

prélèvement et utilisation médicale de tissus et d'organes humains

Document de travail n° 66

Commission de réforme
du droit du Canada

PRÉLÈVEMENT ET UTILISATION
MÉDICALE DE TISSUS
ET D'ORGANES HUMAINS

Document de travail n° 66

1992

Données de catalogage avant publication (Canada)

Commission de réforme du droit du Canada

Prélèvement et utilisation médicale de tissus et d'organes humains

(Document de travail ; 66)

Texte en français et en anglais disposé tête-bêche.

Titre de la p. de t. addit. : Procurement and transfer
of human tissues and organs.

Comprend des références bibliographiques.

ISBN 0-660-58899-1

N° de cat. MAS J32-1/66-1992

1. Greffe (Chirurgie) — Droit — Législation — Canada. 2. Greffe (Chirurgie) — Aspect moral — Canada.
3. Médecine — Droit — Législation — Canada. I. Titre. II. Coll. : Commission de réforme du droit du
Canada ; n° 66.

KE3663.D66L38 1992

344.71'04194

C92-099628-OF

©Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1992

En vente au Canada par l'entremise des

Librairies associées
et autres libraires

ou par la poste auprès du

Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9

N° de catalogue J32-1/66-1992

ISBN 0-660-58899-1

La Commission*

M^e Gilles Létourneau, c.r., président
M. le juge Allen M. Linden, président sortant
M^{me} la juge Ellen Picard, vice-présidente
M^e John Frecker, commissaire
M^{me} la juge Michèle Rivet, commissaire
M. le professeur Jacques Frémont, commissaire

Secrétaire

François Handfield, *B.A., LL.L.*

Coordonnateur de la Section de recherche sur la protection de la vie

Burleigh Trevor-Deutsch, *B.Sc., M.Sc., Ph.D., LL.B.*

Conseiller principal

Derek J. Jones, *J.D.*

Conseiller en bioéthique

Barry Hoffmaster, *Ph.D.*

* Lorsque ce document de travail a été approuvé, M. le juge Linden était président de la Commission, M^{me} la juge Rivet était commissaire et M^e Trevor-Deutsch était coordonnateur de la Section de recherche. M^{me} la juge Picard et M. le professeur Frémont se sont joints à la Commission après l'approbation du document.

Note de la rédaction

Le lecteur est prié de noter que la base documentaire du présent document était à jour en juillet 1990, date à laquelle la Commission a approuvé les recommandations énoncées au chapitre cinq. Toutefois, certains renseignements ont été mis à jour en 1991.

Conformément à la recommandation formulée dans le document intitulé *Égalité pour tous — Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité*, nous nous sommes fait un devoir de rédiger le présent document de travail dans une langue non sexiste. Dans cette optique, et puisque le mandat de la Commission consiste à formuler des propositions en vue de moderniser les lois fédérales canadiennes, nous nous sommes conformés aux principes énoncés dans l'ouvrage publié sous le titre *Cap sur l'égalité — Réponse au Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité*, relativement à la rédaction des textes législatifs. Le genre grammatical des noms et pronoms utilisés pour désigner des personnes (« médecin », « patient », etc.) ne doit donc en aucun cas être interprété comme une indication du sexe de ces personnes.

Table des matières

REMERCIEMENTS	xi
INTRODUCTION	1
CHAPITRE PREMIER : Les besoins de la médecine moderne : la « demande » et l'« offre »	7
I. La demande	7
A. La demande relative à l'anatomie	7
B. La demande relative aux transplantations	9
(1) Produits et vaisseaux sanguins	10
(2) Greffes de moelle osseuse	13
(3) Greffes de la cornée	15
(4) Greffes du rein	15
(5) Greffes du cœur	16
(6) Greffes du foie	17
(7) Greffes d'autres organes vitaux	18
C. La demande relative à la biotechnologie	19
II. Les sources de tissus et de substances thérapeutiques	21
A. Les animaux	21
B. Les humains	23
C. Les sources artificielles et synthétiques	24
(1) Rein artificiel	24
(2) Cœur artificiel	25
(3) Fabrication de cellules, de tissus humains et de médicaments par les techniques du génie génétique	26
D. Préservation des tissus et constitution de banques	27
III. Coordination de l'offre et de la demande	32
IV. Dilemmes découlant de la nouvelle technologie	34
A. Pénurie, paiement et biocommerce	34
B. Intégrité corporelle et consentement	35
(1) Consentement exprès ou présomption de consentement	36
(2) Droit de propriété	36
C. Affectation des ressources médicales	37

II. Droit pénal	100
A. Donneurs vivants et receveurs	101
(1) Droits et obligations du donneur	101
(2) Préjudice et bienfait raisonnable	106
(3) Compétence médicale	109
B. Donneurs vivants ou décédés : les nouveau-nés anencéphales	110
(1) Nouvelle définition de la mort cérébrale	113
(2) Nouvelle définition de la personne	119
C. Donneurs décédés et infractions contre le cadavre	124
(1) Le don d'organes considéré comme une peine	124
(2) Vols de cadavres, respect des restes humains	126
(3) Respect dû aux personnes qui viennent de mourir	131
III. Législation fédérale et provinciale	137
A. Législation fédérale	137
(1) Textes sur les médicaments et les instruments médicaux	137
(2) Textes sur l'importation et l'exportation	142
(3) <i>Loi sur les brevets</i>	143
(4) <i>Loi sur la santé</i>	144
(5) Textes sur les services de santé	146
(6) <i>Loi de l'impôt sur le revenu</i>	147
B. Lois provinciales relatives aux prélèvements et aux greffes	148
(1) Lois sur l'anatomie	148
(2) Lois sur les greffes de la cornée	150
(3) Lois sur les greffes de tissus humains	151
(4) Réformes législative provinciales	157
IV. Droit constitutionnel et droits de la personne	158
A. Mesures prises par les pouvoirs publics	159
B. Intégrité corporelle et protection de la vie privée	160
C. Liberté de conscience et de religion	162
D. Non-discrimination et égalité	165
CHAPITRE QUATRE : Droit comparé et droit international	167
I. Grande-Bretagne : consentement exprès — « opting in »	167
II. France, Belgique et Conseil de l'Europe : présomption de consentement — « opting out »	169
A. France	169
B. Belgique	173
C. Conseil de l'Europe	174

III. États-Unis : demande obligatoire et mécanismes de sensibilisation	176
IV. Australie : présomption de consentement, sous réserve de l'opposition de la famille	182
V. Problèmes internationaux	183
A. Échanges internationaux	184
B. Protection des receveurs	185
C. Vente	186
D. Contrôles internationaux	188
VI. Tendances internationales	189
CHAPITRE CINQ : Options et recommandations en vue d'une réforme	191
I. Forces et limites du droit	191
II. Objectifs et principes généraux — élaboration d'un régime sûr, adéquat, juste et efficace	195
A. Autonomie de la personne, inviolabilité et intégrité du corps humain .	197
B. Altruisme et encouragement aux prélèvements librement consentis ...	197
C. Gratuité et universalité	197
D. Préservation et protection de la vie	198
E. Respect dû aux mourants, aux morts et à leur famille	198
III. Prélèvements sur des personnes vivantes	198
A. Maintien des principes actuellement suivis	198
B. Prélèvements et atteintes à l'intégrité corporelle	199
IV. Définition de la mort cérébrale — nouveau-nés anencéphales	201
V. Prélèvements sur des personnes mortes	201
A. Régime du consentement exprès — « opting in »	202
(1) Principe général	202
(2) Cas spéciaux : donneurs potentiels n'ayant pas exprimé leur volonté, cadavres non réclamés — mécanismes de sensibilisation	203
B. Présomption de consentement — « opting out »	207
C. Consentement non requis — prélèvement discrétionnaire	208
D. Respect à l'égard des morts	208

VI. Considérations générales	210
A. Innocuité des techniques de remplacement des tissus humains	210
B. Réglementation ou interdiction de la vente	211
C. Droit de propriété et vol	214
D. Mesures d'incitation fiscales ?	216
VII. Questions sur lesquelles des recherches s'imposent.....	217
A. Attribution de ressources insuffisantes.....	217
B. Prélèvement, transformation et commercialisation de cellules et de tissus humains	218
C. Prélèvement de tissus foetaux	218
D. Échanges internationaux de tissus et d'organes.....	218
E. Patients en état de mort cérébrale	218
SOMMAIRE DES RECOMMANDATIONS	221
GLOSSAIRE MÉDICAL	225
ANNEXES	
A. Quelques déclarations d'ordre médical, éthique et juridique	227
(1) Association médicale Canadienne (AMC).....	227
a) <i>Code de déontologie de l'AMC</i>	227
b) <i>Sommaire de politique de l'AMC</i>	227
(2) Association des infirmières et infirmiers du Canada	228
(3) Résolution de l'Association du barreau canadien	228
(4) Association médicale mondiale	228
(5) Organisation mondiale de la santé (OMS)	229
a) <i>Principes directeurs sur la transplantation d'organes humains</i> ...	229
b) <i>Résolution de l'OMS pour l'interdiction de l'achat et de la vente d'organes humains</i>	231
B. Législation : extraits	233
(1) Demande obligatoire, mécanismes de sensibilisation	233
a) <i>Manitoba</i>	233
b) <i>Oregon</i>	233
c) <i>États-Unis</i>	234
d) <i>Australie</i>	234
(2) Interdiction de la vente de tissus humains	235
a) <i>Canada</i>	235
b) <i>Grande-Bretagne</i>	236
c) <i>États-Unis</i>	237
d) <i>Conseil de l'Europe</i>	237
(3) <i>Loi uniforme sur le don de tissus humains (1989)</i>	237

