une décision de comité dit d'éthique.

D'autre part, le système judiciaire canadien, même au Québec, province de droit civil, fait du juge l'organe du droit, avec un pouvoir d'examen de la constitutionnalité des textes que ne possède pas toujours son homologue français. La tradition est de s'en remettre à lui pratiquement pour gérer les difficultés de la vie de la société. On se situe en limite du gouvernement de la vie privée par le juge. En soi, ce n'est point un mal: le juge est intellectuellement mieux armé que le législateur, il dispose d'un recul, bénéficie d'une capacité de réflexion sereine n'appartenant pas toujours aux parlements. Le Doyen Carbonnier nous a enseigné les splendeurs de l'article 4 du *Code civil français* (*Code civil du Bas Canada*, article 11), l'urgence de << persuader le législateur qu'il n'est pas moins législateur quand il repousse la tentation de légiférer>>, et ce droit médical qui est sous diagnostic a été édifié, au Québec et en France, principalement par les juges; et le droit au respect de la vie privée aussi! Alors, il est bon que s'affirme la force créatrice de la jurisprudence. Vos juges sont-ils vos juristes?

En même temps, la promulgation des Chartes invitait à une inflation du recours aux juridictions. La proclamation de larges principes à la formulation généreuse ne pouvait qu'exciter à plaider pour couvrir de multiples comportements de leur manteau. Le phénomène s'observe en France depuis la ratification de la *Convention européenne des droits de l'Homme*[73]: l'affiliation à un Ordre des médecins, la publicité des audiences disciplinaires médicales, l'obligation de payer une cotisation ordinale, la légalisation de l'avortement, les refus de mutation d'état civil suite à des interventions transsexuelles (comparer avec l'article 71 C.c.Q.), sont-ils ou non conformes aux stipulations de la Convention? Un réflexe quasi pavlovien risque de se développer à cet égard chez les honorables membres du Barreau, que d'invoquer à tout bout de champ la Convention (avec la recherche de sa suprématie sur la loi interne, article 55 Constitution du 4 octobre 1958), ce qui, en retour, obligera, et oblige déjà nos juridictions suprêmes à adopter une attitude ferme de rappel de notre ordre public (par exemple en matière de transsexualisme). Au Québec, écrit M. Hébert, un des effets non écrits des Chartes risque d'être la judiciarisation de certaines interventions médicales: en définissant les valeurs à la base de la société, les tribunaux possèdent une très large discrétion <<qui tient davantage du politique que du judiciaire [...] Entre l'autorité des médecins dans le passé et le pouvoir actuel des juges, il faut encore faire preuve d'imagination pour donner au patient la place équitable qui lui revient>>[74]. Ces données inclinent les juges à hésiter entre deux tâches, que distinguait Marcadé en 1847 dans son exégèse de l'article 137 du *Code civil français*:

Étudier la loi pour découvrir son véritable sens, rechercher avec soin ce qu'elle a voulu dire, pour préciser ce qu'elle ordonne, ce qu'elle défend ou ce qu'elle permet, en un mot, constater ce que la loi est, c'est faire du droit. Telle est la mission du jurisconsulte. Se livrer à des considérations plus ou moins puissantes sur les effets, bons ou mauvais, d'une loi, rechercher si elle est, ou non, en harmonie avec les principes de l'équité, avec les moeurs et les besoins de ceux pour qui elle est faite, en un mot, constater ce que la loi devrait être, s'est s'occuper de législation...[75]

Il n'y a plus rien de curieux à se demander si la <<sécurité>> de la personne couvre ou ne couvre pas son droit de se détruire parce que cette <<sécurité>> comprend, ou comprendrait, << le droit de faire des choix concernant sa propre personne>>, même s'il faut surmonter quelques obstacles intellectuels et logiques avant de comprendre que la question ait même pu être posée! Il allait de soi que les juges dussent être saisis de telles difficultés, au soutien, le cas échéant de ce qui peut paraître constituer de graves paradoxes. Au demeurant, tel est le sort de toute disposition proclamatoire, dont l'imprécision à la fois sert toutes les causes et impose au juge l'interprétation.

Ceci supposé, sous réserve de répliques de meilleurs analystes, il est peut-être une explication

complémentaire du phénomène, vers laquelle la nature de ces contentieux sur l'achèvement de la vie nous oriente, sans exclure les précédentes. Ne serait-ce pas, d'aventure, par un oubli de certains principes classiques de décision que l'on aurait ouvert ces instances? Car enfin, le droit médical a toujours reçu -- et l'affaire *Quinlan* elle-même en a porté trace -- la théorie de l'acte à double effet, la distinction entre les soins extraordinaires (ou disproportionnés) et les soins ordinaires (ou: proportionnés, ou, plus actuellement: palliatifs), l'opposition entre l'euthanasie directe et l'euthanasie indirecte[76], puisés dans la théologie morale et <<novés>> si l'on peut ainsi écrire, en règles juridiques, comme l'a été, par une aventure singulière, la Déclaration d'Helsinki/Tokyo! Ces théories, et celle du droit au refus de l'acte médical[77], pouvaient suffire à régler les problèmes évoqués, si elles avaient été maîtrisées par les partenaires. Implicitement, et sans plus précisément les nommer, il y est fait allusion dans les motifs de M. le juge Sopinka (arrêt *Sue Rodriguez*)... Mais le vrai problème est que la logique de ces éléments d'analyse a été, et risque d'être encore, perturbée par une véritable explosion du concept d'autodétermination. Là, le droit médical québécois plante le pavillon de son autonomie.

b) *L'autodétermination du sujet*

En second lieu, donc, l'on voit dans la jurisprudence des expressions hardies de *l'autonomie de l'individu*. C'est tout le problème de la bioéthique, que de croire poser en première ligne cette indépendance de la volonté individuelle.

Autodétermination dans le choix du dessin du corps, de *l'image de la personne* si le pléonasme nous est toléré: c'est la question de la chirurgie esthétique. En droit français, celle-ci n'est licite que si sa cause est thérapeutique, au sens large de l'expression, conformément au droit commun de l'acte médical[78], s'agirait-il de traiter par le remodelage du corps, et dans le respect de la règle de la raison proportionnée bien entendu, un déséquilibre psychique grave échappant à toute thérapeutique plus bénigne, et le chirurgien a le devoir de se récuser si l'opération demandée n'entre pas dans ce cadre d'ordre public, quels que soient les consentements et sollicitations éclairés du client[79]. Si le consentement du sujet est en règle générale indispensable à l'intervention, en revanche il ne la justifie pas lorsque, par son objet ou par sa cause, elle est contraire à l'ordre public. Ainsi en est-il jugé depuis 1937 (*affaire des stérilisés de Bordeaux*[80]); est contraire à l'ordre public, sauf exception prévue par la loi, l'acte médical inutile, consenti par complaisance pour le caprice du sujet, ce dernier ne possédant sur son corps aucun droit équivalent à celui de propriété. Les nouveaux articles 16-1 et 16-3 du Code civil, contenant des principes déclarés fondamentaux par le Conseil constitutionnel, le confirment. L'adoption de principes plus laxistes conduirait à permettre à l'individu de céder à titre gratuit ou onéreux -- peu importe -- tout ou partie de son corps, ce qui est illicite en soi. Y sont intéressés à la fois la protection de la personne en son intégrité et sa dignité, et l'ordre public, la paix de l'État imposant que chacun des citoyens profite d'une aussi forte garantie. Un arrêt récent résume ces principes, en chirurgie esthétique:

En matière de chirurgie esthétique, l'atteinte à l'intégrité physique du patient ne peut se justifier que si elle respecte l'existence d'un certain équilibre entre le mal causé par l'intervention et le profit espéré, de sorte que le médecin ne doit pas mettre en oeuvre une thérapeutique dont les inconvénients risqueraient de surpasser la disgrâce qu'il prétend traiter ou dont la gravité serait hors de proportion avec l'embellissement espéré.[81]

Certes, l'illicéité de l'intervention est rarement, sinon jamais, plaidée (comme celle de la stérilisation non thérapeutique...) devant le juge civil, mais pour un motif empirique: la faute volontaire n'étant pas assurable, une déclaration judiciaire de nullité du contrat médical pour contrariété à l'ordre public permettrait à l'assureur du professionnel de refuser sa garantie. Il n'est donc de l'intérêt ni du demandeur ni du médecin de soulever la difficulté et, en pratique, l'assureur néglige de le faire, du moins jusqu'à présent, la situation étant susceptible d'évoluer à ce sujet. Mais ceci n'enlève rien au jugement de principe de ces actes médicaux. En droit québécois, M. Kouri considère la situation en termes différents: il est inutile de demander la nullité du contrat, car la remise en état est impossible (l'auteur raisonne, il est vrai sur la nullité

pour vice du consentement)[82]. Cela est pertinent en fait. On ajouterait que le passage entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle -- du moins jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau Code civil -- enlève aussi à la demande en nullité son intérêt pratique car, de toutes façons, les règles de la responsabilité aquilienne sont (ou étaient) applicables. Une sanction indirecte et efficace consiste en l'alourdissement de l'obligation d'information, allant jusqu'aux risques bénins, même exceptionnels, ce qui excède les charges pesant en droit commun sur le praticien. Citons, à titre d'exemple, un arrêt de la Cour d'appel:

En matière de chirurgie esthétique, l'obligation de moyens pesant sur le praticien doit être appréciée beaucoup plus strictement que dans le cadre de la chirurgie classique, dès lors que la chirurgie esthétique vise non à rétablir la santé, mais à apporter une amélioration et un réconfort esthétique à une situation jugée insupportable par le patient; de ce fait [nous soulignons] l'obligation d'information du chirurgien dans le cas de la chirurgie esthétique doit être plus rigoureuse et plus étendue, compte tenu des risques particuliers que représente toute intervention en ce domaine. Il apparaît, en l'espèce, que le patient, acceptant l'opération en connaissance de cause, a pu voir son état nettement amélioré, et n'a pu démontrer que le chirurgien avait manqué à son obligation de moyens.[83]

La jurisprudence québécoise paraît partir de principes opposés. Dans l'affaire *Johnson c. Harris*[84], une femme demande, en 1977, une intervention destinée à éliminer une cicatrice sur l'abdomen, pour en laisser une autre moins visible. On croit deviner que la cicatrice de remplacement serait <<dissimulée par le port d'un bikini>>, ce qui fait partie des charmes de l'existence en effet et l'on eût aimé que la publication du jugement eût été accompagnée de sympathiques photographies! La Cour supérieure constate que l'opération est pratiquée <<dans un but simplement esthétique. S'il existait un élément thérapeutique dans l'intervention, le Tribunal doit constater que la demanderesse ne s'en préoccupait pas>>. Appliquant la règle dite du <<cumul>> des responsabilités contractuelle et délictuelle, la Cour ne se pose pas la question de la licéité de l'intervention (<<de nature purement élective. Tout repose sur le choix du patient>>) et est consciente de l'enthousiasme, sous le coup de l'émotion (<<Elle était au septième ciel [*sic*], car la nouvelle cicatrice horizontale serait etc.>>), ce qui est important dans l'analyse des assentiments irrationnels mais considérés comme suffisants, et se contente de poser en règle que l'on exige d'un <<chirurgien plastique un degré supplémentaire de divulgation, lequel doit exister malgré l'absence de questions précises de la part du patient>>[85].

Le jugement *Drolet c. Parenteau*[86] se prononce sur une intervention purement esthétique. La Cour supérieure confirme qu'en ce cas, le devoir du chirurgien est de révéler toutes les complications possibles, <<éventuellement possiblement ou probablement graves>>; le médecin y a manqué, bien que n'ayant pas commis de faute technique, et a ainsi induit sa patiente en un sentiment de fausse sécurité. Là non plus, le débat n'est pas engagé sur le terrain de la conformité de l'intervention <<élective>> à l'ordre public[87].

Enfin, parmi les décisions récentes, relevons le jugement de la Cour supérieure dans l'affaire *Merle-Rubin c. Cohen*[88]. Une ballerine professionnelle demande une correction de sa poitrine sans motif thérapeutique, et il est fait grief au chirurgien de ne pas lui avoir révélé tous les effets secondaires possibles de l'acte, ni de la nécessité d'interventions ultérieures, mais il n'est point fait état d'une éventuelle illicéité de ces actes chirurgicaux. On peut remonter à une jurisprudence plus ancienne, de 1974, imposant déjà au médecin de révéler tous les aléas <<pour permettre à son patient de prendre la décision que lui dicte son désir, pour ne pas dire son caprice [nous soulignons], dont il est le seul à pouvoir apprécier l'importance>>, là où aucun avantage thérapeutique n'est espéré[89], alors que, en cas de traitement thérapeutique, on ne peut reprocher au médecin de ne pas avoir attiré l'attention de son patient sur des risques négligeables à l'occasion d'une pratique courante[90]. Dans ce seul domaine de l'acte curatif joue ce que Mme Somerville appelle le <<privilegé thérapeutique>>, connu du droit français également[91]. En doctrine, l'accent est mis sur l'alourdissement de l'obligation de renseignement, avec référence aux solutions françaises[92], et l'on s'interroge, avant de conclure à la rigueur du devoir de prudence du chirurgien esthétique: <<L'embellissement est-il un

bienfait assez important pour justifier une atteinte à la personne?>>[93]. Est-il fréquent de poser la question? La chirurgie plastique non thérapeutique est implicitement licite au Québec, non seulement parce que les juges ne disent pas le contraire -- ce qui, comme en droit français, n'est peut-être pas décisif, bien que la dynamique du langage judiciaire canadien les conduirait à faire au moins comprendre leurs réserves ou leur réprobation -- mais encore parce que sa libéralisation prend place dans un mouvement d'ensemble de consécration de la liberté de décision de l'individu. Il est vrai que, dès 1934, dans un jugement par ailleurs historique parce que consacrant la notion de contrat médical, la Cour supérieure n'allait pas jusqu'à rejeter la chirurgie <<cosmétique>>, non thérapeutique, mais imposait au médecin de s'assurer de ce qu'elle améliorerait les imperfections existantes, sans les aggraver[94]!

L'article 71 du *Code civil du Québec* accorde un effet civil aux <<traitements médicaux et [aux] interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels et destinés à changer [les] caractères sexuels apparents>>. Les *Commentaires du ministre de la Justice* expliquent, sous ce texte, que <<cet article reprend essentiellement le droit antérieur>>. À notre infinie confusion, nous n'avons pu découvrir de jurisprudence locale sur le transsexualisme, mais avons lu sous la plume de M. le juge Mayrand que,

vu les risques qu'elle comporte et la gravité des problèmes qu'elle suscite, l'opération ne peut être justifiée qu'exceptionnellement pour fin thérapeutique. Elle est licite, si elle est le seul moyen de mettre fin à des troubles psychiques sérieux et de sortir le malade de son état obsessionnel [...] en vue d'en tirer un avantage proportionné à l'atteinte subie.[95]

Si, depuis 1975, année de publication du livre de M. Mayrand, les principes substantiels n'ont pas évolué, l'intervention répond à des conditions de licéité identiques à celles du droit français, tels que dégagés par la jurisprudence récente (bien qu'en réalité, depuis décembre 1975, la Cour de cassation n'ait pas modifié sa doctrine, mais ait, peu à peu, affiné ses expressions[96]). L'intervention n'est licite, en France, que s'il s'agit d'un traitement subi dans un but thérapeutique pour traiter le syndrome du transsexualisme, et, à cet égard, la Cour de cassation a refusé de se laisser entraîner par des interprétations trop dangereuses de la *Convention européenne des droits de l'Homme*. Elle ajoute d'ailleurs -- ce que M. Mayrand écrivait déjà -- que le sujet ne prend qu'une apparence le rapprochant de l'autre sexe. L'article 71 du *Code civil du Québec* se borne aussi à faire état d'une <<modification structurale>>, des <<caractères sexuels apparents>>... En l'absence de la cause thérapeutique, les actes sont pénalement punissables, dans le cadre des atteintes volontaires à l'intégrité de la personne humaine. L'arrêt du 30 mai 1991 ne souffre pas l'interprétation. Le <<principe thérapeutique>>, <<norme éthique objective>>[97], est la *ratio decidendi*. En outre, le droit français, tirant les leçons de cette seule obtention d'une apparence (imparfaite en l'état des données de la chirurgie), ne permet que de refléter sur les actes de l'état civil la nouvelle image sociale que s'est donnée le sujet, avec mention du sexe désormais apparent, réserve prise préalablement de la vérification de la licéité de l'opération, avec, en cas d'intérêt légitime, un changement de prénom. L'article 71 C.c.Q. semble ne pas aller plus loin: la mention du sexe figurant sur l'acte de naissance sera modifiée, ce qui ne signifie pas que l'on consentira au sujet une appartenance complète au sexe recherché. L'article 365 C.c.Q. précise -- et ceci intéresse le débat -- que le mariage est contracté entre un homme et une femme, et non des individus dont l'un a l'apparence d'un homme ou d'une femme... Si notre lecture du droit québécois n'est pas trop inexacte, nos deux droits demeurent proches l'un de l'autre en ce domaine gravissime de la chirurgie plastique, mais l'on peut s'interroger sur la dynamique que développera la thèse de l'autonomie du sujet, dont le récent arrêt *Sue Rodriguez* du 30 septembre 1993 prouve qu'elle recèle des forces surprenantes. S'il fallait estimer que cette doctrine permet l'autodestruction du sujet, avec un jeu de compensation en cas d'impossibilité pratique d'y procéder (*cf.*, les respectables opinions dissidentes), rien ne s'opposerait en logique à la simple (si l'on peut ainsi écrire) demande de destruction médicale, dite <<modification structurale>> par euphémisme, de l'apparence corporelle. Ces interventions, parfois suivies de suicides par désespoir, se situent à mi-chemin entre les réfections modérées de cette apparence jugées licites *a priori* et l'aide médicale à la suppression de la personne. Si l'on déclare régulières celles-là, si l'on pense que le *Code criminel*, en réprimant l'assistance au suicide prive le sujet <<de son

autonomie personnelle et lui cause des douleurs physiques et une tension psychologique telles [qu'il] porte atteinte à la sécurité de sa personne>>[98], quitte à comprendre ensuite que cette prohibition n'est pas contraire au principe de proportionnalité[99], nulle barrière juridique ne semble s'opposer à une déclaration de légalité de l'intervention transsexuelle dépourvue de cause thérapeutique, quelle que soit la pertinence des arguments contraires, à notre avis prudents et justifiés, développés naguère par M. le juge Mayrand: il est des logiques invincibles!

