

ESQUISSE D'UN PROFIL DE LA PERSONNE SELON LE DROIT

Michèle Rivet

Volume 11, Number 2, 1981

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1110679ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/19528>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Rivet, M. (1981). ESQUISSE D'UN PROFIL DE LA PERSONNE SELON LE DROIT.
Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 11(2), 417–487.
<https://doi.org/10.17118/11143/19528>

ESQUISSE D'UN PROFIL DE LA PERSONNE SELON LE DROIT*

*par Michèle RIVET***

SOMMAIRE

INTRODUCTION	419
CHAPITRE PREMIER: LE CONCEPT DE PERSONNE EN BIO-ÉTHIQUE ET EN PHILOSOPHIE JURIDIQUE	421
1.1 Les positions bio-éthiques	422
1.1.1 Le concept de personne	422
1.1.2 Les recherches américaines sur le fœtus	426
1.2 La notion de personne en philosophie du droit	433
1.2.1 La théorie des droits subjectifs	434
1.2.2 Le normativisme ou la théorie pure du droit de Kelsen	438
CHAPITRE DEUXIÈME: LA PERSONNE DANS SON EXISTENCE	440
2.1 Préliminaire: La notion de personne morale	441
2.1.1 La personnalité juridique de la corporation dans le droit pénal canadien	441
2.1.2 La personne morale dans le Rapport sur le Code civil du Québec	444

* Cette étude a été demandée par la Section Protection de la Vie de la Commission de Réforme du droit du Canada que l'auteur tient à remercier pour en avoir autorisé la publication. La version définitive de ce texte remonte en novembre 1980.

** Avocate et professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval; elle est maintenant juge du Tribunal de la jeunesse, district de Montréal.

2.2	La question spécifique de l'avortement	445
2.2.1	Les arrêts américains	445
2.2.2	Le droit canadien	447
2.3	La condition juridique de fœtus	449
2.3.1	Le droit pénal	449
2.3.2	Le droit civil et le <i>common law</i>	451

CHAPITRE TROISIÈME: LA PERSONNE DANS SON ESSENCE SELON LE DROIT POSITIF

3.1	Préliminaire: Le caractère polymorphe du concept de personne	458
3.2	La conception minimale de la personne	460
3.2.1	La terminologie du Code criminel	461
3.2.2	La personne victime d'une infraction criminelle: la protection de l'intégrité physique	463
3.2.3	La personne accusée d'infraction criminelle: la compréhension de l'acte	468
3.3	La conception maximale de la personne	474
3.3.1	Le cadre théorique des attributs de la personnalité	474
3.3.2	La protection de l'intégrité physique de la personne	477
3.3.2.1	Les actions pour "wrongful birth" et "wrongful life"	478
3.3.2.2	Les droits de la personne incapable de manifestar sa volonté	480
3.3.3	La protection de l'intégrité morale de la personne	483
	CONCLUSION	486

INTRODUCTION

En 1929, le Conseil privé affirmait que le mot "personne" dans l'article 24 de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique comprenait aussi bien les femmes que les hommes¹.

Cette décision montre à elle seule comment le mot personne est un concept dont le contenu peut varier dans le temps, comme dans "l'espace". Dans le temps, le mot personne reçoit une acception différente selon l'état d'avancement de la société et le développement des connaissances, selon les idées reçues et les valeurs véhiculées².

Dans "l'espace", chaque discipline, chaque science donne une signification différente au mot personne. La personne, l'humain est une notion différente pour le philosophe, le biologiste, le théologien qui en privilégient un aspect³.

Le droit est un miroir qui reflète cette difficulté; il a pour rôle d'une part de traduire l'état d'une société à un moment donné: il évolue donc dans le temps; et comme, d'autre part, il reprend l'ensemble des valeurs, ses concepts seront différents selon qu'il fait appel à la biologie ou à la philosophie, par exemple.

1. *Edwards v. Attorney General for Canada*, (1930) A.C. 124; "A heavy burden lies on an appellant who seeks to set aside a unanimous judgment of the Supreme Court, and this Board will only set aside such a decision after convincing argument and anxious consideration, but having regard: (1.) To the object of the Act — namely, to provide a constitution for Canada, a responsible and developing State; (2.) that the word "person" is ambiguous, and may include members of either sex; (3.) that there are sections in the Act above referred to which show that in some cases the word "person" must include females; (4.) that in some sections the words "male persons" are expressly used when it is desired to confine the matter in issue to males; and (5.) to the provisions of the interpretation Act; their Lordships have come to the conclusion that the word "persons" in s. 24 includes members both of the male and female sex, and that, therefore, the question propounded by the Governor General should be answered in the affirmative, and that women are eligible to be summoned to and become members of the Senate of Canada, and they will humbly advise His Majesty accordingly."

2. On n'a qu'à penser à l'esclave à Rome...

3. Les positions des différents participants au symposium organisé conjointement par le Centre de bio-éthique de Montréal et la Commission de réforme du droit du Canada qui s'est tenu en mai 1978 à Montréal en témoignent. Le thème étudié: *personne et humain — concepts normatifs pour la prise de décision bio-éthique* a permis de mieux réaliser jusqu'à quel point les positions des spécialistes d'une même science pouvaient être divergentes.

Mais à l'heure où les recherches génétiques peuvent prendre des proportions effrayantes⁴, il est nécessaire de s'interroger sur l'idée que le droit se fait de la personne. Et s'il est impossible d'arriver à quelque réponse globale, c'est peut-être alors qu'il faut chercher ailleurs que dans le concept de personne les fondements qui doivent guider les réflexions des juristes comme les interventions de l'État.

Il est cependant impossible de faire une étude linéaire, cartésienne et exhaustive du concept de personne dans le droit. Il faut au contraire procéder de manière impressionniste, empirique et segmentielle. Délibérément, nous laisserons donc de côté complètement certains aspects pour en privilégier d'autres qui nous apparaîtront mieux témoigner d'une "certaine idée" que le droit se fait de la personne: nous travaillerons avec le droit pénal que nous comparerons au droit civil ou au *common law* et nous verrons par cette analyse la portée du concept de personne.

Tout tourne quand même autour de deux pôles: l'existence et l'essence de la personne. Les biologistes s'interrogent sur la vie de l'être humain; les philosophes se penchent sur les composantes de l'être humain pour qu'il soit une personne.

Dans un premier chapitre qui servira ainsi de fondement aux suivants, nous étudierons la notion de personne, dans son existence, par l'analyse des positions des bio-éthiciens et la notion de personne, dans son essence, par l'analyse des positions des philosophes du droit⁵.

Fort de ces prémisses, nous verrons dans un chapitre deuxième comment le droit positif envisage l'existence de la personne: définition de la personne et distinction entre la personne physique et la personne morale, étude du problème particulier de l'avortement et, enfin, tableau de la condition juridique du fœtus.

Enfin, dans un chapitre troisième, nous verrons comment le droit positif reconnaît la personne dans son essence, dans ses composantes, étudie le caractère polymorphe du concept de personne, analyse de la position du droit pénal et de la position du *common law* ou du droit civil où nous essaierons de voir si le droit pénal donne au concept de personne une portée plus limitée que celle que lui donne le droit civil ou le *common law*.

4. "Symposium — Biotechnology and the Law: recombinant D.N.A. and the control of scientific research", (1978) 51 *Southern California L. Rev.* 969-1555. L'ensemble du numéro est consacré à cette question.

5. Nous renvoyons le lecteur pour une analyse très intéressante de la notion de personne pour le droit médical au texte de C.B. GRAY, "The Notion of Person for Medical Law", (1981) 11 *R.D.U.S.* 341.

CHAPITRE PREMIER:

LE CONCEPT DE PERSONNE EN BIO-ÉTHIQUE ET EN PHILOSOPHIE JURIDIQUE

Pour Teilhard de Chardin,

“l’homme ne progresse qu’en élaborant lentement d’âge en âge, l’essence et la totalité d’un univers déposé en lui... C’est à ce grand processus de sublimation qu’il convient d’appliquer avec toute sa force, le terme d’hominisation. L’hominisation, qui est d’abord, si l’on veut, la saute individuelle, instantanée, de l’instinct à la pensée. Mais l’hominisation qui est aussi, en un sens plus large, la spiritualisation phylétique, progressive, en la civilisation humaine, de toutes les forces contenues dans l’Animalité”⁶.

Il lui importe peu de savoir d’ailleurs “à quel moment le nouveau-né peut être dit accéder à l’intelligence, devenu pensant: série continue d’états se succédant dans un même individu depuis l’ovule à l’adulte”⁷.

Dans cette fresque globale de l’univers, il n’est pas nécessaire de s’interroger sur le début de l’hominisation, ni sur les qualités minimales nécessaires pour qu’il y ait PENSÉE; c’est une évolution progressive de l’instinct à la pensée, de l’animal à l’homme.

Pour tenter de connaître quand l’instinct devient pensée, il est nécessaire de regarder les travaux faits depuis une vingtaine d’années en bio-éthique, particulièrement aux États-Unis⁸. Pour saisir les qualités de la pensée exigées par le droit, pour qu’il y ait personne, nous analyserons les écrits de certains philosophes du droit qui nous aideront à comprendre aussi la place de la personne dans le droit. Fort de ces données, nous serons alors en mesure d’étudier en droit positif la personne dans son existence — depuis et jusqu’à quand le droit reconnaît-il à l’être humain le statut de personne — et dans son essence — quelles sont les qualités minimales qu’exige le droit pour qu’il y ait personne.

6. Teilhard de CHARDIN, *Le phénomène humain*, Paris, Le Seuil, 1955, p. 198.

7. *Id.*, 188.

8. Nous nous référons ici, entre autres, principalement aux travaux du Hastings Center.

1.1 Les positions bio-éthiques⁹

Nous envisagerons ici deux aspects de la question: l'aspect théorique et l'aspect pratique, en nous servant des travaux américains.

1.1.1 Le concept de personne

Dans un effort de systématisation remarquable, Gary M. Atkinson tente de déterminer quelles sont les caractéristiques minimales pour qu'un être humain soit une personne¹⁰ en faisant une synthèse des principales études sur la question¹¹. Il détermine aussi 19 différents stages chronologiques dans le processus de développement de l'être humain qui peuvent être autant de seuils à partir desquels l'être devient personne¹²:

- “(1) fertilization...
- (2) nidation or the implantation of the embryo in the wall of uterus...
- (3) the point of stage of the developing blastocyst at which twinning becomes impossible...
- (4) the presence of heartbeat...
- (5) mobility, the achievement of the power to move about spontaneously
- (6) the presence of neocortical functions...

9. On consultera avec profit sur cette question, *Le caractère sacré de la vie ou la qualité de la vie au point de vue de l'éthique, de la médecine et du droit*, Série protection de la vie, étude écrite pour la Commission de réforme du droit au Canada par E.W. KEYSERLINGK, 1979. Dans un chapitre quatrième, l'auteur y étudie le concept normatif de personne. Il y étudie notamment aux pages 84 à 108 les différentes significations du terme personne. Il y reprend, en les expliquant, les travaux de l'américain Joseph Fletcher sur lesquels nous nous pencherons également. On lira avec attention les pages 102 à 105.

10. Gary M. ATKINSON, "Persons in the whole sense", (1977) *American Journal of Jurisprudence* 86 à 118; John FLETCHER, "Abortion, Euthanasia and Care of Defective Newborns", (1975) 292 *New England Journal of Medicine* 75 à 78.

11. FLETCHER, "Indications of Humanhood: A Tentative Profile of Man", (1972) 5 *Hastings Center Report* 1; H. Tristram ENGLEHARDT, "The Antology of Abortion", (1974) 84 *Ethics* 217; Michael TOOLEY, "A Defense of Abortion and Infanticide", in Joel FEINBERG (ed.), *The Problem of Abortion*, Belmont Calif., Woodsworth Pub. Co., 1973; Mary Ann WARREN, "On the Moral and Legal Status of Abortion", in Richard WASSESTROM (ed.), *Today's Moral Problems*, New York, McMillan Pub. Co. Inc., 1975.

12. ATKINSON, *loc. cit.*, note 10, 86 et 87.

- (7) the possession of human appearance around the eighth week
(at this point it is proper to refer to the embryo as a fetus)...
- (8) the possession of a completely formed human body...
- (9) movement felt by the mother...
- (10) viability, the stage at which the fetus is capable of physiological independence of the mother...
- (11) birth, the possession of actual physiological independence from the mother...
- (12) the capability of relations to others, regardless of whether or not any other individual wishes or chooses to relate to the person; the capability of meaningful life...
- (13) the capability of relating to others and the willingness of others to relate to it...
- (14) the possession of a certain minimal level of intelligence...
- (15) the capability of envisaging a future for oneself and of having desires about one's future states, the possession of self consciousness...
- (16) the capacity of entering into a contract...
- (17) the possession of a human or rational, and perhaps immortal soul...
- (18) being an individual with whom we can identify...
- (19) being an individual who is capable of meaningful life..."

Tout au long de son étude, Atkinson tente de démontrer que ces différents critères servent de fondement pour différentes définitions de la personne. Ces critères peuvent se regrouper en trois catégories. Ainsi, ceux qui tendent à définir la personne *en fonction de ce qu'elle fait ou peut faire*. Ce sont les conditions (4), (5), (6), (8), (9), (10), (12), (14), (15), (16). D'autres au contraire sont fonction de la façon dont l'individu est traité: (13), (18); enfin le troisième type fait dépendre la personnalité sur ce qu'est l'individu: (1), (2), (3), (7), (11). Mais certains de ces critères peuvent difficilement entrer dans l'une ou l'autre des catégories. De plus, certains d'entre eux ne sont que des conditions nécessaires, mais non suffisantes.

Les auteurs admettent généralement que c'est le critère quinze qui est le plus important et qui décide s'il y a personne ou pas¹³. Aussi Tooley estime même¹⁴ que compte tenu que le nouveau-né est inca-

13. Notamment, WARREN, ENGLEHARDT et TOOLEY, *loc. cit.*, note 11.

14. TOOLEY, *loc. cit.*, note 11, 59, 89-91.

pable de se projeter dans le futur — comme l'exprime le critère quinze — il n'est pas une personne et partant, le tuer n'est pas un crime. Englehardt¹⁵ ne suit pas Tooley jusque-là. L'infanticide, contrairement à l'avortement, "would involve the destruction of members of species who had begun to play an explicit role within the structure of the family and society, even though they had not yet assumed a full personal life". Quant à Warren, elle se prononce contre l'infanticide mais pour l'avortement pour deux raisons: "first, because although the parents do not want the child, there are many people who would like to have it and would be deprived of a great deal of pleasure by its destruction; second, even if foster parents are not available, many persons would rather support orphanages than allow newborns to be destroyed"¹⁶.

Quant à John Fletcher¹⁷, "four different traits have been nominated to date as the singular esse of humanness; neocortical functions, self consciousness, relational ability and happiness"¹⁸.

Mais en fait, il s'agit de savoir de tous ces critères, lequel est le plus important, lequel est toujours nécessaire et doit être toujours présent¹⁹.

15. ENGLEHARDT, *loc. cit.*, note 11, 292.

16. WARREN, *loc. cit.*, note 11, 231.

17. Tel qu'exposé par ATKINSON, mais aussi John FLETCHER dans "Medicine and the Nature of Man", (1973) 1 *Science, Medicine and Man* 193-102 et "Four Indications of Humanhood — The Enquiry Matures", (1974) 12 *Hastings Center Report* 4 à 7.

18. *Id.*, 5.

19. FLETCHER, *loc. cit.*, note 17, 5: "It should be noted at the outset that of the four discrete cardinal criteria thus far entered, none of them is mutually exclusive of any of the others, any more than the optimal indicators are (sense of time, curiosity, ideomorphic identity, obligation, reason-feeling balance, self-control, changeability, etc.). The decisive question therefore appears to be about precondition. Which one of these traits, if any, is required for the presence of the others? To answer this is to find the criterion among the criteria"; ATKINSON, *loc. cit.*, note 10, 97: "Michael Anthony Slote has presented an analysis, the Theory of Important Criteria, which may be of use here in gaining clarity about the nature of the dispute. Slote has shown that in many disputes over whether or not a general term correctly applies to a particular object, the question at issue is whether or not the object possesses all of the important criteria for the application of the term... It is obvious that his analysis applies to the term *person*. We find a heated debate over whether or not the fetus is a person. The proponents of abortion argue that the fetus is not a person because it is not conscious of itself and not rational. The opponents of abortion reject this contention, arguing that the fetus's lack of self-consciousness is irrelevant because it is an individual (genetically distinct) human being, a child. Neither side will admit that the dispute is only a pseudodispute because the term

Fletcher²⁰ en vient à la conclusion:

"that neocortical function is the key to humanness, the essential trait, the human *sine qua non*. The point is that without the synthesizing function of the cerebral cortex (without thought or mind), whether before it is present or with its end, the person is nonexistent no matter how much the individual's brain stem and mid-brain may continue to provide feelings and regulate autonomic physical functions. To be truly *Homo sapiens* we must be sapient, however minimally. Only this trait or capability is necessary to all of the other traits which go into the fullness of humanness. Therefore this indicator, neocortical function, is the first-order requirement and the key to the definition of a human being. As Robert Williams of the University Medical Center (Seattle) puts it, 'Without mentation the body is of no significant use'".

Quant à Atkinson, après avoir longuement soupesé les valeurs et les contradictions des différents critères²¹, il conclut à la difficulté de s'entendre sur un critère primordial dû au fait que le critère utilisé pourra aussi être choisi en fonction de la position éthique adoptée, en fait, la quadrature du cercle; aussi, estime-t-il, il peut être nécessaire de chercher ailleurs que dans une définition de la personne les raisons éthiques pour justifier telle ou telle position sur l'avortement ou l'infanticide²².

person has several different meanings. Rather, each side maintains that it is talking about the *important* aspects of personhood and that the other side is emphasizing something relatively trivial".

20. FLETCHER, *loc. cit.*, note 17, 5.

21. ATKINSON, *loc. cit.*, note 10, 91 à 117.

22. ATKINSON, *loc. cit.*, note 10, 117: "The absence of a generally accepted definition backed up by an acceptable, nonquestion-begging defense may indicate a possible answer to the question about the moral relevance of species difference. We saw that Tooley believes in the irrelevance of species, and that he does so because he feels that *person* can serve to mark out the boundaries of the moral community in a nonquestion-begging manner. I have argued that it seems likely that *person* cannot be so used. If I am correct in this, then we are forced to find some other measure. Genetic humanity comes to mind, not as providing a sufficient condition for being a person, but as being considered relevant in distinguishing forms of killing, for example. Of course, such a move would require the use of a minimal (and noncontroversial?) definition of *person*, such that nothing that was neither self-conscious nor a member of a species whose adults are normally self-conscious could be a person. We might be able to develop some measure other than that of genetic humanity, but there is a shortage of likely candidates. Self-consciousness would justify infanticide, and consciousness and the ability to experience pain would rule out killing animals for sport and possibly for food. If we do reject the use of *person* here as a question-begging, and reject genetic humanity as a measure of moral humanity, and are unable to discover

Il est indéniable que ces tentatives pour établir les critères constitutifs de la personne sont très utiles parce qu'ils servent à déterminer les positions à prendre, comme en matière d'avortement par exemple. Mais il est certain aussi toutefois que les critères retenus qui aideront à définir et à déterminer une position donnée peuvent aussi, non plus être antérieurs à cette position mais au contraire lui servir, *a posteriori*, de justification.

1.1.2 Les recherches américaines sur le fœtus

Après avoir analysé sommairement comment les bio-éthiciens tentent de définir la personne, nous regarderons maintenant comment les Américains ont contourné le problème de telles définitions en réglementant néanmoins les recherches américaines sur le fœtus.

Les arrêts de la Cour suprême des États-Unis *Roe v. Wade*²³ et *Doe v. Bolton*²⁴, sur lesquels nous reviendrons au chapitre deuxième, semblent avoir marqué un tournant dans les recherches sur le fœtus aux États-Unis. En permettant à la femme d'obtenir un avortement au premier trimestre de la grossesse pour quelque raison que ce soit, la Cour suprême s'est ainsi trouvée, à tout le moins, à favoriser les recherches sur le fœtus pour lesquelles une autopsie doit être pratiquée peu après l'examen²⁵, comme celles où il est à craindre que le

some further criterion, we would logically be driven to the position of treating all species as equals. This is a consequence acceptable to some; but to those for whom such a conclusion is unacceptable a reason can be provided for the moral relevance of species difference: genetic humanity may be the only nonquestion-begging mark we have to distinguish the moral community as it is presently encountered. Is this argument itself question-begging? It must seem so to those who decry 'species chauvinism'. Nevertheless, I am not arguing on behalf of genetic humanity as a mark of moral humanity, and I am certainly not suggesting that genetic humanity is necessary for moral humanity. I merely intend to point out the consequences that follow from a recognition of the difficulty in using a definition of *person* as a condition necessary and sufficient for moral humanity. This argument is presented solely in connection with the relevance of species difference; it is presented only tentatively, as marking out only one of the many possible directions in which we might go."

23. *Roe v. Wade*, (1973) 410 U.S. 113.

24. *Doe v. Bolton*, (1973) 410 U.S. 179.

25. Voir MIRKIN, "Impact of Public Policy on the Development of Drugs for Pregnant Women and Children", (1975) 23 *Clinical Research* 233 tel que cité in "A Symposium on the Report and Recommendations on the National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research — Research on the Fetus: The Impact on Fetal Research of the Report of the National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral

foetus n'en subisse quelque effet nocif²⁶. Tellement d'ailleurs, qu'à partir de 1973, la recherche sur le foetus y devient une question politique que nous étudierons rapidement pour voir comment le problème de la notion de personne s'est posé et a été résolu.

En 1973 et en 1974, le Département de la santé, de l'éducation et du bien-être social américain²⁷ propose une réglementation pour sauvegarder les droits et la santé des personnes qui ne peuvent consentir aux recherches pratiquées sur elles — tels les foetus, les enfants, les prisonniers et les malades mentaux. Cette proposition de réglementation allait donner lieu, si elle était mise en force, à plusieurs problèmes: bureaucratisation, méfiance, etc...²⁸.