C. Table de jurisprudence	243
D. Table des lois et règlements	247
E. Traités et ententes internationaux	251
BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE	253
LISTE DES RAPPORTS ET DOCUMENTS DE TRAVAIL	261

TABLEAUX

1. Quelques statistiques sur les greffes et transplantations au Canada	11
2. Santé et Bien-être social canada : Responsabilité quant à la sécurité des techniques de remplacement des tissus	141
3. Prélèvement de tissus et techniques de remplacement : régimes juridiques	192

Remerciements

Nous tenons à exprimer notre gratitude envers toutes les personnes que nous avons consultées au cours de la préparation du présent document de travail. Tout au long de ses travaux, la Commission reçoit de façon suivie les conseils des membres de ses comités consultatifs permanents formés de juges, d'avocats en exercice (du ministère public et de la défense), de professeurs de droit et de chefs de police. Nous sommes redevables à chacun d'entre eux et nous nous devons de mentionner l'influence marquée qu'ils ont eue sur nos travaux.

La nature même des questions suscitées par les révolutions dont le dernier quart de siècle a été témoin dans les domaines de la médecine et de la technologie biomédicale obligent la Commission à demander à divers secteurs de la société d'éclairer ses discussions et ses analyses. Dans cette perspective, elle a élargi et officialisé en 1989 son processus de consultation sur les problèmes d'ordre médical et juridique. La Commission a en effet mis sur pied un comité consultatif multidisciplinaire, le Groupe consultatif d'experts en droit de la santé. Le comité a généreusement accepté de prêter son concours à la préparation de ce document.

Le Groupe consultatif est notamment formé des personnes suivantes :

M. le professeur George J. Annas,
Chef, Droit de la santé
School of Public Health,
Université de Boston

M. le juge Jean-Louis Baudouin,
Cour d'appel du Québec

M. le professeur Arthur Caplan,
Directeur, The Center for Biomedical Ethics,
University of Minnesota Health Center

M. le professeur Alexander M. Capron,
Facultés de droit et de médecine,
Université de Southern California

M. le professeur Donald G. Casswell,
Faculté de droit,
Université de Victoria

M^{me} la professeure R. Alta Charo,
Programme d'éthique médicale,
Université du Wisconsin

M^{me} la professeure Edith Deleury,
Faculté de droit,
Université Laval

M. le professeur Bernard M.
Dickens,
Faculté de droit,
Université de Toronto

D^r John B. Dossetor,
Directeur, Joint Faculties Bioethics
Project,
Université de l'Alberta

M. Hubert Doucet,
Département de philosophie,
Université Saint-Paul

D^r Benjamin Freedman,
Centre de Médecine, d'Éthique et
de Droit,
Université McGill

M. le juge Horace Krever,
Cour suprême de l'Ontario (appel)

D^r Abbyann Lynch,
Directrice, Département de bioéthique,
Hospital for Sick Children (Toronto)

M^{me} Judith N. Miller,
Directrice, Collège royal des médecins et
chirurgiens du Canada, Ottawa

M. le professeur Patrick A. Molinari,
Vice-doyen à la recherche et aux études
supérieures
Faculté de droit,
Université de Montréal

M^{me} la professeure Monique Ouellette,
Faculté de droit,
Université de Montréal

M^{me} la juge Ellen I. Picard,
Cour du Banc de la Reine de l'Alberta

M. le professeur Arthur Schafer,
Directeur, Institute of Applied and Profes-
sional Ethics,
Université du Manitoba

D^r John Watts,
Département de pédiatrie,
Université McMaster

M. le professeur Earl Winkler,
Département de philosophie,
Université de la Colombie-Britannique

Il va sans dire que les opinions formulées dans ce document ne reflètent pas nécessairement la position du Parlement ou du ministère de la Justice, ni l'opinion individuelle des personnes consultées.

Introduction

Encore une fois, la médecine moderne force le droit à s'interroger sur les règles applicables à l'égard du corps humain se trouvant aux frontières de la vie et de la mort. Il y a dix ans, la Commission de réforme du droit du Canada, de concert avec plusieurs analystes, recommandait l'adoption de nouveaux critères de détermination de la mort¹. Les nouveaux outils à la disposition de la médecine — respirateurs mécaniques, appareils assurant la circulation sanguine, etc. — en étaient venus à obscurcir la signification et l'utilité du critère traditionnel, à savoir l'arrêt des fonctions cardiaques et pulmonaires.

Le patient hospitalisé chez qui il n'y aurait plus aucune réaction ni fonction cérébrale, mais dont le corps serait pendant une période indéfinie maintenu en vie par des moyens mécaniques, devrait-il être considéré comme mort ou comme vivant, sur le plan juridique ? La réponse à cette question est devenue plus claire, le critère de la mort cérébrale constituant maintenant la norme courante tant pour la médecine que pour le droit. Une telle réforme juridique diminue l'incertitude et la confusion, et cette nouvelle certitude fournit aux familles et aux professionnels de la santé une norme contemporaine face à certaines situations où des patients sont à la limite de la vie et de la mort. Par ailleurs, la transplantation des organes d'une personne qui vient de mourir nécessite le branchement du cadavre à des appareils, de façon que les organes du donneur puissent être conservés jusqu'au moment de l'intervention. La clarté permise par le nouveau critère de détermination de la mort a ainsi facilité les prélèvements et les transplantations d'organes.

Au cours des dix années écoulées depuis la proposition de la Commission de réforme du droit, la technologie des transplantations et du remplacement de tissus humains a atteint le stade de la maturité. Les progrès de la médecine ont révolutionné les possibilités thérapeutiques de la transplantation d'organes, de tissus et d'ensembles cellulaires ou génétiques humains. La mise au point de nouveaux médicaments, l'amélioration des procédures ont augmenté le taux de survie des receveurs ; elles ont en outre contribué à faire des greffes du foie et du cœur un traitement médical normal, au même titre que les greffes du rein, devenues courantes il y a déjà un certain temps dans la société canadienne.

1. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA [ci-après CRD], *Les critères de détermination de la mort*, Rapport n° 15, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1981.

Cependant, les progrès de la haute technologie médicale dans la lutte contre la maladie et la mort n'ont pas été sans amener certaines difficultés. Les chirurgiens affirment que la pénurie d'organes est critique. Dans tous les centres de transplantation du pays, les listes d'attente pour les greffes d'yeux, de reins et de foie sont la règle. L'existence de ces listes d'attente, le sentiment de frustration des médecins et la perte de vies que l'on aurait pu sauver, amènent à conclure que la situation est à l'origine de drames individuels et collectifs. Les résultats de cette apparente rareté d'organes et de tissus pèsent sur le régime actuel, fondé sur les principes de l'autonomie, du respect de la volonté, de la protection de l'intégrité corporelle et du respect à l'égard des morts et de leurs proches parents. Ils conduisent certains à réclamer des réformes — des réformes susceptibles par certains aspects de heurter les valeurs et les postulats du système en vigueur.

Ainsi, de nouvelles questions se font jour. L'apparente rareté de tissus et d'organes justifie-t-elle des réformes juridiques ? Dans l'affirmative, en quoi devraient-elles consister ? Y a-t-il lieu de modifier le critère de la mort cérébrale, dans le cas des bébés qui naissent dépourvus de la partie supérieure de l'encéphale et meurent généralement dans les soixante-douze heures suivant la naissance, afin de faciliter le prélèvement d'organes sur eux ? La commercialisation de parties ou de substances du corps est-elle une façon acceptable d'augmenter les quantités de sang, de tissus humains et d'organes pouvant être utilisés à des fins thérapeutiques ? Ou, au contraire, devrait-on qualifier crime la vente de certaines de ces parties ou substances, afin de décourager les actes suscités par le désespoir médical et économique, et de préserver des valeurs fondamentales ? Devant l'inquiétude grandissante suscitée par le trafic international d'organes, l'Organisation mondiale de la santé a exhorté la communauté internationale à prendre des mesures en vue de prévenir et de décourager ces transactions². L'OMS a déclaré que la transplantation d'organes est un phénomène biomédical qui menace l'intégrité morale et juridique de l'individu³.