Autodétermination dans la maîtrise de la procréation

Des jugements rendus sur les responsabilités de chirurgiens auteurs de stérilisations laissent le lecteur sur la même impression que ceux intervenus en chirurgie esthétique: la stérilisation non curative est licite. Tel est le cas de la vasectomie pratiquée sur 24 agents de police (pourquoi donc cette demande d'ensemble?)[100], ou sur un père de famille surpris par une grossesse ultérieure de sa femme:

le demandeur n'a pas choisi la vasectomie comme moyen de contraception seulement sur ce qu'il a tenu du défendeur, mais aussi de son médecin de famille qui lui a présenté cette méthode comme une des sûres qui apportent solution au problème de planification.[101]

La stérilisation contraceptive est admise en droit québécois <<si elle est pratiquée sur un adulte qui y a donné un consentement éclairé>>[102], bien que <<certaines ambiguïtés et incertitudes peuvent encore naître à propos de la nature même du consentement éclairé et des représentations et garanties faites aux patients par les médecins avant d'effectuer ces interventions>>. Dans la décision *Cataford c. Moreau*[103], la Cour concluait que la stérilisation volontaire n'était plus contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs; les <<objections de principe à l'égard de ce genre d'intervention>> étaient écartées, le médecin étant, en contrepartie (et comme en matière de chirurgie cosmétique) chargé d'un devoir alourdi d'information[104]. La stérilisation eugénique, en revanche, est plus discutée, comme violant le droit du sujet à la procréation et, ce qui complique la situation, ouvrant en cas d'insuccès la voie vers l'action de *wrongful life*[105]. Vue sous l'angle du droit criminel, elle ne serait acceptée qu'entreprise pour le bien de l'intéressé, ce qui est encore objet de discussions. Mais, dans l'affaire *Engström*[106], l'intervention était-elle contraceptive, ou déjà eugénique? À titre indicatif, l'Alberta entre 1928 et 1971, et la Colombie-Britannique entre 1942 et 1973, ont fait l'expérience de législations de stérilisation eugénique. De telles lois, écrit la Commission de réforme du droit du Canada, ont <<acquis en pratique une potentialité de discrimination>>.

En droit français, en dépit d'une interprétation totalement erronée d'un arrêt de la Cour de cassation, de 1983, seule la stérilisation thérapeutique est licite, la jurisprudence n'étant jamais revenue sur les principes posés en 1937[107]. Les débats de janvier 1994 devant le Sénat ont confirmé cette solution. La position est identique à celle tenue en chirurgie purement esthétique, et pour les mêmes motifs d'ordre public, quels que soient les consentements émis par les intéressés. Le droit français adopte ce que M. Mantovani appelait une <<position garantiste>> interdisant de prendre en considération des demandes libres et éclairées, dont l'objet est une atteinte à l'intégrité du corps humain et dont la cause n'est pas curative. La protection du sujet prime l'assentiment à l'acte, et le contrat de stérilisation eugénique ou contraceptive serait aussi nul que celui de chirurgie plastique, avec la même réserve d'hésitation à faire déclarer judiciairement cette nullité, motif pris du refus d'intervention éventuel de l'assureur. Cette crainte de la pratique est d'autant plus fondée que la plus importante compagnie d'assurance médicale vient de décider de ne plus prendre en charge les complications de cette intervention, en raison de son illicéité[108].

Dans ce domaine de la procréation, il serait délicat de rapporter l'avortement au droit québécois, dans la mesure où il relève du droit criminel, donc fédéral. Cependant, ce droit s'applique au Québec comme dans les autres provinces, ce qui justifie un temps d'arrêt. Si la pratique de l'avortement a depuis longtemps suscité des procédures pour manquement aux règles de l'art[109], risquant de se développer vers

l'action précitée de *wrongful life*[110], et, en tout cas, vers les instances en réparation de l'arrivée du <<bébé-préjudice>>, ce que connaissent la Cour de cassation et le Conseil d'État, le principe même de la liberté de l'intervention a été mis en cause devant la Cour suprême, dans l'affaire *Morgentaler*, puis, moins directement, dans l'affaire *Daigle* qui, elle, montait du droit civil[111]. L'on sait que l'arrêt *Morgentaler* a annulé les dispositions de l'article 251 *Code criminel* imposant, préalablement à l'interruption volontaire de grossesse (I.V.G.), un certificat du comité d'avortement thérapeutique hospitalier, bien après que la doctrine eût entrevu que ces comités pouvaient affecter directement, par leurs décisions (quasi judiciaires, écrivait-on), les droits de femmes requérant un avortement thérapeutique, et ceux des médecins-traitants[112], ce qui n'était point inexact mais devait être pesé sur les balances de la protection de la femme, et de l'enfant conçu menacé d'avortement. Forcer une femme, est-il jugé, de mener à son terme une grossesse, sous la menace d'une poursuite criminelle, viole la sécurité de sa personne[113], et, sans avoir à évaluer les droits du fœtus, <<pour nombre de femmes enceintes, les effets de la limitation des droits garantis par l'article 7 [de la Charte] sont disproportionnés par rapport à l'objectif recherché>>. L'honorable juge Beetz reprend l'argument de l'atteinte à la sécurité de la femme, paradoxal car l'annulation du texte prive l'intéressée d'un contrôle médical préalable à l'intervention et tend à faire croire que celle-ci est moins dangereuse sans ce contrôle -- allongeant certes les délais: le passage devant le comité de médecins accrédités entraînerait des risques additionnels pour la santé des femmes enceintes, et cette exigence serait inutile pour la protection du fœtus. En outre, la liberté de conscience de la femme est mise en avant pour primer celle de l'État, lequel ne peut traiter la femme comme un moyen pour une fin, en la privant de l'essence de l'humanité, sans qu'il soit mieux expliqué si le fœtus, est ou non traité comme un moyen par la femme, pour la fin de sa santé ou de ses convenances, ce observé en tout respect[114]. Les éminents magistrats n'ont point été unanimes en leurs motifs et conclusions, et se sont en apparence divisés en quatre groupes constate M. Hartney. Est-on habile à estimer que l'éloge de la subjectivité serait allé un peu au-delà de la logique cartésienne en laissant deviner que chacun ne peut juger que ce qu'il a vécu, que les hommes seraient incapables de comprendre la situation d'une femme victime d'une grossesse indésirée, ce qui obligerait à constituer, certes, des chambres mi-parties (quelle aventure, pour juger les dossiers de transsexuels!)? Voici qui ne serait que moyennement juridique, et il nous suffit, pour n'avoir pas à apprécier autrement un dossier que nous connaissons mal, de constater que cet arrêt de 1988 est en porte-à-faux avec les dispositions du droit français, passé sous le regard -- en vérité un peu rapide en ce qui concerne le rapprochement de la loi interne et du Traité régulièrement ratifié (*Convention européenne des droits de l'Homme*, article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958) -- du juge constitutionnel. L' I.V.G. pour détresse doit être précédée de la consultation d'un établissement ou centre visé à l'article L. 162.4 du *Code de la santé publique* (dont chacun sait que, en pratique, ils sont composés uniquement de partisans, voire de militants, de l'avortement), dans le but, écrit, <<en vue notamment de permettre à celle-ci de garder son enfant>>, tandis que le médecin doit, entre autres, informer la demanderesse <<des risques médicaux qu'elle encourt pour elle-même et pour ses maternités futures, et de la gravité biologique [*sic*] de l'intervention qu'elle sollicite>>[115]. Bien que particulièrement militant lui-même, le législateur de 1975 et 1979 a cru contraire à la sécurité de la femme de ne pas lui révéler les risques de l'intervention, ceci dût-il l'en dissuader. L'I.V.G. thérapeutique ou eugénique de l'article L. 162.12 impose la consultation de deux médecins, à la fois pour constater l'état de handicap de l'enfant (nous ne débattons pas ici des problèmes du diagnostic prénatal) et pour juger du péril grave de la santé de la femme. Il n'a pas été vu en cette exigence d'outrage indû aux libertés de la femme, dont l'information préalable à la décision est mieux assurée, ce qui importe autant à sa sécurité -- si l'on donne aux mots leur véritable sens -- qu'à celle de l'enfant. Il est possible que l'arrêt *Morgentaler* et l'arrêt *Borowski* aient renvoyé le législateur à ses devoirs, ainsi qu'on a pu le penser, mais l'éloignement de ses principes de ceux de notre législation, dont les débats parlementaires de novembre 1992 et 1994 ont montré que l'on refusait de la remettre en cause, ce qui, en soi, viole le principe démocratique aux termes duquel les citoyens et leurs élus ont toujours le droit de contester la chose légiférée et est donc inconséquent, est évident. Ici, les contrôles protègent la sécurité et l'information de la femme; là, ils les offensent parce que la liberté décisionnelle de l'individu (surtout la femme, *diabolica quaestio*?) est érigée en dogme d'une société qui refuse tous les autres. La stérilisation,

l'avortement, droits subjectifs ou libertés? La maîtrise de la reproduction passe enfin par les procréations dites médicalement assistées, lieu important de recherche de la <<bioéthique>>, du droit civil et du droit médical, auxquelles le *Code civil du Québec* consacre ses articles 538 et suivants. En l'état des travaux législatifs achevés en juillet 1994, nous ne pouvons qu'écrire que ces dispositions sont plus en harmonie avec les lois nouvelles qu'avec le droit positif en vigueur lors de la rédaction du Code québécois (l'article 541 C.c.Q. rejoint la jurisprudence de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation consacrée par la loi); il nous paraît préférable d'en réserver la lecture pour le paragraphe sur les références communes à nos deux droits[116].

Enfin, l'autonomie du sujet, envisagée sous l'angle de la licéité des interventions pratiquées, s'achève dans le pouvoir de refuser des soins, ou de solliciter une aide au trépas. De *prima facie*, le droit québécois rejoint le droit français. Le jugement *Nancy B.*, déjà cité, du 6 janvier 1992 s'appuie sur des articles du *Code civil du Bas Canada* (articles 18 et suivants, articles 10 et suivants du *Code civil du Québec*) transposables en droit français, ou transposés de celui-ci, et de principes généraux sur le droit de refuser un traitement médical, même nécessaire, ne pouvant nous étonner[117]. Si nous avons relevé l'intérêt d'abord pour le médecin de la procédure engagée, nous lisons aussi que la personne, <<qui a donné un consentement libre et éclairé à cet égard, a le droit d'exiger que l' on cesse le traitement de soutien respiratoire qu'on lui applique>> . Le jugement du 22 janvier 1992, également déjà cité au soutien de nos commentaires sur la judiciarisation de la décision médicale *Manoir de la Pointe bleue c. Corbeil*[118], reconnaît aussi ce droit au refus des soins, après avoir multiplié les références utiles: <<Ainsi, le droit de refus prime sur l'obligation de fournir les soins de base, soit l'alimentation et les breuvages. Il en est ainsi pour les traitements tant pour l'institution que pour les médecins>>. N'aurait-on que ces affirmations, exprimées avec une force émotionnelle qui surprendrait sous la plume d'un juge français, l'avocat s'en réservant mieux le monopole à l'audience, que la discussion tournerait court. Mais, on ne voit pas très clairement certaines données.

D'abord, les deux droits examinés s'accordent-ils pour sanctionner le traitement et le sauvetage forcés? La jurisprudence canadienne sévit, pour le principe, contre celui qui impose au malade contre son gré des soins nécessaires[119]. Que veut le sujet? Battre monnaie de sa survie? Se suicider symboliquement par dommages-intérêts interposés, comme dans l'action de *Wrongful life*? Mener la lutte pour le droit célébrée par Ihering? La doctrine française hésite à accepter ces conséquences du principe d'autonomie, même si elle les devine. M. le Doyen Carbonnier réfléchissait au <<préjudice moral d'avoir été frustré de la vérité>>; le Doyen Savatier proposait de le compenser par le bienfait essentiel apporté au patient grâce à l'intervention imposée[120]. Il n'est pas indifférent de noter que les observations de M. le Doyen Carbonnier partent de l'utilité de punir, au premier chef, le <<mensonge médical>>. La responsabilité médicale additionne trois éléments dont, en droit médical commun, le cumul est indispensable, et dont l'un est le préjudice du sujet. Au plus, ce dommage est d'ordre moral, mais, en ce cas, comment l'indemniser en le séparant de la sauvegarde de l'intégrité de la personne tout entière, résultat lui-même de valeur morale, mais inappréciable?

Au pénal, il y aurait théoriquement infraction de violences volontaires[121], mais à condition de démontrer que le praticien a porté atteinte au corps du malade. Est-ce porter une atteinte préjudiciable que de sauver autrui malgré lui, en l'absence de péril vital immédiat engendrant obligation de secours, le conflit des normes caractérisant alors l'état de nécessité en faveur de celui qui agit? Oui, si l'on estime classiquement que l'intention est indifférente au droit pénal, et, en la matière, on invoquerait une forte doctrine. Non, si l'on prend en considération le profit global de l'intervention.

La jurisprudence canadienne vient d'aller plus loin, dans l'arrêt, déjà cité, de la Cour suprême, du 30 septembre 1993, *Sue Rodriguez*[122], compréhensible dans les logiques de la sacralisation de la volonté individuelle et de l'autonomie absolue de la personne. Quels sont les principes affirmés, à l'occasion de la critique de l'article 241 du *Code criminel*? Le lecteur canadien les connaît; il les comprend, il les commenterait, avec infiniment plus de pertinence que nous, sans être soumis comme nous le sommes aux *a priori* de la pensée civiliste continentale. M. le juge

Sopinka avance une prudente discussion, qui se veut équilibrée: un droit constitutionnel au suicide assisté va au-delà de ce qui est admis dans les pays occidentaux et n'offrirait pas de garanties suffisantes, par exemple contre une intervention réalisée <<après que la dernière expression de sa volonté de se suicider est caduque et périmée>>.

La liberté et la sécurité de la personne d'un côté, le caractère sacré de la vie d'un autre, s'équilibrent, mais l'interdiction fulminée par l'article 241 du *Code criminel* impose à la personne une charge actuelle en la privant de la capacité de mettre fin à sa vie <<au moment où elle ne sera plus en mesure de le faire sans assistance>>[123]. Mais, il y a aussi le caractère sacré de la vie! Et sa sécurité, interprétée à la lumière de l'arrêt *Morgentaler* de 1988, et impliquant la maîtrise de l'intégrité de la personne, l'autonomie personnelle, outragée par le texte en litige[124], bien que cette atteinte ne franchisse pas le seuil des principes de justice fondamentale, observé que, pour les besoins du débat, les principes en cause semblent être qualifiés de règles de common law[125], comme s'ils n'appartenaient pas, avec une exégèse différente, autant au droit civil (mais, le dossier venait d'une province de common law, la Colombie-Britannique) <<avant de conclure qu'une disposition législative est contraire à la justice fondamentale, il faut examiner le lien qui existe entre la disposition et l'intérêt de l'État>>[126], la protection de la vie de la personne vulnérable. Sur ce point, il n'y a pas d'unanimité de convictions et de législations[127] imposant d'annuler l'article 241(b) du *Code criminel*. Quant à l'argument de discrimination, qui aurait normalement pour contenu d'apporter au malade ou handicapé une protection plus attentive et non de mieux l'aider à disparaître, M. le juge Sopinka ne sent pas indispensable de le discuter[128]. Ensuite, il juge que l'interdiction de l'aide au suicide n'a pas une portée excessive car elle dissuade des excès ou abus qu'une libéralisation de la loi pourrait provoquer[129]. Mme le juge McLachlin affirme d'abord que <<la présente affaire ne concerne pas une discrimination>>, sauf détournement de concept[130] mais qu'il y a privation du droit à la sécurité de la personne, <<notion qui englobe la notion de dignité et de protection de la vie privée>>, <<d'une manière qui enfreint les principes de justice fondamentale>>, Sue Rodriguez ne pouvant disposer de son corps comme les personnes valides, et l'on fait d'elle un <<bouc émissaire>> pour ne pas menacer la vie d'autrui en général. Du reste, si crainte il y avait, l'existence de l'infraction d'homicide volontaire l'écarterait: <<une fois la cause de la mort établie, il appartiendra à la personne qui en est à l'origine d'établir que la mort était réellement un suicide, auquel le défunt avait consenti>>[131]. Que l'on permette une suspension de la lecture du jugement: faut-il comprendre que l'on aura d'abord un mort bien mort, et ensuite une procédure dans laquelle on débattrait des causes et consentements de son décès? *Felix, qui potuit rerum cognoscere causas!* Ensuite, le Tribunal autoriserait l'aide au suicide <<en pleine connaissance des circonstances>>[132]. Également dissident, M. le juge Cory pense que la mort, étape de la vie, a droit à une protection constitutionnelle, y compris en son choix et sa dignité, et il n'y pas de raison de refuser ce choix aux malades handicapés.

Certes, mais l'objet de l'action n'était-il pas de briser toute la tradition médicale issue du serment d'Hippocrate en transformant le médecin en tueur sur demande? Au-delà du cas particulier de la demanderesse, était en débat la raison d'être de la médecine, et, avec un curieux anachronisme en Amérique du Nord, l'oubli du développement des soins palliatifs et d'entretien. M. le juge en chef Lamer avait senti la délicatesse de la situation: <<Comme aucun médecin n'a le devoir d'accomplir l'acte visé par la requête de l'appelante, le droit qu'elle cherche à obtenir ne peut pas, par définition, être exercé>>[133], sauf à violer le principe du caractère sacré de la vie humaine. Certes! Il est juré par le texte hippocratique: <<Et je ne donnerai pas, quiconque m'en prierait, une drogue homicide, ni ne prendrai l'initiative de pareille suggestion...>>[134]. Le rapport déposé par M. J.F. Mattéi le 15 novembre 1993, <<sur l'éthique biomédicale>> confirme qu'il <<n'est pas possible que le médecin puisse recevoir, par la loi, l'autorisation de donner la mort, même si ce parti a été retenu dans plusieurs législations étrangères>>. Établi dans le contexte de la préparation, en France, des lois <<sur la bioéthique>>, il plante la borne du *non possumus* de notre droit, du moins dans cette direction. On devine l'importance des motifs de dissidence de M. le juge en chef Lamer, longuement exposés après un historique détaillé du dossier en première et deuxième instance et, notamment, des motifs du juge en chef de la Cour d'appel, M.

Mc Eachern. Pour M. Lamer, l'article 241(b) C.cr. impose aux personnes handicapées une discrimination abusive, en raison de leur état physique[135]. Cette violation des droits est-elle justifiée? Si le texte << vise à protéger les personnes qui sont susceptibles de se laisser influencer par d'autres >>[136], les principes généraux de << la promotion de l'autonomie individuelle >>, en revanche, la loi << actuelle ne permet pas d'établir une distinction entre ceux qui subissent peut-être la pression ou la contrainte d'autrui >>[137], ce qui renvoie au grief de discrimination, même dans une société qui << paraît prêter de moins en moins d'importance à la vie de ceux qui, malades, âgés ou invalides ne sont plus maîtres de leur corps >>[138]. En tout respect, on ne suit plus la logique de la démonstration: premièrement, faut-il rappeler la moindre importance accordée à l'embryon et au fœtus par cette société? Deuxièmement, aider l'invalides à se suicider prêterait-il plus d'importance à sa vie? La prohibition est donc, écrit M. Lamer, excessive, et, en attendant que le Parlement ne se prononce, des réparations doivent être accordées aux intéressés. Une déclaration d'invalidité de la loi serait suspendue dans ses effets, et, pendant la période transitoire, les juges pourraient accorder des exemptions constitutionnelles aux sujets concernés, sous condition[139].