Aussi, en juillet 1974, le Congrès américain adopta-t-il le *National Research Act* qui contient un moratoire sur la recherche foetale tant que la Commission qui était alors créée ne ferait pas les recommandations suivantes.

"The secretary may not conduct or support research... on a living human fetus, before or after the induced abortion of such fetus, unless such research is done for the purpose of assuring the survival of such fetus"²⁹.

Le 3 décembre 1974, le Secrétaire d'état à la santé, à l'éducation et au bien-être, Caspar Weinberger, assermentait les 11 membres de la Commission nationale "for the Protection of Human Subjects of Biomedical or Behavioral Research". Cette Commission avait un

Research", (1976-77) *Villanova L. Rev.* 297, 370 (par R.J. LEVINE). Ce symposium comprend en plus d'une introduction, des délibérations et conclusions et des recommandations de la Commission, les textes suivants: D.J. HORAN, "Fetal Experimentation and Federal Regulation", pp. 325 à 356; K. LEBACKZ, "Reflections on the Report and Recommendations of the National Commission: Research on the Fetus", pp. 357 à 366; R.J. LEVINE, "The Impact on Fetal Research of the Report of the National Commission", pp. 367 à 383; D.G. NATHAN, "Fetal Research: an Investigator's View", pp. 386 à 394; J.G. PILON, "Cost Benefit Ethics: the Utilitarian Approach to Fetal Research", pp. 395 à 402; J.P. WILSON, "Fetal Experimentation: Rights of the Father and Questions of Personhood", pp. 403 à 417.

26. "Implications of Restrictions of Fetal Research for Biomedical Advance", (1975) 23 *Clinical Research* 229 in "A Symposium...", *loc. cit.*, note 25, 371.

27. Department of Health, Education and Welfare, (H.E.W.); sur cette question, on pourra aussi consulter E. DELEURY, "Naissance et mort de la personne humaine ou les confrontations de la médecine et du droit", (1976) 16 *C. de D.* 265 aux Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 26, Paris, Dalloz, 1977.

28. Voir R.J. LEVINE, *loc. cit.*, note 25, 372 et ss.

29. *National Research Act*, Pub. L., no 93-348, Title II, s. 213, 88 Stat 353 (1974).

mandat multiple³⁰ et se composait tant d'éthiciens, de médecins que de juristes³¹. La Commission commanda plusieurs études³², tint plusieurs jours d'enquête rendit son rapport "Research on fetus"³³. Dans ce rapport, la Commission fait une analyse des principaux problèmes d'éthique en matière de recherche foetale. Elle détermine les conditions nécessaires probables pour que ces recherches puissent se faire.

"... evidence that pertinent investigations had been conducted in animal models and non pregnant humans, assessment of the risks and benefit of the projects, compliance with procedure to insure that informed consent had been sought and granted under paper conditions"³⁴.

Le rapport de la Commission contient 16 recommandations³⁵. Très schématiquement, elle conclut que les recherches pour fins thérapeutiques sur le fœtus peuvent être encouragées et appuyées si

-
30. "... to identify the basic ethical principles which should govern research involving human subjects and to recommend guidelines and mechanisms for assuring that such principles are observed; to clarify the requirements of informed consent to research in the cases of children, prisoners, and the institutionalized mentally infirm; to investigate the use of psychosurgery and recommend policies for its regulation", tel qu'expliqué in "The National Commission and Fetal Research", (1975) 5 *Hastings Center Report* 11 (June).
 31. *Ibid.*, pour les noms et titres de commissaires.
 32. "The Commission paid close attention to the scientific dimensions of the question; it contracted for three extremely detailed studies, one on the extent and nature of fetal research during the last decade (done by Maurice J. Mahoney of Yale University with the assistance of seven other investigators); another on the relationship between fetal research and medical advances (done by the Battelle Columbus Laboratories); and a third on the operational meaning of "viability" under current medical conditions (done by Richard E. Behrman and Tove S. Rosen of Columbia College of Physicians and Surgeons and Columbia-Presbyterian Medical Center). Another study for the Commission (by Leon R. Kass) analyzes the problem of defining criteria for fetal viability and fetal death; still others (by Alexander Capron and John Wilson) surveyed the state of the law pertaining to fetal experimentation" ainsi qu'un certain nombre d'opinions écrites de spécialistes dont certaines sont reproduites à (1975) 5 *Hastings Center Report* (June).
 33. *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, Report and Recommendations: Research on the Fetus*, DHEW Pub., no (05) 76-127, dont de larges extraits sont reproduits in "A Symposium...", *loc. cit.*, note 25, 300 à 324.
 34. *Ibid.*, tel que cité in P.L. LEHMAN, "The Future of Fetal Research in California: a Proposal for Change", (1978) 15 *San Diego L. Rev.* 859, 878.
 35. "A Symposium...", *loc. cit.*, note 25, qui présente aux pages 311 à 315 l'intégralité de ces recommandations; on y consultera aussi avec profit le rapport dissident du commissaire D.W. LOUISELL, aux pages 315 à 319 et le rapport complémentaire des commissaires LEBACKZ et JANSEN aux pages 320 à 324 sur la notion "risque" dans le domaine de la recherche foetale.

elles remplissent les conditions préalables déjà mentionnées et que les recherches pour fins non thérapeutiques impliquant un fœtus sur le point de naître ou d'être avorté peuvent être faites à la condition que le risque pour le fœtus soit minime. Il en est de même des recherches sur la femme enceinte, à la condition qu'elle donne un consentement libre et éclairé et qu'il y ait pour le fœtus le minimum de risques. Quant à la recherche non thérapeutique ou expérimentale, elle fait l'objet des recommandations 3 à 7 qui peuvent être résumées ainsi:

"Non therapeutic research on the pregnant woman should be evaluated and understood to impose only a minimal risk to the fetus's well-being, and be conducted with the woman's informed consent, particularly with regard to the implications for the fetus, under a monitored process. Further, the nontherapeutic research with the pregnant woman may be carried out "only if the father has not objected, both where abortion is not an issue and where an abortion is anticipated".

All nontherapeutic research with the fetus, whether *in utero*, in an abortion or anticipated abortion, or in the case of a viable infant, must have as its purpose "important biomedical knowledge that cannot be obtained by alternative means" and must be preceded by investigations on animal models and nonpregnant humans (when appropriated).

Nontherapeutic research involving the fetus during the abortion procedure and the nonviable fetus *ex utero* is limited to fetuses less than 20 weeks gestation age. The mother must give properly monitored informed consent, and the father must not object. No "significant procedural changes" may be introduced into the abortion procedure for research purposes alone, and no survival-threatening "intrusion into the fetus" may be made.

A national ethical review board should be established by HEW to approve research presenting special problems under the recommended guidelines, especially as they relate to nontherapeutic work involving the fetus when abortion is anticipated or being carried out, or when it concerns a nonviable fetus *ex utero*. Public attendance and participation in the national review process is urged"³⁶.

La Commission leva aussi le moratoire à la condition que les recherches effectuées répondent aux recommandations formulées. En préface aux délibérations, la Commission affirme:

"Throughout the deliberations of the Commission, the belief has been affirmed that the fetus as a human subject is deserving of care and respect. *Although the Commission has not addressed directly*

36. Cf. "Panel Calls for End to Fetal Study Ban", (1975) 3 *Intercom* 3.

the issues of personhood and the civil status of the fetus, the members of the Commission are convinced that moral concern should extend to all who share human genetic heritage, and that the fetus, regardless of life prospects, should be treated respectfully and with dignity"³⁷.

Le Secrétariat d'état à la santé, à l'éducation et au bien-être promulgua en août 1975³⁸ une réglementation qui, dans l'ensemble, reprenait les recommandations de la Commission³⁹ relativement aux subventions données et aux contrats passés par le département de la santé pour le développement général de la recherche sur les foetus, les femmes enceintes et la fertilisation *in vitro*⁴⁰.

Il est étonnant que la Commission ne se soit pas penchée sur une étude de la notion de personne comme prémisse à ses recommandations, d'autant plus que des études lui avaient été remises sur ces questions⁴¹ qui étaient divergentes dans leurs conclusions⁴². D'ailleurs, Joseph Fletcher⁴³ avait posé à la Commission très clairement

37. *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, Report and Recommendations: Research on the Fetus*, op. cit., note 33, 300. Les italiques sont de nous.

38. 45 CFR, 46.201-301 (1976) tel que cité par J.P. WILSON, *loc. cit.*, note 25, 406.

39. À l'exception du consentement libre et éclairé du père qui fut explicitement exigé pour toute forme d'expérimentation sur le foetus, *in* ou *ex utero*.

40. "Significantly the HEW regulations concerning the fetus and *in vitro* fertilization are part of an overall scheme of research regulation involving the Protection of human subjects although no regulations exist as yet concerning *in vitro* fertilization", D.J. HORAN, *loc. cit.*, note 25, 325 et aussi 330 et ss.

41. Voir entre autres S. BOK, "Ethical Problems of Abortion", (1974) 4 *Hastings Center Report* (janvier); aussi R. WASSERSTROM, "The Status of the Fetus", (1975) 5 *Hastings Center Report* 18 (juin), où il explicite les quatre hypothèses relatives à la nature du foetus: "a) that the fetus is in most if not all morally relevant respects like a fully developed, adult human being; b) that the fetus is in most if not all morally relevant respects like a piece of tissue or a discrete human organ, for example a bunch of hair or a kidney; c) that the fetus is in most if not all morally relevant respects like an animal, such as a dog or a monkey; d) that the fetus is in a distinctive, relatively unique moral category, in which its status is close to but not identical with that of a typical adult".

42. On en vient à la conclusion que le foetus doit être considéré comme l'enfant alors que certains auteurs, comme Wasserstrom par exemple, estiment que le foetus doit être placé dans une catégorie spéciale, ni une personne humaine, ni un tissu humain.

43. FLETCHER, "Fetal Research, and Ethical Appraisal", 3-3 in *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research: Appendix to Report and Recommendations: Research on the Fetus*, (DHEW Pub., no (05) 76-128, 1975, tel que cité dans HORAN, *loc. cit.*, note 25, 351. Les appendices contiennent l'ensemble des documents soumis à la Commission.

la question: "The core question at stake in the ethics of fetal research is whether a fetus is a person" et il concluait que le foetus n'était pas une personne.

De nombreuses critiques ont été faites aux recommandations de la Commission et à la réglementation qui s'en suivit⁴⁴, et certaines se fondent sur l'absence de notions fondamentales, comme celle de "personne". Aussi, tant la Commission que la réglementation américaine créent une nouvelle catégorie d'humains: le foetus non viable *ex utero* sur lequel toute expérimentation peut être faite pourvu qu'il y ait le consentement libre et éclairé des parents:

"Where there is no conflict, the legal rights of the unborn have equal weight with other legal rights. In the fetal experimentation area no conflict exists between the constitutional right of a mother to abort and the legal rights accorded a living, *ex utero* fetus. Consequently, a fetus born alive by either spontaneous or induced abortion is a legal and constitutional person and is entitled to all the rights and respect accorded to any person. If a fetus is dying because of non-viability, this does not mean it should be accorded less respect. The regulations, however, allow non therapeutic experimentation on the non viable fetus *ex utero*, requiring merely that the parent or parents give an informed consent.

... the non viable fetus *ex utero* is a person under the law — and should be included in experimental protocol on the same basis as are other persons. Consequently those sections of the federal regulations involving children should be applicable to the non viable fetus *ex utero*"⁴⁵.

N'aurait-on pas évité ce problème en définissant le concept de personne?

"Nevertheless, in the face of uncertainty, my inclination is to choose a more inclusive definition which regards a non viable fetus with appropriate indices of life as a human person. Those who lack these indices may be presumed dead. This posture ensures that efforts to push back the point of viability will continue, and it clearly assumes the constitutional validity of statutes which require that "living" fetuses *ex utero* be given the benefit of every advance in perinatal care.

A conclusion that the non viable fetus *ex utero* is a person, however, invites questions about the recommendations of the Commission and the subsequent Regulations. Both permit non therapeutic re-

44. Certaines ont d'ailleurs été publiées dans (1975) 5 *Hastings Center Report* (octobre).

45. HORAN, *loc. cit.*, note 25, 338.

search upon this fetus, although such research would be impermissible on other classes of incompetent, dying subjects. Yet the Commission went so far as to say that while the non viable fetus "may not be 'harmed' in the sense of 'injured for life', issues of violation of integrity are nonetheless central". How can the integrity of the non viable fetus be preserved, if it is the subject of non therapeutic experimentation?"⁴⁶

En fait, la Commission a préféré utiliser les notions de risque minimal pour organiser la recherche foetale plutôt que de se pencher sur la qualité de la vie humaine⁴⁷.

Parallèlement, différents états ont légiféré sur la recherche foetale⁴⁸ en faisant parfois des restrictions plus grandes que celles édictées au niveau fédéral⁴⁹.

Les bio-éthiciens au niveau épistémologique ne s'entendent pas sur une définition de la personne et certains pensent même que la réponse doit se trouver ailleurs que dans cette définition. Les législateurs américains eux, dans la mise en oeuvre de la recherche, laissent de côté la notion de personne; par la réglementation plus ou moins laxiste qu'ils proposent, ils introduisent de nouvelles catégories d'êtres humains et donnent lieu à beaucoup de critiques. Bien

46. *Id.*, 415; dans le même sens, s'exprime P.L. LEHMAN, *loc. cit.*, note 34, 885: "One hotly contested decision made by the National Commission is the permissibility of utilization of the non viable fetus *ex utero*. The non viable fetus *ex utero* is a living abortus who cannot survive to childhood even when aided with the most advanced modern medical techniques. Any research performed on such a subject is by definition nontherapeutic. The National Commission recommended that such research be permitted, provided that the fetus was less than twenty weeks gestational age and that no significant procedural changes were introduced into the abortion procedure... Strenuous objection to this type of research is based on two arguments: The fetus at this point technically an infant and should be accorded equivalent rights, and the dying fetus should be treated in the same manner as a dying adult. Under either analogy the non viable fetus *ex utero* is a person under the law and should be accorded the same rights as other persons."

47. D.W. LOUISELL, *loc. cit.*, note 35, 9, dira que la Commission "succumbs to the error of sacrificing the interests of innocent human life to a postulated social need".

48. Pour une énumération des législations étatiques, voir G.L. LEBACKZ, *loc. cit.*, note 25, 860, (note 6).

49. Ainsi en Californie, l'expérimentation est interdite sur un foetus vivant *ex utero*. Le California Health and Safety Code exige qu'un foetus "prematurely born alive in a cause of an abortion be accorded the same rights to medical treatment as any other infant", Cal. Health and Safety Code 25955.9 (West Supp. 1977); au Massachusetts, "no person shall use any live human fetus, whether before or after expulsion from its mother womb, for scientific, laboratory research", Mass. Gen. Laws Am., ch. 112, s. 12J (West Supp. 1977-78).

que très difficile à cerner, la notion de personne n'aurait-elle pas présenté ici quelque élément de solution?

1.2 La notion de personne en philosophie du droit

La portée du concept de personne dépend en droit non seulement du système juridique qui le définit mais aussi des postulats philosophiques qui lui servent de fondement:

“Ni la définition des droits, ni l'appréciation des exigences ou des convenances du bien commun, principe régulateur de la définition, ne peuvent avoir lieu indépendamment d'une certaine conception de l'homme et de la société ou, si l'on veut, d'une table des valeurs. Le droit, la justice ayant à ordonner les rapports des hommes entre eux dans la vie sociale, il importe au préalable de savoir ce que signifient les différents termes de ces rapports: l'homme en soi et relativement aux autres, la société en soi et relativement aux hommes”⁵⁰.

Nous n'avons pas l'intention d'étudier la notion de personne à travers les différentes philosophies qui ont marqué la pensée juridique. La pensée d'Aristote et de Saint-Thomas nous est suffisamment connue. Le grand défenseur de cette école est sans contredit Michel Villey dont on peut d'ailleurs lire les écrits avec beaucoup d'intérêt⁵¹.

Nous ne pensons pas nous attarder aux doctrines réalistes qui situent le droit dans le fait. Ainsi, Hobbes définit le Léviathan:

“The right of nature, which writers commonly call jus naturale, is the liberty each man hath, to use his own power, as he will himself, for the preservation of his own nature; that is to say of his own life, and consequently of doing anything, which in his own judgment, and reason, he shall conceive to be the aptest means there-unto”⁵².

Hobbes, affirme le philosophe du droit Villey:

“... fonde le droit sur une loi, mais c'est seulement une loi qui est interne à l'être humain individuel, que chacun trouve dans sa conscience ou dans son instinct naturel ce qui l'oblige moralement, ou

50. J. DABIN, “Droit subjectif et subjectivisme juridique”, in *Le droit subjectif en question*, Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 1964, pp. 17 à 37, à la page 25.

51. Notamment, on peut lire *Seize essais de philosophie du droit*, Collection Philosophie du droit, Paris, Dalloz, 1969. Au chapitre 6 traitant d'ontologie juridique; pour une critique en règle de ce retour aux critères classiques pour expliquer les fondements du droit, voir *loc. cit.*, note 50, 16 et ss.

52. HOBBS, *El. of Law*, 1.1.6; *De cive*, 1.7 et s.; *Léviathan* I, c. SIV, tel que cité in VILLEY, *op. cit.*, note 51, 188.

l'incline à se conserver; à se conduire, selon sa raison, "for the preservation of his own nature; that is to say of his own life", dit le texte du Léviathan. Que ce devoir existe pour chacun, dans l'état de nature, implique le droit aux moyens qu'exige son accomplissement: donc à se défendre et même, nous le verrons, à se saisir de tous les biens utiles à cette fin"⁵³.

C'est donc le droit naturel de l'individu qui est le principe de système; et comme poursuit Villey⁵⁴ sur le plan politique

"... les citoyens, [dans la doctrine de Hobbes] en concluant le contrat social, n'abdiquent pas toute leur liberté... ils en retiennent une part qui est déclarée inaliénable (*El. of law*, I. IV. 2; *Lev.*, chap. XIV, O.L., p. 105 et s.; chap. XXI, p. 161 et s., etc...). Non seulement le citoyen conserve la liberté de sa conscience, sur quoi Léviathan n'a pas prise, mais son droit de légitime défense auquel il serait fou de renoncer (*jus contra vim se defendi necessario retinetur*) (*ibid.*, p. 109). Personne ne saurait abdiquer son droit de défendre sa vie. Aussi dès que Léviathan cesserait de lui rendre service, l'homme reprendrait sa liberté (*ibid.*, p. 168, etc...)".

Mais il importe surtout, à notre sens, de nous attarder sur deux thèmes philosophiques qui, au XXe siècle, sont venus marquer la pensée juridique: d'une part, la théorie pure du droit ou le normativisme avec Hans Kelsen et, d'autre part, la théorie des droits subjectifs avec comme principal tenant Jean Dabin.

1.2.1 La théorie des droits subjectifs

L'idée du droit subjectif qui est apparue au cours des temps modernes est utilisée comme fondement dans les droits occidentaux. Elle est une explication rationnelle de l'ordonnancement juridique et, en ce sens, il est intéressant de voir quelle est la notion de personne qui y est retenue.

"C'est l'*Aufklärung* (le rationalisme) et la conception du droit naturel qu'elle développe qui firent de l'idée du droit subjectif un concept central du droit. On avait pris pour point de départ la théorie des droits de l'homme à l'état de nature, droits parmi lesquels apparaissait au premier plan celui à la conservation de soi et à la liberté. La lecture du "Treatise of Civil Government" (1696) de John Locke nous montre une représentation qui part d'un droit originel à la vie et à la conservation de soi, d'un droit originel de l'homme à disposer de sa personne pour développer le droit aux fruits de la

53. *Id.*, 189.

54. *Id.*, 196.

personne et par là la propriété. La théorie du Contrat Social proclame que le but de l'État est la conservation des droits originels qui reviennent à l'homme en vertu du droit naturel. Là encore, citons Locke:

'Men being, as has been said, by nature all free, equal, and independent, no one can be put out of this estate and subjected to the political power of another without his own consent, which is done by agreeing with other men, to join and unite into a community for their comfortable, safe, and peaceable living, one amongst another, in a secure enjoyment of their properties, and a greater security against any that are not of it'.

'The great and chief end, therefore, of men uniting into common-wealths, and putting themselves under government, is the preservation of their property'.

L'État, créé par le contrat, assume la protection de ces droits: ce faisant, il entraîne la transformation des droits humains originels et fondés par le droit naturel, en droits subjectifs, en vertu du droit positif⁵⁵.

Les droits subjectifs ressortissaient d'abord au droit public à cause de la façon dont cette idée s'était constituée mais elle est reprise par la théorie du droit privé⁵⁶.

Bien qu'il soit exact de dire que ce concept de droit subjectif est apparu surtout en théorie juridique française ou allemande, il a été d'une manière générale repris et critiqué.

Quelle est la notion de personne qui y est retenue?

La notion de droit subjectif, comme beaucoup d'autres catégories juridiques, est une "forme neutre"⁵⁷.

"Ainsi le demande la nature sociale et politique de l'homme, qui le pousse à vivre en union organique avec ses semblables, les "droits de l'homme" devant de toute façon être sauvegardés, puisque l'ensemble groupe des personnes humaines et que le bien de l'ensemble ne saurait procéder de la méconnaissance, au détriment des membres, de leur qualité de personne. C'est dans cette direction, à la fois sociale et soucieuse des droits de la personne, qu'a évolué, à la suite

55. H. COING, "Signification de la notion de droit subjectif", in *Le droit subjectif en question*, op. cit., note 50, 1.

56. "La notion centrale du droit privé... est le droit subjectif", dit en 1910 Andreas Von Tuhr in *Der Allgemeine Teil des B.G.B.*, t. 1, 1910, p. 53, cité in COING, loc. cit., note 55, 3.