Si les réponses ne sont pas aussi claires que la société canadienne le souhaiterait, ces questions seront vraisemblablement étudiées et débattues de plus en plus souvent, la médecine découvrant sans cesse de nouvelles façons d'utiliser le corps humain à des fins thérapeutiques. Il existe toutefois des précédents historiques. Deux controverses, l'une assez ancienne et l'autre récente, donnent à penser que les questions d'ordre médical et juridique soulevées par le déséquilibre apparent entre la demande médicale et l'offre de tissus et de substances du corps humain ne se posent pas uniquement dans le cas des transplantations.

La première date d'environ un siècle et demi. A l'automne 1843, soit près de vingt ans après l'établissement de la première faculté de médecine au Canada par l'Université McGill, le conseil médical de Montréal a, par requête, demandé à l'Assemblée législative de la Province du Canada d'adopter une loi sur l'anatomie. Cette requête faisait suite à des incidents nocturnes au cours desquels des étudiants de la faculté de médecine s'étaient

2. Voir la Résolution de 1989 de l'OMS, *infra*, note 1047 et reproduite à l'annexe A, *infra*, p. 231.

3. ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, *L'élément santé dans la protection des droits de l'homme face aux progrès de la biologie et de la médecine*, Genève, l'Organisation, 1976.

procurés des cadavres dans des cimetières de Montréal, provoquant l'indignation publique et poussant la population à réclamer des mesures pour mettre un terme à ces actes de « grossière indécence »⁴. Ailleurs au Canada, le manque de spécimens humains poussait depuis des années les étudiants en médecine, voire les professeurs d'anatomie, à recourir à de tels procédés⁵.

Les requérants réclamaient donc l'adoption d'une loi sur l'anatomie qui réglerait l'obtention, par les facultés de médecine, des cadavres dont elles avaient besoin pour la dissection et l'anatomie. La situation nuisait selon eux à l'enseignement et à la pratique de la médecine, au détriment du public⁶. La réforme demandée, disaient-ils, allait permettre de faire cesser la violation des sépultures, le trafic de cadavres et d'autres abus semblables liés à l'existence d'un marché noir. À ces arguments, le camp adverse répliquait qu'il serait préférable de mettre à la disposition des facultés les cadavres de criminels, que la loi proposée légaliserait le « trafic des dépouilles » et que les cadavres deviendraient ainsi des biens publics⁷. Le débat se terminera par l'adoption, en décembre 1843, de l'*Acte pour régler et faciliter l'étude de l'Anatomie*⁸. Le législateur y établissait le principe suivant lequel les cadavres non réclamés, exposés publiquement ou dans des institutions publiques tels les hôpitaux, devaient être mis à la disposition des facultés de médecine et servir de sujets d'anatomie.

Les notions de « vente » et de « bien » utilisés à propos du corps humain dans ce débat du siècle dernier ont refait surface dans le cadre d'une controverse plus récente, axée sur la protection juridique des patients et le sens de l'intégrité corporelle en cette ère de la biotechnologie. Dans une affaire soumise récemment aux tribunaux américains, un patient atteint de leucémie a intenté des poursuites contre son médecin et un hôpital universitaire, à qui il reprochait d'avoir, à son insu ou sans son consentement, utilisé ses cellules pancréatiques pour mettre au point une « lignée cellulaire » présentant un grand intérêt thérapeutique⁹. Cette lignée cellulaire a servi à la fabrication de nouveaux médicaments contre le cancer ; sa valeur commerciale est telle qu'un brevet a été délivré. Le patient, faisant valoir qu'on avait prélevé sans son consentement des substances corporelles lui appartenant, revendiquait sa juste part des revenus d'exploitation du brevet.

Aucune affaire de ce genre n'a été signalée au Canada. Néanmoins, la cause montre quels litiges peuvent surgir entre, d'une part, les personnes sur qui on prélève des cellules et des tissus, et, d'autre part, celles qui se procurent et utilisent les cellules et les tissus en cause. L'affaire *Moore* laisse entrevoir la valeur économique et commerciale sans précédent que des substances et des produits du corps humain peuvent atteindre, grâce aux percées de la biotechnologie médicale et à la protection juridique accordée relativement aux fruits commerciaux qu'on en tire. Elle semble par ailleurs marquer de façon

4. Voir D.G. LAWRENCE, « "Resurrection" and Legislation on Body-Snatching in Relation to the Anatomy Act in the Province of Quebec » (1958), 32:5 *Bull. Hist. Med.* 408, 411.

5. Voir E.D. WORTHINGTON, *loc. cit.*, note 809.

6. Voir Débats, *op. cit.*, note 803, pp. 464-467.

7. *Ibid.*

8. S. Prov. C. 1843, ch. 5 [ci-après la *Loi sur l'anatomie*]. Voir *infra*, ch. III, section III.B(1).

9. Voir *Moore c. Regents of the University of California*, *infra*, note 426.

symbolique une importante étape de transition dans laquelle sont engagées le droit et la société. Cette étape se caractérise par les efforts déployés pour définir la teneur des régimes juridiques qui vraisemblablement s'appliqueront, au XXI^e siècle, aux prélèvements, aux greffes et aux transplantations ainsi, qu'aux autres techniques de remplacement des tissus humains.

C'est le contexte dans lequel s'inscrivent ces méthodes thérapeutiques qui suscite une question plus large : le droit permet-il de répondre à la demande médicale moderne, en ce qui a trait à l'utilisation d'organes et de produits prélevés sur des corps humains ? Les débats de 1843 concernant la loi sur l'anatomie se rapprochent des préoccupations qui s'expriment aujourd'hui dans le cadre des discussions sur les moyens à envisager pour favoriser l'offre d'organes prélevés sur des cadavres. Une fois encore, les analystes se demandent si le droit entrave l'offre de tissus humains et de substances corporelles, ou si au contraire il la réglemente adéquatement. Et du fait que les tissus recherchés de nos jours sont destinés à être greffés ou transplantés sur le corps d'un patient, ou bien à lui être transfusés, la protection du receveur est devenue une préoccupation. Si des réformes sont de mise sur le plan juridique, en quoi devraient-elles consister, s'agissant des droits, des devoirs et de la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts en jeu ?

En cherchant des réponses à ces questions, nous avons étudié les aspects médicaux et juridiques du prélèvement et de l'utilisation médicale des tissus humains et des substances corporelles, par rapport aux techniques de remplacement de tissus qui font leur apparition. Nous nous sommes vite rendu compte que les réponses à certaines des questions épineuses soulevées par les progrès de la technique sont vraisemblablement liées aux conséquences éthiques du réductionnisme croissant dont la médecine fait preuve à l'égard du corps humain. Si l'on reste déconcerté devant la facilité avec laquelle la médecine réduit le corps humain à ses éléments biologiques pour des motifs thérapeutiques, c'est notamment parce que cette attitude touche également des valeurs et des conceptions sociales fondamentales reliées à l'utilisation du corps humain, mort ou vivant. La science médicale continuera de mettre au point des techniques de plus en plus perfectionnées permettant de produire des agents thérapeutiques modernes à partir d'éléments et de substances du corps humain naguère inutiles. Cette tendance, et toutes ses répercussions sociales, nous ont convaincus que, pour comprendre la façon dont le droit et la médecine conçoivent le corps humain, il est impératif de saisir l'évolution de notre conception éthique. D'un point de vue historique, l'étude de ces questions nous amène donc à suivre l'évolution des règles de droit concernant le corps humain, et leurs fondements éthiques, depuis l'ère de l'anatomie, au XIX^e siècle, jusqu'à l'ère des transplantations et de la biotechnologie.

Tel est le cadre élargi dans lequel la Commission a entrepris l'élaboration du présent document de travail. Elle a tenu compte des importants travaux réalisés dans ce domaine au milieu des années quatre-vingt par différents groupes de travail fédéraux, territoriaux¹⁰ et provinciaux¹¹, des initiatives de réforme législative plus récentes émanant des provinces

10. Voir *infra*, note 29.

11. Voir *infra*, notes 29 et 143.

et de la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada¹², ainsi que des déclarations d'organismes internationaux et de certains États étrangers¹³. Son travail s'inspire de ces contributions et vise à les compléter.