Si les opinions dissidentes vont assez loin dans le jugement de la discrimination imposée à Mme Rodriguez ou bien dans la privation du droit à la sécurité, ou encore dans l'intégration du droit de décider de sa mort dans le droit à la vie, et dans les appels au législateur, si du moins nous les avons un peu comprises, il est frappant de constater que même la faible majorité des éminents magistrats rejetant la demande part à la fois du principe d'autonomie, dit ici comme dans l'affaire *Morgentaler*, de << sécurité >>, et d'une crainte de discrimination que, au mieux, elle ne discute pas. Sur cette discrimination, ce n'est pas vraiment ainsi qu'elle est appréciée en droit français, où elle consiste en un discrédit, un désavantage, un outrage quelconque[140], imposé à un individu, ou une catégorie d'individus. Ainsi, le refus de vente ou de prestation de service servira-t-il d'exemple utile, puisqu'aussi bien il intéresse le droit de la santé, la délivrance de médicaments et produits, l'accomplissement de l'acte médical entrent plus, à tort qu'à raison, dans le champ du droit économique[141], ce qui les dénature. Quoi qu'il en soit de cette grave critique de fond, prenons l'exemple tel qu'il est écrit. Le délit de discrimination[142] couvre le refus de prestation de services prétendument motivé par l'état de santé ou le handicap du demandeur (en revanche, le handicap motive le service de l'avortement thérapeutique), mais le refus est justifié par un motif légitime supprimant le caractère délictueux de l'incitation au suicide montre cette absence de droit subjectif. Le malade peut refuser des soins inutiles et même utiles; il peut demander des soins dits palliatifs, ou d'entretien, ou encore: ordinaires ou proportionnés, et ceci est très classique, n'a pas été inventé par la bioéthique moderne. Ici est le jeu de son pouvoir face au médecin, mais en aucun endroit le droit positif, ici, ne place le droit au suicide -- dont le développement logique est en effet l'aide à sa réalisation -- ni sous couvert d'autonomie personnelle, ni sous qualification de << sécurité >>, ni sous l'égide de la non-discrimination[143]. En tout respect, il n'est pas impossible que le lecteur continental ne soit tenté de voir dans l'arrêt *Sue Rodriguez*, même dans l'opinion majoritaire comprenant presque au dernier moment les conséquences inéluctables des prémisses du raisonnement, une relative dénaturation des concepts d'autonomie, de sécurité et de discrimination.

Cette autonomie est enfin complétée *par une majorité médicale anticipée*, affirmée par le *Code civil du Québec*: le mineur de 14 ans et plus est habile à consentir seul aux soins requis par son état de santé (les parents sont prévenus en cas d'hospitalisation de plus de 12 heures) (article 14 C.c.Q.; cf., article 42 de la *Loi sur la protection de la santé publique*), ce qui présume à la fois son discernement et le caractère conservatoire de l'intervention consentie. Les *Commentaires du ministre de la Justice* expliquent que, si les parents ne sont plus prévenus des traitements prolongés n'imposant pas l'hospitalisation, cette modification des principes antérieurs << se justifie par le fait que la nécessité de traiter l'adolescent, en particulier dans les cas de maladies vénériennes ou de narcomanie, prime sur les pouvoirs et responsabilité du titulaire de l'autorité parentale >>[144]. Cette note confesse des faits délicats de société, et écarte les parents de l'assistance à apporter à leur enfant en difficulté: il est de leurs responsabilités d'aider à traiter l'adolescent. Une meilleure explication serait partie du droit de l'adolescent à son secret médical. Le corollaire de l'autonomie de l'enfant est la nécessité de venir devant le juge en cas de refus de

soins, sauf urgence (article 16, alinéa 2 C.c.Q.), et de consentir seul aux actes non requis par l'état de santé, sauf risque sérieux et effets graves et permanents (article 17 C.c.Q.). Le droit québécois^[145] se démarque du droit français. Certes, celui-ci présente quelques traces de majorité médicale anticipée, dérogoires au caractère prétendument général de l'incapacité d'exercice de l'enfant et prenant place dans un mouvement d'ensemble de préparation du mineur à l'exercice de la vie civile^[146], développé par la loi du 8 janvier 1993, et s'expliquant soit par la nature conservatoire de l'acte, soit par le souhait de l'entourer de discrétion, soit par sa gravité mêlée d'intimité absolue (avortement), mais il n'offre pas de règle générale d'autonomie: les titulaires de l'autorité parentale décident des soins médicaux, seuls ou en commun selon la gravité ou l'urgence de l'intervention (le juge aux affaires familiales tranche les désaccords en fonction de l'intérêt de l'enfant; le juge des enfants vainc les refus injustifiés opposés par les deux parents). L'on fait confiance à l'aspect protecteur de leur autorité; l'on craint l'immaturité de l'enfant en des matières intéressant son intégrité physique, et il est bien certain que ni le mineur, ni ses représentants ne peuvent consentir à des <<soins non requis par l'état de santé>> (qui ne sont plus, d'ailleurs, des <<soins>> *stricto sensu*), illicites par leur objet, par leur cause sauf exceptions légales expresses (par exemple, en cas de recherche biomédicale sur la personne humaine, article L. 209.10 du *Code de la santé publique*, d'ailleurs controversé; comparer avec l'article 21 C.c.Q.). Ici encore, les divergences entre les positions libertaire et garantiste s'opposent, les <<bains culturels>> n'étant pas identiques. Seulement les textes civils québécois laissent deviner que l'adolescent de 14 ans, qui n'est plus <<l'adolescent d'autrefois>> raconté par Mauriac, ne possède pas toujours l'aptitude à consentir, recouvrant la capacité à exprimer sa volonté et, enseigne J.P. Ménard, celle à recevoir et comprendre l'information, à en apprécier la nature et la portée (article 16, alinéa 2, article 17 et article 19, alinéa 2 C.c.Q.). Était-ce ou non le cas, dans des affaires où l'on se satisfait de consentements à prélèvements donnés par des enfants (article 20 C.c.B.C.) à des âges un peu tendres^[147]? Les articles 19, alinéa 2 et 23, alinéa 2 C.c.Q. combinés pourraient imposer des appréciations plus rigoureuses: les commentaires officiels de l'article 20 énoncent:

la disposition [...] resserre davantage les critères dans le cas des majeurs inaptes et des mineurs. Le droit fondamental à l'intégrité rend, en effet, nécessaire d'encadrer strictement les dons entre vifs d'organes et de tissus humains par des personnes inaptes à consentir ou qui n'ont pas la pleine capacité juridique.^[148]

L'article 671.5 C.s.p. tolère le prélèvement de moelle osseuse sur mineur, au seul bénéfice de ses frère et soeur, par dérogation à la prohibition générale de l'article précédent, après avis d'un comité d'experts, consentement des deux cotitulaires de l'autorité parentale et information de l'intéressé <<s'il y est apte>> [*sic*]. D'une part le texte est moins protecteur de l'enfant que les textes québécois précités car n'exigeant pas l'autorisation du juge, d'autre part il leur est équivalent dans la possibilité de ne pas entendre l'enfant, enfin il est plus protecteur en limitant l'objet du prélèvement et la qualité des receveurs. Cela dit, dans les deux systèmes juridiques, on voit mal comment un mineur mis en condition et traumatisé par le milieu médical et familial oserait pratiquement exprimer un refus. Toutes ces restrictions sont illusoire. En réalité, que signifie cette autodétermination du mineur, outre la fragilisation de la famille? On se demande parfois si l'autonomie du mineur ne lui est pas consentie dans l'intérêt des tiers: son autonomie bancaire en témoigne. *Quid*, ici?

C'est le problème général, pour en terminer avec ces questions auxquelles nos deux droits apportent des réponses différentes, d'*autodétermination de la personne*. *Id fecit, cui prodest!* Suggérons, avec impertinence, une réflexion: consent-on au sujet une immense liberté décisionnelle dans son intérêt, ou bien dans celui de la biomédecine? Plus étroit est l'ordre public privant d'efficacité le consentement de l'individu, plus étroite est la marge de prise de possession de son corps par les médecins et chercheurs. Or, l'aventure de la bioéthique montre que ces derniers sollicitent des lois ou des jurisprudences d'autant plus libérales qu'ils désirent accroître leur pouvoir sur l'Homme. Dans sa récente thèse sur <<les droits de l'être humain sur son corps>>, Mme Arnoux ne peut que constater, en note, que <<l'exacerbation des revendications de droits individuels est par ailleurs parallèle à une revendication d'utilisation sociale du corps qui se

fait de plus en plus grande avec un certain nombre de lois récentes>>[149]. On en revient au jugement porté par Ch. Baron: <<Ainsi l'arrêt *Quinlan* plus qu'une consécration des droits des malades était une consécration des droits des médecins>>. Les P.M.A., la recherche sur la personne humaine, sont à cet égard exemplaires et ont mis en évidence, pour qui connaît un peu la langue du droit civil, la perversion des notions: en affirmant que la personne n'est pas dans le commerce, on en fait un objet de commerce; en affirmant que l'embryon n'est pas une chose, on en fait un bien ..., parce que cela sert les désirs (ou les phantasmes?) des individus, et les besoins et profits des scientifiques et promoteurs (de la recherche). M. le juge Sopinka cite, en se disant < impressionné >, un ouvrage de Laurence Tribe[150] parlant <<des conceptions générales, peut-être paradoxales, sur l'autodétermination>>. C'est le coeur du débat: l'autonomie personnelle comprend, au moins la maîtrise de l'intégrité de sa personne sans aucune intervention de l'État ni tension psychologique et émotionnelle imposée par l'État[151]. Soit, mais en droit civil, on précise: afin de protéger l'intégrité du sujet. M. le juge Sopinka constate le caractère sacré de la vie, valeur protégée par la Charte[152], mais sans le placer au-dessus de la liberté et de la sécurité. Même si la Cour suprême a eu, le 30 septembre 1993, le sursaut de tout dernier instant d'arrêter, par des considérations hors du droit civil français, les développements des présupposés de départ, il sera nécessaire, en retombant en droit civil du Québec, d'interpréter avec circonspection les notions de risque proportionné (articles 19 et 20 C.c.Q.) et de sécurité pour éviter de mettre l'Homme en péril. *Caveant consules!*

Une étude complète de l'autonomie n'est point ici possible, ni envisageable. Elle orienterait vers de multiples directions, par exemple celle des comités d'éthique, de l'interférence de leurs décisions avec la liberté du sujet, du médecin: <<*One corollary of respect for patient autonomy will be that the ethics committee should remain entirely advisory*>> écrit Suzan M. Wolf. Or, d'une part, il n'est pas certain que les comités limitent là leur autorité; d'autre part, il n'est pas certain que leur existence -- à la supposer utile pour autre chose que la promotion de leurs membres -- soit compatible avec ces autonomies. C'est un autre débat ... Pour en terminer sur cette question, il nous semble que nos droits ne peuvent plus guère se retrouver, sur le terrain des principes. En effet, le droit canadien/québécois raisonne à partir du principe de liberté décisionnelle, de demande du sujet éclairé, et écarte, sauf réserves, ce qui met obstacle à la satisfaction de cette sollicitation. Le droit français raisonne à partir du principe d'inviolabilité[153], c'est-à-dire de défense contre les initiatives d'autrui (du médecin en particulier), la demande, l'initiative du sujet demeurant enfermée dans le cadre d'un ordre public de protection.

Celui-ci est plus souple outre Atlantique, dans l'idée que, si la personne a décidé, cela est conforme à son intérêt, qui ne concerne qu'elle. Idée qui a fait fiasco en droit des contrats ; d'où l'apparition du droit de la consommation. Mais, dûment informé, le patient nord-américain peut consommer librement! Les présupposés de la réflexion juridique sont opposés et, donc, les raisonnements ne suivent plus les mêmes logiques. Les causes n'en sont pas de pure technique civiliste.

2. Les divergences doctrinales

Le droit médical s'est construit par les forces de la jurisprudence et de la doctrine, au Québec comme en France. Il n'est point indifférent de constater cette communauté, cette communion, de ses forces créatrices: c'est toute la théorie des sources du droit qui y est intéressée, de ces sources qui abreuveraient peut-être plus -- a-t-on écrit -- le juriste français que son homologue québécois ou, plus largement, <<américain>>, ayant plus conscience de son rôle créateur de droit, individuellement, ce qui, vu du rivage continental, peut laisser l'impression d'une confusion -- mais, pourquoi pas: d'une convergence? -- de ces sources. <<Les juristes français travaillent sous l'éclairage des réponses implicites que comporte la question des sources du droit>>[154]. Peut-être cela évite-t-il la <<judiciarisation>> de la relation médicale? Avec peut-être quelqu'arbitraire, nous choisirons quelques exemples de divergences entre les doctrines québécoise et française du droit médical.

En premier lieu, ce qui frappait récemment encore l'esprit du lecteur continental était le << cumul >> des responsabilités contractuelle et délictuelle. On n'entendra pas ici la conjugaison des responsabilités entre praticiens et hôpital du fait de la défaillance des soins postopératoires. C'est un domaine d'éloignement de nos solutions respectives: les activités normales du chirurgien dans un hôpital organisé se terminent lorsque l'hôpital prend en charge le malade pour les soins postopératoires... lorsque se termine l'opération et que le chirurgien a raison de croire que le malade n'a plus besoin de ses services de chirurgien, il peut quitter en laissant le malade aux soins du service concerné[155].

Au contraire, pour la Cour de cassation,

attendu, cependant, que si la surveillance postopératoire incombe au médecin anesthésiste pour ce qui concerne sa spécialité, le chirurgien n'en demeure pas moins tenu, à cet égard, d'une obligation générale de prudence et de diligence ; qu'en s'abstenant de rechercher si, en raison des conditions dans lesquelles il avait quitté la clinique, le docteur L. n'aurait pas dû s'assurer que le malade restait sous la surveillance d'une personne qualifiée, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.[156]

Rien n'écarte ici les responsabilités *in solidum* de ce chirurgien, de l'anesthésiste et de la clinique, mais la jurisprudence écarte une vision balkanisée de l'intervention chirurgicale et de son suivi. L'on pourrait aussi avancer sur la piste de l'obligation *in solidum* de tous les membres de l'équipe médicale, puisque, sauf erreur de compréhension de notre part, cette obligation fait encore l'objet de réserves en droit civil québécois, <<théorie étrangère au droit québécois>>[157]. Encore pourrait-on solliciter l'article 1525 alinéas 2 et 3 du *Code civil du Québec* pour imposer ladite obligation aux praticiens de l'hôpital et à celui-ci au nom de <<l'exploitation de l'entreprise>> caractérisée par <<la prestation de services>> (médicaux) au profit de l'établissement, et l'article 1526 éventuellement...

Ce qui est plus important -- ou l'était encore récemment -- est l'option ouverte entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, lorsque cependant les parties sont liées par le contrat médical, et ce dès les origines de la responsabilité médicale québécoise[158]. Dans le jugement *Bordier*[159] de 1934, où est reconnu le principe du contrat médical, ainsi qu'il sera redit, il est affirmé qu'outre la responsabilité contractuelle, la responsabilité de l'article 1053 du *Code civil du Bas Canada* <<reste toujours applicable>>, le jugement *Rajotte* de 1936 ajoutant qu'en toute hypothèse <<les règles de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle sont identiques, de sorte que la distinction n'apparaît que de pure forme quant à déterminer la responsabilité>>[160].

Puis l'arrêt *X. c. Mellen*[161] est l'occasion pour le juge Bissonnette, à la fois de prendre acte de cet illogisme, de l'appliquer, et de tenter de l'expliquer: ce serait, écrit-il, la seule arme efficace pour empêcher le médecin d'échapper à toute responsabilité, ce qui, pour nous, ne s'impose pas à l'évidence car l'obligation contractuelle protège autant le patient victime, alors que, dans les deux cas, il faudra prouver la faute, et que la jurisprudence affirme la même exigence de preuve *in abstracto*[162], alors que le droit français ne retient celle-ci généralement qu'en matière contractuelle, en imposant l'appréciation *in concreto* de la faute délictuelle intentionnelle[163]. D'autres jurisprudences se sont laissées surprendre: le Tribunal fédéral suisse, en son arrêt, également fondateur du contrat médical, du 10 juin 1892[164], posait que, concurremment à cette responsabilité contractuelle, le médecin répond également de tout acte illicite. Une éminente doctrine, au milieu du XX^e Siècle, soutenait ce cumul, mais en exigeant qu'une faute dommageable distincte de la violation de l'engagement contractuel se joignît à celle-ci et eût lésé un <<bien [...] autre que le simple bénéfice du contrat>>: <<la première idée exclut le cumul des responsabilités si le défendeur n'a violé nul autre devoir que ses engagements contractuels, et cela, même s'il les a méconnus volontairement, dolosivement>>[165]. Et ce <<cumul>>, nettement écarté par l'arrêt *Mercier*[166] du 20 mai 1936, de la Cour de cassation, est en dehors de notre droit civil et ne ressurgit que lorsque le malade porte sa demande indemnitaire devant le juge pénal, et l'article 1382 du Code civil est inapplicable à la réparation d'un dommage se

rattachant à l'exécution d'un engagement contractuel[167]. Or, l'intégration de la responsabilité de l'ancien article 1053 C.c.B.C. à la responsabilité médicale contractuelle était un fait acquis, au vu de l'arrêt *Wabasso*[168] de 1981, largement postérieur aux décisions de 1934 et 1935 qui avaient anticipé la solution. Aussi bien était-on en présence d'une résistance consciente au droit français dans des cas particuliers, selon le mot de l'un de nos éminents interlocuteurs. Dans l'arrêt *Chouinard c. Landry* de 1987[169], la Cour d'appel en faisait, par exemple, application, <<en dépit des critiques souvent faites à cette méthode>>[170] et en dépit d'une nette volonté de vouloir revenir aux sources du régime de droit civil de la responsabilité[171]. Il importe peu que soit en jeu la protection de la personne humaine, à laquelle se réfère l'arrêt: contractuelle ou délictuelle, l'obligation du médecin de s'y soumettre est un de ses devoirs d'état. Pour certains de nos honorables interlocuteurs, <<il s'agissait d'une fausse querelle juridique>>. Pour d'autres, la question ne se pose pas, et <<n'avancerait personne>>. Ceci est peut-être à nuancer: il y a les questions de prescription, de compétence territoriale du Tribunal... Pour d'autres, cette <<flexibilité>> jurisprudentielle s'avérait <<souple et opérationnelle dans le traitement des dossiers>>, mais (même correspondance) avait peut-être <<conduit à une mésestimation de la richesse des rapports contractuels et avait empêché des juristes de découvrir le contenu possible d'un contrat>>. Ajoutons que, dans plusieurs arrêts, elle conduisait aussi à une confusion sémantique: parler d'obligation de moyens en retenant une responsabilité délictuelle n'allait pas de soi (nous avons relevé plusieurs exemples de cette facilité de plume) même si l'on admettait l'identité substantielle de l'obligation de moyens et de l'obligation générale de prudence et de diligence[172]! Finalement, pour la jurisprudence, peu importait en pratique la nature de la responsabilité du médecin[173]. Le nouveau Code civil efface ces confusions et prohibe l'option, même lorsque le dommage est d'ordre corporel ce qui avait fait l'objet de réserves dans le Projet de loi 125[174]. L'article 1458 C.c.Q. remet les choses en un plus logique état et brise la jurisprudence *Wabasso* (mais aussi *Bordier*, *Rajotte*, *Mellen*, antérieurs à l'arrêt de 1981[175]). Un enrichissement de la réflexion sur le contrat de soins pourra s'en suivre. On nous a suggéré que le débat pourrait se déplacer, par exemple, vers le contrat hospitalier, dont la reconnaissance, ou plutôt l'élargissement, permettrait de se dégager de la vision dépassée de la responsabilité de l'hôpital en qualité de commettant du praticien. La jurisprudence française a franchi ce cap. Ayant depuis longtemps admis la notion de contrat hospitalier, elle vient d'y inclure, à la charge de la clinique, l'obligation aux soins médicaux, et peu importe à cet égard que le médecin intervenant soit salarié (préposé) ou bénéficiaire d'un contrat d'exercice[176], avec, croyons-nous, cette réserve, que ledit contrat hospitalier de soins est possible, et non fatal. L'on aura grand égard à la discussion conduite devant la Cour d'appel, dans l'affaire *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, même si l'on sait que la Cour suprême n'a pas cru devoir se prononcer sur le principe du contrat hospitalier[177].