57. L'expression est de Jean DABIN, loc. cit., note 50, 27.

d'un droit objectif transformé, le droit subjectif d'aujourd'hui, au moins dans les pays exempts de régime totalitaire⁵⁸.

Quelle place tient l'homme dans cette théorie, quelle portée a le concept de personne?

Il faut se référer à la philosophie qui est préalable et qui dicte la solution juridique: c'est le droit subjectif moral qui appelle le droit subjectif juridique: "La personnalité selon la science, appelle la personnalité selon le droit"⁵⁹.

"... si l'homme n'est point sujet de droit, qui le sera? En réalité, l'homme est sujet de droit parce qu'il a des droits; et il a des droits parce qu'il est une *personne*, une personne au sens scientifique et philosophique. En ce point précis se noue la liaison entre la personnalité selon le droit et la personnalité selon la science. L'être qui est personne selon la science a nécessairement des biens en propre, qui lui appartiennent et dont il est le maître formant dès lors l'objet de droits inviolables dignes de la protection du droit objectif... Refuser à l'homme le titre de sujet de droit, ce serait le nier dans sa nature de personne humaine, la personne humaine ne pouvant vivre, dans la vie sociale, n'étant même pas concevable sans droit.

Sujet de droit *unique* évidemment, car si les droits sont multiples, la personne humaine est une et indivisible. Sujet *sans intermittence*, car la personne humaine subsiste, dans son être et dans ses droits, quoi que l'homme fasse et même durant son sommeil"⁶⁰.

Aussi, pour Dabin⁶¹, la dénégation de la personnalité selon le droit n'est que la suite d'une certaine conception philosophique⁶².

58. *Ibid.*

59. J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, 115. Voir aussi dans le même sens H. KIMMEL et M. TOOLEY, "Abortion: an Inspection into the Nature of Human Life and Potential Consequences of Legalizing its Destruction", (1977) 46 *Cincinnati L.R.* 725, 819: "Where then should one look to determine who is a human being? The inquiry is of its nature extra-legal because, at the level of natural rights, it is prelegal. One therefore must look to other disciplines for a resolution. Herein, we conclude through both scientific and logical expositions that a human being — a person is from the moment of the conception".

60. J. DABIN, *op. cit.*, note 59, 115 et 116.

61. Certains auteurs poussant à l'extrême la théorie du droit-volonté ont prétendu que l'individu pendant le temps où il dort n'est plus vraiment une personne; il serait sans doute préférable de qualifier ces états, à l'instar de Jean CARBONNIER dans *Flexible droit*, Paris, 1969, de "zones de non droit".

62. Il est vrai que le droit peut rester figé tandis que les idées sociales et morales évoluent. Mais comme le dit DABIN, *op. cit.*, note 59, 116, à propos de l'esclave romain, "les mœurs finiront bien d'ailleurs par l'emporter, forçant les institutions à se mettre au pas et à déclarer personne selon le droit les êtres auxquels est attribuée

Aussi la loi positive protège l'individu sans raison, parce qu'elle le tient pour un sujet de droit⁶³:

"On ne saurait nier, pourtant, que les individus inconscients ou de volonté faible aient des droits à eux propres, pécuniaires et extra-pécuniaires, aussi entiers que ceux des personnes en possession de la plénitude de leurs facultés. Des *droits*, et non pas seulement des *intérêts* au sens de Ihering, — c'est-à-dire d'une utilité ou d'une jouissance, même protégée, — parce que, nonobstant leur état d'inconscience ou de moindre conscience, ces individus humains ne cessent pas d'être, au sens philosophique, des personnes, dont les propriétés ou appartenances, et, en ce sens, les intérêts, s'imposent au respect de tout le monde".

Cette théorie des droits subjectifs, qui est souvent critiquée dans son étendue⁶⁴, est reprise très généralement et la notion de personne, sujet de droit, reflète d'ailleurs la position juridique traditionnelle⁶⁵. Selon cette doctrine, c'est donc du côté de la philosophie qu'il faut regarder pour savoir qui est cette personne que le droit reconnaît⁶⁶.

Et cette reconnaissance juridique se manifeste par des droits et des actions. En dernière analyse, c'est l'étude de ces droits et actions conférés qui détermine l'idée que le droit se fait de la personne. Ce sera l'objet de notre chapitre troisième. Comme le note cependant Dabin dans sa théorie générale du droit⁶⁷:

"Le droit énonce des règles qui manifestent sa présence: à quoi servirait-il s'il se désintéressait de la protection des personnes en premier lieu dans ce qui leur tient de plus près, leur personne même? Mais sa protection est courte et, quoi qu'il fasse pour perfectionner ses outils, il ne dépassera jamais la couche superficielle de la matière de la personnalité."

Mais si la doctrine contemporaine reconnaît très généralement l'idée de personne sujet de droit, certains auteurs contestent globalement la conception de droit subjectif.

valeur de personne en réalité: nouvelle confirmation de cette loi que la personne selon la philosophie est nécessairement ou sera, tôt ou tard, sujet de droit".

63. *Id.*, 119.

64. Voir en ce sens H. COING, *loc. cit.*, note 55, 4 et ss.

65. Voir en ce sens CARBONNIER, *Droit civil*, tome premier, *Introduction à l'étude du droit civil*, Paris, P.U.F., p. 178.

66. Voir à ce sujet P.G. RENARD, *La philosophie de l'institution*, Paris, Sirey, 1939, p. 135: "Avec les choses la personne tranche par sa nature raisonnable et libre. Ce qui la caractérise, aux yeux du sens commun, c'est la liberté, la maîtrise de soi. Mais la liberté, pour ce même sens commun, suppose l'intelligence qui délibère et la conscience de soi; et la conscience du *moi* suppose à son tour précisément le *moi*,

1.2.2 Le normativisme ou la théorie pure du droit de Kelsen

Kelsen dans sa théorie pure du droit⁶⁸ rejette la doctrine traditionnelle qui identifie la notion de sujet de droit avec celle de personne et qui pose comme définition que l'homme est une personne en tant qu'il est sujet de droit ou d'obligations. Selon Kelsen:

“La notion de ‘porteurs’ de droits et d’obligations joue dans la théorie traditionnelle de la personne juridique un rôle décisif. Lorsque le ‘porteur’ de tels ou tels droits et obligations juridiques est un être humain, on le qualifie de personne physique; lorsque ce sont ces autres entités, on les qualifie de personnes juridiques. Et l’on expose que la personne physique est une personne ‘naturelle’, alors que la personne juridique est une personne ‘artificielle’, c’est-à-dire construite par la science du droit, et non ‘réelle’.”⁶⁹

Pour Kelsen, ces tentatives de définir la personne sont vaines; la personne physique est, elle aussi, une construction artificielle de la science du droit; elle n’est aussi qu’une personne juridique. Quand la doctrine traditionnelle affirme que l’ordre juridique attribue à l’hom-

qui est, à proprement parler, la personne. Cela est clair. La personne ou le moi est donc conçu par tout le monde, au même titre que les choses, comme une substance, car, antérieurement aux phénomènes et au devenir, il y a l’être qui apparaît et change d’apparence. Mais c’est une substance d’un ordre plus élevé que les autres, une substance douée de raison et conséquemment de liberté. La définition de la personne donnée par Boèce ne fait que traduire cette notion de sens commun: *persona est rationalis naturae individua substantia*: nul, remarque Boèce, n’a jamais dit: la personne d’une pierre ou d’un boeuf’. Avec les *natures* la personne tranche comme un sujet d’attribution avec ce qui lui est attribué: mon caractère, mon intelligence, mes facultés, mes actes et mes abstentions et les responsabilités qui s’ensuivent me sont attribués, et non moi à eux. Ainsi dit-on que la nature raisonnable (âme et corps) convient au *moi*, ‘mais on ne dit pas qu’il convient à cette nature: il la possède à titre de partie essentielle, comme il possède ses opérations à titre de parties accidentelles, transitoires. La personne est donc un *tout* composé d’éléments essentiels et permanents et d’éléments passagers, et c’est à ce tout, et non pas à ses parties, qu’on attribue l’existence et l’action. Ce qui existe, c’est Pierre et non pas sa nature humaine, de même que c’est Pierre qui agit, qui veut par sa volonté, ce n’est pas sa volonté qui veut... La personne est un tout existant ou subsistant séparément, *ce qui existe*, *ce qui agit*, tandis que la nature est *ce par quoi* ce tout est essentiellement constitué, l’intelligence *ce par quoi* il émet des actes de connaissance’, comme ses yeux *ce par quoi* il voit et ses oreilles *ce par quoi* il entend. Ainsi s’exprime la philosophie”. Les italiques sont de l’auteur.

67. Jean DABIN, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1969, 149.

68. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1967.

69. *Id.*, 229.

me ou à certains hommes la personnalité juridique, la qualité d'être une personne, elle veut dire⁷⁰:

"... que l'ordre juridique impose des obligations et accorde des droits aux hommes ou à ces hommes; c'est-à-dire que cet ordre fait de la conduite d'êtres humains le contenu d'obligations et de droits. 'Être une personne' ou 'avoir la personnalité juridique', est identique à avoir des obligations juridiques et des droits subjectifs. La personne en tant que 'porteur' d'obligations juridiques et de droits subjectifs n'est pas un élément distinct des obligations juridiques et des droits subjectifs dont on la présente comme 'porteur', — non plus qu'un arbre — dont on dit dans une langue substantiviste, qui est l'expression d'une pensée substantialisante — qu'il a un tronc, des branches, des feuilles et des bourgeons n'est une substance différente de ce tronc, de ces branches, de ces feuilles et de ces bourgeons; l'arbre est tout simplement l'ensemble de ces éléments, leur unité."

Kelsen rejette aussi la théorie traditionnelle, telle qu'entendue généralement. Pour lui, c'est nécessairement par des actes humains qu'un droit peut exister, qu'une obligation est exécutée ou au contraire violée. Ce n'est donc pas le fait de "concerner" ou de se "rapporter à" des personnes qui peut constituer l'élément qui différencie personne physique ou naturelle et personne juridique ou artificielle.

"Et, par conséquent, on ne peut pas définir la personne physique non plus — pour l'opposer à la personne juridique — comme un individu présentant certaines qualités, à savoir le fait d'avoir des droits et des obligations. Il faut rejeter pareille définition au même titre que la définition du droit subjectif comme un intérêt juridiquement protégé. De même que le droit subjectif n'est pas un intérêt — protégé par le droit —, mais la protection juridique d'un intérêt, la personne physique n'est pas l'individu qui a des obligations ou des droits, *mais une unité d'obligations et de droits qui ont pour contenu la conduite d'un individu déterminé*"⁷¹.

Pour Kelsen, le problème de la personne est donc en dernière analyse le problème de l'unité complexe de normes. Aussi, la personne physique n'est pas un homme "mais l'unité personnifiée des normes juridiques qui obligent et des normes juridiques qui investissent de droits un seul et même individu"⁷². Aussi, la personne n'est pas une réalité naturelle, mais une construction juridique créée par la science du droit, un concept auxiliaire dans la description et

70. *Ibid.*

71. *Id.*, 230. Les italiques sont de nous.

72. *Id.*, 231.

formulation des données de droit subjectif. En ce sens, conclut Kelsen⁷³ "la personne physique est une personne juridique".

La définition de la personne comme étant une unité d'obligations et de droits qui ont pour contenu la conduite d'un individu déterminé est évidemment à l'opposé de la position "réaliste" des bio-éthiciens étudiée précédemment. Ce normativisme peut nous être très utile pour cerner en droit positif le concept de personne. Car il faut considérer, nous semble-t-il, la personne en droit positif à l'aide de ces deux paramètres: d'une part, dans son existence et toutes les réflexions des bio-éthiciens nous seront indispensables, mais aussi dans son essence, dans ses composantes juridiques et la position de Kelsen, si elle ne sert pas de fondement, peut être utilisée comme explication.

CHAPITRE DEUXIÈME:

LA PERSONNE DANS SON EXISTENCE

À partir de quand et jusqu'à quand le droit positif reconnaît-il à un être humain le statut de personne? C'est là une interrogation fondamentale que le droit s'est posé notamment au cours des années soixante-dix. Nous essaierons donc succinctement de faire un tour d'horizon et de répondre à cette question. Nous verrons d'abord la notion de personne physique et la distinction que fait le droit entre personne physique, d'une part, et personne morale, d'autre part. Puis, nous verrons la question spécifique de l'avortement. Enfin, nous terminerons en étudiant la condition juridique du fœtus.

Nous ne traiterons donc, dans ce chapitre, que de l'un des pôles de l'"existence" de la personne, soit le début de la vie. Nous laissons délibérément de côté la mort⁷⁴, car les conditions d'existence, si nous réussissons à les isoler, seront les mêmes du début à la fin.

73. *Ibid.*

74. Voir, pour une étude de la mort, le document de la COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les critères de détermination de la mort*, Protection de la vie, Document de travail 23, 1979, p. 60, on y lit: "La conception de la mort que le législateur doit refléter est une conception unitaire... Toutefois, pour le public, ce qui compte n'est pas la mort cellulaire, ni même la mort d'un organe, mais bien la mort d'une *personne*, d'un être dans sa totalité". (Les italiques sont dans le texte).

2.1 Préliminaire: La notion de personne morale

Le droit distingue traditionnellement les personnes physiques et morales, qui ont toutes deux la personnalité juridique⁷⁵; les personnes morales jouissent d'une personnalité distincte de celle de leurs membres⁷⁶. En quoi la personnalité des personnes morales diffère-t-elle de celle des personnes physiques? Comme le dit J.-T. Delos, dans une étude sur la théorie de l'institution⁷⁷:

"Reconnaître, *sans fiction*, à certaines d'entre elles la personnalité, c'est simplement constater et attester chez elles l'existence d'une qualité, d'un mode d'être, qui leur est intrinsèque, de même que reconnaître à l'individu humain la personnalité, c'est constater son aptitude naturelle à agir en connaissance de cause, et avec la pleine maîtrise de ses actes. La reconnaissance de la 'réalité' de la personnalité morale, ni fiction, ni métaphore, est une conséquence de la reconnaissance de la 'réalité' des corps sociaux; car la personnalité n'est qu'une manière d'être propre à certains de ces corps, et constatée chez eux."

Comparer personne physique et personne morale en montrant en quoi la personne morale est différente de la personne physique permet de mieux pointer les composantes de la personne physique. Aussi, nous étudierons ce particularisme tant dans le droit pénal canadien que dans le projet de réforme de Code civil du Québec⁷⁸.

2.1.1 La personnalité juridique de la corporation dans le droit pénal canadien

La personne morale qu'est la corporation a une existence autonome de chacun de ses membres mais n'est pas une personne physique; aussi le droit criminel a longtemps hésité à lui reconnaître une

75. Par exemple, en droit québécois, les articles 352 et ss. du Code civil. Voir *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, c. 1-23.

76. Depuis 1897, avec l'arrêt célèbre du Conseil privé, *Salomon v. Salomon*, (1897) A.C. 22; cette position est critiquée par P.G. RENARD, *op. cit.*, note 66, chapitre I, p. 155; il ne parle d'ailleurs pas de l'arrêt *Salomon*.

77. "La théorie de l'institution — la solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif, in *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, volume 1, 1931, pp. 97 à 119; pour une étude très fouillée sur la personnalité civile des associations et des fondations en droit comparé, voir Raymond SALEILLES, *De la personnalité juridique — Histoire et théories — vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur la personne juridique*, 2e éd., Paris, 1922, notamment aux pages 631 et ss.

78. OFFICE DE REVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, projet de Code civil, Éditeur officiel, 1977.

responsabilité propre. Parmi les arguments principalement avancés, il y avait celui que la corporation ne peut avoir de *mens rea* (elle n'a pas de volonté), et ne peut non plus commettre l'*actus reus* (elle n'a pas de corps physique)⁷⁹.

Le droit pénal canadien a surmonté les objections procédurales du *common law* à la condamnation d'une corporation en édictant les articles 548 à 551, qui traitent de la comparution par avocat, de l'avis à être envoyé à la corporation, de la procédure à suivre si la corporation ne comparaît pas et enfin, du procès de la corporation.

Mais, au-delà de ces différences de procédure, en quoi substantiellement le droit pénal reconnaît-il un "statut particulier" à la corporation?

La responsabilité des corporations a d'abord été reconnue lorsqu'il s'agissait d'omissions, celles-ci étant plus faciles à imputer à la corporation⁸⁰. Mais:

"De nos jours, il y a peu d'exceptions à la responsabilité pénale ou criminelle des 'corporations'. Bien que fictive, une 'corporation' est une personne et elle peut, à l'instar d'une personne naturelle, 'poursuivre et être poursuivie'. Ces mots, de l'article 20 de la loi d'interprétation et la définition des mots 'quiconque', 'individu', 'personne', à l'article 2 du Code criminel indiquent bien qu'une 'corporation' peut être poursuivie tant pour un acte criminel que pour une infraction dont un élément essentiel est la *mens rea*.

Mais, parce qu'elle est personne morale, la 'corporation' ne peut être emprisonnée. Nous savons, par l'article 647 du Code criminel, qu'une amende — au lieu de l'emprisonnement — doit être imposée à une 'corporation' reconnue coupable. Toutefois, pour que l'amende soit substituée à l'emprisonnement, il faut que la peine prévue soit susceptible d'emprisonnement. Or il y a des crimes dont le châtiment ne peut être que la peine capitale. Il en est ainsi du meurtre qualifié [218 C. cr.] et de la trahison énoncée à l'article 47 (1) (a) du Code criminel. On doit donc conclure qu'une 'corporation' ne peut être déclarée coupable de meurtre qualifié ou de trahison. Enfin, à cause de la nature de certains crimes, une 'corporation' ne peut être l'auteur d'une bigamie [255 C. cr.], d'un mariage feint [256 C. cr.], d'un parjure [120 C. cr.].

Si une 'corporation' ne peut être 'l'auteur' d'une bigamie, d'un mariage feint et d'un parjure, je ne vois aucune bonne raison pour refuser de penser qu'elle puisse y être partie comme complice. Il en est

79. Voir en ce sens STEPHENS, *History of Criminal Law*, vol. 11, 61; tel que cité in MEWETT and MANNING, *Criminal Law*, Toronto, Butterworths, 1978, p. 36.

80. Irénée LAGARDE, *Droit pénal canadien*, vol. 1, Wilson & Lafleur, 1974, p. 1442.

de même, me semble-t-il, de complicité à un meurtre non qualifié qui est puni par l'emprisonnement à perpétuité."

Mewett et Manning pensent également qu'une corporation pourrait être reconnue coupable d'homicide involontaire: "If the requisite *mens rea* and *actus reus* can be imputed to the company, there seems no reason why the latter should not be liable, even for one of those offences"⁸¹.

Pour l'établissement de la *mens rea* d'une corporation, les tribunaux ont élaboré la doctrine de l'*alter ego*: "si une ou des personnes exerçant les pouvoirs corporatifs commettent une infraction qui exige la *mens rea*, la corporation devient responsable de cette infraction criminelle puisqu'elle a agi par l'intermédiaire de son organe"⁸².

Aussi, les crimes qui ne peuvent être imputés aux corporations sont seulement ceux qui ne peuvent être commis par délégation ou dont la seule peine consiste en un châtement corporel⁸³. Les tribunaux ont, entre autres, reconnu que la corporation peut être déclarée coupable de détournements de fonds⁸⁴, de conspiration pour frauder⁸⁵, d'homicide involontaire⁸⁶, de conspiration pour restreindre le commerce⁸⁷, de nombre d'offenses statutaires⁸⁸, de publier des revues obscènes⁸⁹ ou de tenir une maison de débauche⁹⁰.

Comme le notent avec nostalgie Mewett et Manning⁹¹:

"Furthermore, a corporation has the power of going out of exis-

81. MEWETT and MANNING, *op. cit.*, note 79, 37.

82. Irénée LAGARDE, *op. cit.*, note 80, 1441. Lagarde explique de plus les conditions d'application de pareille doctrine.

83. *R. v. I.C.R. Haulage Ltd.*, (1944) K.B. 551, 1 All E.R. 691, 30 Cr. App. R. 31.

84. *R. v. Fane Robinson Ltd.*, (1941) 76 C.C.C. 196; (1941) 2 W.W.R. 235; (1941) 3 D.L.R. 409 (Alta C.A.).

85. *Supra*, note 83.

86. *Union Colliery Co. v. The Queen*, (1900-1901) 31 S.C.R. 81, 4 C.C.C. 400.

87. *R. v. O'Connel Ltd.*, (1962) B.R. 666.

88. *Piggly Wiggly Can. Ltd.*, (1933) 60 C.C.C. 104 (C.A.); (1933) 2 W.W.R. 475; (1933) 4 D.L.R. 491; 41 Man. R. 249 (C.A.); *Safeway Stores Ltd.*, (1938) 70 C.C.C. 393; (1936) 1 D.L.R. 46 (Sask. C.D.).

89. *Foothills Recreation Ass.*, (1941) 75 C.C.C. 179; (1941) 1 W.W.R. 298; (1941) 2 D.L.R. 203 (Alta C.A.).

90. *Prairie Schooner News*, (1970) 1 C.C.C. (2d) 251; 75 W.W.R. 585; 12 Crim. L.A. 462 (Man. C.A.); *Times Square Cinemas Ltd.*, (1971) 3 O.R. 688; 4 C.C.C. (2d) 229.

91. MEWETT and MANNING, *op. cit.*, note 79, 38.

tence between the time of the commission of the offence and the prosecution. If an individual commits suicide he obviously cannot be prosecuted, but in practice it is not too much of a problem. However, where a corporation does commit an offence, it may later be dissolved thus leaving the only possible criminal sanction against the individuals involved".

Aux termes du droit pénal canadien, les seuls actes et les seules condamnations qui seront différents pour la personne morale seront ceux où le corps de la personne physique est en cause.

En assimilant à toutes fins pratiques personne morale et personne physique, le droit pénal ne fait donc pas ressortir comme telles les constituantes propres à la personne physique: seule peut être signalée la *mens rea* que le droit pénal applique, par analogie, à la corporation.