Il faut donc voir dans le présent document l'analyse et les réflexions initiales de la Commission sur les grandes questions d'ordre juridique que suscite le régime actuellement en vigueur dans la société canadienne, dans le domaine du prélèvement et de l'utilisation médicale de tissus humains. Le chapitre premier est consacré à la demande médicale de tissus humains et de substances corporelles, ainsi qu'à l'offre ; on y étudie également les dilemmes d'ordre juridique et éthique provoqués par le déséquilibre entre cette demande et cette offre. Le chapitre II consiste dans une analyse des considérations éthiques sous-jacentes. Au chapitre III, on examine le droit actuel touchant le corps humain, du point de vue de la common law, du droit civil et du droit pénal, les textes législatifs anciens et actuels sur le prélèvement de tissus humains ainsi que les répercussions sur les droits de la personne. Au chapitre IV, on expose les principales solutions législatives adoptées à l'étranger, et l'on étudie les problèmes juridiques que suscitent les échanges internationaux de tissus humains thérapeutiques et de techniques de remplacement des tissus. Le chapitre V consiste dans une brève description des arguments qui militent pour et contre les principales solutions envisageables dans le cadre d'une réforme législative, un énoncé de principes généraux et un résumé des recommandations de la Commission.

Les tissus foetaux ainsi que les gamètes et les embryons humains, parce qu'ils soulèvent des préoccupations particulières, ont été exclus de notre analyse. Ne font pas non plus directement l'objet de celle-ci les problèmes cruciaux liés à l'attribution des ressources médicales insuffisantes. Le présent document est axé sur le prélèvement et l'utilisation médicale de tissus humains.

12. Voir *infra*, pp. 151-158.

13. Voir *infra*, ch. IV.



CHAPITRE PREMIER

Les besoins de la médecine moderne : la « demande » et l'« offre »

Ce que l'on pourrait appeler « l'offre et la demande », dans le contexte de l'utilisation des substances corporelles et des tissus humains, est lié à plusieurs éléments, dont l'évolution des besoins médicaux et de l'exercice de la médecine. Nous examinerons dans ce chapitre la « demande » (anatomie, transplantations et greffes, biotechnologie) en regard de l'« offre » (prélèvement de tissus et d'organes sur des donneurs vivants et morts, sources synthétiques et artificielles, banques de tissus humains). Nous découvrirons ainsi l'existence de vives tensions entre les besoins en pleine évolution de la thérapeutique, et l'ingéniosité croissante dont la science médicale fait preuve dans le remplacement des tissus, qui lui permet en quelque sorte de « reconstituer » le corps humain. Nous verrons aussi quels sont les principaux éléments d'ordre non médical influant sur l'offre et la demande, et nous évoquerons les problèmes d'ordre éthico-juridique qu'il faudra étudier de plus près dans les chapitres subséquents. Le chapitre se termine par un résumé des principaux éléments qui régissent l'évolution de l'offre et de la demande.

I. La demande

La demande provenant de la thérapeutique moderne est fondée sur l'utilisation de tissus humains, de parties du corps humain et de substances corporelles dans trois domaines : l'enseignement de la médecine, la recherche médicale et le traitement. Elle témoigne de la convergence de trois phases — anatomie, transplantations et greffes, biotechnologie — dans l'exercice actuel de la médecine.

A. La demande relative à l'anatomie

Une grande partie de nos connaissances sur les maladies et leur traitement ont été acquises grâce à l'anatomie humaine. Étymologiquement, le mot « anatomie », d'origine grecque, signifie « couper, découper » ; par conséquent, l'anatomie humaine désigne classiquement l'étude de la structure et du fonctionnement du corps humain par la dissection¹⁴.

14. Voir Doris BURDA WILSON et Wilfred J. WILSON, *Human Anatomy*, 2^e éd., New York, Oxford University Press, 1983, p. 3.

La dissection et l'anatomie existent depuis plus de 4 000 ans, mais la naissance de l'anatomie moderne est intimement liée à l'essor des facultés de médecine en Europe au cours du XIII^e siècle¹⁵. Les chartes de certaines universités¹⁶ fondées durant la Renaissance comportaient même des dispositions autorisant l'utilisation de cadavres pour l'enseignement de la médecine, à une époque où les superstitions et certains sentiments religieux¹⁷ s'opposaient aux contacts avec les dépouilles et même les condamnaient. La nécessité pratique a également contribué à modifier les attitudes ; on pourrait sans doute citer à titre d'exemple les dissections effectuées sur les cadavres des victimes de la peste noire qui a balayé l'Europe à la fin de la période médiévale¹⁸. La publication au XVI^e siècle du traité d'André Vésale intitulé *De Humani Corporis Fabrica Libri Septem*, sur lequel est fondée l'anatomie moderne¹⁹, a contribué à uniformiser les méthodes de la dissection et à faire de celle-ci une matière de base dans les facultés de médecine. L'ouvrage incita Charles V, empereur du Saint Empire romain germanique à l'époque, à soumettre le problème de l'anatomie à un conseil théologique. Le conseil, par sa réponse favorable, allait définitivement assurer le recours à la dissection humaine comme moyen de faire progresser l'anatomie et la pathologie²⁰. Ainsi, dès le XIX^e siècle, les étudiants en médecine devaient, avant d'obtenir leur diplôme, avoir disséqué un corps humain²¹.

Aujourd'hui, l'anatomie humaine fait partie intégrante du programme d'études des vingt-deux facultés de médecine canadiennes. C'est un cours obligatoire pour les étudiants en médecine, en sciences infirmières, en physiothérapie, en dentisterie et en ergothérapie. Cette exigence des facultés de médecine repose sur une idée bien simple : si l'on n'apprend pas la structure et le fonctionnement du corps humain pendant ses études, dans les laboratoires d'anatomie et de dissection, on l'apprendra dans l'exercice de la médecine, en « mutilant les vivants »²². Autrement dit, la connaissance des tissus, des organes et des principaux systèmes du corps humain est réputée essentielle pour comprendre, prévenir et traiter la maladie.

Pour acquérir une telle connaissance, il a depuis longtemps fallu se procurer des cadavres humains comme spécimens d'anatomie, comme le démontrent les débats entourant

-
15. Voir T.V.N. PERSAUD, *Early History of Human Anatomy*, Springfield, Ill., Charles Thomas, 1984, pp. 77-88. Voir en général Arthur M. LASSEK, *Human Dissection: Its Drama and Struggle*, Springfield, Ill., Charles Thomas, 1958.
 16. Voir Sonoma COOPER, « The Medical School of Montpellier in the Fourteenth Century » (1930), 2 (N.S.) *Ann. Med. Hist.* 164, 178 (description des statuts de 1340 de l'Université de Montpellier).
 17. Voir Jack KEVORKIAN, *The Story of Dissection*, New York, Philosophical Library, 1959, pp. 39-41. Voir cependant, James J. WALSH, « The Popes and the History of Anatomy » (1904), *Med. Libr. and Hist. J.* 10.
 18. J. KEVORKIAN, *op. cit.*, note 3, p. 189.
 19. James Moore S. BALL, *The Sack-Em-Up Men: An Account of the Rise and Fall of the Modern Resurrectionist*, Londres, Oliver and Boyd, 1928, p. 40.
 20. J. KEVORKIAN, *op. cit.*, note 3, p. 50.
 21. Voir *infra*, ch. III, section III.B(1).
 22. Voir R.-U., *Report from the Select Committee on Anatomy*, Londres, 1829, p.13 [ci-après *Select Committee on Anatomy*].

l'adoption au Canada de la loi de 1843 sur l'anatomie. Les besoins des chercheurs des facultés de médecine modernes ont ajouté à la demande. Aujourd'hui, on a besoin tous les ans de plus de six cents cadavres aux fins d'étude et d'enseignement dans les facultés de médecine²³. Les travaux entrepris au niveau international en vue de fabriquer un cadavre électronique — dissection assistée par ordinateur, interactive et simulée — pourraient peut-être aider à répondre à la demande future dans le domaine de l'anatomie²⁴.

B. La demande relative aux transplantations

La transplantation courante de tissus humains est un phénomène du xx^e siècle. Depuis des dizaines d'années, les transfusions de sang et les greffes de la cornée, de la moelle osseuse et de la peau constituent des traitements usuels dans certaines situations. Les progrès de la technique ont progressivement permis des interventions plus délicates. Au cours des quinze dernières années, les transplantations d'organes ont joué un rôle de plus en plus important dans le traitement de la maladie. Il y a plus de trente ans que l'on pratique au Canada les transplantations d'organes vitaux, et cette solution est désormais considérée comme le traitement le plus indiqué dans le cas de certains patients atteints d'insuffisance rénale, cardiaque ou hépatique terminale²⁵. Auparavant, ces patients se voyaient condamnés à vivre handicapés, à être longtemps malades, à dépendre d'un organe artificiel ou à mourir.