En deuxième lieu, et toujours en droit de la responsabilité médicale, nous voyons -- sans regret aucun -- la jurisprudence canadienne écarter notre théorie de la perte de chances, sur laquelle il nous est dit qu'elle constitue <<une construction bien étrange, voire surprenante, pour un juriste québécois>> [*sic*], ou encore: <<À distance, votre droit nous semble parfois fort imaginatif et déterminé à dégager à tout prix une responsabilité, d'où le développement, notamment, de la théorie des pertes de chance>>, ce qui constitue une pertinente observation. La perte de chances, après avoir servi à éluder l'analyse rigoureuse de la causalité, sert à qualifier un préjudice dit <<intermédiaire>> dont on voit bien le caractère artificiel, ne serait-ce qu'à travers la réparation de ses aggravations successives menant à une confusion avec le dommage final[178]. Ce n'est que formellement que la Cour de cassation, le 17 novembre 1982, a cantonné la perte de chances sur le terrain du préjudice, car, pour en affirmer la réalité, l'on est bien obligé de se poser la question de la causalité, mais par une reconstruction imaginaire d'une évolution médicale dont nul ne possède, ni ne possèdera jamais, tous les éléments. Nous ne reviendrons pas sur nos observations développées à la *Revue de droit de McGill* de 1986[179] et 1990[180]. Nous ajouterons seulement que l'abandon de la perte de chances, et de quelques excès marginaux ou bien considérables dans l'indemnisation du dommage médical permettrait peut-être de recentrer celle-ci et de dégager des solutions de couverture de l'aléa thérapeutique faisant l'heureuse économie d'une loi, sans doute demandée mais dont le projet n'est point encore déposé.

La jurisprudence de droit civil québécois, émanant des juridictions du Québec ou de la Cour suprême, retient une analyse plus rigoureuse et réaliste de la perte de chances. En 1990, la Cour d'appel juge:

La preuve me paraît donc loin de démontrer par probabilité prépondérante une relation de causalité entre une faute de Perreault, s'il y en avait, et le dommage dont se plaint Lachambre. Peut-on néanmoins dire, toujours en présumant que Perreault aurait dû s'occuper beaucoup plus tôt du problème de circulation sanguine, que telle faute a privé La chambre de la chance, si minime qu'elle ait été, d'éviter l'amputation et qu'il doit y avoir dédommagement pour la privation de cette chance?

Je ne le crois pas, malgré une certaine jurisprudence et une certaine doctrine française. Cette jurisprudence d'ailleurs est fortement critiquée par, entre autres, le professeur Savatier. Puisque Lachambre a effectivement subi l'amputation, il n'est plus question, à mon avis, de le dédommager pour la privation de la chance de l'éviter. Il est question seulement de le dédommager pour l'amputation elle-même si la preuve démontre qu'elle est probablement due à la faute de Perreault. Or, comme je l'ai déjà indiqué, cette condition n'a pas été remplie.[181]

Mais les deux affaires de principe ont été *Gburek c. Cohen*[182], et *Lawson c. Laferrière*[183]. Ce qui est important est le rejet en connaissance de cause des solutions continentales, après étude de la jurisprudence et de la doctrine, en comprenant -- sauf quelques nuances -- la portée de l'arrêt du 17 novembre 1982 et de celui du 12 novembre 1985 (complémentaires et non contradictoires comme supposé dans l'arrêt *Gburek c. Cohen*). M. le juge Beaugrand s'interroge: <<il est difficile pour un juriste québécois de savoir quel est le sentiment exact de la Cour de cassation sur la question, d'autant plus que les juristes français ne s'entendent pas entre eux>>. M. le juge Vallerand, après avoir fait allusion à <<quelques arrêts pour le moins équivoques, voire contradictoires, de la Cour de cassation[184]>>, et accepté l'utilité de leur prise en considération, affirme qu'ils ne peuvent engager le droit civil du Québec, et c'est aux principes de celui-ci en matière de jugement de la causalité qu'il se réfère, la question étant de savoir s'il faut les introduire dans ce droit, qui n'est pas le droit continental. La proposition est nuancée; le droit français n'est pas *a priori* rejeté; il n'est pas non plus intégré impérativement, comme *ratione auctoritatis*[185]. Ni indifférence, ni soumission. Comme la Cour d'appel, la Cour suprême analyse notre droit, cite les arrêts et les auteurs (en droit continental, elle mentionne aussi les travaux de Mme Hennau-Hublet et de M. Anrys, auteurs belges de particulière autorité). Ce que M. le juge Gonthier appelle, en France et en Belgique <<deux écoles de pensée>> est analysé, références à l'appui, puis l'analyse doctrinale québécoise fait l'objet d'une étude autonome aboutissant au constat de confusion et d'artifice d'une théorie dissimulant, <<en réalité, une rupture du lien de causalité>>, et à celui de ce que <<les tribunaux du Québec portent leur attention sur le préjudice réel qui est survenu et sur l'avantage réel qui aurait été obtenu>>. Quant à la causalité, elle doit être retenue selon la prépondérance des responsabilités et non de simples possibilités. L'arrêt de 1991 est donc exemplaire: un état de droit continental est écarté après une analyse approfondie. En même temps, la pensée juridique française nourrit la doctrine (critique) et la jurisprudence, ce qui révèle sa place indépendante face à notre droit: elle en observe les mouvements et en pèse les données, ce qui, ainsi que nous le constaterons ci-après, identifie la doctrine et la jurisprudence à égalité de force de conviction.

Seulement, en fin de compte, la victime est indemnisée, parce que victime d'une faute médicale cause d'un préjudice: <<elle a subi l'horrible progression de sa maladie et la régularité et l'inefficacité apparente des traitements et des médicaments tout en sachant que les choses auraient pu être différentes si elle avait su et si elle avait été traitée plus tôt>>[186]. Et il est remarquable de lire que la patiente a été privée de l'avantage d'un traitement précoce, de l'occasion de prendre de meilleurs avis médicaux, ce qui est qualifié de dommage psychologique et de perte d'une meilleure qualité de vie. Alors? Dans la rigueur des principes, sainement étudiés et affirmés, le préjudice dit <<perte de chances>> est évacué, à bon droit; dans le regard posé sur les éléments constitutifs du préjudice réel causé au patient, du préjudice déjà survenu, concrètement enfin et non abstraitement, subsiste une part de chances perdues. N'est-ce pas plus

par la méthode que par le résultat que cet arrêt s'oppose à ceux de la Cour de cassation?

Et puis, au Québec comme en France, n'a-t-on pas inventé une technique, non moins artificielle, palliant l'impossibilité de plaider tel ou tel engagement de la responsabilité médicale (ici, la perte de chances)? Il s'agit de l'élargissement de l'obligation d'information du client par le médecin. La violation de ce devoir -- dont le principe n'est point à contester -- est estimée avoir privé le sujet d'un choix en faveur d'une thérapeutique (ainsi s'achève l'arrêt *Lawson c. Laferrière*) ou dans le sens du refus d'une intervention présentant des risques: si la personne avait été pleinement informée de ceux-ci, elle n'aurait point subi l'intervention finalement dommageable malgré l'absence de faute technique. Ainsi s'indemnise l'aléa thérapeutique en l'absence de loi *ad hoc*, mais sans que cela soit clairement écrit, ce qui perturbe les analyses pré-législatives en ce domaine. On peut citer quelques décisions[187]. La contre-épreuve est livrée par la Cour de cassation: la patiente, dont la décision de subir l'intervention a été raisonnée, n'apporte pas la preuve de la faute du médecin, en dépit du résultat malheureux[188]. Les tribunaux québécois laissent parfois le lecteur sur une identique impression. Telle est la situation dans le jugement du 31 octobre 1991 de la Cour supérieure (chirurgie esthétique) *Drolet c. Parenteau*[189]: si le praticien n'a pas commis de faute technique, il a commis l'erreur de ne pas informer sa cliente des complications prévisibles[190], et ceci autorise un <<rattrapage>> de la situation. N'est-ce pas, en filigrane, le cas dans l'affaire *Currie c. Blundelle*[191]? Le devoir d'information, sur les choix objectif ou subjectif duquel il siéra de s'interroger en recherchant les sources d'inspiration des magistrats, devient tentaculaire, à la fois parce que l'on se trouve dans une société dont les membres exigent des explications multiples, et parce que la facilité est considérable de découvrir l'information maladroitement en la forme, insuffisante au fond, dès qu'une séquelle possible de l'intervention n'a pas été présentée en la rapportant à la survenance du dommage parce que le choix n'a pas été, n'aurait pas été, éclairé, ce qui permet de jouer sur deux claviers à la fois, celui de l'information et celui de la causalité sans risque considérable de fausse note. En revanche, la question est de savoir si l'on a choisi la bonne partition! Le premier effet pervers de ces développements serait de multiplier les documents -- artificiels eux-mêmes -- de consentement écrit, procurant aux thérapeutes de fausses sécurités; le second d'encourager la mauvaise foi des plaideurs, en droit médical comme en droit de la consommation, malgré quelques actes notables de résistance des tribunaux[192].

On verra que les juges s'imposent à eux-mêmes un devoir d'information analogue: le plaideur doit tout comprendre de son affaire (surtout lorsqu'il a perdu?). Cela éclairera en outre la décision de ceux qui auront une décision <<processuelle>> à prendre plus tard dans des cas semblables, les chances et les risques du traitement (nous voulions écrire: du procès, bien entendu) étant mieux pesés.

Dans la foulée de ces techniques judiciaires appuyées sur des notions originales, vient en troisième lieu la *Res Ipsa loquitur* dont, après un temps de séduction, le juge français ne paraît plus faire usage, sauf en quelques moments de coquetterie. Sans reprendre ici l'historique de cette doctrine, il suffit de rappeler qu'elle a été déclarée applicable à la responsabilité médicale malgré certaines réticences des juridictions, et est donc appliquée par les tribunaux de droit civil du Québec depuis l'arrêt de 1952, *Parent c. Lapointe* (affaire d'accident d'automobile)[193] dans lequel elle fut promue par le juge Taschereau en imposant au présumé responsable d'établir une cause étrangère avant d'être nuancée dans l'arrêt *X. c. Mellen*: si la règle <<*Res ipsa...*>> est appliquée comme signifiant une responsabilité sans faute, elle est irrecevable en droit civil; si elle ne doit faire naître qu'une présomption de l'homme, elle est parfaitement admissible et le médecin la repousse en établissant qu'il s'est en tous points conformé aux données actuelles de la science. Il a été ajouté que le juge civil ne ferait qu'une <<application mitigée>> de cette règle écartée par la preuve de l'absence de faute hospitalière ou médicale, et n'imposant pas d'assumer les aléas inévitables de l'activité soignante[194]. Mais on a avec facilité montré l'inutilité, et la perversion intellectuelle, de l'appel en droit civil de cette maxime de common law, dénaturée de règle de procédure en règle de fond par l'arrêt *Parent c. Lapointe*[195]. Le droit civil possède ses présomptions de fait sans avoir à emprunter à un système différent des règles colonisatrices et surabondantes. Extrayons de la jurisprudence, parmi d'autres, des décisions appliquant, en

droit civil, cette *Res Ipsa*, clairement: le jugement *Perron c. Hôtel-Dieu de Roberval*[196] du 26 janvier 1983; celui du 18 février 1992, *Maltais c. Audet*[197]: <<Une preuve de responsabilité médicale peut être administrée par présomption de faits. La présomption *res ipsa loquitur*, telle que définie et appliquée par les tribunaux supérieurs, s'applique aussi à la responsabilité médicale>> (vise les arrêts *Martel*[198] et *Parent*[199], de 1969 et 1952). Si l'on avait naguère constaté un refus de certains tribunaux de common law canadiens d'appliquer ladite règle[200], l'on peut le faire aujourd'hui de la part de juges québécois, donc civils, soit en limitant les effets à ceux d'une simple présomption de fait[201], soit en refusant de déplacer le fardeau de la preuve[202].

Les juges français ont parfois été tentés d'appliquer cette présomption, considérée comme instituant une présomption de faute, en particulier en matière d'injections[203], et M. Tunc a nettement écrit que d'autres jurisprudences (perte de chances) procédaient de cette théorie, dont M. Durry montre les dangers:

le doigt est mis dans un engrenage redoutable: la distinction entre les interventions médicales où l'aléa, critère le plus sûr de l'obligation de résultat, est exclu et les autres [...] la facilité dont disposent les juges du fait pour établir l'existence d'une faute est assez grande pour qu'il soit inutile, dans le domaine de la santé, d'introduire l'idée d'une obligation de résultat.[204]

C'est ce vers quoi conduit la *Res Ipsa* (*ab origine*, dans l'arrêt *Parent c. Lapointe*[205], la logique était claire), fût-elle nommée <<faute virtuelle>>. MM. Malaurie et Aynès partagent cette opinion[206], en relevant la fongibilité entre la *res ipsa* et la théorie du risque. Or, elle a été rejetée du droit médical en 1985 (après l'avoir été, en 1968, du droit de la responsabilité délictuelle), par la Cour de cassation[207] et l'on devrait donc la considérer comme dépassée et contraire à la seule obligation de moyens retenue, sauf exemples encore marginaux d'obligation de résultat, par les juges civils. Parfois, pourtant, ces derniers y reviennent implicitement[208], lorsque l'accident ne peut s'expliquer que par la commission d'une faute. De leur côté, les juges administratifs présument des fonctionnements anormaux du service public hospitalier en présence de lésions normalement imprévisibles; ils viennent de consacrer, en des circonstances particulières, la théorie du risque[209] que la Cour suprême du Canada avait rejeté par son arrêt *Lapierre* de 1985[210] alors que les circonstances de la cause autorisaient le doute au moins la discussion, et que, en droit français, les vaccinations obligatoires (elles n'étaient que conseillées, dans l'affaire de 1985) entraînent une responsabilité sans faute (article L. 10.1 *Code de la santé publique*). Le droit civil québécois connaît, nonobstant des réticences, une présomption de fait risquant de dévier vers la présomption de faute; le droit français civil la rejette comme avec, de temps à autre, des regrets, et le droit administratif en retient l'équivalent ou, même, va beaucoup plus loin dans des cas limités. L'opposition entre les systèmes est toute en nuances.

Enfin, et toujours sous le risque de l'arbitraire des choix, constatons une divergence doctrinale sur le statut de la personne humaine avant sa naissance, ce dont a témoigné l'arrêt *Daigle* de la Cour suprême[211]. Le 17 juillet 1989, la Cour supérieure, dans une décision dont le style un peu libre s'explique par son enregistrement mécanique[212] accorde au père naturel de l'enfant l'injonction en constatant que le droit de l'enfant à la vie l'emporte <<sur les inconvénients que l'intimée pourrait subir éventuellement>>. Il n'est point question d'entrer ici dans le débat de l'avortement en soi, mais de suivre la démarche des juridictions par rapport aux données du droit civil, ce qui préparera l'approche des paragraphes sur les éloignements apparemment formels, entre nos deux droits[213].

Car, si l'on se contente de la solution de fond, il suffit d'annoncer qu'elle est globalement identique, en droit français, à celle retenue les 8 août et 16 novembre 1989 par la Cour suprême[214], aussi clair pourtant que soit le dernier alinéa de l'article L. 162.4 du *Code de la santé publique*: le père ne dispose d'aucun pouvoir d'opposition à l'avortement décidé par la femme. La Cour supérieure, ceci relevé, paraît s'inspirer de la décision de la Cour d'appel de Saskatchewan dans l'affaire *Borowski* pour croire que le fœtus n'est pas le

<<chacun>> ayant droit à la vie aux termes de la Charte canadienne, mais, visant la Charte québécoise, est d'avis que le litige est de droit civil (et non de droit criminel, c'est-à-dire fédéral). Elle compare les deux Chartes[215] (chacun/Être humain), juge avec un rien d'ironie -- comme l'avait jadis fait la Cour suprême -- que le législateur n'a pas parlé pour ne rien dire, et que l'être humain, ne fût-il pas une personne[216], inclut le fœtus. Puis, elle vise les dispositions classiques du Code civil, trouvant dans le *Code civil français* leur équivalent, propres aux droits patrimoniaux de l'enfant conçu, et même, il possède la personnalité juridique titulaire du droit à la vie. Le départ est ainsi celui d'une étude de droit civil, développée dans l'arrêt de la Cour d'appel, en date du 26 juillet 1989, même si, sauf erreur de compréhension, l'appelante ne présentait guère, dans sa liste de notes et autorités, de références déterminantes de droit civil. M. le juge Nichols ne découvre pas dans les arrêts antérieurs de la Cour suprême de précédents judiciaires (ce n'étaient pas des arrêts de droit civil), étudie les dispositions du Code civil de 1866 en des termes applicables parfaitement au *Code civil français*: <<Il serait paradoxal que le législateur ait voulu protéger les droits patrimoniaux d'un enfant non encore né tout en restant indifférent sur son droit à la vie>> (argument *a fortiori*). M. le juge Chouinard s'incline devant <<le contexte du droit fondamental de l'appelante de disposer d'elle-même ainsi que défini dans l'arrêt Morgentaler>>, mais n'entre pas dans les profondeurs de l'analyse civiliste du litige. M. le juge Lebel, invoquant les impératifs de l'article 11 du *Code civil du Bas Canada* (article 4 du *Code civil français*), limite l'interprétation de l'arrêt *Morgentaler*, rappelle en revanche l'arrêt *Montréal Tramways*[217] de 1933, et, surtout, s'arrête devant le Code civil, <<qui constitue le droit commun du Québec>>, et dont il commente les dispositions, à l'aide d'une doctrine française, pertinente puisque développée autour des textes identiques du *Code civil français*. Enfin, il tente d'équilibrer ces solutions avec celles découlant des Chartes. Mme le juge Tourigny s'inspire moins directement du droit civil, bien que citant le dictionnaire juridique de M. le Doyen Cornu[218] et conférant aux dispositions du Code accordant des droits à l'*infans conceptus*, le caractère de <<mesures conservatoires>>.