2.1.2 La personne morale dans le Rapport sur le Code civil du Québec

Le Rapport sur le Code civil du Québec énonce:

"Tout être humain possède la personnalité juridique"

(art. 1, livre I)

"La personnalité juridique est accordée aux personnes morales créées conformément à la loi"

(art. 2, livre I)

"Toute personne est titulaire d'un patrimoine composé de l'universalité de ses biens et de ses dettes.

Elle est aussi titulaire des droits et devoirs extra-patrimoniaux propres à son état".

(art. 4, livre I)

Alors que les deux premiers articles reprennent les textes du Code actuel, le quatrième est de droit nouveau. Le Rapport met sur le même pied les personnes physiques et les personnes morales, à quelques distinctions près⁹². Mais déjà dans le droit actuel, cette identification existe: "Comme personne, elle (la corporation) a encore une réputation qu'elle peut défendre contre toute atteinte"⁹³.

92. Pour une critique du Rapport de l'Office sur cette question, voir E. DELEURY et R. DEMERS, "Le rapport de l'Office de révision du Code civil sur la personnalité juridique", (1977) 18 C. de D. 859.

93. J. SMITH et Y. RENAUD, *Droit québécois des corporations commerciales*, vol. I, Judico Inc., Montréal, 1974, p. 42, et la nombreuse jurisprudence en la matière.

La personne morale a un nom, elle a un domicile, elle a le plein exercice de ses droits civils sauf quant à ce qui est propre à la personne humaine⁹⁴ et elle a droit au respect de sa vie privée⁹⁵.

Le Rapport ne définit pas cependant les conditions minimales pour qu'il y ait personnalité, ni ce qu'il englobe dans la notion de personne, non plus qu'il ne présente en commentaire une analyse ou une énumération des fondements de la personnalité. La personnalité juridique implique la pleine jouissance des droits civils⁹⁶ et l'impossibilité d'y renoncer de même qu'à ses libertés fondamentales⁹⁷. La personne physique et la personne morale sont des personnes au sens du droit, parce qu'elles ont la personnalité juridique, et elles sont dotées de personnalité juridique parce qu'elles ont des obligations et des droits patrimoniaux et extra-patrimoniaux; elles sont personnes parce qu'elles sont sujets de droit.

2.2 La question spécifique de l'avortement

Les grandes interrogations juridiques sur la notion de personne dans la doctrine contemporaine, américaine notamment, sont reliées au débat sur l'avortement. Nous verrons donc, en premier, les grands arrêts américains et leur critique pour ensuite étudier la position du droit canadien.

2.2.1 Les arrêts américains

Le 22 janvier 1973, la Cour suprême des États-Unis, dans des arrêts célèbres *Roe v. Wade* et *Doe v. Bolton*⁹⁸, faisait connaître sa position en matière d'avortement et, du même coup, définissait ce qu'est une personne pour le droit constitutionnel américain. Elle a, en effet, décidé que le fœtus n'est pas une personne au sens du 14^e amendement américain⁹⁹: nulle part en effet, affirme-t-elle, la Cons-

94. Rapport sur le Code civil du Québec, *op. cit.*, note 78, art. 7.

95. *Id.*, arts 12 à 15.

96. *Id.*, art. 3.

97. *Id.*, art. 5.

98. *Supra*, notes 23 et 24; ces arrêts ont donné lieu à une très abondante littérature juridique américaine et étrangère; pour une discussion des arguments constitutionnels utilisés par la Cour suprême, voir notamment ELY, "The Wages of Crying Wolf: a Comment on *Roe v. Wade*", (1973) 82 *Yale L.J.* 920.

99. Cet amendement se lit: "Tout individu né ou naturalisé dans les États-Unis et soumis à leur juridiction est citoyen des États-Unis et de l'État où il réside. Aucun État ne pourra faire appliquer des lois restreignant les privilèges ou les immunités

titution ne définit ce qu'est une personne; mais, après un examen des différents articles où le mot se retrouve¹⁰⁰, la Cour suprême en vient à la conclusion: "but in nearly all these instances, the use of the word is such that it is application only post nately"¹⁰¹.

La Cour suprême des États-Unis ne traite aucunement du statut juridique du fœtus *in utero*; bien plus, pour la Cour suprême, la vie commence à la naissance:

"Law has been reluctant to endorse any theory that life begins before live birth or to accord legal rights to the unborn except in narrowly defined situations and except when the rights are contingent upon live birth."

Et la Cour suprême ajoute: "... in short the unborns have never been recognized in the law as persons in the whole sense... the fetus, at most, represents only the potentiality of life"¹⁰².

Un peu moins de trois années plus tard, soit le 1er juillet 1976, la Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *Planned Parenthood v. Danforth*¹⁰³ traitait à nouveau de la question de l'avortement; elle déclarait inconstitutionnels certains articles d'une loi du Missouri qui exigeait le consentement écrit du mari lorsque l'avortement était fait dans les douze premières semaines de la grossesse à moins qu'un médecin n'atteste que l'avortement devait avoir lieu pour protéger la vie de la mère¹⁰⁴.

Ces arrêts de la Cour suprême américaine ont soulevé aux États-Unis à nouveau toutes les querelles sur la recherche foetale par la légalisation de l'avortement sur demande. Mais de plus "the decision was responsible for heightened public awareness of the ethical dilemmas associated with the issue of whether fetal rights should be recognized"¹⁰⁵.

des citoyens des États-Unis; aucun État ne pourra non plus priver une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans une procédure légale ni refuser à quiconque relève de sa juridiction une égale protection des lois".

100. "The constitution does not define 'person' in so many words. Section 1 of the Fourteenth amendment contains three references to 'person'. The first in defining 'citizens' speaks of 'persons born or naturalized in the United States'; the word also appears both in the Due Process clause and in the Equal Protection clause". "Person is used in other places in the Constitution: ... etc...", (1973) 93 S. Ct. 705, 729.

101. *Ibid.*

102. *Id.*, 732.

103. *Planned Parenthood v. Danforth*, (1976) 96 S. Ct. 2831.

104. Bien que reconnaissant le rôle du père; la Cour suprême a conclu que la mère est la première concernée, et qu'elle a un pouvoir absolu de décider.

105. P.L. LEHMAN, *loc. cit.*, note 34, 864.

C'est à partir de 1973 que s'élabore toute la théorie du statut juridique du fœtus et que les études les plus valables sur le début de la personnalité juridique sont écrites¹⁰⁶.

2.2.2 Le droit canadien

Le droit canadien n'a pas, à l'instar du droit américain, connu de retentissements célèbres. S'il est certain que l'affaire *Morgentaler* rendue par la Cour suprême du Canada le 26 mars 1975¹⁰⁷ a fait couler beaucoup d'encre, force nous est de constater que l'arrêt se conforme à l'idée et à la lettre de l'article 251 du Code criminel canadien et n'apporte rien de nouveau. Nous tenterons donc tout simplement de voir, à travers la question de l'avortement, s'il se dégage pour le droit une notion de personne.

L'article 251 du Code criminel que nous connaissons depuis 1969¹⁰⁸ édicte que l'avortement est un acte criminel à moins qu'il n'ait été autorisé par un "comité d'avortement thérapeutique"¹⁰⁹, parce que "la vie ou la santé de la mère est en danger"¹¹⁰. Le Code criminel ne précise pas jusqu'à quel moment de la grossesse l'avortement doit être pratiqué et remet au corps médical l'entière décision. Il édicte seulement les formalités nécessaires pour que cet avortement ait lieu.

106. Nous y reviendrons en section troisième; sur les techniques législatives pour atténuer la portée de ces arrêts, voir Robert A. DESTRO, "Abortion and the Constitution: the Need for a Life Protective Amendment", (1976) *Cal. L.R.* 1250; pour une tentative de réponse à la question le fœtus est-il une personne, voir en plus des textes cités au chapitre I, section 1.1, KEMMEL et TOOLEY, "Abortion: an Inspection into the Nature of Human Life and Potential Consequences of Legalizing its Destruction", (1977) 46 *Cincinnati L.R.* 725, qui concluent: "... the inquiry for law must now focus on whether law will protect this human life, not on whether it is a human life for legal purposes — a question that on the level of natural rights is without meaning", (p. 821).

107. *Morgentaler v. La Reine*, (1975) 53 D.L.R. (3d) 161; 30 C.R.N.S. 209; 53 D.L.R. (3d) 161; 4 N.R. 272; voir commentaire de F. CHEVRETTE et H. MARX, (1975) 36 *R. du B.* 38.

108. *Loi de 1968-1969 modifiant le droit pénal*, 17-18 Eliz. II, S.C. 1968-69, c. 38.

109. Art. 251, al. 4 C. cr.

110. Au sens où le droit anglais l'a compris dans la loi antérieure à 1967: *R. v. Bourne*, (1939) 1 K.B. 687 et *R. v. Newton et Stungo*, (1958) *Crim. L.R.* 469; voir nos commentaires: M. RIVET, "Quelques réflexions sur le droit à l'avortement dans le monde anglo-saxon", (1972) 13 *C. de D.* 592 et M. RIVET, "Le Dr Morgentaler devant la Cour d'appel", (1974) 15 *C. de D.* 809.

Aussi, il n'est guère étonnant de ne retrouver à aucun endroit dans la décision de la Cour suprême d'interrogations sur la vie et la nature du fœtus.

En septembre 1975, cependant, le gouvernement canadien formait un Comité à qui il donnait mandat "d'effectuer une étude afin de voir si la procédure prévue dans le Code criminel pour les avortements thérapeutiques était appliquée équitablement dans le Canada tout entier". Le Comité Badgley rendit son rapport le 9 février 1977; ce rapport, conforme au mandat, contenait une foule de statistiques sur la mise en oeuvre de la loi¹¹¹ mais aucune interrogation fondamentale¹¹² n'étant posée.

Parmi les tentatives des parlementaires pour contrôler l'avortement, notons celle du Bill C-236¹¹³; ce projet de loi ajoutait à la structure en place dans le droit actuel, le consentement écrit du père de l'enfant ou d'un "proche" de la mère qui pourrait être refusé" (si) le danger pour la personne du sexe féminin n'est pas assez grave pour justifier l'avortement, vu les *intérêts de l'enfant à naître*"¹¹⁴. On ne s'interrogeait nullement cependant sur la "qualité" de ce fœtus à protéger¹¹⁵.

Les débats canadiens sur l'avortement sont loin d'avoir atteint la profondeur des questions que se sont posées les Américains¹¹⁶; sans doute est-ce à cause du libellé des textes de loi en présence; aussi

111. Voir T. CAMPBELL, "Abortion Law in Canada: a Need for Reform", (1977) *Saskatchewan L.R.* 221, 228; l'inégale accessibilité du citoyen devant la loi était dénoncée depuis plusieurs années déjà; voir les différentes références que nous y faisons in M. RIVET, *loc. cit.*, note 110, 595.

112. Voir d'ailleurs P. BÉLIVEAU, "La réforme de l'avortement et l'avortement d'une réforme", (1975) 35 *R. du B.* 563.

113. *Bill C-236*, 1977, 26 Eliz. II, 3e session, 30e législature.

114. Art. 6.2 du projet; les italiques sont de nous.

115. Débats de la Chambre des Communes, 29 juin 1978, p. 6897: "S'il existait quelque doute scientifique quant à la nature humaine de l'enfant à naître — il n'en existe aucun — le fardeau de la preuve incomberait certainement à ceux qui la lui refusaient. Même s'il existait un doute, il faudrait reconnaître que l'attitude la plus sage et la plus prudente serait d'accorder le bénéfice du doute à ceux dont la nature humaine est contestée". En réponse, le secrétaire parlementaire du ministre de la santé nationale et du bien-être social affirmait: "À la lumière des conclusions du Comité Bagdley, nous ne sommes pas disposés à modifier la loi maintenant".

116. Dans le même sens d'ailleurs, voir le droit anglais, bien qu'avec une loi beaucoup plus laxiste: SMITH and HOGAN, *Criminal Law*, Butterworths, 1978, p. 340: de plus, constitue un crime distinct le fait de "destroy the life of a child capable of being born alive" (*Infant Life Preservation Act* de 1929, art. 1).

les réflexions sur la condition juridique du fœtus sont-elles plus éparpillées et souvent moins fouillées¹¹⁷.

2.3 La condition juridique du fœtus¹¹⁸

Les Américains ont été amenés à distinguer¹¹⁹ dans leur analyse du statut du fœtus entre le fœtus viable *ex* ou *in utero* et le fœtus non viable *ex* ou *in utero*. Dans le cadre de ce travail, comme nous tentons de répondre à la question du début de l'existence de la "personne" pour le droit, nous traiterons donc du fœtus *in utero*, peu importe qu'il soit viable ou pas¹²⁰.

Il est impossible d'établir ici des principes généraux. Et c'est en considérant chaque sphère du droit qu'il nous faut procéder. Nous verrons donc successivement le droit pénal et le droit civil ou le *common law*.

2.3.1 Le droit pénal

D'après l'article 206 du Code criminel: "un enfant devient un être humain... lorsqu'il est complètement sorti, vivant du sein de sa mère, qu'il ait respiré ou non, qu'il ait ou non une circulation indépendante ou que le cordon ombilical soit coupé ou non". "Aussi, celui qui porte atteinte à l'intégrité d'un enfant simplement conçu ne com-

117. Pourtant, l'état de développement des recherches médicales se compare très avantageusement. Notamment sur les diagnostics prénataux de maladies génétiques — qui peuvent évidemment conduire à l'avortement — voir "Guidelines for the Ethical, Social and Legal Issues in Prenatal Diagnostics" — A report from the Genetics Research Group of the Hastings Center, *The New England Journal of Medicine*, 25 janvier 1979, p. 168.

118. La question de la situation juridique de l'enfant non encore né fut l'un des thèmes du 13^e colloque international de droit comparé qui s'est tenu à Ottawa du 17 au 19 octobre 1975 et qui contenait un rapport sur le droit civil écrit par Michèle Rivet et un rapport sur le *common law* par Karen Weiler et Katherine Cotton. Ces rapports ont été publiés in *Travaux du 13^e Colloque international de droit comparé*, Collection des travaux de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, Ottawa, Ed. de l'Université d'Ottawa, 1978. Le rapport de *common law* avait déjà été publié in (1976) *Osgoode Hall L.J.* 643. Ces travaux tentaient en fait de dresser les composantes de "l'état pré-natal" sans s'interroger cependant sur le concept de personne.

119. Dans le cadre des travaux de la Commission nationale "for the protection of human subjects of biomedical and behavioral research", dont nous avons déjà traité au chapitre premier.

120. Ce sont les arrêts de la Cour suprême des États-Unis de 1973, *supra*, notes 23 et 24 qui ont obligé les Américains à différencier entre le fœtus *in utero* viable et le fœtus *in utero* non viable.

met pas un homicide puisqu'il ne commet pas un acte ou une omission qui entraîne la mort d'un être humain"¹²¹.

D'ailleurs historiquement, le *common law* reconnaissait que:

"If a woman be quick with childe, and by a potion or otherwise kil-leth it, in her wombe, or if a man beat her, whereby the child dyeth in her body, and she is delivered of a dead childe, this is a great mis-prision [misdemeanour] and no murder; but if the child be born alive, and dyeth of the potion, battery or other cause, this is murder; for in law it is accounted a reasonable creature, in rerum natura, when it is born alive"¹²².

Le fait de tuer un enfant déjà né constitue un homicide coupable (C. cr., art. 206, par. 2 et art. 212); il peut constituer un meurtre entraînant obligatoirement l'emprisonnement à perpétuité (C. cr., art. 218, par. 2). Par ailleurs, notons l'article 221 qui stipule que:

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

(2) Le présent article ne s'applique pas à une personne qui, par des moyens que, de bonne foi, elle estime nécessaires pour sauver la vie de la mère d'un enfant, cause la mort de l'enfant. 1968-69, c. 38, art. 15."

Les dispositions relatives à l'avortement, démontrent de plus que le "Code criminel attache moins d'importance à la vie embryonnaire qu'à celle d'une personne déjà née"¹²³, bien que pourtant, comme le note très judicieusement A. Mayrand¹²⁴, "le crime d'avor-

121. Art. 205 C. cr.

122. 3 Coke, Institutes 58 (1648); tel que cité in WEILER et COTTON, *op. cit.*, note 118, 645; mais ajoutent les auteurs: "In *R. v. Sims*, it was held that if the child is 'born living and the wounds appear in his body, and then die', the batterer shall be arraigned for murder for now it may be proved whether these wounds were the cause of death or not and for that if it be found, he shall be condemned" (Decided in 1601. A brief report appears in Goldsborough 176). See also *R. v. Kwok Chak Ming* — Criminal Session Case 4/63, Hong Kong, and R.W. CANNON, "Born Alive", (1963) *Crim. L.R.* 748.

123. A. MAYRAND, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Wainwright Lectures, Wilson & Lafleur, 1975, p. 71. Dans le même sens, WEILER et COTTON, *op. cit.*, note 118, 647: "the law does not hold the life of a fetus in as high regard as that of a living person for, if it did, the procurement of an abortion not done in self defence would be viewed as the premeditated taking of one life by another — and hence murder — which it is not".

124. A. MAYRAND, *op. cit.*, note 123; E. DELEURY pour sa part in "Naissance et mort de la personne humaine ou les confrontations de la médecine et du droit", (1976) 17 C.

tement apparaissant sous la rubrique 'infractions contre la personne' (art. 196 à 281.3), on peut en conclure que le Code criminel reconnaît la personnalité de l'enfant conçu".

L'enfant conçu, nous l'avons vu plus haut, n'est pas un être humain; comment alors serait-il une personne? Il y a sans aucun doute pour le droit criminel, un problème de définitions, ou à tout le moins la nécessité de préciser le sens que ce code donne aux termes "personne humaine", "individu", "être humain". Nous y revenons au chapitre troisième.

Qu'il nous suffise de noter pour l'instant que le Code criminel reconnaît au fœtus un statut "inférieur" à celui qu'il reconnaît à l'enfant né¹²⁵.

Notons que certains états américains ont suivi les principes du *common law* en ouvrant le cas d'homicide uniquement à l'enfant né vivant¹²⁶, alors que d'autres états ont estimé qu'il y avait homicide dès que le fœtus avait atteint¹²⁷ le seuil de viabilité et qu'enfin, certains autres ont appliqué la notion d'homicide involontaire à partir de la conception¹²⁸.

2.3.2 Le droit civil et le *common law*

Dans le droit de la responsabilité délictuelle, il faut distinguer entre l'action intentée par l'enfant pour des blessures causées alors qu'il n'était qu'un fœtus et l'action intentée par les parents pour la mort accidentelle de leur bébé alors qu'il était fœtus (*wrongful death*). Nous discuterons de la question du "*wrongful life action*" au chapitre troisième quand nous verrons les droits de la personne dont fait partie ce droit.

de D. 265, 275, affirme: "C'est dire qu'en droit criminel, sans pour autant être considéré comme une personne, l'enfant conçu mais non encore né jouit d'une certaine protection, mais cette protection s'arrête lorsqu'elle entre en conflit avec la vie ou la santé de celles qu'on considère légalement comme des êtres humains". Les italiques sont de nous.

125. Le droit criminel étend d'ailleurs son influence sur le droit civil: *Lavoie v. Cité de Rivière-du-Loup*, (1955) C.S. 452.

126. Voir références citées in *Appendix 14 — Research on the Fetus* — the National Commission for the protection of human subjects of biomedical and behavioral research. U.S. Dept. of Health, Education and Welfare, D.H.E.W. Publication, no 05-76-128, p. 14.32; voir également J.P. WILSON, "Fetal Experimentation: Legal Implications of an Ethical Conundrum", (1976) 53 *Denver L.J.* 581, 598.

127. *People v. Chavez*, (1947) 77 Cal. App. 621, cité in *Appendix 14*, *op. cit.*, note 126.

128. *Evans v. People*, (1872) 49 N.Y. 86 et *Foster v. State*, (1923) 182 Wis. 298 cité in *Appendix 14*, *op. cit.*, note 126.

Quant aux blessures causées à l'enfant "en ventre de sa mère"¹²⁹, il est maintenant très généralement admis depuis le fameux arrêt de la Cour suprême de 1933¹³⁰ que l'enfant a le droit de réclamer des dommages-intérêts pour des blessures subies alors qu'il n'est qu'un fœtus. Notons cependant, comme l'affirme le juge Cannon¹³¹, "aussi longtemps qu'elle était dans le sein de sa mère, il est évident qu'elle ne souffrait aucun dommage, aucun inconfort et aucun préjudice. Aucune action ou responsabilité n'était ouverte. Ce n'est que lorsque le préjudice certain a été souffert que ses droits ont été lésés, qu'elle est devenue une victime ayant des droits à réparation. C'est de ce moment, après sa naissance, que son droit a commencé".

En 1972, le tribunal de 1^{ère} instance ontarien rendait, dans le même sens, une décision confirmée par la Cour d'appel¹³². Dans l'une et l'autre décision, la condition posée est cependant que l'enfant naisse vivant et viable¹³³. Et, dans les deux décisions, les tribunaux n'ont pas reconnu la personnalité juridique au fœtus.

Dans *Duval v. Seguin*¹³⁴, le juge Fraser affirme:

"In my opinion it is not necessary in the present case to consider whether the unborn child was a person in law or at which stage she became a person. For negligence to be a tort there must be damages. While it was the foetus or child *en ventre de sa mère* who was injured, the damages sued for are the damages suffered by the plaintiff Ann since birth and which she will continue to suffer as a result of that injury".

129. L'expression apparaît ainsi rédigée dans tous les textes en droit américain ou canadien-anglais.

130. *Montreal Tramways Co. v. Léveillé*, (1933) R.C.S. 456.

131. *Id.*, 477; le juge Lamont, à la page 463, va dans le même sens: "although the child was not actually born at the time the company by its fault created the conditions which brought about the deformity... when it was subsequently born alive and viable it was clothed with all the rights of actions which it would have had if actually in existence at the date of the accident".