Nous verrons dans les pages qui suivent que la demande de tissus humains et d'organes découle en partie de l'évolution des diverses techniques de transplantation dans le cadre du traitement médical. Les particularités de cette évolution se révèlent parfois dramatiques parce que dans certains cas, surtout celui des greffes d'organes, l'intervention est une question de vie ou de mort. Mais chaque cas revêt également une portée générale, parce que les greffes et les transplantations de tissus et d'organes humains tendent à être régies par les mêmes principes et à susciter les mêmes difficultés.

Le succès d'une transplantation dépend, par exemple, de plusieurs facteurs : parfaite connaissance des tissus en cause, compétence du personnel et qualité des installations, compatibilité des tissus du donneur et du receveur, perfection technique, méthodes utilisées en vue de maximiser la préservation des tissus humains, choix du patient, maîtrise du rejet des tissus greffés. C'est pourquoi la découverte d'une solution à un problème fondamental permet parfois des progrès dans plusieurs types de transplantations. On peut citer, par exemple, les répercussions révolutionnaires de la cyclosporine, dont l'utilisation a entraîné

23. Selon un sondage informel réalisé par la CRD en 1989 auprès des coroners des provinces et des responsables des programmes d'anatomie dans les facultés de médecine. La demande vient principalement de la douzaine de facultés de médecine du Québec et de l'Ontario.

24. Voir Lawrence K. ALTMAN, « Computers Create Electronic "Cadavers" for Anatomy Lessons », *New York Times* (6 septembre 1988) C3.

25. David GRANT et autres, « Experience of a Canadian Multi-Organ Transplant Service » (1986), 135:3 *Journal de l'Association médicale canadienne* 197.

la diminution du rejet de tissus greffés et l'augmentation spectaculaire du taux de réussite des greffes du foie et du cœur au cours des années quatre-vingt²⁶. Des résultats préliminaires indiquent que d'autres médicaments pourraient hausser encore davantage le taux de réussite des transplantations dans les années quatre-vingt-dix²⁷.

À mesure qu'on surmonte les obstacles techniques, la décision de considérer une transplantation comme une expérience ou comme un traitement normal est fondée sur des critères médicaux, notamment le taux de survie, les avantages et les inconvénients des traitements de rechange, l'acceptation et la diffusion de la technique. Lorsque les transplantations franchissent le stade expérimental, la demande est susceptible d'augmenter. Ainsi, lors d'une conférence tenue au Canada en 1984 sur l'obtention et l'échange d'organes et de tissus humains, on a conclu que « [d]e nos jours, le facteur principal qui limite le nombre de transplantations est le manque d'organes et de tissus disponibles »²⁸. Cet énoncé s'accorde avec les conclusions unanimes déposées par les groupes de travail fédéraux et provinciaux et les observateurs qui ont étudié la question²⁹. Cinq ans plus tard, cette conclusion reste juste. Les statistiques figurant au tableau 1 indiquent le nombre de transplantations effectuées et le nombre de personnes inscrites sur les listes d'attente. Elles permettent de se faire une idée générale de l'offre et de la demande au Canada. Le nombre de transplantations pratiquées et de personnes inscrites sur les listes d'attente est plus élevé dans le cas des deux plus anciennes interventions, à savoir les greffes de la cornée et du rein. Les détails fournis au sujet de ces greffes et des autres donnent des précisions supplémentaires sur l'offre et la demande.

(1) Produits et vaisseaux sanguins

Le sang est un tissu constitué de cellules variées, en suspension dans un liquide appelé plasma³⁰. Notre connaissance moderne du système circulatoire date du xvii^e siècle et dès cette époque, des transfusions sanguines ont été tentées, sans succès³¹. Ces échecs étaient

-
26. Voir en général « Proceedings of the Second International Congress on Cyclosporine: Therapeutic Use in Transplantation » (1988), 20:3 (Suppl. 3) *Transplant. Proc.*
 27. Voir Thomas E. STARZL et autres, « Kidney Transplantation Under FK 506 » (1990), 264:1 *JAMA* 63.
 28. SANTÉ ET BIEN-ÊTRE SOCIAL CANADA [ci-après SBSC], *Les façons de favoriser l'obtention et l'échange d'organes et de tissus humains au Canada*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985, p. 1.
 29. Comparer « Report of the Working Group on Vital Organ Transplant Centres to the Deputy Ministers of Health » (septembre 1985) [non publié] [ci-après FEDS], 17-19 ; U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, PUBLIC HEALTH SERVICE, TASK FORCE ON ORGAN TRANSPLANTATION, *Organ Transplantation: Issues and Recommendations*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1986, p. 27 [ci-après USTF] (la demande d'organes excède l'offre de beaucoup). Voir TASK FORCE ON ORGAN DONATION, *Organ Donation in the Eighties: The Minister's Task Force on Kidney Donation*, Toronto, Task Force, 1985 [ci-après ONT]. Voir également Roger W. EVANS et autres, « Donor Availability as the Primary Determinant of the Future of Heart Transplantation » (1986), 255:14 *JAMA* 1892.
 30. Paul R. WHEATER, H. George BURKITT et G. DANIELS, *Functional Histology*, Édimbourg, Churchill Livingstone, 1987, p. 39.
 31. Voir William HARVEY, *On the Motion of the Heart and Blood in Animals*, 1628, réimpression, Chicago, Gateway, 1962.

TABLEAU 1. Quelques statistiques sur les greffes et transplantations au Canada*

Tissu ou organe	Durée maximale de préservation	Taux de survie du receveur	Centres	Nombre d'interventions par année						Liste d'attente					Coût par intervention ^o
				1989	1988	1987	1986	1985	1981	12/89	12/88	12/87	12/86	12/85	
Lait	a) 1-2 jours b) 6 mois, congelé	—	19 ^o	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Sang	a) 35 jours [□] b) 10 ans, congelé [•]	—	17 [•]	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Moelle osseuse	10 ans et plus, congelée [*]	—	9	—	167	144	127	129	60	—	—	—	—	—	80 000 \$
Cornée	3-4 jours	—	10	2 412	2 236	1 956	1 897	981	—	1 301	1 288	922	1 234	1 059	—
Rein	a) 24-72 h [•] b) 72 h dans la solution w/UW [#]	93-97% (1 an) 82-91% (5 ans)	25	858	902	826	871	737	482	1 338	1 168	1 192	939	1 027	50 000 \$
Poumon	—	53,7% (1 an)	6	11 S 8 D	8 S 8 D	6 S 6 D	1 S 1 D	2 S	0	13 S 8 D	11 S 13 D	5 S 2 D	5 S 3 D	2 S	—
Foie	a) 9 h [•] b) 24-34 h dans la solution w/UW [#]	70% (1 an) 60% (5 ans)	10	120 A 34 E	97 A 35 E	82 A	66 A	36 A	1 A	48 A 10 E	28 A 4 E	12 A 11 E	15 A N E	34 A N E	84 000 \$
Cœur	4-8 h	80% (1 an) 70% (5 ans)	11	158	185	131	123	42	1	80	52	51	50	36	83 000 \$

Légende : A = adulte ; E = enfant ; D = double ; S = simple ; N = non disponible.

*Sources, sauf indication contraire : CANADIAN ORGAN REPLACEMENT REGISTER, 1988 Report et 1989 Report, Don Mills (Ont.), Hospital Medical Records Institute, 1990 et 1991; SANTÉ ET BIEN-ÊTRE SOCIAL CANADA.

^oPatrick SULLIVAN, « Report Raises Questions about Cost of Organ Transplantation » (1988), 139:5 *Journal de l'Association médicale canadienne* 433.

[□]Voir SOCIÉTÉ CANADIENNE DE PÉDIATRIE, COMITÉ SUR LA NUTRITION, « Statement on Human Milk Banking » (1985), 132:7 *Journal de l'Association médicale canadienne* 750.

[□]LA SOCIÉTÉ CANADIENNE DE LA CROIX-ROUGE [ci-après SCCR], *Clinical Guide to Transfusion: Products and Practices*, 2^e éd., Ottawa, la Société, 1987, pp. 29-30.

[•]Voir SCCR, *Rapport statistique des services transfusionnels 1988-1989*, Ottawa, la Société, 1989, pp. 6-8, 10.

[•]Communication personnel avec le Canadian Bone Marrow Transplant Group.

[•]SBSC, « Symposium: Organ Transplantation in Canada Today » (1987), 20:1 *Annales CRMCC* 57, 58.

[#]Satoru TODO et autres, « Extended Preservation of Human Liver Grafts with UW Solution » (1989), 261:5 *JAMA* 711; Folkert O. BELZER et James H. SOUTHARD, « Principles of Solid Organ Preservation by Cold Storage » (1989), 45:4 *Transplant.* 673, 675.

probablement dus au fait que les transfusés recevaient du sang incompatible, ce qui peut provoquer des réactions mineures ou graves³². Ce n'est qu'après la découverte des quatre principaux groupes sanguins (A, B, AB et O) en 1901, et la mise au point subséquente de méthodes garantissant la compatibilité, que les transfusions sanguines sont devenues chose courante³³. Le sang est l'un des premiers tissus à avoir été transférés avec succès entre deux humains, à des fins thérapeutiques.