Devant la Cour suprême, la discussion prend une allure différente, plus marquée par la common law, les motifs de l'arrêt ayant été soigneusement pesés entre le 8 août et le 16 novembre 1989. On admire, en passant, l'aptitude des trois degrés de juridiction à trancher le litige entre le 7 juillet (ordonnance d'injonction provisoire) et le 8 août. M. le professeur Crépeau a analysé l'arrêt, et il serait outrecuidant de prétendre ajouter à ce qu'il a écrit.

Peu de références de droit civil étant utilisées, le doute sur la glose de la Charte québécoise (<<personne>>/<<Être humain>>) étant postulé, les articles pertinents du Code civil sont cités, mais interprétés restrictivement à la lumière en particulier de Pothier -- seconde main --, des Pandectes de 1804, et sans prendre en considération le caractère général de la règle <<*Infans conceptus*>>, comme si ces articles ne s'expliquaient que par et pour eux-mêmes sans exprimer des affirmations particulières d'une règle générale. Dès lors, l'expression <<être humain>> (article 18 C.c.B.C.) <<n'est pas destinée à comprendre le fœtus>>. Ce qui est plus passionnant est le recours à l'étude du <<droit anglo-canadien>> à des fins préventives (*qui oculos habent*), <<pour éviter la répétition, dans les provinces de common law, de l'expérience subie par l'appelante>>. Cet examen, non nécessaire pour la résolution du problème posé *hic* et *nunc*, le devient afin de dissuader toutes nouvelles procédures, ce qui satisfait la mission unificatrice de la Cour suprême. Le civiliste enrichit ses connaissances, retrouve l'arrêt *Paton*, l'arrêt *C. c. S.*, l'arrêt *Dehler*, l'arrêt *Medhurst*. Force est de constater que cet arrêt, autant de droit <<civil>> (Chapitre: <<Les personnes>>) que de droit médical, provoque un très respectueux étonnement. Sans ajouter quoi que ce soit à l'étude critique de M. Crépeau, voyons l'oubli de commentaires suffisants de la maxime <<*Infans conceptus*>>. Il est vrai que la Cour se prononçait en urgence et ne pouvait donc parcourir le champ entier du droit civil, mais la règle précitée constitue, en ce droit civil, un principe général du droit dont la violation est, abstraction faite de toute référence à un texte législatif, un motif de cassation[219]. L'enfant conçu est déjà titulaire de droits, et la méthode civiliste consiste à découvrir, dans les affirmations ponctuelles de ceux-ci, les expressions d'un principe transcendant, et non pas de les considérer isolément comme prenant valeur en soi. Il s'agit donc de la <<théoriser>> en remontant vers une norme supérieure. Que la condition dite, non pas du tout suspensive, mais résolutoire, de la naissance vivant et viable soit,

de surcroît ainsi que nous le pensons en compagnie de M. Dierkens, hors sujet et n'affecte, pour des motifs de pratique notariale, que la consolidation des droits patrimoniaux de l'enfant et non sa situation juridique actuelle, est un élément complémentaire de discussion[220], comme la qualification pénale de l'homicide de l'enfant conçu[221]. Ces données du droit français sont laissées en marge de la querelle et des références utiles, celles puisées dans le droit civil n'étant que dépassées et sans autorité, alors que celles de la common law brillent par le nombre et l'importance. Il n'est guère possible de savoir si ce déséquilibre a été ou non voulu, bien entendu, mais il s'impose à l'attention du lecteur: le droit civil est marginalisé, et, là où il est invoqué, les démonstrations manquent d'évidence. Peut-être en a-t-il été ainsi pour le motif, excellemment relevé par M. Crépeau, <<que la Cour paraît vouloir restreindre le débat à ce qu'énonce la législation civile, alors que nous envisageons la discussion à la lumière du droit civil>>. Et, puisqu'aussi bien l'éminent auteur se réfère aux dires du juge Beetz, en 1977, dans l'affaire *Cie immobilière Viger Ltée c. Giguère*[222] au sujet des sources du droit civil, il est permis d'imaginer que la disposition préliminaire du nouveau Code civil (<<en harmonie avec [...] les principes généraux du droit>>) ne permettra plus l'évasion de ces principes et imposera mieux encore une dialectique entre les énoncés de solutions particulières et ces principes généraux. L'arrêt *Daigle* éloigne la <<doctrine>> canadienne du droit français substantiellement, et ceci n'est en partie que la conséquence d'un éloignement formel dans la sélection des références.

B. Les éloignements formels

Le jugement québécois de responsabilité médicale (et les autres, car il n'y a point en cette discipline de particularisme) surprend agréablement le lecteur continental feuilletant pour la première fois cette jurisprudence, et y découvrant presque l'équivalent de chroniques au Dalloz, à la Semaine juridique, etc, qui sont, chez lui, des oeuvres de doctrine même lorsqu'elles sont signées par d'éminents magistrats. Le style doctrinal, sinon dogmatique, du jugement québécois, dans lequel le sentiment du magistrat s'exprime en marge de sa raison, n'est pas celui du jugement français de droit civil, ni d'ailleurs de droit administratif, où règne l'*imperatoria brevitatis*. Ce qui est question de présentation, rédactionnelle, n'est pas secondaire; une vision du droit civil s'y traduit, s'y trahit. Qui parle de doctrine pense, en droit savant, à un support scientifique, à la référence à des sources, aux travaux des maîtres. Ce qui ne se rencontre presque jamais en jurisprudence française est, au contraire, quotidien en droit québécois: les décisions sont riches en citations des auteurs, et des arrêts antérieurs. Y découvre-t-on des signes de la réception du droit français par les honorables juges canadiens? Le commentaire de l'arrêt *Daigle* infligeait au civiliste une cuisante leçon d'humilité!

1. La question des références

Presque vainement cherche-t-on dans les arrêts français des références expresses à la doctrine. Une des rares exceptions connues -- dans la jurisprudence publiée -- est un arrêt rendu en matière de dol (en réalité violence) en 1970[223], citant le Digeste, Gaudemet, Fuzier-Hermann, Demogue, Mimin, outre des arrêts de 1872, 1885 ... On eût préféré y rencontrer des références plus récentes, qui ne manquaient pas, sur les vices du consentement, mais l'intention était excellente. Parfois même, ne se satisfaisant pas de ne pas citer les auteurs, nos juges les renvoient à leurs chères études: <<l'avis de personnalités aussi éminentes soient-elles ne saurait être source de droit>>[224]. Les citations jurisprudentielles sont peut-être un peu plus nombreuses, à peine, ou remplacées par l'affirmation générale <<il est de jurisprudence constante (ou: certaine) que...>>, ne suffisant d'ailleurs pas à motiver un jugement ou arrêt de Cour d'appel, à elle seule. En tout cas, jamais la Cour de cassation ni le Conseil d'État n'intègrent dans leurs arrêts la moindre référence ou citation. Ce n'est pas dire que les juges français ne consultent ni les précédents ni les traités, dont références, extraits, copies, leur sont soumis dans les conclusions, les cotes de plaidoiries, parfois en abondance, et qu'ils peuvent de leur propre chef découvrir tant qu'ils ne mettent pas dans le jugement un moyen de droit non contradictoirement discuté (article 16 N.C.P.C.), mais ils ne sentent pas l'utilité de révéler leurs sources. Si l'on veut découvrir celles-ci, ce sont les rapports et conclusions qu'il faut lire, lorsqu'ils sont publiés en complément de l'arrêt, ou communiqués (le plus souvent sous le sceau

de la confiance); mais ce sont principalement les arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'État qui bénéficient de ces précieux éclairages, points de repère non exhaustifs du cheminement de la pensée judiciaire. Ou bien encore, il faut confronter les motifs des arrêts aux mouvements récents de la doctrine pour deviner les influences; savoir que, dans telle affaire, un auteur avait délivré une consultation influente (par exemple, dans l'affaire de *l'Oxygène liquide*, il y avait eu combat de consultations!). Alors, on devine à peu près ce que le juge a lu avant d'écrire. Les tribunaux québécois révèlent l'importance de ce travail préparatoire, la compréhension des auteurs, le respect des arrêts, pas toujours français cependant!

a) *Les auteurs cités*

Une question préalable pouvait se poser: qui est auteur québécois ou français? Devions-nous naturaliser français des maîtres des facultés québécoises, prétexte pris de leurs importants travaux universitaires (thèses) français? Des auteurs considérables ayant commencé leur carrière en France puis l'ayant achevée en glorifiant, sur place, la pensée juridique québécoise? D'autres ont hésité, citant ainsi le livre de J.L. Baudouin et C. Labrusse-Riou[225] parmi les <<sources étrangères>>, du moins annoncées comme telles[226], ce qui nous induirait en la tentation d'annexer le traité de responsabilité médicale de MM. Bernardot et Kouri[227] parmi les publications françaises étant donné la nationalité de l'un des distingués auteurs! Nous avons senti l'artifice -- voire l'inconvenance -- de l'interrogation, et en sommes resté aux principes usuels de jugement en ce domaine. Sous le bénéfice de cette précision diplomatiquement prudente, cite-t-on, au Québec, nos auteurs? Comment les cite-t-on? Pourquoi néglige-t-on de les invoquer?

La consultation des ouvrages locaux de droit civil et de droit médical nous satisfait. Les traités, les articles, citent la doctrine française, plus ou moins sans doute, mais certainement, qu'il s'agisse du traité de droit de la famille de Mme Ouellette[228], de ceux de J.L. Baudouin sur les obligations[229], P.A. Crépeau, sur l'intensité de l'obligation[230], de Pineau et Burman[231], et d'autres importants ouvrages, non moins excellents que nous sommes confus de ne pas tous mentionner. Les livres et articles de droit médical[232] sont riches en revues de la doctrine française, au premier rang de laquelle est l'oeuvre de René Savatier. Ces références ne sont pas les seules utilisées, et les sources locales, ou de common law anglaise, canadienne, américaine, abreuvent aussi les auteurs dont il n'est pas question, à l'évidence, de reproduire la liste des ouvrages et articles cités, l'essentiel étant de constater qu'ils utilisent les recherches doctrinales françaises, parmi les autres. La multiplicité des auteurs est parfois impressionnante: tel traité cite, à côté de Anrys (belge), J.-M. Auby, Benoît, Brunhnes, Dierkens (belge), Penneau, Ryckmans (belge), Savatier et autres, Camerlynck, Doll, Mazen, Torrelli; tel autre Ambialet, Auby, Frossard, Kornprobst, Penneau, Savatier et autres, Durry, R. Savatier, Tunc, Ryckmans et Meert van de Put (belges); tel autre encore (toujours à titre d'exemple; nous ne référons pas à tous les ouvrages consultés), Carbonnier, Decocq, Demolombe, Dierkens (belge), Kornprobst, Le Tourneau, Mazeaud, Mazeaud et Tunc, R. Savatier, Savatier et autres, Loussouarn, Nerson, Penneau, Rouast, Vouin... Enfin, un livre très récent témoigne de la consultation de Carbonnier, Aurel David, Decocq, Dierkens (belge), Edelman, Hermitte, Savatier et autres, Galloux, Harichaux, Thouvenin..., mais, à côté d'auteurs locaux -- ce qui va de soi -- et américains. La Commission de réforme du droit du Canada, dont les publications étaient toujours d'une grande richesse de pensée et de documentation, pouvait, sans doute selon les auteurs dirigeant tel ou tel ouvrage, varier ses citations, et placer quelques auteurs français à côté d'étrangers. Ainsi, un important document d'étude nommé Decocq, Kornprobst, Doll, Savatier, Laget, Savatier et autres, Nerson, Boyer-Chammard et Monzein, Lombard, Macaigne et Oudin, Mazeaud et Tunc, Penneau, Portes, L. René..., ainsi que l'ancien Code de déontologie médicale de 1955 et le décret du 14 janvier 1974 dit <<Charte du malade hospitalisé>>. Mais un autre document se contente de mentionner Ph. Ariès et J. Rostand, ainsi qu'Illich (qui ne sont pas des auteurs de droit médical), en traductions anglaises sauf une exception, alors que le sujet appelait des références jus-médicalistes et civilistes plus importantes et précises; un autre document encore (et, ici également, nous n'épuisons pas les références mais livrons des exemples) se contente de renvoyer à un article déjà ancien de Stéfani publié en 1956, dans *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*[233], alors que le Professeur Stéfani n'a écrit que la préface de ce

livre collectif. Les pages 202 et 203 référencées sont de la plume de R. Doublieur[234]: quelle est la valeur du consentement au traitement médical? Cet assentiment est-il toujours nécessaire? Alors que nos auteurs (et notre jurisprudence) pouvaient être mis bien davantage et non moins utilement à contribution!

Les tribunaux entrent dans ce jeu, à ce point qu'un de nos éminents interlocuteurs avoue que, en matière de responsabilité, des magistrats ne lisent pas les auteurs québécois, qui se sont inspirés des auteurs français, <<lesquels sont plus clairs, plus précis>>, ce dont nous ne débattons pas. C'est un phénomène répandu, pour autant que nous ayons pu en recevoir des confidences, que cette référence privilégiée à notre doctrine de la part des juges, d'une lecture spontanée des sources françaises en présence de questions fondamentales de droit civil, de consultation de la doctrine plutôt que de la jurisprudence, non pas forcément dans le mouvement d'assomption juridique de la doctrine au Québec depuis une vingtaine d'années environ[235], mais plutôt, comme nous le verrons, pour des motifs propres à la lecture de nos jugements et arrêts. L'affaire *Lawson c. Laferrrière*[236] est une occasion parmi d'autres de nommer des auteurs français (et belges), voire de recopier des passages importants de leurs travaux, mais pour réfuter, à l'aide de cette doctrine largement hostile à la jurisprudence de la Cour de cassation, la position de celle-ci, censée dire le droit alors que la doctrine n'est censée que l'apprécier. <<J'emploie [écrit un juge,] principalement les sources doctrinales. Parfois, il m'est arrivé d'examiner la jurisprudence de la Cour de cassation>>. Mais, il ajoute: <<Dans la majorité des affaires que nous entendons, l'étude doctrinale ou jurisprudentielle s'arrête à l'examen du droit québécois>>. En 1974, la Cour d'appel, dans *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance c. Laurent et Théoret*[237], se réfère à Marty et Raynaud, à Mazeaud et Tunc; en 1981, dans *Thibault c. Hôpital Saint Michel Archange*[238], à la thèse de Jean Penneau, à Montador; en 1987, dans *Chouinard c. Landry*[239], à G. Viney; en 1989 dans *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*[240] -- jugé ensuite en Cour suprême -- à Chartier, Josseland, Jourdain, Mazeaud et Tunc, G. Viney... L'arrêt de 1985 *Lapierre* permet à la Cour suprême de citer Aboaf, Mazeaud et Tunc, Ripert, Rodière, Savatier, Pallard, et bien d'autres sources encore. Nous avons répertorié d'autres exemples. P.G. Jobin a, pour sa part, procédé à une plus large analyse des références aux sources françaises sur une longue période, et sans se limiter au droit médical[241], en constatant l'éclectisme des citations, non limitées au droit français, et la compréhension de ce dernier <<comme source de droit comparé>>, donc comme sorti du droit québécois et n'en faisant plus partie intégrante, n'y possédant plus une autorité de droit, *ratione auctoritatis*. Voici d'importantes réserves, quantitatives et qualitatives, s'ajoutant à celle déjà proposée: si l'on cite la doctrine française, ce n'est pas nécessairement pour adopter les solutions du droit français positif! Il est tout de même significatif qu'un juge nous dise qu'en première instance, en responsabilité médicale, la référence au droit médical français est exceptionnelle. Nous ajouterons d'autres réserves, tenant à l'emploi de notre doctrine, au risque d'ébranler les colonnes du Temple dédié à l'harmonie de nos deux systèmes juridiques! Une interrogation sur la pertinence des citations dépasse la méthodologie de la recherche juridique! Une difficulté évidente du droit comparé réside dans l'actualisation des connaissances des droits étrangers et dans la sélection des véritables autorités ou des doctrines hérétiques, et des théories en voie de consécration, ou d'abandon. Peut-être le droit international privé apporte-t-il plus de sécurité, lorsqu'il est besoin de connaître le contenu de la loi étrangère: il en appelle à des autorités qualifiées, locales[242], mais dans le cadre d'un litige né et actuel, sur un point de droit précis. Et surtout, en décidant d'appliquer la loi étrangère, élément de décision reconnu pour tel, alors que nous ne voyons pas le juge québécois adopter cette attitude. Nous ne sommes qu'en droit comparé, droit des argumentations, et non en droit international privé, droit des autorités.