132. *Duval v. Seguin*, (1972) 2 O.R. 686; confirmé par (1973) 1 O.R. (2d) 482; voir aussi dans le même sens *Smith v. Fox*, (1923) 3 D.L.R. 785; en commentaire à ces décisions, voir R.S. ECHLIN, "The Rights of the Unborn Plaintiff", (1974) 32 *U. of Toronto L.R.* 75; pour une analyse intéressante de l'arrêt *Duval v. Seguin*, voir WEILER et COTTON, *op. cit.*, note 118, 651 et ss. et références citées *infra*, notes 149, 151 et 152; également SAMUELS, "Injuries to Unborn Children", (1974) 12 *Alta L.R.* 266.

133. Condition refusée dans l'arrêt *Julien v. Roy*, (1975) C.S. 401, où le tribunal refuse d'accorder une indemnité pour le décès de l'enfant mort-né puisque l'enfant n'étant pas né vivant et viable, le recours n'existe pas.

134. *Duval v. Seguin*, (1972) 26 D.L.R. (3d) 418, 433.

tandis que la Cour suprême du Canada reprend les propos des auteurs français sur la question¹³⁵:

"In Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcadé's *Droit civil français*, 3rd ed., tome 1, at page 270, the learned authors say:

289. L'homme constitue une personne dès le moment même de sa naissance. Jusque-là il n'est pas une personne distincte, il n'est encore que *pars viscerum matris*. Pourtant, en droit romain, on considérait, par une fiction de droit, l'enfant simplement conçu comme déjà né, lorsque son intérêt l'exigeait. Ce principe, admis aussi dans notre ancien droit, a été en ces termes: *infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*. Le code civil en consacre lui-même plusieurs applications, qui prouvent qu'il a été maintenu dans toute sa généralité. In Aubry et Rau, *Droit civil français*, 4th ed., tome 1, par. 53, page 262, the author says:

Dans le sein de sa mère, l'enfant n'a point encore d'existence qui lui soit propre, ni par conséquent, à vrai dire, de personnalité. Mais par une fiction des lois civiles, il est considéré comme étant déjà né, en tant du moins que son intérêt l'exige. En vertu de cette fiction, l'enfant simplement conçu jouit d'une capacité juridique provisoire, subordonnée, quant à ses effets définitifs, à sa naissance en vie et avec viabilité."

D'une manière générale, disons que le droit civil connaît la maxime *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*¹³⁶ qui trouve des applications particulières aux chapitres des successions¹³⁷, des donations¹³⁸, des testaments¹³⁹. C'est le même principe qui justifie le tribunal de confier au père ou à la mère, dans une séparation de corps ou lors d'une requête en divorce, la garde de l'enfant à naître¹⁴⁰.

Mais quel est le statut juridique de ce foetus? Les embarras des tribunaux témoignent de la difficulté de la question. Il est évident que reconnaître intégralement le "wrongful death action" signifie,

135. *Montreal Tramways v. Léveillé*, (1933) R.C.S. 456, 462.

136. Pour une analyse de cette maxime en droit québécois, on peut consulter A. MAY-RAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit québécois*, Montréal, Guérin, 1972, p. 77 et références citées.

137. Art. 608 C.c. et *Allard v. Monette*, (1928) 66 C.S. 291.

138. Art. 771 C.c.

139. Art. 838 C.c.

140. Cf. *Goulet v. Goulet*, C.S. Québec, no 200-12-010917-749, 21 octobre 1974 et *Bherer v. Bélanger*, C.S. Rouyn-Noranda, no 9440-D, 20 novembre 1974, tel que cité in E. DELEURY, *op. cit.*, note 124, 278.

somme toute, reconnaître que le fœtus est une personne, qu'il a en tant que tel la personnalité juridique.

"Est-ce à dire cependant que la perte de l'enfant à naître, pour ne pas dire le fœtus, particulièrement à un stade avancé de la grossesse, ne cause pas un préjudice susceptible d'être indemnisé? Cet enfant à naître n'est certes pas une personne et les principes du droit civil concernant le décès ne peuvent s'y appliquer. *Il n'est pas non plus une chose, non plus qu'un membre ou un organe de sa mère. Il ne se situe, à vrai dire, dans aucune catégorie de biens ou de personne qu'identifie la loi.* Cela ne signifie pas pour autant que sa perte ne constitue pas un dommage"¹⁴¹.

Mais les ambiguïtés du droit civil québécois ne s'arrêtent pas là. En 1971, le législateur québécois édictait un nouvel article 18 du Code civil qui se lit: "Tout être humain possède la personnalité juridique". Si le législateur voulait par là bouleverser le principe qui veut que la personnalité juridique commence à la naissance pour se terminer à la mort, c'était là une façon un peu inattendue de procéder¹⁴².

Cependant, dans son Rapport de Code civil déposé à l'Assemblée nationale en juin dernier¹⁴³, le président de l'Office en expliquant les traits dominants de la réforme affirme:

"... a-t-on voulu que la reconnaissance du rôle de la personne humaine, l'affirmation et la protection de sa dignité fussent l'un des traits saillants du Projet.

Ce n'est point par hasard que le Projet énonce, en son article premier:

'Tout être humain possède la personnalité juridique'. Cela procède, ainsi que le souhaitait ardemment notre collègue Louis Baudouin, d'une volonté de placer la personne hu-

141. *Langlois v. Meunier*, (1973) C.S. 301, 305, décision du juge C. Vallerand. Les italiens sont de nous. Le tribunal a accordé des dommages en "appliquant par analogie les standards qu'on applique généralement à la perte d'un enfant". Cet arrêt est d'ailleurs devenu "classique" et est repris par l'ensemble de la doctrine sur la question.

142. D'autant plus d'ailleurs que rien dans les notes explicatives du *Rapport de l'Office de révision du Code civil* sur la reconnaissance de certains droits concernant la personne humaine, 1971, ne semblait vouloir aller aussi loin.

143. *Rapport sur le Code civil du Québec*, op. cit., note 78, XXXI; il ne nous appartient pas ici de démontrer si cette assertion se vérifie à travers l'ensemble des dispositions du Rapport, auquel cas il s'agirait alors d'une modification fondamentale, ou si au contraire il ne s'agissait pas seulement d'un énoncé de principe sans résonance aucune dans les autres dispositions. Pareille analyse déborderait le cadre de ce travail.

maine, avec ses droits et ses devoirs, à la place d'honneur qui lui revient, en faisant d'elle la pierre d'angle de l'ensemble des relations juridiques de droit privé."

Cet article est d'ailleurs repris dans la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁴⁴ qui énonce en son article 1: "Tout être humain a droit à la vie ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité physique et à la liberté de sa personne. Il possède également la personnalité juridique".

Le fœtus n'est pas une personne, nous dit la Cour supérieure du Québec en 1973; tout être humain a la personnalité juridique, nous disent un texte de loi et un Rapport de réforme. Comment concilier pareilles antinomies?

Notons déjà que nous ne trouvons pas dans le Code civil, non plus que dans les lois québécoises, aucune définition précise sur la nature de l'être humain, contrairement au droit criminel; disons cependant que les règlements de la *Loi sur la protection de la santé publique*¹⁴⁵ reprennent certaines données biologiques actuelles en regard notamment du concept de viabilité¹⁴⁶.

En *common law*, l'enfant simplement conçu peut hériter à la condition qu'il y aille de son intérêt et qu'il naisse vivant¹⁴⁷, et l'enfant à naître est inclus dans les héritiers à moins que l'intention du testateur ne soit au contraire¹⁴⁸.

À chaque fois qu'il y va de l'acquisition d'un droit de caractère patrimonial, l'enfant conçu est une personne, toujours cependant à la condition qu'il naisse vivant et qu'il y aille de son intérêt¹⁴⁹.

La question reste ouverte cependant de savoir si des dommages peuvent être réclamés à la suite de la mort accidentelle du fœtus. Comme le notent Weiler et Cotton¹⁵⁰:

"... whether recovery will be granted for the wrongful death of a fetus which is injured as a result of the defendant's negligence and

144. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, c. 6; L.R.Q. 1977, c. C-12. Notons que la Commission des droits de la personne n'a jamais fait de recherches en profondeur sur la notion de personne.

145. *Loi sur la protection de la santé publique*, L.Q. 1975, c. 42 et amendements; L.R.Q. 1977, c. P-35.

146. Voir à ce sujet E. DELEURY, *op. cit.*, note 124, 270. Pour les provinces de *common law*, voir T. CAMPBELL, "Abortion Law in Canada: a Need for Reform", (1978) *Sask. L.R.* 221.

147. *Re Sloan Estate*, (1937) 3 W.W.R. 455, (B.C.S.C.); voir aussi *Re Charlton*, (1919) 1 W.W.R. 134 (Man. K.B.).

148. *Re Sloan Estate*, (1937) 3 W.W.R. 455, 463.

149. WEILER et COTTON, *op. cit.*, note 118, 643.

150. *Id.*, 655.

dies *in utero* or is stillborn depends on the approach taken to the question of the fetus's legal personality... however this issue... remains open".

Les tribunaux reconnaissent un droit d'action à l'enfant qui naît vivant. En droit américain de la responsabilité, les tribunaux ont en premier estimé que "the unborn child was a part of the mother at the time of the injury"¹⁵¹. Mais un arrêt de 1900¹⁵² repris en 1946¹⁵³ a renversé complètement cette thèse et il semblait admis très généralement maintenant qu'un droit d'action appartient à l'enfant conçu s'il naît vivant¹⁵⁴.

Mais s'il meurt *in utero*? Plusieurs arrêts américains ont exigé que l'enfant naisse vivant pour parler de dommages à la personne¹⁵⁵. Notons cependant qu'un certain nombre de tribunaux ont au contraire accordé l'action pour "wrongful death"¹⁵⁶, indépendamment du fait que l'enfant naisse ou pas.

Ainsi, dans l'affaire *M.E. More v. Greyhound Line*, la Cour suprême du Massachusetts, dans une décision fort motivée¹⁵⁷, est revenue sur la décision qu'elle avait rendue en 1972¹⁵⁸.

"We agree with the majority of jurisdictions that conditioning a right of action on whether a fatally injured child is born dead or alive is not only an artificial and unreasonable demarcation, but unjust as well."

S'appuyant sur l'arrêt *Todd v. Sandidge Construction Co.*¹⁵⁹, la

151. (1884) 138 Mass. 14, cité in *Appendix 14, op. cit.*, note 126, 14-10.

152. (1900) 184 Ill. 359, 56 N.E. 638, cité in *Appendix 14, op. cit.*, note 126.

153. *Ibid.*

154. Voir entre autres, *Leccese v. McDonough*, (1972) 279 N.E. (2d) 339; *Henry v. Jones*, (1969) F. Supp. 726.

155. Voir les arrêts cités par J.P. WILSON, *loc. cit.*, note 126, 600 (note 91).

156. Voir tous les arrêts mentionnés par WILSON, *loc. cit.*, note 126, et notamment *Eich v. Town of Gulf Shores*, (1974) 293 Ala 95; 300 So. (2d) 354: "The Court held that the purpose of the Alabama wrongful death statute was to preserve human life and the therefore a live birth was no prerequisite to liability".

157. *M.E. More v. Greyhound Line*, (1975) 331 N.E. (2d) 916.

158. *Leccese v. McDonough*, (1972) 279 N.E. (2d) 339. L'action avait alors été rejetée parce que le foetus n'était pas né vivant: "In *Leccese*, we were influenced, by the argument that it would be more appropriate for the Legislature, rather than for the court to change the rule denying a right of action on the death of a viable still-born fetus. However, recent cases decided by this court have cast serious doubt on the continuing validity of that proposition", *M.E. More v. Greyhound Line*, (1975) 331 N.E. (2d) 916, 918.

159. *Todd v. Sandidge Construction Co.*, (1964) 341 F. (2d) 75 (4th cir.). Dans cette

Cour a décidé: "We hold that, where, as here, an eight and one-half month unborn viable fetus is killed, the fetus is a person for purposes of our wrongful death statute"¹⁶⁰.

D'une manière générale, en droit patrimonial on estime qu'un droit d'action appartient à l'enfant simplement conçu s'il naît vivant¹⁶¹.

Disons enfin que la Cour suprême des États-Unis a d'ailleurs refusé dans une décision de 1975 de reconnaître, pour des fins de sécurité sociale, que le mot "enfant" incluait l'enfant non encore né¹⁶². La Cour suprême n'avait cependant pas à se prononcer sur la notion de personne.

D'une manière générale en *common law*, on peut donc soutenir que le statut juridique de l'enfant à naître ressemble à celui du droit civil. Ne pourrait-on pas le considérer à certaines conditions (notamment qu'il y aille de son intérêt) comme une "personne sous condition suspensive"?

CHAPITRE TROISIÈME:

LA PERSONNE DANS SON ESSENCE SELON LE DROIT POSITIF

Force nous est de constater qu'il est extrêmement difficile de tracer une notion unique de la personne: les biologistes, les bio-éthiciens ne s'entendent pas entre eux, et la notion de personne qui se dégage de leurs travaux est multiple; les philosophes du droit n'ont pas d'identité de vue; face à la question de l'avortement, question qui implique, au-delà des éléments d'ordre juridique, des données morales et philosophiques, les positions sont très divergentes;

affaire, on avait démontré l'absurdité de la règle qui exigeait que l'enfant naisse vivant: si le traumatisme est grave et que l'enfant meurt avant la naissance, il n'a aucun droit d'action, alors qu'au contraire, si la mort survient après la naissance, le droit d'action existe!!!

160. *M.E. More v. Greyhound Line*, (1975) 331 N.E. (2d) 916, 920.

161. Il peut hériter, on peut lui nommer un tuteur "however the property rights of a child *in utero* are not perfected until and unless the child is born alive", *Appendix 14, op. cit.*, note 126, 14-9.

162. *Burns v. Alcala*, (1975) 95 S. Ct. 1180.

de la condition juridique du fœtus ne se dégage non plus aucune cohésion, si ce n'est, peut-être, aux États-Unis, la tendance à reconnaître que le "wrongful death action" appartient au fœtus qu'il naisse vivant ou pas; mais ce n'est qu'une tendance.

Après être revenu en premier sur le caractère polymorphe du concept de personne, nous analyserons successivement les positions du droit pénal et du *common law* ou du droit civil sur les composantes de la personne pour voir d'où se dégage la conception maximale de la personne.

3.1 Préliminaires: Le caractère polymorphe du concept de personne

Il suffit de prendre les dictionnaires juridiques, américains ou anglais¹⁶³ pour constater que le seul point sur lequel il y a accord est celui de la distinction fondamentale entre personne physique et personne morale:

"persons are of two kinds: natural and artificial. A natural person is a human being... but not every human is necessarily a person, for a person is capable of rights and duties, and there may well be human beings having no legal rights... a person is such, not because he is a human, but because rights and duties are ascribed to him. The person is the legal subject or substance of which the rights and duties are attributes. An individual human being considered as having such attributes is what lawyers call a natural person"¹⁶⁴.

Les auteurs, lorsqu'ils se penchent notamment sur la question de la condition juridique du fœtus en viennent parfois à des conclusions étonnantes qui témoignent de leur embarras profond:

"We shall argue that the term 'person' is rather like most terms in the language. There is a class of entities to which it applies with certainty, a class of entities to which it definitely does not apply, and a class of entities such that it is not clear whether the term applies or not. We shall argue that, for a short while after conception, the term definitely does not apply, that for a short while before birth (of a normal nine-month term baby) the term definitely does apply, and that there is a 'twilight zone' of vagueness of application in between"¹⁶⁵.

163. *Black's Laws Dictionary*, St-Paul, West. Pub., 1968; ou *Strauds Judicial Dictionary*, vol. 4, Londres, 1974.

164. *Black's Laws Dictionary*, *op. cit.*, note 163, 1286 et sur les multiples exemples de l'application du mot "personne", *Strauds*, *op. cit.*, note 163, 1998 à 2063.

165. W.A. LENHARDT, "Abortion and Prenatal Injury: a Legal and Philosophical Analysis", (1974) 13 *Western Ont. L.R.* 97, 107; voir aussi E.H.W. KLUGE, "The Right to

Le mot "personne" a sur le plan juridique plusieurs significations; et s'il est vrai que l'être humain peut se définir à partir de la biologie, reconnaître que l'être humain est personne au sens biologique ne signifie pas qu'il y ait personne au sens juridique; chacun de ses termes a une signification différente: "There are three questions concerning the humanity of the fetus which must be answered: when does life begin; when does human life begin; and when does humanity in the sense of being a 'person' begin"¹⁶⁶. Et Campbell parle plus loin de la "personne" au sens juridique¹⁶⁷:

"... Finally there are those who argue that, while fetus is a human, it should not be accepted as a person in the legal sense. There are some, such as Glanville Williams, who adhere to what may be called the 'viability approach' and who seek to establish viability as the dividing line. Many people define viable as 'capable of independent existence'... Many people follow that belief that a fetus does not become human in the sense of being a person until it has reached a certain stage of development".

Il nous semble qu'il faut faire, et c'est là où le raisonnement de l'auteur est incomplet, une distinction importante entre les termes qui se définissent par référence à la biologie — que le droit peut recevoir — et ceux qui se définissent par référence au droit. Campbell parle des mots en les définissant par la biologie. Les définitions de la vie, de la vie humaine et de la personne sont des notions qui peuvent se rattacher à la biologie comme au droit¹⁶⁸; aussi quand le droit — textes de loi ou décisions des tribunaux — parle de la personne, il peut tout aussi bien vouloir dire un "être qui a atteint un seuil de développement" (référence à la biologie) comme "un sujet de droits" ou "l'ensemble des droits et obligations"¹⁶⁹:

Life of Potential Persons", (1976-77) 3 *Dalhousie L.J.* 837, 838: "For instance, one could argue that fetuses *are not persons* and have no rights whatever; that only actually developed fetuses are persons who then do have rights. In that case the right to sue for damages would be a retroactive right attaching only to those individuals that have acquired personhood by surviving their uterine stay. Alternatively, one could argue that fetuses *are potential persons* and, therefore, do have rights, but that being merely *potential persons* they do not have the same rights as actual persons. Therefore, while they may have the right to normal development and non-negligent treatment, they do not have the right to life". Les italiques sont de nous.

166. T. CAMPBELL, *loc. cit.*, note 111, 232.

167. *Id.*, 236.

168. Nous avons tout au long de notre premier chapitre posé ces jalons.

169. Selon que l'on adopte la théorie traditionnelle ou au contraire que l'on se rallie à Kelsen.

"The validity of any legal construct in relation to the world of facts depends on its utility. Legal construct can be created without any regard for conformity to the physical world. There is often a choice as to which construct is correlated with a particular set of acts... The correctness of the choice depends upon how well the goals and policies of the community and the individuals concerned are achieved. In science, logical constructs are sought which conform with nature. In law, nature, through the legal process, is made to conform to the patterns specified in the content of the constructs... Law might be conceived as an attempt to systematize the chaotic diversity of our social behavior"¹⁷⁰.

Et plus loin, Smith ajoute:

"For an adequate theory of the meaning of legal constructs, analysis should be carried out at least three levels. Adopting the terminology of Charles Morris' semiotics, these are the syntactic, semantic, and pragmatic. At the syntactic level the relationship between the various key signs or words would be established and clarified. This would involve the study of legal propositions as analytic sentences or sentences having an analytic usage... Clarification of the relationships between these signs and the empirically known world of fact would be the goal of analysis at the semantic level. Legal propositions would be studied as semantic sentences or sentences having a semantic usage. Constructs would be given operational definitions. Analysis of the epistemic correlations or rules of correspondence would relate the syntactic with the semantic level. At the pragmatic level of analysis the relationship of signs to human behaviour would be clarified... Traditional theories of jurisprudence have generally concentrated analysis at either the syntactic or semantic level. An adequate jurisprudential theory, however, must contain within it an adequate theory of the language of law. An adequate theory of legal language must, as a minimum, provide a framework for analysis at these three levels"¹⁷¹.

Le mot *personne*, dans les textes juridiques, signifie donc à la fois la *personne biologique* et la *personne juridique*. Ce terme a une acception différente selon les sphères du droit envisagées: la notion juridique de *personne* peut être plus ou moins étendue.

3.2 La conception minimale de la personne

Certains secteurs du droit, loin d'élaborer une théorie de la *personne*, n'en ébauchent que certains aspects, n'en retiennent que les

170. J.C. SMITH, "The Unique Nature of the Concepts of Western Law", (1968) 46 *R. du B. Can.* 191, 213.

171. *Id.*, 225.

composantes minimales: notions éparses sans cohérence. Dans ces secteurs, nous incluons, à prime abord, le droit criminel.

Nous analyserons donc en premier lieu les mots eux-mêmes utilisés par le droit criminel pour ensuite voir qui est la personne que le droit criminel protège et enfin qui est la personne dont le droit criminel sanctionne les agissements.

3.2.1 La terminologie du Code criminel

Le Code criminel canadien utilise une série de mots qui ont parfois exactement la même signification et qui parfois, au contraire, ont une portée très différente. Le terme *personne* en est l'exemple.

Ainsi, au niveau des dispositions générales, le Code criminel utilise indifféremment les mots "*personne*", "*individu*" et "*quiconque*". À titre d'exemple:

- 1.- "*une personne* est en possession d'une chose lorsqu'elle a en sa possession..."¹⁷²
- 2.- "*quand un individu* a commis une action ou une infraction..."¹⁷³
- 3.- "*un individu* a été jugé..."¹⁷⁴
- 4.- "*une personne* qui a des hallucinations sur un point particulier..."¹⁷⁵
- 5.- "*quiconque* conseille à une autre personne..."¹⁷⁶
- 6.- "*toute personne* est fondée à employer la force raisonnablement nécessaire..."¹⁷⁷
- 7.- "... *quiconque* exécute un acte judiciaire..."¹⁷⁸
- 8.- "*toute personne* est fondée d'obéir à un ordre d'un agent de la paix..."¹⁷⁹
- 9.- "*toute personne* est fondée à entrer paisiblement..."¹⁸⁰

172. Art. 4 a) C. cr.

173. Art. 6 (3) C. cr.

174. Art. 6 (4) C. cr.

175. Art. 16 (3) C. cr.

176. Art. 22 (3) C. cr.

177. Art. 27 C. cr.

178. Art. 29 (1) C. cr.

179. Art. 32 (3) C. cr.

180. Art. 42 (1) C. cr.

10.- "lorsqu'une *personne*...a) qui n'a pas la possession..."¹⁸¹.