Une meilleure compréhension des propriétés du sang et le développement des méthodes de préservation ont permis la constitution de réserves de sang dès la décennie précédant la Seconde Guerre mondiale³⁴. Durant la guerre, la Société canadienne de la Croix-Rouge (SCCR) a assumé la plus grande partie de la responsabilité de la collecte et de la distribution du sang. Par la suite, le Canada a chargé cet organisme de recueillir et de distribuer le sang et les produits sanguins à l'échelle nationale³⁵.

De nos jours, les transfusions de sang sont considérées comme le « fondement de la médecine moderne » et elles ont « constitué la première transplantation d'organe »³⁶. La SCCR gère dix-sept centres au Canada, d'où elle recueille, vérifie et distribue environ un million d'unités de sang chaque année³⁷. Le sang recueilli est généralement séparé en globules rouges (45 %) et en plasma (55 %). Avec les globules rouges et le plasma, on peut produire les dérivés du sang, qui permettent aux hôpitaux modernes de sauver des vies humaines. Par exemple, les victimes d'accidents et les patients devant subir une intervention chirurgicale majeure doivent recevoir des transfusions sanguines, essentielles à la prévention des chocs opératoires mettant leur vie en danger. De la même manière, le traitement des grands brûlés et des hémophiles (dépourvus de l'agent normal de coagulation du sang), dépend de la transfusion de sous-produits du plasma.

Ces besoins thérapeutiques créent une demande de produits sanguins. Depuis 1981, les administrations fédérale, provinciales et territoriales se sont concertées par l'entremise du Comité canadien du sang (CCS) afin d'élaborer une politique nationale en la matière. Les principes ayant orienté le travail du Comité pendant des années ont été révisés récemment. On voulait désormais mettre l'accent sur les aspects suivants : le don volontaire ; la gratuité ou l'absence de paiement ; l'autosuffisance nationale ; l'innocuité des produits sanguins ; l'abondance et la stabilité des réserves ; le caractère national (et

32. Voir Gilbert M. CLARK (dir.), *Legal Issues in Transfusion Medicine*, Arlington (VI), American Association of Blood Banks, 1986, p. 191.

33. Harvey G. KLEIN, « Transfusion Medicine: the Revolution of a New Discipline » (1987), 258:15 *JAMA* 2108.

34. *Ibid.*

35. RAPPORT DU COMITÉ SPÉCIAL AU COMITÉ CANADIEN DU SANG, *Étude sur le fractionnement du plasma au Canada*, Ottawa, le Comité, 1988, p. 13 [ci-après le CCS].

36. *Ibid.*

37. Voir SOCIÉTÉ CANADIENNE DE LA CROIX-ROUGE, *Rapport statistique des services transfusionnels 1988-1989*, Ottawa, la Société, 1989, pp. 6-8, 10.

non régional) du réseau ; l'efficacité et l'efficience, quant aux coûts³⁸. Malgré les graves pénuries occasionnelles à l'échelle locale et l'insuffisance chronique de plasma aux fins du fractionnement, le système canadien est considéré, au sein de la communauté internationale, comme un système fondé sur le don volontaire, qui répond d'une manière générale aux besoins nationaux³⁹.

Indépendamment de la demande de produits sanguins comme tels, les besoins de la médecine moderne ont contribué à l'apparition d'une demande en ce qui a trait aux conduits à travers lesquels le sang circule dans le corps humain. Par exemple, des cordons ombilicaux humains traités sont greffés en remplacement de certaines veines lors de la reconstitution chirurgicale de membres gravement atteints⁴⁰.

(2) Greffes de moelle osseuse

La moelle osseuse est la substance molle qui se trouve dans la cavité intérieure des os. Elle favorise la formation des globules rouges, qui transportent l'oxygène, des globules blancs, qui attaquent les substances étrangères et infectieuses, et des plaquettes, qui jouent un rôle dans la coagulation. La greffe de moelle osseuse est utilisée depuis près de vingt-cinq ans dans le traitement des maladies telles l'anémie aplastique grave et la leucémie⁴¹.

Dans le cas de l'anémie aplastique grave, par exemple, cette greffe est le traitement indiqué, le taux de survie à long terme atteignant environ 50 %⁴². L'anémie aplastique est une affection du sang, caractérisée par un niveau continuellement insuffisant de globules rouges. Non traitées, 80 % des victimes meurent dans les six mois suivant le diagnostic ; lorsque le malade est traité à l'aide de transfusions sanguines ou d'autres méthodes, le

-
38. À compter de 1991, c'est un nouvel organisme sans but lucratif, l'Agence canadienne du sang, qui est chargée d'accomplir la mission du CCS, en se fondant sur les principes révisés. En résumé, on a repris, en leur donnant une plus grande portée et en les précisant, les quatre principes originaux, à savoir le don volontaire, la gratuité, l'autosuffisance et l'absence de but lucratif. Toutefois, le dernier est remplacé par le principe de l'efficacité et de la rentabilité — un profit limité n'est pas exclu, dans la mesure où il s'agit de satisfaire au principe de l'autosuffisance du réseau national des banques de sang. Voir le *Rapport annuel du Comité canadien du sang présenté à la Conférence provinciale-territoriale des ministres de la Santé*, Ottawa, le Comité, 1989. Voir également CCS, *op. cit.*, note 35, pp. 19-22. Comparer Organisation mondiale de la santé et Ligue des sociétés de la Croix-Rouge, « Final Recommendations of the Meeting on the Utilization and Supply of Human Blood and Blood Products (1975) », dans Piet J. HAGEN, *Blood: Gift or Merchandise*, New York, Alan R. Liss, 1982, p. 200.
39. Voir CONGRESS OF THE UNITED STATES, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT [ci-après OTA], *Blood Policy and Technology*, Washington (D.C.), OTA, 1985, p. 177. Voir également, *infra*, le texte accompagnant les notes 202 à 206.
40. Voir James H. THOMAS et autres, « Vascular Graft Selection » (1988), 68:4 *Surg. Clin. North Am.* 865 ; Jens H. EICKHOFF et autres, « Four Years' Results of a Prospective, Randomized Clinical Trial Comparing Polytetrafluoroethylene and Modified Human Umbilical Vein for Below-Knee Femoropopliteal Bypass » (1987), 6:5 *J. Vasc. Surg.* 506.
41. Noël A. BUSKARD, « Bone Marrow Transplantation: 25 Years of Progress » (1988), 21:7 *Ann. CRMCC* 487. Voir également Noël A. BUSKARD, « Future Directions of Bone Marrow Transplantation » (1987), 137:4 *Journal de l'Association médicale canadienne* 277.
42. Lawrence D. GROUSE et Roxanne K. YOUNG, « Bone Marrow Transplantation: A Lifesaving Applied Art » (1983), 249:18 *JAMA* 2528, 2529.

taux de survie à long terme n'est que d'environ 20 %⁴³. De même, la greffe de moelle osseuse offre aux patients atteints de leucémie, un cancer des globules blancs, une meilleure chance de survie à long terme que le traitement classique fondé sur la chimiothérapie⁴⁴. Des rapports récents indiquent même qu'entre 50 et 80 % des patients atteints de leucémie aiguë auxquels on greffe de la moelle osseuse au début de la maladie survivent de façon prolongée sans présenter les symptômes de la maladie⁴⁵. En outre, ce traitement semble intéressant du point de vue du rapport entre le coût et l'efficacité⁴⁶.

Le manque de donneurs compatibles limite le nombre de greffes de moelle actuellement pratiquées dans les neuf centres canadiens⁴⁷. De nombreux patients doivent compter sur un donneur apparenté (frère ou sœur, par exemple) parce que la compatibilité est meilleure, ce qui diminue d'autant le risque de rejet. Une équipe franco-américaine a récemment annoncé qu'elle avait congelé le sang du cordon ombilical d'un nouveau-né et l'avait transfusé avec succès deux semaines plus tard à son frère de cinq ans, qui souffrait d'une maladie normalement traitée par une greffe de moelle⁴⁸. Malgré les progrès réalisés, les deux tiers environ des patients susceptibles de recevoir une greffe de moelle allogénique (moelle provenant d'une autre personne, apparentée ou non) n'en reçoivent pas en raison de l'impossibilité de trouver un donneur compatible⁴⁹. Si l'on parvenait à en trouver, le nombre de greffes pratiquées chaque année au Canada, estimé à deux cents, pourrait doubler ou tripler⁵⁰. Aussi la Société canadienne de la Croix-Rouge a-t-elle établi récemment un registre national en vue d'augmenter le nombre de donneurs canadiens non apparentés de moelle osseuse⁵¹.