Tout respect sauf, nous lisons des renvois discutables à notre droit, par exemple à des données historiquement intéressantes, mais dépassées lorsque l'on ne prend pas le parti -- à ne pas négliger -- d'étudier l'histoire du droit médical et de découvrir des solutions actuellement utiles par une remontée consciente aux origines. Faut-il, dans un livre publié en 1993, se limiter à l'édition 1974 du manuel du Doyen Carbonnier? Au traité de droit médical de 1956, alors que, sous la direction de M. le Doyen Auby, un nouveau traité de droit médical et hospitalier a été publié en 1988, et refondu fin 1993, par les Librairies Techniques[243]? Un arrêt de 1974

renvoie à un arrêt de la Cour suprême se référant lui-même à l'édition 1962 du traité de Marty et Raynaud[244]; un arrêt de 1981 s'en tient au <<Mazeaud et Tunc>> de 1965[245]; un jugement de 1983 également; un arrêt de 1989, le même traité de 1958/1965, comme le fait l'arrêt *Lapierre*, de 1985, un jugement de 1988 aussi. Une décision de 1990 renvoie, sur les <<fautes collectives>> à l'article de L. Mazeaud, à la Revue du Barreau de 1956[246] qui, pour fondamental qu'il ait été, ne donne peut-être plus l'exacte situation du droit civil français contemporain. Parfois, les choix d'auteurs anciens semblent plus délibérés: un jugement du 26 janvier 1983 rappelle la définition de la présomption selon Pothier[247], et il serait souhaitable que les praticiens français eussent ce réflexe de (re) lire les grands auteurs, qui ne seront pas obsolètes parce qu'on ne cherchera pas dans leurs traités le droit d'aujourd'hui, mais les principes de toujours. Intéressante est encore la citation volontaire de Dareau pour démontrer le caractère traditionnel de l'unité des responsabilités des professionnels de santé[248], et nous écrivons même que ces connaissances de l'histoire du droit civil et du droit médical s'imposent absolument pour enrichir la réflexion la plus actuelle. Il s'imposerait, par exemple, que les <<bioéthiciens>> s'y arrêtaient un instant! Mais, ce que nous osons souligner, est que, si, d'une part, il est à la fois permis et utile de citer les <<classiques>>, même très anciens[249], d'autre part, il est nécessaire de citer les dernières et récentes éditions des manuels usuels, lorsque l'on entend raisonner sur le droit français actuel, présenté comme tel, car celui-ci a évolué depuis 1956, 1962, 1974... Encore la nuance s'impose-t-elle. Dans l'affaire *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, la Cour d'appel, en 1989, écrit: <<En premier lieu, si l'on entend s'en remettre à la doctrine française, d'aucuns seront enclins, de nos jours, à s'abstenir de proclamer que René Savatier est la voix la plus autorisée dans le domaine qui nous intéresse, à savoir la responsabilité civile>>[250]. Sans référence plus précise, on ne devine pas clairement de quels travaux du Maître il est question (bien que le doute exprimé entre dans un raisonnement sur la perte de chances). Sans doute, sur certains détails du droit de la responsabilité, ou du droit médical dans son ensemble, son oeuvre a-t-elle subi le poids des ans, comme celle de tout auteur. Mais, sur les principes, les débats d'idées, ce qui en fin de compte dépasse les mises à jour, souffre-t-elle le même grief? En 1991, René Savatier reste le principal auteur français civiliste de référence (ses chroniques de 1970 et 1973) dans le combat contre la perte de chances, et contre la Cour de cassation, dans les décisions locales.

La Revue juridique Thémis / volume 29 - numéro 1

[1]¹Professeur à la Faculté de droit de Poitiers.

[2]²Jean CARBONNIER, *Droit civil: Introduction*, 21e éd., Paris, P.U.F., 1992, p. 149.

[3]³Rapporté dans C. DEDET, *Les fleurs d'acier du Mikado*, Paris, Flammarion, 1993, p. 116 (récit romancé du séjour d'Émile Bertin). D'Émile Bertin la mémoire s'inscrit sur la poupe d'un croiseur; de Boissonade de Fontarabie dans un des marbres de la galerie de la faculté de droit du Panthéon! Pour ce qui fut du Code civil nippon, de 1898, <<l'influence française avait reculé devant l'influence allemande>>: J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 1; E. HOSHINO, dans G. ANTONETTI (dir.), *Boissonade et la réception du droit français au Japon*, Paris, Société de législation comparée, 1991, p. 327.

[4]⁴Gérard CORNU, *Droit civil: introduction, les personnes, les biens*, 5e éd., Paris, Éditions Montchrestien, 1991, p. 112.

[5]⁵Et les maximes d'interprétation de la loi, des articles 14 et suiv.: *Code civil de l'État de la Louisiane, Traité de cession de cet État par la France*, et, <<publié par un citoyen de la Louisiane>>, Duverger 1825; A. LEVASSEUR, <<La guerre de Troie a toujours lieu... en Louisiane>>, dans *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, P.U.F., 1994, p. 273.

[6]⁶J. Diez DIAZ, Los derechos fisicos de la personalidad: dercho somatico, Edición Santillana, 1963; C.M. Roméo CASABONA, *El Medico ante el Derecho*, Ministerio de Sanidad y Consumo edición, p. 185. La revue médicale *Tribuna medica* eut l'occasion de faire tenir une rubrique de droit médical par des auteurs français.

[7]⁷Sydney Reginald SPELLER, *Law of doctor and patient*, London, H.K. Lewis, 1973.

[8]⁸Paul C. WEILER, *Medical malpractice on trial*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 1991.

[9]⁹Sur le droit européen, dédoublé entre Strasbourg et Bruxelles, *cf.*, M. BÉLANGER, fascicules 50, 51 et 60, dans Jean-Marie AUBY (dir.), *Traité de droit médical et hospitalier*, Paris, Litec, 1993 et *cf.*, H. LEENEN, S. GEVERS et G. PINET, *The Rights of Patients in Europe*, OMS/Kluwer édition, 1993.

[10]¹⁰Suzanne GASCON, *L'utilisation médicale et la commercialisation du corps humain*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 14, renvoyant à *Malette c. Shulman*, (1990) 2 C.C.L.T. (2d) 1 et (1990) 67 D.L.R. 321 (Ont. C.A.).

[11]¹¹Pierre AZARD, <<Le droit québécois, pièce maîtresse de la civilisation canadienne française>>, (1963) 5 *C. de D.* 7.

[12]¹²C.J.C.E., 29 octobre 1992, comm. Dubouis; (1993) *Rev. dr. sanit. et soc.* 32.

[13]¹³*Cf.*, notre fascicule, <<L'acte médical>>, dans *Dictionnaire permanent de bioéthique*, Éditions législatives, 1994 (voir spécialement no 12).

- [14]¹⁴Michel MORIN, <<La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866>>, dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 4.
- [15]¹⁵Denis LE MAY et Dominique GOUBAU, *La recherche documentaire juridique au Québec*, 2e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1988, p. 184.
- [16]¹⁶Patrice DESLAURIERS, <<Droit québécois et droit français des obligations: divergence et concordance>>, dans H.P. GLENN (dir.), *op. cit.*, note 13, p. 317.
- [17]¹⁷Louis BAUDOIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, coll. <<Les systèmes de droit contemporain>>, Paris, Dalloz, 1967, p. 1.
- [18]¹⁸J. PRINCE, <<Essai sur la pensée et les tendances de notre droit civil>>, (1923) 1 *R. du D.* 399, 474.
- [19]¹⁹P. AZARD, *loc. cit.*, note 10.
- [20]²⁰Ch. de LORIMIER et VILBON, *La bibliothèque du Code civil de la province de Québec*, t. 1, Montréal, Cadieux et Derome, 1885-1889. Le *Code civil Français* fut aussi pensé comme le ciment de l'unité nationale et, contrairement à ce que, parfois, de savants auteurs québécois énoncent, la codification de 1804 ne constitua pas une rupture totale avec l'ancien droit. Sur le sujet, *cf.*, J.L. HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, Paris, P.U.F., 1992, p. 286.
- [21]²¹Charles D. GONTHIER, <<L'influence d'une cour suprême nationale sur la tradition civiliste québécoise>>, dans *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne -- Les journées Maximilien-Caron 1990* (ci-après cité: <<Maximilien-Caron 1990>>), Montréal, Éditions Thémis, 1991, p. 3 et suiv. citant *Desrosiers c. Le Roi*, (1920) 60 R.C.S. 105; voir aussi *The Mile End Milling Co.*, (1924) R.C.S. 120; et sur l'article 1056 C.c.B.C., en 1901, cité dans *Pantel c. Air Canada*, [1975] 1 R.C.S. 472 (*adde: Levi c. Reed*, (1882) 6 R.C.S. 482).
- [22]²²H. Patrick GLENN, <<Le droit comparé et l'interprétation du Code civil du Québec>>, dans *Le nouveau Code civil: interprétation et application -- Les journées Maximilien-Caron 1992* (ci-après cité: <<Maximilien-Caron 1992>>), Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 176 et suiv.
- [23]²³André MOREL, <<L'émergence du nouvel ordre juridique instauré par le Code civil du Bas-Canada>>, dans *Maximilien-Caron 1992*, *op. cit.*, note 21, p. 49.
- [24]²⁴Ch. de LORIMIER et VILBON, *op. cit.*, note 19.
- [25]²⁵*Rapport de Lord Stanley, Gouverneur général*, reproduit dans Ch. de LORIMIER et VILBON, *op. cit.*, note 19, p. 17.
- [26]²⁶*Cf.*, M. MORIN, *loc. cit.*, note 13; L. LANGEVIN et D. PRATTE, <<Du Code civil du Bas-Canada au nouveau Code civil du Québec: l'influence de la codification française>>, dans H.P. GLENN (dir.), *op. cit.*, note 13, p. 63.
- [27]²⁷S. NORMAND, <<La codification de 1866: contexte et impact>>, dans H.P. GLENN (dir.), *op. cit.*, note 13, p. 43.
- [28]²⁸Jean-Louis BAUDOIN, <<Le Code civil québécois: crise de croissance ou crise de vieillesse>>, (1966) 44 *R. du B. can.* 391; Jean-Louis BAUDOIN, <<Conflits nés de la coexistence juridique au Canada>>, (1956-57) 3 *R.D. McGill* 51.
- [29]²⁹Pierre-Gabriel JOBIN, <<L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois: le rapprochement et l'éloignement de deux continents>>, (1992) *R.I.D.C.* 381.

[30]³⁰Louis BAUDOIN, *Le droit civil de la province de Québec, modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953. L'on connaît, et on aura l'occasion de redire, les propos du juge Monet dans *Dodds c. Schierz*, [1986] R.J.Q. 2623, 2627.

[31]³¹*Lawson c. Laferrière*, [1991] 1 R.C.S. 541; (1991) R.R.A. 320.

[32]³²Question naïve: si les <<bioéthiciens>> apprenaient le droit médical, ne seraient-ils pas réduits au chômage?

[33]³³Yvon RENAUD, Jean-Louis BAUDOIN et Patrick A. MOLINARI (dir.), *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, 5e éd., coll. <<Judico>>, Montréal, Wilson et Lafleur, 1987/1988; Andrée LAJOIE, Patrick A. MOLINARI et Jean-Marie AUBY, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, P.U.M., 1981. Voir aussi, dans un domaine voisin, Jean-Louis BAUDOIN, *Pour un conseil consultatif canadien d'éthique biomédicale: document d'étude*, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1990.

[34]³⁴Rapprocher les deux arrêts de la Cour suprême dans *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351 et [1992] 1 R.C.S. 382: <<L'action des intimés contre l'hôpital doit nécessairement suivre le sort de celle instituée contre le Dr. C. Ce n'est, en effet, qu'au cas de faute retenue contre le Dr. C. que la responsabilité de l'hôpital pourra ou non être engagée, soit légalement, soit délictuellement, soit contractuellement, dépendant de la thèse qui l'emporterait... dans l'optique où la faute professionnelle du Dr. C. serait retenue>>.

[35]³⁵*Brunet c. Schiettekatte*, (1969) C.S. 193, et la jurisprudence sur le <<privilège>> des médecins hospitaliers rapportée dans Y. RENAUD, J.-L. BAUDOIN et P.A. MOLINARI (dir.), *op. cit.*, note 32. On relève aussi un jugement de nullité de vente de centre de soins pour contrariété à l'ordre public (exploitation commerciale par un associé de la réputation et de la clientèle de l'autre): *Laforce Inc. c. Bellemare*, J.E. 89-1058. Mais il n'y a pas de chapitre étudié comme tel du droit médical.

[36]³⁶Pour environ 180 000 médecins et plus de 365 millions d'actes médicaux annuels (POULETTY et SARICA, <<Le risque thérapeutique>>, (1991) 6 *Risques* 47), compter à-peu-près 3 000 déclarations de sinistres ne conduisant qu'à un quart de déclarations de responsabilité, dont une partie judiciaire (voir R. HUSSON, *Rapport du G.A.M.M. pour 1992*, Conc. Méd., oct. 1993).

[37]³⁷*Lapierre c. Procureur général du Québec*, [1985] 1 R.C.S. 241, 265.

[38]³⁸*Id.*, 269.

[39]³⁹*Bordier c. S.*, (1934) 72 C.S. 316; *Rajotte c. X.*, (1936) 74 C.S. 569, cause portée en appel (1938) 64 B.R. 484 et [1940] R.C.S. 203: ne portent plus sur le principe du contrat médical. Du moins l'arrêt d'appel n'est pas très clair sur le contrat ou bien la responsabilité délictuelle, ce qui est sans incidence concrète puisqu'en toute hypothèse il y a prescription... En Cour suprême, on discute du domicile des époux et de la qualité pour agir de la femme mariée.

[40]⁴⁰Le langage des réformes de la responsabilité médicale et de la théorie du risque est moins traditionnel.

[41]⁴¹*Cf.*, Pierre-Gabriel JOBIN, <<L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois: le rapprochement et l'éloignement de deux continents>>, dans H.P. GLENN (dir.), *op. cit.*, note 13 (également publié dans (1992) 44 *R.I.D.C.* 382).

[42]⁴²Serge GAUDET, <<La doctrine et le Code civil du Québec>>, dans *Maximilien-Caron 1992*, *op. cit.*, note 21, p. 223, à la page 224.

[43]⁴³Voir *infra*, p. 149, Annexe.

[44]⁴⁴Christian ATIAS, *Savoir des juges et savoir des juristes: mes premiers regards sur la culture juridique québécoise*, coll. <<McGill Legal Studies>>, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1990, p. 32.

[45]⁴⁵S. GASCON, *op. cit.*, note 9. La Cour suprême a constaté ce droit à l'autodétermination découlant de l'intégrité de la personne, en common law, dans *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119.

[46]⁴⁶Dans la doctrine récente, voir J. Ch. GALLOUX, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, Bordeaux, Université de Bordeaux, Faculté de droit, 1988; *contra*: A. GIUDICELLI, *Génétique humaine et droit: à la redécouverte de l'homme*, Poitiers, Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales, 1993; Xavier DIJON, *Le sujet de droit en son corps: une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Namur, Société d'études morales, sociales et juridiques, 1982. *Adde* notre étude: <<Vie biologique et personnalité juridique>>, dans *La personne humaine, sujet de droit -- Journées René Savatier 1993*, Paris, P.U.F., 1994, p. 22.

[47]⁴⁷E. DELEURY, <<La personne en son corps: l'éclatement du sujet>>, (1991) 70 *R. du B. can.* 448, qui ajoute: <<Tout l'esclavage repose sur la mobilité de la distinction entre personne et chose>>.

[48]⁴⁸Sur la question, voir Gérard MÉMETEAU, *Le droit médical*, Paris, Litec, 1985; Nancy, 3 décembre 1982, J.C.P. 1983.20081, obs. Raymond; *Gaz. Pal.* 1984.I.132, note Mme Dorsner-Dolivet.

[49]⁴⁹Trib. enf. Evry, 8 novembre 1982, D. 1983.218, note Raynaud, (note justement critique). On ne cite pas les décisions refusant l'autorisation; il y en a cependant. Seraient-elles censurées? En droit de l'avortement, il y a, réellement, en France, des censures, des tabous. C'est le libéralisme logique. Cependant, Bordeaux, 4 décembre 1991, D. 1993.129, note Dubaële: au vrai, cet arrêt part de l'idée d'éventuel abus de droit des parents de refuser l'I.V.G., ce qui, à notre sens, est difficilement soutenable.

[50]⁵⁰Bizerte, 22 novembre 1955, D. 1957.138, note A.R.

[51]⁵¹Paris, 6 et 19 mai 1987, J.C.P. 1988.21130, nos obs.

[52]⁵²Cass. civ., 8 novembre 1955, D. 1956.3; J.C.P. 1955.9014.

[53]⁵³Affaire *Quinlan*, (1976) 70 N.J. 10335 A.

[54]⁵⁴*Reibl c. Hugues*, [1980] 2 R.C.S. 881.

[55]⁵⁵*Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192.

[56]⁵⁶*Rodriguez c. Procureur général du Canada*, [1993] 3 R.C.S. 519.

[57]⁵⁷*In Re enfant Maude Goyette*, [1983] C.S. 429. La Cour se réfère, entre autres, à l'affaire *Quinlan*, précitée, note 52.

[58]⁵⁸*In Re enfant Maude Goyette*, précitée, note 56, 431.

[59]⁵⁹*Manoir de la Pointe Bleue c. Corbeil*, C.S. Québec, no 200-05-003232-910, 22 janvier 1992.

[60]⁶⁰*Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361.

[61]⁶¹*Institut Philippe Pinel c. Dion*, [1983] C.S. 438, 439. Le jugement est encore intéressant par sa discussion sur la doctrine du *parens patriae* et l'ordre d'établir <<un comité médical spécial pour évaluer régulièrement le cas de l'intéressée>>.

[62]⁶²*Id.*, 444.

[63]⁶³Cass. crim., 3 janvier 1973, Bull. crim., no 2, p. 4; D. 1973.i.r.13; R.S. Crim. 1973.693, note Levasseur; D. 1974.591, note Levasseur.

[64]⁶⁴M. VÉRON, <<La responsabilité pénale du médecin>>, dans J.-M. AUBY (dir.), *op. cit.*, note 8, pp. 25 et 26.

[65]⁶⁵*Cf.*, art. 2.03.28 *Code de déontologie des médecins* au Québec. Comparer avec l'article 7 du Code de déontologie médicale de 1979 et le futur article 12 du Projet de Code de déontologie en France.

[66]⁶⁶*Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, <<Le Code civil du Québec>>, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 18.

[67]⁶⁷*Rodriguez c. Procureur général du Canada*, précité, note 55, 520.

6868En droit français, *cf.*, Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, *Procédure civile*, 22e éd., coll. <<Précis Dalloz>>, Paris, Dalloz, 1991, no 27.

[69]⁶⁹[1989] 1 R.C.S. 342.

[70]⁷⁰*Morgentaler c. La Reine*, [1988] 1 R.C.S. 30.

[71]⁷¹*Daigle c. Tremblay*, [1989] 2 R.C.S. 530.

[72]⁷²Daniel JUTRAS, <<Réflexions sur la réforme de la responsabilité médicale au Québec>>, (1990) 31 *C. de D.* 821.

[73]⁷³S.T.E. no 5, 213 R.T.N.U. 221 (ci-après citée: <<Convention>>).

[74]⁷⁴M. HÉBERT, <<L'application des Chartes canadienne et québécoise en droit médical>>, (1989) 30 *C. de D.* 495.

[75]⁷⁵Nous avons souligné.

[76]⁷⁶Voir les rapports dans *Le droit devant la mort, Actes du XIIIe Colloque national des juristes catholiques*, Paris, 21-22 novembre 1987, Paris, Téqui, 1988.

[77]⁷⁷Sur le sujet, et malgré quelques réserves d'opinion notamment sur l'unité ou la balkanisation du contrat médical, *cf.*, la thèse de C. JONAS, *L'opposition de la personne à l'acte médical*, Tours, Faculté de droit et des sciences économiques de Tours, 1993. Il n'est pas question de réduire l'homme en esclavage par la technologie: Anne LAPOINTE, <<La cessation de traitement>>, dans *Congrès annuel du Barreau du Québec 1992*, Montréal, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1992, p. 827, à la page 833. L'acharnement thérapeutique n'a, en effet, jamais été imposé, ni vraiment débattu!