Nous arrêtons là une énumération qui pourrait s'allonger à la mesure du Code même. Le législateur utilise les termes "personne", "individu", "quiconque", qu'il s'agisse de celui qui est auteur du délit ou qui le subit. Si nous comparons les textes français et anglais, nous nous apercevons que le législateur utilise pour le mot "personne" français le mot "person" anglais dans les exemples 1, 4, 10, mais que le mot anglais est "everyone" alors que le mot français est "personne" dans les exemples 6, 8 et 9. Le législateur utilise le mot "person" lorsque le texte français est "individu" (exemples 2 et 3) et, enfin, le mot "quiconque" devient en anglais le mot "everyone" (5 et 7).

Le législateur utilise donc en anglais le mot "everyone", soit parfois pour signifier le mot "personne" ou le mot "individu", ou le mot "quiconque" et il utilise le mot "person" pour désigner la "personne" ou "l'individu".

Si nous regardons maintenant l'article 2, article d'interprétation, nous constatons évidemment que le législateur ne définit pas chacun de ces termes mais qu'il semble au contraire les identifier: " 'Quiconque', 'individu', 'personne', 'propriétaire' et les expressions similaires comprennent Sa Majesté et les corps publics, les corporations constituées, sociétés, compagnies, ainsi que les habitants de comtés, paroisses, municipalités ou autres districts à l'égard des actes et choses qu'ils sont capables d'accomplir et de posséder respectivement".

Au chapitre des dispositions générales, quand nous parcourons les articles, nous nous apercevons que les termes "quiconque" et "personne" sont indifféremment utilisés¹⁸², comme le sont également les termes "individu" et "personne". Aussi, l'article 5 parle "d'une personne (qui) est réputée innocente"¹⁸³ alors que l'article 6 énonce: "quand un individu a commis une action" et "un individu a été jugé et condamné"¹⁸⁴.

Il nous semble donc qu'il soit impossible de conclure à une manifestation quelconque du législateur dans le choix de l'un ou l'autre de ces mots, que ce soit d'ailleurs dans la version française comme dans

181. Art. 42 (2) C. cr.

182. Voir entre autres, les articles 26 et 27 du Code criminel.

183. Art. 5 (1), (a) et (b) C. cr.

184. Art. 6 (3) et (4) C. cr.; d'ailleurs le texte anglais utilise le mot "person".

la version anglaise. Les mots "individu", "quiconque" ou "personne" signifient, dans ces textes, la même chose.

Le Code cependant établit une distinction entre l'"être humain" et la "personne"¹⁸⁵. L'"être humain" est le terme utilisé aux articles 205 et suivants sur l'homicide, 212 et suivants sur le meurtre, homicide involontaire coupable et l'infanticide à l'exception de l'article 228 qui utilise le mot *personne*; nous y reviendrons.

3.2.2 La personne victime d'une infraction criminelle: la protection de l'intégrité physique

Le Code criminel distingue, aux articles 34 à 37 et 38 à 42 entre la défense de la *personne* par opposition à la défense des *biens*. Par ailleurs, à sa partie VI, le Code traite des infractions contre la *personne* et la *réputation*. C'est cette notion de *personne* que nous essaierons de préciser maintenant.

Le principe de la protection de l'intégrité de la personne "atteint la philosophie de base de notre système de justice criminelle"¹⁸⁶.

La protection de l'intégrité physique de la personne prend comme première forme la répression de la mort de la "personne physique", dispositions contenues aux articles 205 et suivants du Code criminel.

C'est la Partie VI du Code criminel qui traite principalement des "infractions contre la personne et la réputation":

"Dans leur presque totalité, les infractions contre la personne portées au Code criminel canadien proviennent du 'Offences against the Persons Act' de 1861 qui avait codifié pour l'Angleterre le droit commun de l'époque. Toutefois, profitant d'un projet de codification que le juriste Stephen avait proposé, mais en vain, à son pays, le Canada s'est donné en 1892 un Code criminel qui définissait d'une façon précise des infractions dont les éléments légaux avaient été jusque-là définis par la jurisprudence. C'est ainsi que, dès cette date, le Code canadien, à la différence du *Common Law* d'origine, proposait des définitions précises et détaillées des infractions de voies de fait, d'homicide et de meurtre pour citer les plus importantes ainsi qu'une codification des principaux moyens de défense. Les refontes successives intervenues depuis de même que la révision de 1955 n'ont pas effectué de changements majeurs dans cette

185. Voir en plus nos remarques au chapitre deuxième.

186. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Rapport sur les infractions sexuelles*, 1978, p. 8.

partie du droit même si le Canada s'est, à cette date, affranchi de la tutelle du droit anglais quant aux incriminations"¹⁸⁷.

Notons que le législateur, lorsqu'il traite de l'ensemble des dispositions relatives au meurtre, à l'homicide involontaire coupable et à l'infanticide, utilise le terme "être humain" pour parler de la victime. Il ne nous appartient pas ici d'élaborer sur les notions de meurtre et d'homicide comme tel¹⁸⁸. Disons que la victime est l'être humain, "celui qui est complètement sorti vivant du sein de sa mère, a) qu'il ait respiré ou non, b) qu'il ait ou non une circulation indépendante ou c) que le cordon ombilical soit coupé ou non"¹⁸⁹.

Le législateur parle ici de l'être humain, de l'être biologique, de l'être dans son existence. Il reconnaît aussi que "toute personne qui cause, au cours de la mise au monde, la mort d'un enfant qui n'est pas devenu un être humain est coupable d'un acte criminel et passible d'emprisonnement à perpétuité, de telle manière que si l'enfant était un être humain, cette personne serait coupable de meurtre"¹⁹⁰.

De plus, depuis 1972, la tentative de suicide n'est plus une infraction; mais constitue un acte criminel, le "fait de conseiller à une personne de se donner la mort ou l'y inviter ou le fait d'aider ou d'encourager quelqu'un à se donner la mort que le suicide s'ensuive ou non"¹⁹¹. Le législateur préfère ici le terme "personne" au terme "être humain" qu'il utilise depuis le début de cette partie VI.

Le législateur sanctionne aussi les atteintes à l'intégrité corporelle "qui résultent de l'insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie et de la sécurité d'autrui"¹⁹², soit la négligence criminelle par omission (manquement à un devoir imposé par la loi)¹⁹³ ou commission¹⁹⁴. Le Code criminel connaît aussi un certain nombre d'au-

187. FORTIN, JODOUIN et POPOVICI, "Sanctions et réparations des atteintes au corps humain en droit québécois", (1975) 6 R.D.U.S. 150, 168.

188. On peut voir en ce sens l'ensemble des auteurs; plus particulièrement MEWETT et MANNING, *op. cit.*, note 79, 451 à 471; voir aussi dans le cadre des Journées belges du Congrès de l'Association Henri Capitant portant sur "le corps humain et le droit", la communication de J. FORTIN, A. JODOUIN et A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 187, qui étudie notamment la question du droit de disposer de son corps, aux pages 179 et suivantes.

189. Art. 206 C. cr.

190. Art. 221 C. cr.

191. Art. 224 C. cr.

192. Art. 202 C. cr.

193. Art. 202, par. 2 C. cr.

194. Arts 203 et 204 C. cr.

tres infractions contre la personne physique que Mewett et Manning¹⁹⁵ divise ainsi: voies de fait¹⁹⁶, actes dangereux¹⁹⁷, enlèvements¹⁹⁸ et enfin un certain nombre d'offenses conjugales¹⁹⁹. Enfin, les infractions sexuelles constituent un autre groupe de dispositions relatives à la protection de l'intégrité physique de la personne bien qu'il ne se retrouve pas à la partie VI "Infractions contre la personne et la réputation"²⁰⁰. Ce sont les articles 143 à 171 qui créent ces différentes offenses ou en aménagent le régime légal²⁰¹.

L'ensemble de ces dispositions qui ont pour but la protection de l'intégrité physique témoigne que le législateur entend d'abord protéger la personne physique de l'individu, l'être humain comme il le qualifie parfois.

195. MEWETT et MANNING, *op. cit.*, note 79, 471 à 487.

196. Art. 244 C. cr. "Certain essential elements appear from this definition. Assault is a non-consensual offence and can only occur without the consent of the victim, or where the consent has been vitiated. It should be noted that whereas in indecent assault or rape (which are also non-consensual offences) consent is vitiated if there is a false and fraudulent representation 'as to the nature and quality of the act', in assault consent is vitiated merely if 'it is obtained by fraud' without any requirement of the fraud having to go to the nature and quality of the act." MEWETT and MANNING, *op. cit.*, note 70, 471.

197. Arts 231, 232 et 242 C. cr. "A number of acts (which) may not actually cause harm to another person, but they may be, in themselves, dangerous in the sense that they might cause harm", MEWETT and MANNING, *op. cit.*, note 70, 478.

198. Art. 247 C. cr.: "Kidnapping is the taking of a person — literally child stealing — and this necessarily means without that person's consent or, *semble*, with this consent if that consent is obtained fraudulently. A person who gives his consent cannot be 'stolen' but, as in the case of assault, the consent must be real and a person may be too young or too incapacitated to give consent", *id.*, 480.

199. Dans lesquelles il regroupe (!) l'avortement, et d'autres crimes... Voir *supra*, chapitre II, section 2.2, pour la discussion sur l'avortement.

200. Le viol (arts 143 et 144); tentative de viol (145); rapports sexuels avec une personne du sexe féminin de moins de quatorze ans ou âgée de quatorze à seize ans (146); rapports sexuels avec une personne faible d'esprit (148); attentat à la pudeur sur une personne du sexe féminin (149); inceste (150); séduction d'une personne de sexe féminin âgée de seize à dix-huit ans (151); séduction sous promesse de mariage (152); rapports sexuels avec sa belle-fille ou une employée (153); séduction de passagère à bord d'un navire (154); sodomie et bestialité (155); attentat à la pudeur sur une personne de sexe masculin (156); grossière indécence (157); père, mère ou tuteur causant le déflquement (166); maître de maison permettant le déflquement (167); corruption d'enfant (168); action indécente (169); nudité (170); exposition indécente (171 (1) b)).

201. Voir les recommandations de la COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT, *op. cit.*, note 186, 41 à 49.

Le Code criminel permet cependant des atteintes à l'intégrité physique pour "démontrer l'existence d'un crime ou démasquer son auteur"²⁰².

Ainsi, le législateur permet à un agent de la paix de prélever un échantillon d'haleine d'un individu s'il y a motif raisonnable de croire qu'il a conduit un véhicule alors que ses facultés étaient affaiblies par l'effet de l'alcool ou d'une drogue²⁰³. Le refus d'obtempérer à cette demande, si elle est sans excuse raisonnable, constitue une infraction²⁰⁴.

Dans un arrêt de 1972, *Brownridge v. La Reine*, la Cour suprême du Canada a décidé que l'automobiliste détenu avait le droit de consulter son avocat avant de se soumettre au test requis; aussi, le prévenu avait droit à l'acquittement lors d'une accusation d'avoir fait défaut de se conformer à l'ordre reçu (art. 235 (2) C. cr.); si le prévenu donne quand même un échantillon d'haleine, la sanction sera l'inadmissibilité de la preuve obtenue en violation de la Déclaration canadienne des droits²⁰⁵.

Ces décisions de la Cour suprême du Canada témoignent donc d'un souci poussé de la protection de la personne, de son intégrité physique.

C'est aussi à cause de ce principe de l'intégrité physique que la personne ne peut être tenue de se soumettre à une expertise sanguine contre sa volonté²⁰⁶. Cependant, si l'accusé consent au prélèvement, la preuve peut évidemment servir contre lui. Mais si le prélèvement a été fait contre son gré, il peut exercer des recours de droit civil et de droit pénal contre celui qui a porté atteinte à sa personne²⁰⁷. La preuve obtenue est cependant admissible devant les tribunaux²⁰⁸.

202. MAYRAND, *op. cit.*, note 123, 95.

203. Arts 234 à 237 C. cr.

204. Art. 235 (2) C. cr.; voir à ce sujet l'ensemble des décisions citées dans I. LAGARDE, *op. cit.*, note 80, 613 et ss. Récemment notamment, *Regina v. Béliveau*, (1979) 42 C.C.C. (2d) 357; *Regina v. Chromiak*, (1979) 42 C.C.C. (2d) 557; *Regina v. Strongquell*, (1979) 43 C.C.C. (2d) 232, etc...

205. *La Reine v. Hogan*, (1975) R.C.S. 574; voir pour une analyse des arrêts *Hogan* et *Brownridge*, P. BÉLIVEAU, "Le droit de consulter un avocat avant de se soumettre à un test de l'ivressomètre", (1975) 35 R. du B. 427 et A. MAYRAND, *op. cit.*, note 123, 96 et ss.

206. *R. v. Desharnais*, (1971) R.L. 166.

207. A. MAYRAND, *op. cit.*, note 123, 100.

208. Voir les arrêts cités par A. MAYRAND, *ibid.*, et notamment *Québec v. Bégin*, (1955) R.C.S. 593; 112 C.C.C. 209; (1955) 5 D.L.R. 394.

Enfin, toujours pour protéger l'intégrité physique, les tribunaux ont refusé de soumettre un accusé au prélèvement d'une balle sur sa personne²⁰⁹, mais antérieurement ils ont reconnu que les policiers avaient le droit de fouiller un individu jusque dans sa bouche²¹⁰.

Mais le Code criminel se préoccupe aussi de l'intégrité de la personne, une fois qu'elle est décédée. Ainsi²¹¹, "est passible d'un acte criminel quiconque —

- a) néglige sans excuse légitime d'accomplir un devoir que lui impose la loi ou qu'il s'engage à remplir, au sujet de l'inhumation d'un cadavre humain ou de restes humains, ou
- b) commet quelque outrage, indécence ou indignité envers un cadavre humain ou des restes humains, inhumés ou non."

La protection que le Code criminel accorde à l'intégrité physique, notamment par la Déclaration canadienne des droits, a été comprise par les tribunaux d'une manière très large.

Nous pouvons enfin nous demander si le Code criminel tente d'aller au-delà de la protection de l'intégrité physique en protégeant l'intégrité morale de la personne. La partie VI du Code criminel porte pour titre "Infractions contre la personne et la réputation". Nous pouvons donc dire, à la lecture même, que le législateur distingue entre la *personne* et la *réputation* et que lorsqu'il protège la réputation de la personne, ce n'est à strictement parler qu'une des composantes de la personne qu'il protège. Mewett et Manning²¹² qualifie comme *infractions contre la personne* tant les atteintes à la réputation que les intrusions dans la vie privée.

Il serait sans doute exagéré d'y voir des composantes de la personne; quant aux atteintes à la réputation, à cause du libellé même de la partie VI; quant à la *Loi sur la protection de la vie privée*²¹³, parce qu'elle organise la protection des communications privées par voie électromagnétique, acoustique mécanique ou autre: "The protection of privacy act purported to create a statutory right to privacy

209. *Laporte v. The Queen*, (1972) 8 C.C.C. (2d) 343; (1973) 29 D.L.R. (3d) 651 et *Laporte v. Laganière*, 18 C.R.n.s. 357. Commentaire A. MAYRAND, *op. cit.*, note 123, 102 et ss.

210. *R. v. Brezack*, (1950) 2 D.L.R. 265; 96 C.C.C. 97.

211. À l'article 178 et jurisprudence citée in l. LAGARDE, *op. cit.*, note 80, 387 et 388; voir également l'article 678 C. cr.

212. MEWETT et MANNING, *op. cit.*, note 79, 47-1.

213. *Loi sur la protection de la vie privée*, 1972-1973, 21-22 Eliz. II, c. 50 et amendements.

of certain communications, which heretofore had only grudging recognition in the English common law as eavesdropping and had no recognition as an enforceable right as long as the communication itself was not impeded”²¹⁴.

Nous pouvons donc affirmer que le Code criminel se préoccupe de l'intégrité physique de la personne victime mais qu'il protège peu son intégrité morale. Le droit criminel ne conçoit pas que la réputation et la vie privée soient des composantes de la personne, fassent partie d'elles, quand il les protège, ce n'est pas qu'il entend protéger des composantes mêmes, les attributs de la personne.

3.2.3 La personne accusée d'une infraction criminelle: la compréhension de l'acte

Notons d'abord que le droit criminel accorde un régime particulier à certaines personnes, dans certaines conditions. Aussi, il fixe le seuil de la culpabilité pénale à l'âge de 7 ans, à la condition que l'accusé, s'il a moins de 14 ans, soit “en état de comprendre la nature et les conséquences de sa conduite et de juger qu'il agissait mal”²¹⁵.

Également le Code criminel accorde un “statut particulier” au mari et à la femme pour certaines offenses spécifiques. Ainsi, “nulle personne mariée dont le conjoint a été partie à une infraction n'est un complice après le fait de cette infraction, parce qu'elle reçoit, aide ou assiste le conjoint en vue de lui permettre de s'échapper”²¹⁶. Certaines offenses sexuelles n'existent pas entre époux²¹⁷; de même, sous certaines réserves, le viol n'existe pas entre époux²¹⁸. Enfin, la Cour suprême a reconnu que deux époux ne peuvent conspirer ensemble “judicially they form one person in law and are presumed to have one will”²¹⁹.

214. M. MANNING, *Wiretap Law in Canada, A Supplement to Protection of Privacy Act*, Toronto, Butterworths, 1978, p. 1.

215. Art. 13; lire ces articles en corrélation avec la *Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1970, c. J-3.

216. Art. 23 C. cr.

217. Arts 143 et 158 C. cr.

218. Art. 289 C. cr.

219. *Kowbel v. The Queen*, (1954) R.C.S. 498, notamment à la page 509; MEWETT et MANNING commentent cette décision: “Various reasons have been assigned to this somewhat strange rule but it probably only recognizes the peculiar relationship existing between spouses and their right to do and say things that would be offences apart from this relationship”, (p. 35).

Mais plus important est sans aucun doute, le critère d'âge que le Code fixe comme seuil de responsabilité. Pour le droit criminel, l'accusé doit être en mesure de comprendre la portée de ses actes.

Encore une fois, il ne nous appartient pas dans le cadre de ce travail de faire une analyse détaillée des questions de droit criminel. Nous retenons seulement ici que le droit criminel exige pour que quelqu'un soit déclaré coupable qu'il ait eu l'intention *Actus non facit reum nisi mens sit rea*. Le tribunal doit lire tout texte d'incrimination silencieux quant à la culpabilité en sous-entendant l'exigence de la culpabilité qui doit être prouvée.

La Commission de réforme du droit du Canada a déjà exprimé sa position sur cette question²²⁰:

"... le *mens rea* est un concept difficile et complexe, englobant différents genres d'intention, d'insouciance, de connaissance. Il importe donc de l'établir et d'en préciser l'existence pour chaque infraction. De fait, il est beaucoup plus raisonnable de s'attendre à ce que le législateur mentionne le *mens rea* que d'en présumer l'exigence.

C'est précisément ce qui se produit. Dans tout le Code criminel, peu d'infractions s'appuient sur la présomption du *mens rea*; les termes de la loi sont en général clairs. À l'heure actuelle, la législation pénale foisonne de termes connotant le *mens rea*. Les Statuts révisés du Canada emploient les mots "volontairement", "sciemment" et "frauduleusement" ou leurs dérivés des milliers de fois, et les expressions "avec négligence", "avec insouciance" et "par corruption" plusieurs centaines de fois. Dans les anciennes lois anglaises il en va de même. Un examen effectué au hasard et portant sur trente infractions figurant dans le *Offences Against the Person Act* (1861) a révélé que chacune comportait un élément psychologique qui y était énoncé et décrit en toutes lettres.

Au contraire, les infractions considérées comme des infractions de responsabilité stricte n'écartent presque jamais expressément l'élément psychologique. Elles évitent tout simplement de le mentionner.

Malgré tout le respect que nous portons à Lord Devlin, nous devons reconnaître que les législateurs semblent se préoccuper de la responsabilité pénale. Lorsqu'il est requis, ils semblent énoncer expressément l'élément psychologique, et lorsqu'ils l'omettent il semble que ce soit délibérément et non par inadvertance. Les adminis-

220. Il nous appartient encore moins d'étudier la question de la responsabilité stricte. Voir la question MEWETT et MANNING, *op. cit.*, note 79, 121 à 137; voir aussi COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Études sur la responsabilité stricte*, Information Canada, Ottawa, 1974; également J. FORTIN et L. VIAU, *Droit pénal général, notes et documents*, Éditions Thémis, 1978, pp. 360 à 405.

trateurs et les légistes semblent être pleinement conscients, comme certains d'entre eux le reconnaissent, de la nécessité d'incorporer en toutes lettres l'exigence *du mens rea*, lors de la rédaction de dispositions créant des infractions particulièrement graves²²¹.

Le principe du *mens rea* est un principe fondamental du droit anglais:

"It is however, undoubtedly a principle of English criminal law, that ordinarily speaking a crime is not committed if the mind of the person doing the act in question is innocent. The guilty intent is not necessarily that of intending the very act or thing done and prohibited by common law or statute law, but it must at least be the intention to do something wrong"²²².

Ainsi se sont exprimés les tribunaux anglais à la fin du siècle dernier. En l'absence de textes au contraire, il faut donc nécessairement ce *mens rea* pour qu'une personne soit reconnue coupable²²³. Aussi les tribunaux sont appelés à étudier ce qu'on doit entendre par "connaissance" de l'acte²²⁴, à distinguer l'intention générale et l'intention spécifique²²⁵ et l'insouciance et la négligence²²⁶.