Le recours plus fréquent à l'autogreffe de moelle pourrait s'ajouter aux mesures visant à répondre à la demande en matière de greffes. On prélève la moelle osseuse du patient,

-
43. Robert DISMORE et Richard J. O'REILLY, « Bone Marrow Transplantation: Current Status » (1982), 12 *Pathobiology Annual* 213, 214.
 44. Michael BARNETT, Allen EAVES et Gordon PHILLIPS, « An Overview of Bone Marrow Transplantation for Chronic Myeloid Leukemia » (1990), 143:3 *Journal de l'Association médicale canadienne* 187, 188-189. Voir aussi N.A. BUSKARD, *loc. cit.*, note 41, 488.
 45. Voir Gail ROCK et autres, « Registry of Unrelated Bone Marrow Donors » (1987), 137:3 *Journal de l'Association médicale canadienne* 294, 295.
 46. Voir FEDS, *op. cit.*, note 29, p. 53. Voir également OTA, *The Cost Effectiveness of Bone Marrow Transplant Therapy and its Policy Implications*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1981.
 47. On trouvera des projections sur le nombre de centres de 1985 à 1990 dans FEDS, *op. cit.*, note 29, p. 100.
 48. Eliane GLUCKMAN et autres, « Hematopoietic Reconstitution in a Patient with Fanconi's Anemia by Means of Umbilical-Cord Blood from an HLA-Identical Sibling » (1989), 321:17 *N. Engl. J. Med.* 1174. Voir également Jean-Yves NAU, « Les cordons de la vie », *Le Monde* (6 décembre 1989) 19.
 49. N.A. BUSKARD, *loc. cit.*, note 41, 491.
 50. Voir SOCIÉTÉ CANADIENNE DE LA CROIX-ROUGE et le GROUPE D'ÉTUDE CANADIEN SUR LA COOPÉRATION EN MATIÈRE DE TRANSPLANTATION DE MOELLE OSSEUSE, *Proposition en vue d'établir et de maintenir un registre canadien des donneurs volontaires de moelle osseuse*, Ottawa, la Société, 1988.
 51. Voir Noël A. BUSKARD, « A Register of Life: The First Year of the Unrelated Bone Marrow Donor Registry » (1989), 141:6 *Journal de l'Association médicale canadienne* 600. Voir également, *infra*, le texte accompagnant la note 187.

et on la préserve ou on la congèle⁵² en vue de la lui injecter après un traitement intensif de chimiothérapie⁵³. L'autogreffe de moelle osseuse élimine généralement le problème de l'incompatibilité et empêche la transmission de maladies du donneur au receveur. Mais en utilisant la moelle osseuse du patient, on risque de lui réintroduire sa maladie⁵⁴. Néanmoins, les succès signalés récemment dans divers pays donnent à penser que le recours à cette technique pourrait s'accroître⁵⁵.

(3) Greffes de la cornée

La cornée est la tunique extérieure transparente de l'œil. La greffe de la cornée (kératoplastie) vise à remplacer la cornée tellement endommagée à la suite d'une maladie ou d'un accident qu'une vision déficiente ou la cécité en découle. Les interventions expérimentales pratiquées au XIX^e siècle ont mené à la première greffe réussie en Europe en 1906⁵⁶. Cependant, l'ère moderne de la kératoplastie a commencé au cours des années cinquante, avec l'avènement de meilleures techniques chirurgicales et des sutures fines, l'amélioration des méthodes de constitution de banques d'yeux et l'utilisation d'anti-inflammatoires afin de contrôler les rejets⁵⁷.

De nos jours, la greffe de la cornée est la transplantation de tissus humains le plus souvent pratiquée en Amérique du Nord, et le taux de réussite s'élève à 90 %⁵⁸. Deux mille quatre cent douze greffes de la cornée ont été pratiquées au Canada en 1989⁵⁹. Pourtant, la demande excède la quantité de tissus disponibles. En 1989, mille trois cent un patients étaient inscrits sur les listes d'attente dans la dizaine de centres pratiquant l'intervention au Canada⁶⁰.

(4) Greffes du rein

La première transplantation rénale a été réussie à Boston en 1954, entre deux jumeaux identiques ; elle a inauguré l'ère de la transplantation des organes vitaux⁶¹. L'intervention

52. La moelle osseuse peut être congelée pendant 13 ans. U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, PUBLIC HEALTH SERVICE, NATIONAL CENTER FOR HEALTH SERVICES RESEARCH AND HEALTH CARE TECHNOLOGY ASSESSMENT, *Reassessment of Autologous Bone Marrow Transplantation*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1988, p. 2.

53. Voir *id.*, p. 1.

54. *Id.*, p. 12.

55. Voir *id.*, pp. 3-12.

56. COUNCIL ON SCIENTIFIC AFFAIRS, AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, « Report of the Organ Transplant Panel: Corneal Transplantation » (1988), 259:5 *JAMA* 719.

57. *Ibid.*

58. *Id.*, 719, 721.

59. Communication avec Santé et Bien-être Social Canada et le Canadian Ophthalmological Society Committee on Eye Banks, Subcommittee on Administrative Coordinators.

60. *Ibid.*

61. Voir Joseph E. MURRAY et J. Hartwell HARRISON, « Surgical Management of Fifty Patients with Kidney Transplants, Including Eighteen Pairs of Twins » (1963), 105 *Am. J. Sur.* 205.

a été pratiquée pour la première fois au Canada dans un hôpital de Montréal en 1958⁶². L'amélioration des techniques chirurgicales et la découverte de médicaments anti-rejet ont finalement permis à des chirurgiens de Montréal de réussir, en 1963, une greffe entre personnes non apparentées⁶³.

La greffe rénale constitue, aujourd'hui, le prototype des transplantations d'organes vitaux, car elle est la plus ancienne. Elle est celle qui est le plus souvent pratiquée tant au Canada qu'ailleurs dans le monde. Les chirurgiens canadiens ont effectué en 1989 environ trois fois plus de transplantations rénales que de transplantations du cœur et du foie⁶⁴. Environ 90 % des greffés survivent un an, selon l'origine de l'organe et la thérapie anti-rejet utilisée⁶⁵. Quand on a le choix entre la greffe et le rein artificiel, les avantages de la greffe (taux de survie comparable, coût inférieur, meilleure qualité de vie) en font d'une manière générale la solution retenue en cas d'insuffisance rénale irréversible⁶⁶. Comme pour la greffe de la cornée, la demande est de beaucoup supérieure au nombre d'organes disponibles. En raison de cette pénurie, mille trois cent trente-huit patients attendaient une greffe dans vingt-cinq centres canadiens, à la fin de 1989⁶⁷.

(5) Greffes du cœur

En 1967, un chirurgien d'Afrique du Sud, le docteur Christian Barnard, s'est attiré l'attention du monde entier en pratiquant la première greffe cardiaque sur un humain. Le patient a survécu dix-huit jours⁶⁸. Durant les quinze mois suivants, le nombre de greffes cardiaques pratiquées à travers le monde est monté en flèche ; la première greffe effectuée au Canada (la dix-huitième dans le monde) a été réalisée à l'Institut de cardiologie de Montréal, en 1968⁶⁹. Toutefois, le faible taux de survie a rapidement jeté une douche froide sur l'enthousiasme initial. Au milieu des années soixante-dix, seul un petit nombre de centres à travers le monde continuaient à pratiquer ce qui était généralement considéré comme une intervention expérimentale.

62. Mae Cox, *Human Transplants in Canada*, Edmonton (Alb.), Human Parts Banks of Canada, 1978, p. 17.

63. *Id.*, p. 18.

64. Voir Tableau 1, *supra*, p. 11.

65. *Ibid.* Comparer FEDS, *op. cit.*, note 29, p. 23 ; P.A. KEOWN et C.R. STILLER, « Kidney Transplantation » (1986), 66:3 *Surg. Clin. North Am.* 517, 534 ; et U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, *Report on the Scientific and Clinical Status of Organ Transplantation*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1988, p. 16.

66. Comparer Roger W. EVANS et autres, « The Quality of Life of Patients with End-Stage Renal Disease » (1985), 312:9 *N. Engl. J. Med.* 553 et Roberta G. SIMMONS, Linda ABRESS et Carol ANDERSON, « Rehabilitation after Kidney Transplantation », dans G. James CERILLI (dir.), *Organ Transplantation and Replacement*, Philadelphie, J.P. Lippincott, 1988, p. 481, à la page 488.

67. LE REGISTRE CANADIEN DES INSUFFISANCES ET DES TRANSPLANTATIONS D'ORGANES, *Rapport 1989*, Don Mills (Ont.), Hospital Medical Records Institute, 1991, pp. 103, 111 [ci-après RCITO].