[78]⁷⁸Sur le sujet, voir la thèse d'André DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Paris, L.G.D.J., 1960 (préface de G. Levasseur): étude de la licéité de l'acte médical par l'analyse de l'objet et de la cause.

[79]⁷⁹Cass. civ., 20 octobre 1982, *Bull. civ. I; Gaz. Pal.*, 25 mars 1983, somm., obs. F.C.

[80]⁸⁰Cass. crim., 1er juillet 1987, S. 1939.I.193, note Tortat; *D.H.* 1937; G. MÉMETEAU, *op. cit.*, note 47.

[81]⁸¹Versailles, 1re Ch., 17 janvier 1991, *M. c. P.*, Juris-Data 040047; J.C.P. 1992.21929, nos obs.

[82]⁸²Robert P. KOURI, <<L'influence de la Cour suprême sur l'obligation de renseigner en droit médical québécois>>, (1984) 44 *R. du B.* 851.

[83]⁸³Nancy, 1re Ch., 18 mars 1991, *M. c. G.*, Juris-Data 051423. Notre rapport: <<Les enjeux de la chirurgie

esthétique>>, dans *Colloque Chirurgie et médecine esthétiques*, Paris, Forum du droit et des affaires, 2 décembre 1993.

[84]⁸⁴[1990] R.R.A. 832.

[85]⁸⁵*Id.*

[86]⁸⁶*Drolet c. Parenteau*, [1991] R.J.Q. 2956.

[87]⁸⁷*Id.*, 2985. Le jugement se réfère à d'autres décisions.

[88]⁸⁸[1992] R.R.A. 73.

[89]⁸⁹*Dulude c. Gaudette*, [1974] C.S. 618.

[90]⁹⁰*Chaussé c. Desjardins*, [1986] R.J.Q. 358. <<Le médecin est toutefois obligé de faire part des possibilités de complication d'importance, particulièrement lorsqu'il s'agit d'un traitement non curatif que le patient a la possibilité de refuser.>>

[91]⁹¹Margaret A. SOMERVILLE, *Le consentement à l'acte médical -- étude préparée pour la Commission de réforme du droit du Canada*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1980, p. 17.

[92]⁹²Alain BERNARDOT et Robert P. KOURI, *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1980, no 180.

[93]⁹³Albert MAYRAND, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1975, no 13. En note 25, l'auteur distingue évidemment entre la chirurgie réparatrice et la chirurgie <<de fantaisie>>, ce qui s'impose. Un arrêt apporte une réponse à la question posée au texte; Angers, Ch. corr., 28 juin 1990, Juris-Data 044347: <<Constitue un préjudice d'agrément important l'impossibilité pour une jeune femme, en raison d'importantes lésions du visage, de sacrifier à un des plaisirs de la vie que constitue la coquetterie. Ce préjudice est distinct du préjudice esthétique>>. Droit subjectif à la coquetterie?

[94]⁹⁴*Bordier c. S.*, précité, note 38.

[95]⁹⁵A. MAYRAND, *op. cit.*, note 92, p. 34. L'auteur renvoie à Robert P. KOURI, <<Comments on the Transsexualism in the Province of Québec>>, (1973) 4 *R.D.U.S.* 167.

[96]⁹⁶Cass. Ass. plén., 11 décembre 1992, J.C.P. 1993.21991, Concl. Jéol, obs. Mémeteau; Cass. crim., 30 mai 1991, *Bull. crim.* 1991.591, no 232; D. 1991.i.r.198; J.C.P. 1991.IV.348, rejetant le pourvoi contre Aix-en-Provence, 23 avril 1990, J.C.P. 1991.21720, obs. Mémeteau. Les principales références bibliographiques sur le sujet sont citées dans nos deux commentaires au J.C.P. de 1991 et 1993. C'est pourquoi nous ne mentionnerons ici que la thèse de Jean-Paul BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes: aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, L.G.D.J., 1993, préface F. Terré (sans doute plus <<évolutive>> que nos propres analyses); et D. SALAS, *Sujet de chair et sujet de droit: la justice face au transsexualisme*, Paris, P.U.F. 1994.

[97]⁹⁷A. GIUDICELLI, *op. cit.*, note 45, p. 212 et suiv.

[98]⁹⁸*Rodriguez c. Procureur général du Canada*, précité, note 55, 11 (j. Sopinka).

[99]⁹⁹*Id.*, 41 et 42.

[100]¹⁰⁰*David c. Pelletier*, C.S. Montréal, no 500-05-014323-72, 17 février 1978; J.E. 78-245.

[101]¹⁰¹*Boucher c. Thabet*, C.S. Québec, no 200-05-003122-772, 3 juillet 1981.

[102]¹⁰²COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux*, Document de travail 24, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1979, p. 65.

[103]¹⁰³*Cf.*, *Cataford c. Moreau*, [1978] C.S. 933.

[104]^{104A}. BERNARDOT et R.P. KOURI, *op. cit.*, note 91, no 186. Toutefois, les tribunaux veillent à ce que le développement de cette obligation ne soit pas une passerelle vers l'obligation de résultat ou de <<garantie>> de l'intervention: *Chaussé c. Desjardins*, précité, note 89 (pose d'un stérilet) et *Faucher-Grenier c. Laurence*, [1987] R.J.Q. 1109.

[105]¹⁰⁵COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 101, p. 65; Bartha Maria KNOPPERS, *Conception artificielle et responsabilité médicale: une étude de droit comparé*, coll. <<Minerve>>, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1986, p. 191 et suiv.; Monique OUELLETTE, *Droit et science*, Montréal, Éditions Thémis, 1986, pp. 7 et 105.

[106]¹⁰⁶*Engström c. Courteau*, [1986] R.J.Q. 3048.

[107]¹⁰⁷Cass. crim., 1er juillet 1937, précité, note 79. Voir Cass. civ. 1re, 9 mai 1983, J.C.P. 1984.20262, obs. Dorsner-Dolivet; D. 1984.121, note Penneau; *Bull. civ. I*, no 140, p. 121; A. DORSNER-DOLIVET et J.H. SOUTOUL, <<La stérilisation humaine en pratique courante est toujours illicite>>, (1993) *Médecine et droit* 42 (lecture trop subjective de l'arrêt sans considération des limites du pourvoi). Voir aussi Gérard MÉMETEAU et Pierre DESCHAMPS, <<Vasectomie et droit comparé>>, (1987) 93 *J. d'urologie* 317.

[108]^{108A}. DORSNER-DOLIVET et J.H. SOUTOUL, *loc. cit.*, note 106. Les compagnies en feront-elles autant en chirurgie esthétique de convenance, transsexualisme dépourvu de finalité thérapeutique sérieuse, I.V.G. sans détresse établie, etc.? Quelle sera l'attitude des Caisses d'assurance-maladie et des mutuelles?

[109]¹⁰⁹Par exemple, *Hogue c. X.*, (1936) 75 C.S. 63.

[110]¹¹⁰*Contra*: B.M. KNOPPERS, *op. cit.*, note 104, p. 205 et notes: <<Aucun être humain ne peut, en effet, prétendre à un droit absolu de se faire avorter ou de ne pas naître en cas de malformation>>. Voir aussi *id.*, p. 195 et suiv.; *Cataford c. Moreau*, précité, note 102; M. OUELLETTE, *op. cit.*, note 104, p. 79. Comparer avec Cass. civ. 1re, 16 juillet 1991, *Bull. civ. I*, no 248, p. 163; D. 1991.i.r.229; Juris-Data 001982, d'interprétation un peu délicate, mais qui, selon les observations les plus autorisées, ne va pas jusqu'à admettre cette action particulière. Ici encore, l'arrêt doit être lu avec référence aux moyens du pourvoi, donc aux limites de la réponse de la Cour. En effet, un arrêt de la Cour de cassation, ou du Conseil d'État, ne peut se comprendre qu'à travers ce prisme procédural.

[111]¹¹¹*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; M. HARTNEY, <<L'arrêt Morgentaler et l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés>>, (1988) 29 *C. de D.* 775; Louise VIAU, <<L'arrêt Morgentaler: une nouvelle page de l'histoire du droit des femmes>>, (1988) 22 *R.J.T.* 259. Il y avait eu un premier arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616. *Adde*: *Borowski c. Procureur général du Canada*, précité, note 68 et *Tremblay c. Daigle*, précité, note 70. *Cf.*, le commentaire critique de Paul-André CRÉPEAU, <<L'affaire Daigle et la Cour suprême du Canada ou la méconnaissance de la tradition civiliste>>, dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, p. 217 et suiv. Il est certain que, comme nous le constaterons, en tout respect, cet arrêt appelle de la part du civiliste une lecture prudente.

[112]^{112A}. LAJOIE, P.A. MOLINARI et J.-M. AUBY, *op. cit.*, note 32, p. 2115 et suiv. (spécialement la page 2118).

[113]¹¹³*R. c. Morgentaler*, précité, note 110, 57 (j. Dickson).

[114]¹¹⁴Pour J. Brown, <<those who support our abortion laws must if they are to be consistent, believe that fetuses and embryos may be used solely as means to an end and need not be regarded as ends in themselves>>: <<Research on human embryos -- a justification>>, (1986) 12 *Journal of medical ethics* 201. Sur les <<droits>> de la femme et leurs utilisations, *cf.*, Michel SCHOYANS, *La dérive totalitaire du libéralisme*, Bruxelles, Éditions Universitaires, 1991 et *Bioéthique et population: le choix de la vie*, Paris, Fayard/Le Sarment, 1994. À

qui profite le féminisme? Comment ses déviations quasi névrotiques sont-elles perçues par les observateurs attardés et incultes du Vieux Continent (voir par exemple: *Valeurs Actuelles*, 31 janvier 1994, p. 12 et suiv.)? Que veut vraiment dire <<pro-choice>> (cf., Jean-Paul II, *Lettre aux familles*, 2 février 1994, 13)? Que nos amis américains se posent des questions...

[115]¹¹⁵Art. L.162.3.1o du *Code de la santé publique*.

[116]¹¹⁶Voir *infra*, II.B.1, p. 131.

[117]¹¹⁷L'on cite *Couture-Jacquet c. The Montreal Children's Hospital*, [1986] R.J.Q. 1221 (C.A.), l'article 42 de la *Loi sur la protection de la santé publique* (L.R.Q., c. P-35), le *Code de déontologie des médecins* (R.R.Q., 1981, c. M-9, r. 4), la doctrine de l'honorable juge Jean-Louis Baudouin, etc.

[118]¹¹⁸Précité, note 58.

[119]¹¹⁹*Malette c. Shulman*, précité, note 9, transfusion sanguine imposée, étant donné l'urgence, à un témoin de Jéhovah. Comparer avec ROUGE et autres: <<Le refus de transfusion sanguine: l'exemple des témoins de Jéhovah>>, (6 nov. 1993) *Concours médical* 3107; voir aussi *Barette c. Lajoie*, J.E. 85-853, allouant 5 000\$ canadiens pour douleurs d'ordre psychologique. Voir A. LAPOINTE, *loc. cit.*, note 76. Consulter Suzanne PHILIPS-NOOTENS, <<Face à la maladie mortelle: deux décisions possibles et leurs implications juridiques>>, (1982) 12 *R.D.U.S.* 433; R.P. KOURI, <<Réflexions sur la nécessité d'une définition de la mort>>, (1983) 14 *R.D.U.S.* 447.

[120]¹²⁰Observations de J. Carbonnier sous C.A. Paris, 7 mars 1952, J.C.P. 1952.7210; Cass. civ., 28 décembre 1954, D. 1955.249, note Savatier; Gérard MÉMETEAU, *La responsabilité civile médicale en droit comparé français et québécois*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1990, no 141.

[121]¹²¹René SAVATIER, Jean-Marie AUBY, Jean SAVATIER et Henri PÉQUIGNOT, *Traité de droit médical*, Paris, Librairies techniques, 1956, no 330.

[122]¹²²Nous remercions vivement Madame V. Joly, conseiller juridique à la Cour suprême d'avoir eu la délicate attention de nous adresser l'arrêt aussitôt qu'il eût été rendu. Nous sommes heureux de la remercier aussi des nombreux renseignements, toujours utiles, qu'elle a bien voulu nous donner. Sur l'analyse des philosophies sous-jacentes à l'affaire, et à d'autres, il faut lire M. SCHOOYANS, *op. cit.*, note 113. Il y a, dans ces débats, le <<dit>> et le <<non-dit>>.

[123]¹²³*Rodriguez c. Procureur général du Canada*, précité, note 55, 531.

[124]¹²⁴*Id.*, 537.

[125]¹²⁵*Id.*

[126]¹²⁶*Id.*

[127]¹²⁷*Id.*

[128]¹²⁸*Id.*, 584.

[129]¹²⁹*Id.*, 595.

[130]¹³⁰*Id.*, 616.

[131]¹³¹*Id.*, 627.

[132]¹³²*Id.*

[133]¹³³*Id.*, 533.

[134]¹³⁴Traduction Riquet et des Places.

[135]¹³⁵*Rodriguez c. Procureur général du Canada*, précité, note 55.

[136]¹³⁶*Id.*

[137]¹³⁷*Id.*

[138]¹³⁸*Id.*

[139]¹³⁹*Id.*

[140]¹⁴⁰La discrimination réprimée par l'article 225-1 du Code pénal présente un caractère péjoratif pour la victime, un aspect d'humiliation, en absence d'un motif légitime. Il va de soi que le refus médical de commettre un homicide même sur demande est fondé sur un motif légitime. Le procès *Rodriguez* aurait été impensable en droit français, pour ce motif de fond comme pour ceux de recevabilité.

[141]¹⁴¹Notre fascicule, G. MÉMETEAU, *loc. cit.*, note 12 (voir, spécialement no 12); Gérard CAS et Roger BOUT (dir.), *Lamy droit économique*, Paris, Lamy, 1993, nos 1793 et 1796.

[142]¹⁴²Art. 225-1 du Code pénal.

[143]¹⁴³Sur le refus légitime du pharmacien, *cf.*, notre étude: <<Avortement et clause de conscience du pharmacien>>, J.C.P. 1990.3443 et G. CAS et R. BOUT (dir.), *op. cit.*, note 140, no 1793 (affaire *Demolombe*).

[144]¹⁴⁴*Commentaires du ministre de la Justice*, *op. cit.*, note 65, pp. 15 et 16.

[145]¹⁴⁵*Cf.*, Jean-Pierre MÉNARD, <<Les nouvelles règles relatives au consentement aux soins médicaux>>, dans *Congrès annuel Barreau du Québec*, Montréal, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1991, p. 667 et suiv.

[146]¹⁴⁶Sur la <<prémajorité>> en général, *cf.*, GISSER, <<Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation: la prémajorité>>, J.C.P. 1984.3142.

[147]¹⁴⁷Pierre DESCHAMPS et D. SAUVÉ, <<Aspects juridiques de la transplantation de moelle osseuse: étude de six instances impliquant un mineur>>, (septembre 1981) *La Médecine du Québec* 51.

[148]¹⁴⁸*Commentaires du ministre de la Justice*, *op. cit.*, note 65, p. 20.

[149]¹⁴⁹I. ARNOUX, *Les droits de l'être humain sur son corps*, thèse droit Bordeaux, Faculté de droit, des sciences sociales et politiques, 1994.

[150]¹⁵⁰*Rodriguez c. Procureur général du Canada*, précité, note 55, 589.

[151]¹⁵¹*Id.*, 586.

[152]¹⁵²*Id.*, 585.

[153]¹⁵³Encore l'article 16-1 du nouveau Code civil; art. 10 et 11 C.c.Q.: la lettre des Codes se ressemble; *Quid* de l'esprit?

[154]¹⁵⁴Christian ATIAS, <<Culture juridique américaine et ordre savant traditionnel>>, (1986) 90 *R.J.T.* 147.

[155]¹⁵⁵*Tabah c. Liberman*, [1990] R.J.Q. 1230, 1237 (C.A.). Dans *Drolet c. Parenteau*, précité, note 85, 2980, la Cour supérieure explique les raisons pratiques pour lesquelles <<le suivi qui fait partie de l'obligation médicale professionnelle et contractuelle en devient d'autant plus difficile à remplir>>.

[156]¹⁵⁶Cass. Ass. plén., 30 mai 1986, D. 1987.109, note Penneau; *Gaz. Pal.* 30-31 juillet 1986; Élie ALFANDARI et Gérard MÉMETEAU, <<Observations>>, (1986) 22 *Rev. Dr. sanitaire et social* 614, 615.

[157]¹⁵⁷Jean-Louis BAUDOIN, *Les obligations*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1983, no 817; et 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, no 872. Voir aussi Francine DROUIN-BARAKETT et Pierre-Gabriel JOBIN, <<Faute collective dans l'équipe de professionnels>>, (1978) 56 *R. du B. Can.* 49.

[158]¹⁵⁸On lira: Paul-André CRÉPEAU, <<Des régimes contractuel et délictuel de responsabilité civile en droit civil canadien>>, (1962) 22 *R. du B.* 501; Christian LARROUMET, <<L'intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine de la responsabilité contractuelle en droit français à la lumière des expériences étrangères>>, (1982) 27 *R.D. McGill* 839.

[159]¹⁵⁹*Bordier c. S.*, précité, note 38.

[160]¹⁶⁰*Rajotte c. X.*, précité, note 38, 570.

[161]¹⁶¹[1957] B.R. 389.

162162*Id.*; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, précité, note 33, 361 et suiv.

[163]¹⁶³Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, *Les obligations*, 4e éd., vol. 2, <<Le fait juridique>>, Paris, A. Colin, 1990, no 110.

[164]¹⁶⁴J. Trib., 23 juillet 1892. Voir J. CRETIAZ, *De l'inexécution des obligations contractuelles du médecin: quelques aspects*, Lausanne, Éditions Chabloy, 1990.

[165]¹⁶⁵René SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, 2e éd., t. 1, 1951, no 152. L'arrêt *Wabasso Ltd. c. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578 (ci-après cité: <<arrêt *Wabasso*>>), se réfère à ces pages du Doyen Savatier, mais sans relever les conditions imposées au <<cumul>>, ou à l'<<option>> comme l'écrit plus justement le juge Chouinard, par l'éminent Maître. Nous hésitons donc à partager entièrement l'opinion de M. Deslauriers, rappelant l'interrogation sur la pertinence de la référence -- en 1981 -- à ce traité de 1951 du Doyen Savatier qui, <<bien que très réputé, ne représentait qu'une opinion isolée dans le droit positif français>>: <<Droit québécois et droit français des obligations: divergence et concordance>>, dans H.P. GLENN (dir.), *op. cit.*, note 13, p. 363. C'était plutôt une lecture trop rapide du texte et un oubli de l'évolution de la pensée juridique française de 1951 à 1981. Nous reviendrons sur ce phénomène de l'obsolescence des références au droit français... Cf., Paul-André CRÉPEAU, <<L'affaire *Wabasso* sous les feux du droit comparé>>, (1982) 27 *R.D. McGill* 788.