221. *Études sur la responsabilité stricte*, op. cit., note 220, 189.

222. *The Queen v. Tolson*, (1889) 23 Q.B.D. 168, 185; 60 L.T. 899; 16 Cox C.C. 629.

223. Pour une analyse très intéressante et fouillée du *mens rea*, voir MEWETT et MANNING, op. cit., note 70, 85 à 121.

224. *Roper v. Taylor's Central Garages Ltd.*, (1951) 2 T.L.R. 286 (tel que cité in FORTIN et VIAU, op. cit., note 220, 250: "There is a vast distinction between a state of mind which consists of deliberately refraining from making inquiries, the result of which the person does not care to have, and a state of mind which is merely neglecting to make such inquiries as a reasonable and prudent person would make. If that distinction is kept well in mind I think that justices will have less difficulty than this case appears to show they have had in determining what is the true position. The case of shutting the eyes is actual knowledge in the eyes of the law; the case of merely neglecting to make inquiries is not knowledge at all — it comes within the legal conception of constructive knowledge, a conception which generally speaking, has no place in the criminal law.")

225. *La Reine v. George*, (1960) R.C.S. 871; "En étudiant la question de la *mens rea*, il y a lieu d'établir une distinction entre i) l'intention de commettre des actes en fonction des buts visés et ii) l'intention de commettre des actes indépendamment des buts visés. Dans certains cas, l'intention générale de perpétrer l'acte suffit pour qu'il y ait crime alors que dans d'autres cas il doit y avoir outre l'intention générale, une intention spécifique de commettre l'acte", tel que cité in FORTIN et VIAU, op. cit., note 220, 277.

226. *Peda v. La Reine*, (1969) R.C.S. 905; "So long as it is the law that a necessary ingredient of the offence of dangerous driving is 'advertent negligence' it is essential that the trial judge should so instruct the jury in all cases in which on the evidence they might properly find that the conduct of the accused, while dangerous in fact, did not involve 'advertent negligence'. I do not mean by this that the judge should

Comme le notent Mewett et Manning²²⁷:

"While the concept of *mens rea* as it exists today is a more complex concept having different meanings in different contexts, the original meaning has never been wholly abandoned, and it is to that historical meaning that courts should be directed in order to ensure that there is never a weakening of the requirement of a blameworthy state of mind".

La présence de la notion du *mens rea* comme un des fondements du droit criminel démontre "que l'intention est nécessaire"²²⁸ pour qu'il y ait culpabilité. La personne coupable est la personne, lucide, consciente, capable de discerner le bien du mal: "until the twentieth century little attention was paid to an analysis of what (intention) meant. In fact, when one says that a person 'intends' something one may mean a number of different things: desire... knowledge... recklessness... negligence"²²⁹.

Pour le Code criminel, la personne coupable est la personne qui a la *mens rea* qui en devient en quelque sorte une composante de la personne.

Dans les infractions dites de responsabilité stricte, nous pouvons dire que le droit criminel se préoccupe également de l'élément psychique de la personne accusée.

"En général, la responsabilité stricte signifie que l'on ne peut pas invoquer comme moyen de défense, que l'on n'avait pas l'intention d'enfreindre la loi, ou que l'on ignorait les circonstances déterminant l'illégalité au comportement. La responsabilité stricte est une responsabilité sans faute.

Mais cela ne signifie pas que le prévenu ne dispose d'aucun moyen de défense. La responsabilité stricte n'est jamais absolue. Il faut établir l'*actus reus*: un acte, une omission ou un état de choses qui n'a pas été causé par des circonstances complètement indépen-

employ the adjectives 'inadvertent' and 'advertent'; but he must, in my view, bring home to the jury that in order to convict they must be satisfied that there was "negligence of sufficient gravity to lift the case out of the civil field into that of the Criminal Code... 'something more than mere inadvertence or mere thoughtlessness, or mere negligence or mere error of judgment' " that there was on the part of the accused 'knowledge or a wilful disregard precautions'", tel que cité in FORTIN et VIAU, *op. cit.*, note 220, 267.

227. MEWETT et MANNING, *op. cit.*, note 79, 85.

228. Nous ne parlons évidemment pas ici de responsabilité stricte.

229. MEWETT et MANNING, *op. cit.*, note 79, 89.

dantes du contrevenant. *Le fait que ce dernier a agi involontairement nie toute responsabilité.*"²³⁰

Comme l'exprime la Cour suprême du Canada:²³¹

"there can be no *actus reus* unless it is the result of a willing mind at liberty to make a definite choice or decision, or in other words there must be a will power to do an act whether the accused knew or not it was prohibited by law."

Même dans le régime de responsabilité stricte, le droit criminel suppose donc l'élément volontaire dans l'acte posé²³².

Le Code criminel dans les défenses qu'il permet à l'accusé d'apporter se fonde également sur l'élément de conscience de la personne.

Le Code criminel prononce en effet l'irresponsabilité pénale de l'aliéné mental²³³ qui est dans un état d'imbécillité, ou est atteint de maladie mentale et qui est pour cette raison incapable de juger la nature et de la qualité de son acte ou de son omission ou de savoir que celui-ci est mauvais²³⁴. Deux exigences sont donc requises: — La présence d'une maladie mentale et une altération sérieuse des facultés intellectuelles:

"It has been implicitly recognized by both the Supreme Court of Canada and the House of Lords that the personality disorders or a psychopathic personality are capable of constituting a disease of the mind... obviously mental disorders comprehended by the term "disease of the mind" are not confined to those mental disorders that were recognized as such at the time M'Naghten's Case was decided... while the existence of disease of the mind is a necessary condition of insanity under s. 16 of the Code, its existence alone does

230. "Le droit de la responsabilité stricte" in *Études sur la responsabilité stricte*, op. cit., note 220, 171; les italiques sont de nous.

231. *King*, (1962) R.C.S. 746; 38 C.R. 52; 35 D.L.R. (2d) 386, 749. MEWETT et MANNING, op. cit., note 79, 122, s'expriment exactement dans le même sens: "An *actus reus* requires some form of voluntary muscular act, and clearly this entails some sort of mental process", et plus loin, à la page 235: "An *actus reus* may be defined as a voluntary act (omission) by the accused".

232. Voir le document de travail de la Commission de réforme du droit du Canada qui recommande dans le droit pénal statuaire de remplacer le concept de responsabilité stricte par celui de négligence et de créer une excuse générale de diligence raisonnable. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *La notion de blâme — La responsabilité stricte*, Document de travail 2, Information Canada, Ottawa, 1974.

233. Art. 16 (1) C. cr.; voir aussi les seuils d'âge dont nous avons parlé.

234. Art. 16 (2) C. cr.

not constitute insanity unless it exists to an extent that renders the accused incapable of appreciating the nature and quality of the act or that it was wrong.”²³⁵

Il est également possible pour l'accusé d'invoquer la défense “d'automatisme”²³⁶ qui est la négation d'un des éléments essentiels de l'*actus*: c'est l'élément de liberté, de volonté de la personne accusée dans la commission (ou l'omission) de l'acte²³⁷, ou qui est la négation de l'une des composantes du *mens rea*: c'est l'élément de connaissance, le lien de causalité entre la conscience et le comportement.

Enfin, au niveau de la liberté ou de la volonté, disons que les tribunaux reconnaissent maintenant que l'intoxication constitue un moyen de défense à l'encontre d'une infraction d'intention spécifique; elle “laisse cependant entière la responsabilité quant à une infraction d'intention générale ou d'insouciance”²³⁸:

“The proof required to be shown is not that the accused is so affected by drink as to be incapable of having any intention to kill or meaning to cause injury but whether the evidence raised is a reasonable doubt as to his capacity”.²³⁹

Est-il possible en terminant de répondre à la question à savoir dans quelle mesure le droit criminel veut tenir compte de la personne comme être doué de raison? Nous avons esquissé quelques éléments de réponse: au niveau des définitions, des termes utilisés, il

235. *R. v. Simpson*, (1977) 35 C.C.C. 337; l'impulsion irrésistible ne constitue pas une défense en soi mais peut être une des composantes de la maladie mentale; voir *R. v. Borg*, (1969) 4 C.C.C. 262; (1969) R.C.S. 551; 7 C.R.n.s. 85; 68 W.W.R. 203; 6 D.L.R. (3d) 1; MEWETT et MANNING, *op. cit.*, note 79, 200, définissent l'impulsion irrésistible: “the state of mind of the person who appreciates what he is doing and knows that it is wrong but is emotionally or volitionally unable to stop himself”.

236. Voir les définitions “d'automatisme”, *Bratty v. A.-G. Northern Ireland*, (1963) 17 C. 386; (1961) 3 All. E.R. 523; *R. v. O'Brien*, (1966) 3 C.C.C. 288; 56 D.L.R. (2d) 65 (N.B.C.A.); *R. v. Cusack*, (1971) 3 C.C.C. (2d) 527; 1 Nfld. et P.E.I.R. 496 (P.E.I. C.A.); *R. v. Cullum*, (1973) 14 C.C.C. (2d) 294 (Ont. Co. Ct.); *R. v. Clarke*, (1973) 16 C.C.C. (2d) 310 (N.S.); *R. v. Spraul*, (1975) 26 C.C.C. (2d) 92; 30 C.R.N.S. 56 (Ont. C.A.).

237. Il ne nous appartient pas ici d'entrer dans la discussion de la distinction entre l'automatisme signifiant l'absence d'un des éléments constitutifs de l'*actus reus* (la volonté) et l'automatisme comme se reliant au *mens rea*, c'est-à-dire à la faute de l'accusé. Cette distinction est très bien mise en relief par MEWETT et MANNING, *op. cit.*, note 79, au chapitre de l'automatisme, (pp. 235 à 261) et également en commentaire par J. FORTIN et L. VIAU, *op. cit.*, note 220, 524.

238. FORTIN et VIAU, *op. cit.*, note 220, 614.

239. *R. v. Malanik*, (1951) 100 C.C.C. 28; 11 C.R. 443; 1 W.W.R. 561 (Man. C.A.).

semble que le législateur n'accorde pas de signification précise au mot "personne". Il le remplace volontiers par les mots "individu" ou "quiconque". La "personne", pour le législateur, est cependant différente de l'"être humain".

Doit-on alors comprendre que le législateur entend vouloir signifier que la personne est plus que l'"être humain"? Nous avons vu que le législateur ne protège pas l'intégrité morale de la personne comme l'une de ses composantes.

Cependant, il est indéniable que le droit criminel reconnaît que la personne est plus que le corps humain. La personne coupable, au droit criminel, c'est la personne consciente, libre, capable de décider de poser un geste.

Est-il possible de dire si le droit criminel évolue vers une notion plus large de la personne?

Les tribunaux, en reconnaissant que l'automatisme est un moyen de défense autonome, que l'intoxication en est un contre une infraction d'intention spécifique, en élargissant le concept d'aberration mentale, font une importante place à l'élément volitif de la personne. Il est vrai aussi que les infractions de responsabilité stricte augmentent²⁴⁰; mais celles-ci impliquent toujours la preuve de l'*actus reus*.

Le principe fondamental demeure: *actus non facit reum nisi mens sit rea*. La personne pour le droit criminel est l'être doué de raison.

3.3 La conception maximale de la personne

Nous venons de voir la notion de personne que le droit pénal retient. Est-il possible pour le droit d'aller au-delà de cette protection? d'étendre la notion de personne? C'est ce que nous verrons maintenant en regardant le cadre théorique des attributs de la personnalité du droit civil et en analysant la protection des droits fondamentaux de la personne: protection de l'intégrité physique et protection de l'intégrité morale.

3.3.1 Le cadre théorique des attributs de la personnalité

La théorie des attributs de la personnalité a été mise en relief, en premier pour lutter contre l'absolutisme politique et l'arbitraire de l'État et le respect des droits de l'homme a été proclamé; mais elle

240. Voir *Études sur la responsabilité stricte*, op. cit., note 220.

s'est développée aussi en droit privé et les juristes de tradition civiliste ont cherché à élaborer une théorie de la protection de la personnalité, de la personnalité de l'être humain, comme le dit le doyen Nerson de "la personnalité concrète composée de tous ses éléments somatiques, psychologiques et moraux".²⁴¹

Il ne s'agit donc pas ici de la protection de la personnalité juridique, au sens où nous l'avons défini précédemment²⁴². Il ne s'agit pas de l'aptitude à être sujet de droit, mais de l'ensemble des attributs de la personne humaine qui sont de son essence, qui, selon la définition des dictionnaires, font que cette personne est elle-même et non pas une autre.

Les auteurs distinguent traditionnellement le respect de l'intégrité physique et le respect de l'intégrité morale, dont fait partie le respect de la vie privée, le fameux "right to be let alone", ainsi que l'a qualifié le juge Brandeis²⁴³.

Parce qu'il est le support de la personne, "un signalisateur associé à une seule et même personne"²⁴⁴, le corps humain a un caractère sacré; il est inviolable²⁴⁵. Nerson²⁴⁶ y voit trois domaines principaux

241. *In Rapport sur la protection de la personnalité en droit privé français*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome 13, Dalloz, Paris, 1963, pp. 60 à 87, 61; les études sur les attributs de la personnalité sont nombreuses, notamment en droit français; dans le cadre de ce travail, nous retiendrons deux textes qui nous apparaissent faire une synthèse complète et brillante de la question. Outre ce texte du doyen Nerson, qui représente une des premières synthèses sur la question, nous fondons nos considérations sur la communication du professeur AMIAUD, *Les droits de la personnalité*, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome II, Dalloz, 1947, pp. 292 à 304. Voir également, A. DAVID, *Structure de la personne humaine, essai sur la distinction des personnes et des choses*, thèse, Paris, P.U.F., 1955; P. KAYSER, "Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques", (1971) *Rev. Trim. Dr. Civ.* 445, etc...

242. Voir nos remarques au chapitre premier et également celles au début de ce chapitre sur le caractère polymorphe du concept de personne.

243. *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438; 48 S. Ct. 564; 72 L. Ed. 944; L.D. BRANDEIS et S.O. WARREN, "The Right of Privacy", (1890-91) 4 *Harvard L.R.* 193.

244. Voir A. DAVID, *op. cit.*, note 241, 49; également SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Dalloz, 1959, tel que cité in NERSON, *op. cit.*, note 241, tout au long de son texte.

245. Quelle est la relation de l'homme avec son corps? St-Thomas lui reconnaissait un droit d'usufruitier: Nerson y voit un droit de la personnalité; CARBONNIER, *Droit civil, Introduction à l'étude du droit et droit civil*, tome premier, Paris, P.U.F., 179 écrit: "Il est cependant permis de demander s'il est bien exact de parler d'un droit subjectif quelconque pour qualifier la relation de la personne avec son corps; plus que d'un droit subjectif, il s'agit d'une liberté, d'une des expressions de la liberté physique".

246. NERSON, *op. cit.*, note 241, 71.

d'application: la responsabilité civile, les rapports du médecin et du malade, le droit des preuves²⁴⁷. Ce principe n'est pas absolu: "en définitive, c'est la liberté, mais aussi la dignité d'homme que le droit doit sauvegarder; il convient donc de redresser les conclusions rigides au moyen d'un sentiment profond des nuances infimes de l'équité... ainsi s'il faut évidemment maintenir le principe de l'inviolabilité du corps humain, il ne convient pas de le suivre aveuglément jusque dans ses dernières conséquences logiques".²⁴⁸

L'application pratique de ce principe et aussi le régime de ses exceptions sera fonction de la perception que le législateur en aura. Nous y reviendrons.

Le respect de l'intégrité morale est un principe dont il est beaucoup plus difficile de cerner les contours: Nerson²⁴⁹ distingue l'idée du moi ou la protection du nous qui permet d'individualiser la personne, la liberté, principe d'autonomie de la volonté, l'honneur dont la violation donne droit, en droit civil, à une réparation sous forme de dommages-intérêts, l'intimité dont la principale manifestation est le respect de l'image, et enfin, les sentiments d'affection et les convictions religieuses ou philosophiques.

La théorie des droits de la personnalité très généralement reconnue par les auteurs français²⁵⁰, qui est avant tout une création des tribunaux, sous le couvert d'idées généreuses, comprend une part d'illusion et aussi une part de vérité²⁵¹. En effet, "le droit objectif ne crée pas toujours un droit pour assurer la protection des intérêts qu'il estime précieux... de nombreuses valeurs humaines, de nombreux intérêts moraux sont donc protégés par le seul droit sanctionnateur de la responsabilité civile, sans qu'il soit possible, dans la rigueur juridique de parler d'un droit véritable de la personnalité".²⁵²

En fait, il semble pour les auteurs français, que les droits de la personnalité existent non seulement par la réalité qu'ils recouvrent,

247. Nous verrons plus loin comment la doctrine canadienne et québécoise comprend ce principe d'inviolabilité.

248. NERSON, *op. cit.*, note 241, 73.

249. *Id.*, 74 et ss.

250. Voir l'ensemble de la doctrine et plus spécifiquement MAZEAUD, *Droit civil*, tome 1, dans ses différentes éditions, MARTY et RAYNAUD, *ibid.*; J. de la MORANDIÈRE, *Traité de droit civil*, tome I, etc...

251. Ce sont les mots de NERSON, *op. cit.*, note 241, 84 et ss.

252. *Id.*, 85.

mais aussi parce qu'ils sont en formation: "dans le droit français de demain, de nouveaux droits de la personnalité peuvent apparaître qui n'ont pas aujourd'hui de consistance ferme... Selon l'affirmation profonde de Geny, la catégorie des droits de la personnalité est en formation... Cette évolution explique à elle seule les difficultés auxquelles on se heurte inévitablement quand on veut entrer dans le détail de la réglementation de ces droits..."²⁵³

3.3.2 La protection de l'intégrité physique de la personne

Le Code civil du Québec, à l'article 19 énonce, depuis le 1er décembre 1971:²⁵⁴ "La personne humaine est inviolable". La portée de ce principe et le régime de ses exceptions ont été longuement discutés par la doctrine québécoise²⁵⁵. Il appellerait donc, si nous voulions le discuter de manière exhaustive, des développements élaborés. Aussi, nous chercherons donc à voir, comment le droit canadien et le droit américain comprennent le principe du droit à l'intégrité physique à travers deux questions: celle du "wrongful life et wrongful birth action" et celle des droits de la famille sur la personne incapable de donner un consentement. Les exceptions au principe de l'intégrité physique sont très bien analysées par la doctrine²⁵⁶. Par ailleurs, la Commission de réforme du droit du Canada a étudié les questions spécifiques de l'euthanasie, de l'expérimentation et de la stérilisation²⁵⁷. Nous renvoyons donc à ces études dont les ques-

253. *Id.*, 86.

254. *Loi modifiant de nouveau le Code civil et modifiant la Loi abolissant la mort civile*, L.Q. 1971, c. 84; voir le Rapport sur le Code civil qui reprend en un article premier ce principe et les commentaires que nous en avons fait au chapitre deuxième.

255. Voir notamment l'ouvrage déjà cité de A. MAYRAND, *L'inviolabilité de la personne humaine*, texte fondamental sur la question et les commentaires exhaustifs de E. DELEURY, "Une perspective nouvelle: le sujet reconnu comme objet de droit", (1972) 13 *C. de D.* 477 et F. HELEINE, "Le dogme de l'intangibilité du corps humain et ses atteintes normalisées dans le droit des obligations du Québec contemporain", (1976) 36 *R. du B.* 2; M. CARON, "Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne", (1978) 56 *R. du B. Can.* 197.

D'une manière générale sur la portée du principe en droit québécois, avant les textes de 1971, voir L. BAUDOUIN, "La personne humaine au centre du droit québécois", (1966) 26 *R. du B.* 66.

256. Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, note 255; E. DELEURY, *loc. cit.*, note 255 et F. HELEINE, *loc. cit.*, note 255.

257. Voir C.R.D.C., *L'euthanasie*, septembre 1978; C.R.D.C., *Sterilization: Implications for Mentally Retarded and Mentally Ill Persons*, par M.H. RIOUX, 6 avril 1979.

tions analysées constituent des exceptions importantes au principe du respect de l'intégrité physique. Nous n'y reviendrons pas ici.

3.3.2.1 Les actions pour "wrongful birth" et "wrongful life"

L'enfant qui subit, avant la naissance, un traumatisme qui causera sa mort, peut recouvrer des dommages de l'auteur du délit. Il le peut même, affirment les tribunaux, s'il ne naît pas vivant²⁵⁸.

L'enfant peut-il intenter une action s'il naît difforme suite à une faute commise? Dans quelle mesure l'enfant a-t-il droit de naître en santé? Par ailleurs, les parents ont-ils un droit à exercer, lorsque suite à une faute médicale par exemple, naît un enfant en parfaite santé, mais non désiré?

C'est à partir de 1967 que les tribunaux américains ont accordé des dommages aux parents d'un enfant dont la naissance était non désirée (wrongful birth ou wrongful conception)²⁵⁹ contre le médecin qui avait commis une faute. Renversant une jurisprudence bien établie, les tribunaux ont alors énoncé que les dommages pouvaient comporter les dépenses pré et post-natales, les souffrances de la mère pendant l'accouchement et la perte de jouissance de la vie. Ils ont parfois même reconnu que les dommages pouvaient englober les frais d'éducation de l'enfant jusqu'à sa majorité²⁶⁰.

Mais si les parents peuvent réclamer des dommages-intérêts pour cet enfant non désiré, l'enfant lui-même peut-il en réclamer lorsqu'il naît parfaitement sain?

Récemment, la Cour supérieure du Québec a répondu à cette question:²⁶¹

258. Voir *supra*, chapitre deuxième.

259. *Custodio v. Bauer*, 251 Cal. App. (2d) 303; (1967) 59 Cal. Rptr 463; *Tropp v. Scarf*, 31 Mich. App. 240; (1967) 187 N.W. (2d) 511; d'une manière générale, voir les arrêts cités in G. DIHLE, "Physicians and Surgeons — Parents of an Unplanned Child in Suit for Wrongful Conception", (1978) *North Dakota L.R.* 619 et ss.; dans un certain nombre d'états, les tribunaux ont, au contraire, estimé que ces actions étaient contre l'ordre public, également H.H. CLARKE, "Wrongful Conception: a New Kind of Medical Malpractice", (1979) 12 *Family L.R.* 259.

260. Voir les arrêts cités in DIHLE, *loc. cit.*, note 259, 623.

261. *Cataford v. Moreau*, C.S. Terrebonne, no 66-320, décision non rapportée de l'honorable juge en chef Jules C. Deschênes, commentée par R.P. KOURI, "Non Therapeutic Sterilization — Malpractice and the Issues of 'Wrongful Birth' and Wrongful Life in Quebec Law", (1979) 57 *R. du B. Can.* 89 et ss.

“La naissance d'un enfant sain ne constitue pas, pour cet enfant, un dommage et encore moins un dommage compensable en argent... Il est bien impossible de comparer la situation de l'enfant après sa naissance avec la situation dans laquelle il se serait trouvé s'il n'était pas né. Le seul énoncé du problème montre l'illogisme qui l'habite”²⁶². Les tribunaux américains ont une position analogue: “the action for wrongful conception is exclusively that of the parents, since it is they, not the child who suffers the injury”²⁶³.

Qu'en est-il de l'enfant qui naît avec une infirmité ou une maladie suite à une faute médicale (wrongful birth)?²⁶⁴ Le concept d'intégrité physique peut-il servir de fondement à une action de la part de l'enfant?

Déjà en 1971, on lisait en éditorial dans le *New England Journal of Medicine*:

“It seems quite certain than with further advances in genetics, our concept of human rights, and our concern with the quality of life, we will be enriched with a new right; that of being born without the handicap of a readily preventable serious genetic defect”.²⁶⁵

Encore ici, les tribunaux américains ont longtemps hésité à reconnaître ce droit d'action à l'enfant²⁶⁶. En 1977, cependant la Cour d'appel de New York a reconnu ce droit:

“This right extends to instances in which it can be determined with reasonable medical certainty that the child would be born deformed. The breach of this right may also be said to be tortious to the fundamental right of a child to be born as a whole, functional human being.”²⁶⁷

262. À la page 26 de la décision; dans cette affaire, le juge Deschênes refuse d'accorder des dommages-intérêts aux parents sans se prononcer cependant sur le bien-fondé de l'action, voir *Cataford v. Moreau*, C.S. Terrebonne, no 66-320, p. 33 et les commentaires de KOURI, *loc. cit.*, note 261, 98.

263. G. DIHLE, *loc. cit.*, note 259.

264. Sur la question de savoir si la vie en elle-même constitue un bien, voir: COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Le caractère sacré de la vie ou la qualité de la vie du point de vue de l'éthique, de la médecine et du droit*, Information Canada, Ottawa, 1979, pp. 19 et ss.

265. Éditorial, (1971) 285 *New England Journal of Medicine* 799-800.

266. Pour une analyse des nombreuses décisions qui ont refusé de reconnaître ce droit d'action, voir “Legal Implications of Amniocentesis”, (1974) 123 *U. of Pen. L. Rev.* 92, 148 à 156, the genetically imperfect child as plaintiff.

267. *Park v. Chessin*, (1977) 400 N.Y.S. (2d) 110, 114; KOURI, *loc. cit.*, note 259, 97 affirme cependant: “It is perhaps premature to affirm that *Park v. Chessin* is a portent of future judicial attitudes in wrongful life claims”.

Cette décision, nous semble-t-il, découle du principe du droit à l'intégrité physique dont on en étend, mais logiquement, la portée. L'enfant a le droit de naître en santé. Plutôt que de naître "imparfait", l'enfant aurait-il le droit de ne pas naître? Existerait-il un bénéfice à la non-existence? Les tribunaux répondent négativement²⁶⁸; les auteurs se posent la question²⁶⁹.

3.3.2.2 Les droits de la personne incapable de manifester sa volonté²⁷⁰

Du principe de l'intégrité de la personne et de celui de son inaliénabilité qui conduisent à énoncer que le corps humain est hors commerce, découlent des règles relatives à la personne décédée ou incapable de manifester sa volonté, règles qui témoignent de l'étendue du principe.

Le Code civil du Québec organisait le 1er décembre 1971²⁷¹ toute la protection de droit à accorder au cadavre et le respect de la volonté du défunt, et, du même coup, la place prépondérante de la famille ou des proches en l'absence d'une manifestation de volonté du défunt²⁷².

Ainsi, la loi autorise expressément le conjoint ou le parent le plus proche à consentir à un prélèvement sur le cadavre du défunt. L'article 22 du Code civil stipule en effet²⁷³:

"Un médecin peut effectuer un prélèvement sur un cadavre si, à défaut de directives du défunt, il obtient le consentement du conjoint ou du parent le plus rapproché (al. 1).

Ce consentement n'est pas nécessaire lorsque deux médecins attestent par écrit l'impossibilité de l'obtenir en temps utile, l'urgence de

268. Voir nos développements, *supra*.

269. Notamment F. CAMENISH, "Defining the 'Benefits' to the Malformed Fetus-Abortion; for the Fetus Own Sake", (1976) *Hastings Center Report* 38 (annual).

270. On consultera sur la question du consentement aux soins médicaux, le texte très complet de M.A. SOMERVILLE, C.R.D.C., décembre 1978.

271. *Loi modifiant de nouveau le Code civil*, L.Q. 1971, c. 84. Le principe est repris dans son entier dans le *Rapport sur le Code civil du Québec*, *op. cit.*, note 78.

272. En plus des textes de A. MAYRAND, *op. cit.*, note 255 de E. DELEURY, *loc. cit.*, note 255 et de F. HELEINE, *loc. cit.*, note 255, on pourra consulter R. DIERKENS, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, Masson et Cie, éditeur, Paris, 1966.

273. Le *Rapport sur le Code civil*, *op. cit.*, note 78, contient une disposition similaire à l'article 19.

l'intervention et l'espoir sérieux de sauver une vie humaine."
(al. 2)²⁷⁴.

Enfin, en matière d'autopsie, le législateur a cependant réduit la fonction du conjoint ou du parent le plus proche en indiquant que l'autopsie peut être exigée par le médecin traitant, par le conjoint ou par un ascendant ou descendant du défunt²⁷⁵. Déjà d'ailleurs, avant 1971, celui qui procédait ou faisait procéder à une autopsie sans y être autorisé commettait une faute entraînant sa responsabilité délictuelle²⁷⁶.

En donnant un rôle prépondérant aux "proches", le législateur témoigne donc d'une manière toute spéciale de l'inaliénabilité du cadavre. On s'est demandé cependant, si en matière de prélèvement d'organe, il n'était pas allé trop loin. En effet, "la loi du Québec va plus loin que les lois des autres provinces dans ce domaine"²⁷⁷ qui exigent parfois pour le prélèvement ou l'autopsie simplement que la personne décédée ne s'y soit pas opposée.

Il nous semble au contraire que ce droit des "proches" étend le concept de l'inviolabilité ou de l'intégrité de la personne et pareilles dispositions ne peuvent qu'être approuvées.

C'est exactement cette question que les tribunaux américains ont eu à résoudre dans deux affaires retentissantes.

274. L'article 21, al. 4 C.c., prévoit en effet qu'en l'absence d'une volonté écrite du défunt l'on s'en remette à l'usage, ce qui signifie la décision du conjoint ou du parent le plus rapproché. Voir en ce sens, A. MAYRAND, *op. cit.*, note 255, 159; F. HELEINE, *loc. cit.*, note 255, 73 et ss; et les arrêts *Jinchereau v. Roy*, (1914) 20 R. de J. 422; et *Lambert v. Dumais*, (1942) B.R. 561 pour le droit antérieur à 1971.

275. Art. 23, al. 1 et 2 C.c.; notons que le *Rapport sur le Code civil*, *op. cit.*, note 78, à son article 21, permet également aux représentants légaux de demander l'autopsie; sur la restriction du droit des proches, voir A. MAYRAND, *op. cit.*, note 255, 174.

276. *Philipps v. Montreal General Hospital*, (1908) 33 C.S. 483; *Ducharme v. Hôpital Notre-Dame*, (1933) 71 C.S. 377; *Religieuses hospitalières de l'Hôtel-Dieu de Montréal v. Brouillette*, (1943) B.R. 441; les dommages seraient sans doute accordés à ceux qui devaient consentir à l'autopsie. Voir *contra*, A. MAYRAND, *op. cit.*, note 255, 175.

277. MAYRAND, *op. cit.*, note 255, 167 et les références citées; J.-L. BAUDOUIN, in "L'incidence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil", (1970) 5 R.J.T. 217, estimait que le médecin pourrait être autorisé à pratiquer une autopsie ou un prélèvement pour l'intérêt de la science sur un individu, à la condition que de son vivant, le défunt ne s'y voit pas opposé formellement; voir pour le *common law*, le texte de B.M. DICKENS, "The Control of Living Body Materials", (1977) 27 U. of Toronto L.J. 142; aussi "The French Solutions: Removing Cadaver Organs without Family's Permission", (1977) *Hasting Center Report* 2.

Ainsi, dans l'affaire de *Karen Quinlan*²⁷⁸, la Cour suprême du New Jersey, renversant la décision de première instance, a permis aux parents d'une jeune fille maintenue en vie par un respirateur artificiel, de faire débrancher l'appareil à la condition que les médecins traitants sur avis du comité d'éthique de l'hôpital en viennent à la conclusion "that there is no reasonable possibility of Karen's ever emerging from her present comatose condition to a cognitive sapient state".

Cette décision de la Cour suprême du New Jersey a donné lieu à de nombreuses critiques; ainsi, le tribunal n'a pas expliqué pourquoi les parents pouvaient agir comme substitut à l'enfant incapable de manifester sa volonté, n'a donné aucune indication quant à la composition du comité d'éthique; enfin, les critères qui doivent servir au comité d'éthique pour donner son avis n'ont pas été suffisamment expliqués ou définis. Notons cependant qu'en ne refusant pas aux parents de débrancher le respirateur, la Cour suprême du New Jersey a appliqué le critère du respect de la vie privée.

"We think that the State's interest contra weakens and the individual's right to privacy grows as the degree of bodily invasion increases and the prognosis dims. Ultimately there comes a point at which the individual's rights overcome the state interest. It is for that reason that we believe Karen's choice, if she were competent to make it, would be vindicated by the law. Her prognosis is extremely poor... and the bodily invasion very great."

Quelque temps après, dans l'affaire *Superintendent of Belchertown v. Joseph Saikewicz*²⁷⁹, la Cour suprême du Massachusetts rejetant la position du tribunal au New Jersey a décidé que lorsqu'une personne, à l'article de la mort, est incapable de donner son consentement à un traitement, toutes les décisions relatives aux traitements doivent être prises par le tribunal, mais non par les parents, un médecin ou un comité d'éthique. Cette décision a été très critiquée: "... Rather such question of life and death seems to us to require the process of detached but passionate investigation and decision that forms the ideal on which the judicial branch of government was created. Achieving this ideal is our responsibility and that of the

278. *L'affaire Karen Quinlan*, (1957) 137 N.J. Super. 227 et (1976) 70 N.J. 10; 365 A. (2d) 647; pour commentaires voir notamment: *The Quinlan Decision: Five Commentaries*, Hastings Center Report, février 1976, p. 8; G.J. ANNAS, in *Re Quinlan: Legal Comfort for Doctors*, Hastings Center Report, juin 1976, p. 29; I. KENNEDY, "Switching Off Life Support Machines: the Legal Implications", (1977) *Crim. L.R.* 443.

279. Tel que commenté in "Law Medicine Notes: the Saikewicz Decision", (1978) *New England Journal of Med.* 499.

lower court, and is not to be entrusted to any other group..." et plus loin: "We decline the limitation of the answers and party briefs to formulate a comprehensive set of guidelines applicable generally to emergency situations involving incompetent persons. Such an underanging effort is better left to the legislative branch after appropriate study."²⁸⁰

Cette décision est très contestable²⁸¹. En refusant de reconnaître un droit d'une nature spéciale aux "proches", le tribunal marque très nettement un recul par rapport à la Cour d'appel du New Jersey sur le caractère sacré du consentement et partant sur le concept d'inviolabilité.

Il nous apparaît donc d'une manière générale, à travers les quelques exemples que nous avons choisis d'étudier, que la notion d'intégrité physique et d'inviolabilité, comme une des composantes de la personne, est une notion en pleine évolution. Le législateur (québécois), comme les tribunaux (canadiens ou américains) s'interrogent sur la notion de personne; ils répondent en s'efforçant de donner à ce concept une acception plus large; ils définissent la personne à travers des attributs dont ils tiennent davantage compte.

3.3.3 La protection de l'intégrité morale de la personne

Comme nous l'avons vu dans la section première de ce chapitre, une conception extensive de la personne consiste à considérer l'intégrité morale comme une de ses composantes que le droit doit protéger. Cependant, nous avons eu l'occasion également de souligner que les contours de cette intégrité morale sont mal définis.

Quels sont les droits inaliénables de la personne qui composent son intégrité morale?²⁸²

On estime généralement que le droit à la vie privée développé par la jurisprudence aux États-Unis protège quatre catégories de violation: l'intrusion dans la solitude ou existence privée d'une personne, la révélation publique de faits embarrassants, la publicité

280. *Supra*, note 273.

281. Voir notamment A.S. RELMAN, "The Saikewicz Decision: Judges as Physicians", (1978) *New England J. of Med.* 508.

282. "A right which is inalienable cannot be separated from one's person or nature without destroying the person of nature", G.D. GLENN, "Abortion and Inalienable Rights in Classical Liberalism", (1975) *Am. J. of Jurisprudence* 62, 66; mais cette définition ne nous avance guère...

susceptible de présenter une personne sous un faux jour, l'utilisation, dans l'intérêt de celui qui commet l'acte, de l'image ou du nom d'un autre²⁸³. Ce sont là les principaux aspects de l'intégrité morale de la personne qui y sont reconnus.

Quand nous tentons de cerner la question en droit canadien, nous laissons de côté l'ensemble des dispositions relatives à la Déclaration canadienne des droits qui traitent des libertés fondamentales²⁸⁴. Nous laissons donc aussi de côté toutes les questions reliées à la liberté d'aller et de venir de la personne²⁸⁵, "la première de toutes les libertés"²⁸⁶.

La dignité, l'honneur et la réputation de la personne constituent sans aucun doute une des composantes les plus imposantes de l'intégrité morale.

À titre d'exemple, disons que le droit civil du Québec, en l'absence de textes précis, a utilisé le biais de l'article 1053 C.c., qui établit le principe de la responsabilité délictuelle pour réclamer la réparation au dommage matériel et moral causé par la diffamation²⁸⁷, par les atteintes à l'honneur et à la réputation. En 1975, la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* était adoptée; elle énonce²⁸⁸ dans son article 4²⁸⁹: "... toute personne a droit à la sauve-

283. S. STROMHOLM, "La protection de la vie privée, essai de morphologie juridique comparée", in *Mélanges de droit comparé en l'honneur du doyen Malstrom*, Stockholm, 1972, pp. 185, 193.

284. Bien que l'article 1 (a) de la loi proclame: "Le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de n'en s'en voir privé que par l'application régulière de la loi". Pour une étude de la jurisprudence sur les libertés fondamentales, voir G.-A. BEAUDOIN, "La Cour suprême et la protection des droits fondamentaux", (1975) 53 *R. du B. Can.* 675.

285. Voir notamment *Chabot v. Les commissaires d'école de la Morandière*, (1957) B.R. 707; *Saumur v. La Ville de Québec*, (1953) 2 R.C.S. 299 etc... et très récemment *P.-G. Canada v. Dufond*, (1978) 84 D.L.R. (3d) 420; 19 N.R. 478 commenté par K. SWINTON, "Constitutional Law — Freedom of Assembly etc...", (1979) 47 *R. du B. Can.* 326.

286. M. CARON, *loc. cit.*, note 255, 203.

287. Voir J.-L. BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle, Traité de droit civil*, Montréal, 1973, pp. 124 à 139; "Le respect de la personne humaine comporte pour celle-ci le droit à l'intégrité de son honneur, de sa réputation et de ses affections" (p. 124).

288. *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, c. 6; L.R.Q. 1977, c. C-12.

289. On consultera pour l'ensemble des provinces les lois suivantes dont la portée peut varier: *The Alberta Bill of Rights*, S.A. 1972, c. 1; *The Individual's Rights Protection Act*, S.A. 1972, c. 2; *The Human Rights Act*, S.M. 1974, c. 65; *Human Rights Code of*

garde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation". Ce texte reconnaît l'intégrité morale de la personne.

Le droit au nom et à l'image et, d'une manière générale, l'ensemble des éléments qui forment le respect de la vie privée constituent un autre volet de l'intégrité morale. L'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne*²⁹⁰ énonce: "Toute personne a droit au respect de sa vie privée". Encore ici ce sont les tribunaux qui ont notamment reconnu le "droit d'une personne à ce que les attributs de sa personnalité ne soient pas utilisés sans son autorisation"²⁹¹ et, avant la loi de 1975, ils utilisaient comme fondement le biais de l'article 1053 C.c.

Il est important de souligner à la lumière de la jurisprudence québécoise que l'observation précitée de R. Nerson²⁹² se vérifie fort justement: le législateur, comme les tribunaux, est soucieux de protéger l'intégrité morale de la personne qu'il reconnaît. Mais, s'il est facile de déterminer les contours de l'intégrité physique, le concept d'intégrité morale reste difficile à saisir; il est en pleine évolution et les délimitations de l'intégrité morale se fixeront au cours des ans. Contentons-nous de dire que le droit va vers une plus grande compréhension de ce concept.

Reconnaissance minimaliste de la personne par le *droit pénal*? Protection maximale du *common law* et du *droit civil*? Ces avancées sont-ils vraiment exacts?

Nous avons démontré que le *droit criminel* se préoccupe de la personne dont il protège l'intégrité physique; mais, il est indéniable que la personne du droit criminel est plus que l'être humain; pour être coupable, il faut que cette personne soit douée de raison, nous l'avons vu. Telle est la personne du droit criminel.

Le droit civil ou le *common law* et le droit statutaire s'occupent de l'intégrité physique, mais aussi de l'intégrité morale, nous venons de le dire. C'est par cette dernière préoccupation que nous pouvons justifier notre assertion. En tentant d'élargir la protection de l'intégrité morale, notamment par la Charte des droits de la personne, le droit donne une compréhension extensive de la personne.

British Columbia, S.B.C. 1973, c. 119; *The Newfoundland Human Rights Code*, R.S.N.F. 1970, c. 262; *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318; *Human Rights Act*, R.S.N.B. 1973, c. H-11; *Human Rights Act*, S.N.B. 1969, c. 11; *Human Rights Act*, P.E.I. 1975, c. 72 et amendements.

290. *Ibid.*

291. M. CARON, *loc. cit.*, note 255, 207 et les arrêts cités qui ont reconnu nettement le droit à l'image.

292. *Supra*, section I, notamment les notes 249, 250 et 251.

CONCLUSION

Tout au long de notre étude, nous avons tenté de cerner la notion de personne à l'aide des deux paramètres de l'existence et de l'essence en fonction desquels s'articulent les éléments constitutifs de cette notion. Sans doute, étaient-ce là les paramètres les plus logiques pour arriver à une compréhension globale de la personne. Y sommes-nous parvenus? Que partiellement.

Les scientifiques, biologistes ou autres, ne s'entendent pas sur une notion unique de la personne et leurs travaux débouchent tellement sur des conclusions contradictoires qu'une commission américaine, la National Commission for the Protection for Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, qui disposait pourtant d'une pléiade de consultants, a dû remettre un rapport en s'abstenant de toute référence à la notion de personne. Et pourtant, beaucoup des travaux qui lui furent soumis l'incitaient à prendre position.

De leur côté, les philosophes du droit restent divisés quand il s'agit de définir la personnalité juridique; et, lorsqu'ils étudient la personne comme concept existentiel, ils nous renvoient tout simplement aux scientifiques (!!!).

Aussi, le droit positif, à partir de ces fondements, ne réussit pas à élaborer une notion globale, exhaustive et compréhensive; sa vision de la personne est parcellaire, séquentielle, restreinte.

De plus, l'appréhension de la personne par le droit est différente selon le secteur du droit envisagé. Et s'il est vrai qu'elle est davantage axée sur les composantes physiques en droit pénal qui en retiennent une notion restrictive, force nous est de constater que la personne en droit pénal s'entend d'une personne capable de discerner le bien du mal, de mesurer la portée de ses actes. Aussi l'assertion qui veut que le droit pénal connaisse une notion plus étroite de la personne que le droit civil ou le *common law* et que le droit statutaire mérite elle aussi d'être nuancée. Par ailleurs, s'il est vrai que le droit civil ou le *common law* retiennent une notion extensive de la personne, nous devons admettre que la reconnaissance et la protection de l'intégrité morale sont des concepts en pleine évolution qui relèvent souvent encore aujourd'hui de la théorie.

Aucune systématisation n'est donc possible. Et les ébauches d'une notion témoignent que la personne a, pour le droit positif, plusieurs profils qui dépendent autant des secteurs du droit concernés que des questions envisagées.

Sissela Box, dans une réflexion sur l'avortement, affirmait, en 1974²⁹³,

"We must abandon a definition of humanity capable of showing us a right to live".

Nous devons sans aucun doute chercher ailleurs que dans une seule explication du concept de personne, le fondement juridique qui soutend les positions sur l'euthanasie, la stérilisation et toutes autres questions qui préoccupent la Commission de réforme du droit du Canada.

Mais les quelques éléments que nous avons mis en relief et les profils de la personne qui s'en sont dégagés aident à comprendre cependant quel est l'état d'évolution du droit sur cette question, dans quel sens la pensée juridique s'oriente, comme certains traits sont des données immuables alors que d'autres ne sont que circonstanciels et peut-être temporaires.

293. *Supra*, note 199, 33.