[166]¹⁶⁶Philippe MALAURIE et Laurent ANYÈS, *Cours de droit civil: les obligations*, 2e éd., Paris, Cujas, 1990, no 880; Cass. crim., 12 décembre 1946, J.C.P. 1947.3621, obs. Rodière.

[167]¹⁶⁷En dernier lieu, au jour où nous rédigeons ces lignes: Cass. civ., 9 juin 1993, J.C.P. 1993.IV.245.

[168]¹⁶⁸Précité, note 164.

[169]¹⁶⁹[1987] R.J.Q. 1954 (C.A.).

[170]¹⁷⁰*Id.*, 1965 (j. Lebel).

[171]¹⁷¹*Id.*, 1966.

[172]¹⁷²Louise-Hélène RICHARD, *La responsabilité professionnelle du dentiste*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1986, p. 65 (préface de Robert P. KOURI).

[173]¹⁷³*Desormeaux c. Centre hospitalier St.Mary*, [1992] R.R.A. 516 (C.S.). En revanche, on rencontre des jugements distinguant bien l'obligation contractuelle du partenaire, la responsabilité délictuelle des tiers et la responsabilité contractuelle du fait d'un tiers: *Murray-Vaillancourt c. Clairoux*, [1989] R.R.A. 762 (C.S.).

[174]¹⁷⁴*Code civil du Québec*, Projet de loi 125, 1re session, 34e législature (Québec) 1990.

[175]¹⁷⁵*Bordier c. S.*, précité, note 38; *Rajotte c. X.*, précité, note 38; *X. c. Mellen*, précité, note 160.

[176]¹⁷⁶Cass. civ., 4 juin 1991, D. 1991.i.r.179; J.C.P. 1991.21730, obs. Savatier; Gérard MÉMETEAU, <<Observations>>, (1991) 27 *Rev. dr. sanit. et soc.* 598, 607; F. CHABAS, <<Note critique>>, *Gaz. Pal.* 5-6 août 1992. *Adde*: Gérard MÉMETEAU, <<Contrat hospitalier et obligation de soins>>, (1988) 24 *Rev. Dr. sanitaire et social* 517.

[177]¹⁷⁷*Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619 (C.A.), puis le second arrêt de la Cour suprême (précité, note 33), faisant au moins comprendre qu'une faute du médecin serait, en toute hypothèse, nécessaire. Dans l'affaire *Saucier c. Wise* ([1990] R.R.A. 283), il n'était pas prouvé que l'hôpital eût contracté l'obligation de soigner le demandeur. Le principe n'en était pas exclu.

[178]¹⁷⁸Cass. civ., 7 juin 1989, *Bull. civ.* I, no 230, p. 154; D. 1989.i.r.199.

[179]¹⁷⁹Gérard MÉMETEAU, <<Perte de chance en droit médical français>>, (1986) 32 *R.D. McGill* 125.

[180]¹⁸⁰Gérard MÉMETEAU, <<À l'ombre des jurisprudences en fleur ou: impressions de lecture sur deux arrêts de la Cour d'appel en matière de perte de chances?>>, (1990) 35 *R.D. McGill* 602.

[181]¹⁸¹*Lachambre c. Perreault*, [1990] R.R.A. 397 (C.A.).

[182]¹⁸²C.S. Montréal, no 500-09-000868-851, 27 septembre 1988.

[183]¹⁸³[1989] R.J.Q. 27 (C.A.); précité, note 30 (R.C.S. et R.R.A. pour résumé). Voir ultérieurement *Lacroix c. Léonard*, [1992] R.R.A. 799 (C.S.) et *Pelletier c. Roberge*, [1991] R.R.A. 726 (C.A.), intéressant également sur le devoir d'information et les tests objectif et subjectif. Voir aussi la position attentiste de *Tremblay c. Barrette*, [1990] R.R.A. 319, 329. Il nous est agréable de remercier Me Allan R. Hilton, du cabinet McCarthy-Tétrault, de nous avoir communiqué les mémoires déposés devant la Cour suprême. Voir Suzanne PHILIPS-NOOTENS, <<La perte de chance: détournement du lien de causalité ou dommage distinct?>>, (1990) 50 *R. du B.* 611; Isabelle PARIZEAU, <<Le lien de causalité au bord du gouffre>>, (1989) 49 *R. du B.* 514. Proche des solutions canadiennes, *cf.*, Versailles, 21 juillet 1993, D. 1993.i.r. 235.

[184]¹⁸⁴*Lawson c. Laferrière*, précité, note 182, 30 et 31.

[185]¹⁸⁵*Cf. infra*, I.B.1, p. 85 et II.B.1, p. 131.

[186]¹⁸⁶*Lawson c. Laferrière*, précité, note 182.

[187]¹⁸⁷Paris, 22 janvier 1993, *Juris-Data* 021145; Roven, 17 mars 1993, *Juris-Data* 042308; Poitiers, 8 avril 1992, *Juris-Data* 050405.

[188]¹⁸⁸Cass. civ., 7 octobre 1992, *Bull. civ.* I, no 243, p. 161; J.C.P. 1993.22071; D. 1992.i.r.254; *Gaz. Pal.* 26-27 mars 1993.pan.58.

[189]¹⁸⁹Précité, note 85.

[190]¹⁹⁰*Id.*, 2987.

[191]¹⁹¹*Currie c. Blundell*, [1992] R.J.Q. 764, 774 (C.S.); *Merle-Rubin c. Cohen*, précité, note 87; *Giguère c. Breton*, [1991] R.R.A. 719 (C.S.). *Contra*, *Saucier c. Wise*, précité, note 176.

[192]¹⁹²La pratique révèle la mauvaise foi du client prétextant la violation du formalisme imposé soit par le Code, soit par le droit de la consommation (par exemple, Cass. civ., 27 janvier 1993, J.C.P. 1993.I., no 231, p. 145, obs. Raynard).

[193]¹⁹³*Parent c. Lapointe*, [1952] 1 R.C.S. 376.

[194]¹⁹⁴*Hôpital général de la Région de l'Amiante c. Perron*, [1979] C.A. 567, énonçant selon le mot de M. Crépeau, <<Le régime civiliste des présomptions de fait>>, <<très heureusement>>.

[195]¹⁹⁵Voir les lumineuses critiques de Paul-André CRÉPEAU, *L'intensité de l'obligation juridique, ou: des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 222. Voir aussi Alain BERNARDOT, <<Le médecin et les présomptions de fait>>, (1971) 2 *R.D.U.S.* 75; André LESSARD, <<Les présomptions de fait et la responsabilité médicale: Brunelle v. Sirois>>, (1976) 6 *R.D.U.S.* 417; Katherine LIPPEL, <<L'incertitude et les probabilités en droit et en médecine>>, (1992) 22 *R.D.U.S.* 445, à lire en rapprochant de René SAVATIER, <<Au confluent de deux humanismes: entente et mésentente entre médecins et juristes>>, dans *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, t. 2, <<L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques>>, Paris, Dalloz, 1959, p. 234 et suiv., et en réfléchissant au concept de <<loi>> en médecine contemporaine, qui ne sont plus celui et celle sur lesquels raisonnait René Savatier... Sur les différences de normativité en droit et en médecine, cf., D. JUTRAS, *loc. cit.*, note 71.

[196]¹⁹⁶C.S. Montréal, no 500-09-000132-779, 26 janvier 1983.

[197]¹⁹⁷[1992] R.R.A. 557 (C.S.).

[198]¹⁹⁸*Martel c. Hôtel Dieu de St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745.

[199]¹⁹⁹*Parent c. Lapointe*, précité, note 192.

[200]²⁰⁰Louis ISSACS, <<Case and Comment>>, (1943) 21 *R. du B. can.* 242.

[201]²⁰¹*Gendron c. Dupré*, [1964] C.S. 617, se référant à *Elder c. King*, [1957] B.R. 87.

[202]²⁰²*Bonenfant c. Donnely*, C.S. Montréal, no 500-05-004806-6814, 16 juin 1986; *Leroux c. Hôtel-Dieu d'Arthabaska Inc.*, [1990] R.R.A. 378 (C.Q.).

[203]²⁰³Cass. civ., 17 juin 1980, J.C.P. 1980.IV.333; *Bull. civ.* I, no 187, p. 151; R.T.D.C. 1981.165, obs. Durry; 29 juin 1977, J.C.P. 1977.IV.225.

[204]²⁰⁴R.T.D.C. 1963.334, obs. Tunc; R.T.D.C. 1961.113.

[205]²⁰⁵Précité, note 192.

[206]²⁰⁶P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, note 165, no 61.

[207]²⁰⁷Cass. civ. 1re, 9 octobre 1985, *Bull. civ.* I, no 253, p. 226; *Gaz. Pal.* 30 mars, 1er avril, pan.12, note Chabas; G. MÉMETEAU, *loc. cit.*, note 178, 129.

[208]²⁰⁸Cass. civ. 1re, 27 janvier 1993, Juris-Data 000724; Paris, 1re Ch., 12 janvier 1989, Juris-Data 020755. Il ne s'agit pas de la théorie des fautes alternatives: Cass. civ. 1re, 25 mai 1983, J.C.P. 1984.20281, obs. Dorsner-Dolivet; Cass. civ., 31 mai 1988, *Bull. civ.* I, no 165, p. 114.

[209]²⁰⁹Cons. d'État, 9 avril 1993, *Bianchi*, J.C.P. 1993.22061, obs. Moreau; Conc. méd., 5 juin 1993, 1813, obs. Alméras. La jurisprudence *Bianchi* ne recouvre pas celle de l'arrêt *Gomez*, Trib. admin. appel Lyon, 21 décembre 1990, J.C.P. 1991.21698, obs. Moreau; *Gaz. Pal.* 21-23 juillet 1991, note Chabanol, qui pourrait plutôt être analysée comme un développement des règles de l'article L. 209-7, al. 3 du *Code de la santé publique* (recherches biomédicales sur la personne humaine)...

[210]²¹⁰*Lapierre c. Procureur général du Québec*, précité, note 36.

[211]²¹¹*Tremblay c. Daigle*, précité, note 70. Critique civiliste par P.A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, note 110 et *supra*, note 18.

[212]²¹²*Tremblay c. Daigle*, [1989] R.J.Q. 1980. Ce qui conduit à lire «Morgan Taylor» au lieu de «Morgentaler», p. 11 du jugement.

[213]²¹³*Infra*, B, p. 84.

[214]²¹⁴Cons. d'État, 30 octobre 1980, *Lahache*, D. 1981.38, concl. Genevois; J.C.P. 1982.19732, obs. Dekeuwer-Défossez; Jean-Michel de FORGES, «Observations», (1981) 17 *Rev. dr. sanitaire et social* 79, 81 et Louis DUBOUIS, «Observations», *id.*, 246, 247.

[215]²¹⁵*Tremblay c. Daigle*, précité, note 211, 1983 et suiv.

[216]²¹⁶*Cf.*, nos réfutations de cette distinction, Gérard MÉMETEAU, *Personnalité juridique et vie biologique, Rapport J. René Savatier*, Poitiers, Faculté de droit de Poitiers/P.U.F., 1994, p. 21 et suiv. Dans le jugement du 17 juillet 1989, il y a contradiction à écrire qu'il paraît difficile de l'inclure dans l'expression «personne» en lui reconnaissant la personnalité juridique. Voir les opinions de M. le juge Lebel et de M. le juge Tourigny dans l'arrêt de la Cour d'appel. L'honorable juge Tourigny laisse hésiter la logique, car, affirmant que «tout être humain est cependant une personne», elle conclut que, «à mon avis, le fœtus n'est pas une personne». Est-il donc, ou non, un être humain?

[217]²¹⁷*Montréal Tramways Company c. Léveillé*, (1933) R.C.S. 456.

[218]²¹⁸Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1987.

[219]²¹⁹Cass. civ., 10 décembre 1985, *Bull. civ.* I, no 339, p. 305; *Gaz. Pal.* 9-10 juillet 1986, sommaires 10, Ch. R. 8 mars 1939, D.C. 1941, 137, (note Julliot de la Morandière); S. 141.I.25, note Battifol.

[220]²²⁰Opposer: R. DIERKENS, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, Paris, Masson, 1966, p. 36 (préface J. Rostand); D. VIGNEAU, *L'enfant à naître*, thèse, Toulouse, Université de Toulouse, 1988, p. 69 et suiv.; Gérard MÉMETEAU, «La situation juridique de l'enfant conçu: de la rigueur classique à l'exaltation baroque», *R.T.D.C.* 1990.620; P. SALVAGE, «La viabilité de l'enfant nouveau-né», *R.T.D.C.* 1976.25; G. RAYMOND, «Le statut juridique de l'embryon humain», *Gaz. Pal.* 23-24 avril 1993; Xavier LABBÉE, *Condition juridique du corps humain avant la naissance ou après la mort*, Lille, Presses Universitaires de Lille, 1990, p. 63 et suiv. Voir aussi la thèse de A. GIUDICELLI, *op. cit.*, note 45, p. 65 et suiv.; voir également la définition de la viabilité donnée dans *Allard c. Monette*, (1928) 66 C.S. 291.

[221]²²¹Douai, 2 juin 1987, *Gaz. Pal.* 14 février 1987, note Doucet; J.C.P. 1989.21250, obs. Labbée; Trib. corr. Poitiers, 17 octobre 1990, *R.J. Centre-Ouest*, 10.1992.157, note Giudicelli. On sait que la protection médicale de l'enfant conçu peut être assurée par des traitements «forcés»: *Lakeshore general Hospital c. Méthot-Gendreau*, C.S. Montréal, no 500-05-008750-844, 1er août 1984; *Raleigh Fitkin -- Paul Morgan Memorial Hospital v. Anderson*, 201 A.2d 537 (N.J.S.C. 1964), ce qui est moins timide que l'ordonnance de référé citée *supra*, note 49.

- [222]²²²Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc., [1977] 2 R.C.S. 67.
- [223]²²³Colmar, 30 janvier 1970, D. 1970.297, note Alfandari; J.C.P. 1971.16609, obs. Loussouarn.
- [224]²²⁴C. appel Poitiers, 1re sect., 10 novembre 1987, *Association des déportés internés et famille des disparus...* (inédit).
- [225]²²⁵Jean-Louis BAUDOUIN et Catherine LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme: de quel droit?: étude juridique et éthique des procréations artificielles*, 1re éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1987.
- [226]²²⁶Marie-Josée ALEPIN, Claudine BIENVENU, Carmen LAVALLÉE, Louise BÉLANGER, Isabelle GUIRAL et Lyne MORIN, *À la frontière de l'éthique et du droit -- Prix Charles-Coderre 1992*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 177 (bibliographie); P.G. JOBIN, *loc. cit.*, note 40.
- [227]²²⁷*Op. cit.*, note 91.
- [228]²²⁸Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1991, citant Carbonnier, Marty et Raynaud, Mazeaud.
- [229]²²⁹Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, citant Capitant, Carbonnier, Domat, Flour et Aubert, Ghestin.
- [230]²³⁰P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 194 où on retrouve de multiples références à la doctrine française.
- [231]²³¹Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Théorie des obligations*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1988 où on retrouve également d'abondantes références à la doctrine française.
- [232]²³²M. le juge Mayrand nous permettra peut-être de classer sous cette rubrique son traité: *L'inviolabilité de la personne humaine*, *op. cit.*, note 92.
- [233]²³³STÉFANI (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal: études de droit criminel*, Paris, Dalloz, 1956.
- [234]²³⁴R. DOUBLIER, <<Le consentement de la victime>>, dans *id.*, pp. 202 et 203.
- [235]²³⁵D. LEMAY et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 14, p. 153; P.G. JOBIN, *loc. cit.*, note 40, 398 et suiv.
- [236]²³⁶Précité, note 30 (perte de chances).
- [237]²³⁷[1974] C.A. 543.
- [238]²³⁸Décision non rapportée de la Cour d'appel.
- [239]²³⁹[1987] R.J.Q. 1954 (C.A.).
- [240]²⁴⁰Précité, note 176.
- [241]²⁴¹P.G. JOBIN, *loc. cit.*, note 40.
- [242]²⁴²Yvon LOUSSOUARN et Pierre BOUREL, *Droit international privé*, 3e éd., coll. <<Précis Dalloz>>, Paris, Dalloz, 1988, p. 340. La loi étrangère se prouve par certificats de coutumes, vérifications personnelles du juge, ou expertise. Dès lors que le juge ne peut nommer un expert pour dire le droit, ce qui constituerait une délégation illicite du pouvoir de *juris-dictio*, l'on voit que la loi étrangère n'est pas vraiment du droit pour le

juge français, vieille théorie combattue en doctrine et dépourvue de logique en droit international privé (moins, en droit comparé).

[243]²⁴³Jean-Marie AUBY (dir.), *Traité de droit médical et hospitalier*, Paris, 1988 et *op. cit.*, note 8. Dans un autre livre, de 1988, les auteurs oublient de citer la *Revue trimestrielle de droit civil* parmi les ouvrages de mise au courant, et, pour la connaissance des textes de droit français, ne conseillent que les Juris-classeurs Codes et lois, en négligeant les éditions annuelles des Codes <<Dalloz>> et <<Litec>>!

[244]²⁴⁴Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Les obligations*, vol. 1, t. II, Paris, Sirey, 1962.

[245]²⁴⁵Henri et Léon MAZEAUD et André TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6e éd., Paris, Éditions Montchrestien, 1965.

[246]²⁴⁶Léon MAZEAUD, <<Les fautes collectives>>, (1956) 16 *R. du B.* 405.

[247]²⁴⁷*Perron c. Hôtel-Dieu de Roberval*, C.S. Montréal, no 155-05-000029-278.

[248]²⁴⁸*Brochu c. Auger*, [1981] C.S. 971, renvoyant, pour la même citation à *Hôpital Notre-Dame c. Patry*, [1975] 2 R.C.S. 388.

[249]²⁴⁹Nous hésitons à suivre P.G. Jobin (*loc. cit.*, note 40, 395) lorsqu'il s'étonne du renvoi à Demolombe, Baudry-Lacantinerie, Pothier... Il y a encore beaucoup à apprendre de ces maîtres (par exemple, sur les servitudes, Demolombe, Baudry-Lacantinerie et Chauveau demeurent d'actualité et offrent du sujet la vue la plus profonde). Et puis, il y a la méthode! Le tout est de savoir que le droit positif a globalement évolué depuis les recherches de ces maîtres, et que, si l'on veut en connaître l'état actuel, il faut compléter les lectures par celles des traités tenus à jour, comme exposé au texte, ce qui n'est pas toujours le réflexe du juriste local.

[250]²⁵⁰*Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, précité, note 176, 2625.