68. « Cardiac Transplantation » (1967), 4 *Brit. Med. J.* 757. On trouvera une analyse du problème du consentement éclairé lors de cette première greffe dans Jay KATZ, *The Silent World of Doctor and Patient*, New York, Free Press, 1984.

69. M. Cox, *op. cit.*, note 62, pp. 46-47.

Durant les années quatre-vingt, des techniques chirurgicales améliorées et uniformisées, une meilleure sélection des patients et de meilleures méthodes de gestion clinique, de même que le recours à des médicaments anti-rejet, ont contribué à relever le taux de survie. Par exemple, l'utilisation de la cyclosporine a entraîné une augmentation de 10 à 15 % du taux de survie immédiate⁷⁰. Aujourd'hui, 80 % des greffés survivent au moins un an, et 50 % survivent cinq ans⁷¹. Grâce à cette hausse du taux de survie, la transplantation cardiaque tend davantage à être considérée, non plus comme une méthode expérimentale, mais comme une thérapie efficace dans le cas des maladies cardiaques parvenues au stade terminal⁷².

Les progrès réalisés dans ce domaine ont également favorisé une plus grande diffusion de la technologie et augmenté la demande. Le nombre de greffes a triplé depuis 1985, année où quelque cinquante interventions avaient été pratiquées⁷³. À la fin de 1989, quatre-vingts patients étaient inscrits sur les listes d'attente dans huit centres au Canada⁷⁴.

(6) Greffes du foie

En 1963, à Denver (Colorado), le Docteur Thomas Starzl tentait la première greffe du foie sur un humain⁷⁵. La première intervention canadienne du genre a été pratiquée à Calgary, onze ans plus tard⁷⁶. La transplantation vise à remplacer un foie endommagé par suite d'une affection génétique, d'un cancer ou d'une cirrhose⁷⁷. Malheureusement, moins de 30 % des premiers greffés ont survécu un an à l'opération, en raison du rejet de l'organe transplanté, d'hémorragies non maîtrisées, d'infections et de complications d'ordre technique⁷⁸.

Toutefois, les progrès de la médecine ont là encore modifié les piètres résultats initiaux. Les techniques de sélection des patients se sont améliorées, ainsi que les techniques chirurgicales. La découverte de la cyclosporine (médicament anti-rejet) au début des années quatre-vingt a permis de doubler et de tripler le taux de survie après un an et cinq ans⁷⁹. Aujourd'hui, suivant l'affection à l'origine de la greffe, le taux de survie se situe à 70 %

70. USTF, *op. cit.*, note 29, p. 18, note 4.

71. R.W. EVANS et autres, *loc. cit.*, note 29, 1892.

72. Comparer FEDS, *op. cit.*, note 29, p. 19 ; et U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, *op. cit.*, note 65, p. 23.

73. Voir RCITO, *op. cit.*, note 67, p. 149.

74. En décembre 1989. Communication avec SBSC, précitée, note 59.

75. Thomas E. STARZL et autres, « Evolution of Liver Transplantation » (1982), 2:5 *Hepatology* 614.

76. M. COX, *op. cit.*, note 62, p. 47.

77. Thomas E. STARZL et autres, « Liver Transplantation » (1989), 321:15 *N. Engl. J. Med.* 1014, 1015.

78. William J. WALL, « Liver Transplantation: Current Concepts » (1988), 139:1 *Journal de l'Association médicale canadienne* 21.

79. Voir Robert D. GORDON et autres, « Indications for Liver Transplantation in the Cyclosporine Era » (1986), 66:3 *Surg. Clinics North Am.* 541, 542-543.

et plus⁸⁰. Comme pour les transplantations cardiaques et rénales, la hausse du taux de réussite a favorisé la diffusion de la technologie et fait augmenter la demande. Près de deux fois plus de transplantations du foie ont été pratiquées sur des adultes au Canada en 1988, que trois ans auparavant⁸¹. À la fin de 1989, quarante-huit adultes attendaient une greffe du foie dans les centres canadiens⁸².

Plus récemment encore, on a commencé à pratiquer des transplantations du foie sur des enfants. La plupart des enfants concernés souffrent d'une maladie héréditaire connue sous le nom d'atrésie des voies biliaires, consistant dans un blocage ou une atrophie du canal cholédoque. Ce canal transporte la bile du foie vers le petit intestin. Le blocage peut causer un ictère ou mener à la cirrhose et à la mort. La chirurgie classique peut aider certains enfants, mais plus de la moitié meurent avant l'âge de deux ou trois ans⁸³. Aucun centre canadien n'ayant pratiqué cette opération sur des enfants avant 1985, les pédiatres devaient auparavant diriger les malades vers des centres américains. En 1989, par contre, les chirurgiens canadiens ont pratiqué trente-quatre transplantations du foie sur des enfants ; dix enfants étaient encore inscrits sur les listes d'attente à la fin de l'année⁸⁴. Une nouvelle technique, encore au stade expérimental, pourrait diminuer le nombre d'organes qu'il faut prélever sur des cadavres pour les greffer sur des enfants. Elle consiste à transplanter à l'enfant une partie du foie d'un adulte vivant ; le foie du donneur adulte se régénère dans le mois qui suit le prélèvement et la partie greffée se développe à mesure que l'enfant grandit⁸⁵.

(7) Greffes d'autres organes vitaux

Pour les greffes du pancréas, de l'intestin, du poumon et les greffes cœur-poumons, la demande demeure relativement modeste, en partie parce que ces nouvelles interventions sont encore largement expérimentales⁸⁶. Par exemple, une équipe de Toronto a pratiqué la première greffe simple et la première greffe double du poumon dans le monde en 1983 et en 1986 respectivement⁸⁷. Des chirurgiens ontariens ont pratiqué la

80. W.J. WALL, *loc. cit.*, note 78, 21. Voir également U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, PUBLIC HEALTH SERVICE, AGENCY FOR HEALTH CARE POLICY AND RESEARCH, *Health Technology Assessment Reports, 1990: Assessment of Liver Transplantation*, Rockville (Md.), U.S. Department of Health and Human Services, 1990 [ci-après Évaluation des greffes du foie].

81. 97 c. 36. Voir Tableau 1, *supra*, p. 11.

82. SBSC, précité, note 59.

83. Diana SWIFT, « Scaled-Down Adult Livers Offer Transplant Hope to Newborns », *The Medical Post* (25 avril 1989) 11.

84. SBSC, précité, note 59.

85. Voir Russell W. STRONG et autres, « Successful Liver Transplantation from a Living Donor to Her Son » (1990), 322:21 *N. Engl. J. Med.* 1505 ; Gina KOLATA, « Surgeons Complete Historic Transplant », *New York Times* (28 novembre 1989) C10.

86. Voir U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, *op. cit.*, note 65, p. 9.

87. Voir « CF Patient's Double Lung Transplant a First » (1988), 55:6 *Ont. Med. Rev.* 49 ; et R.F. GROSSMAN et autres, « Results of Single-Lung Transplantation for Bilateral Pulmonary Fibrosis » (1990), 322:11 *N. Engl. J. Med.* 727.

première transplantation du petit intestin en 1989⁸⁸. Si ces transplantations dépassent le stade expérimental et deviennent des traitements établis, la demande augmentera vraisemblablement⁸⁹.

C. La demande relative à la biotechnologie

Dès ses débuts, l'ère de la biotechnologie a suscité, à l'égard du corps humain, de nouvelles utilisations, de nouveaux besoins et de nouveaux traitements, ainsi que de nouveaux débats⁹⁰. Un rapport américain énumérait récemment plus de cent produits thérapeutiques actuellement en développement dans l'industrie biotechnologique, dont beaucoup sont dérivés de cellules ou de tissus humains⁹¹. Les progrès réalisés permettent de croire que les scientifiques pourront tirer, de certains tissus humains ayant depuis des millénaires relativement peu de valeur thérapeutique, des quantités généreuses de substances pouvant être utilisées sans risques : extraits de l'hypophyse et du pancréas, autres hormones, facteurs de coagulation du sang.

Le mot biotechnologie (contraction des mots biologie et technologie) est passé dans l'usage par suite du progrès considérable de la science de la manipulation des cellules et du matériel génétique au milieu des années 70⁹². Trois importantes techniques — la fusion cellulaire, la culture cellulaire et la technique de l'ADN recombinant — ont joué un rôle déterminant dans l'application de la biotechnologie à la médecine. La technique de l'ADN recombinant consiste dans l'obtention, par combinaison de fragments hétérologues, de l'acide désoxyribonucléique (ADN), la molécule porteuse des caractères génétiques de la cellule ; cette molécule contient les instructions programmées qui définissent les composantes de la cellule et la façon de les fabriquer⁹³. Dans le clonage des gènes (technique de l'ADN recombinant), on isole certains fragments de l'ADN d'une cellule, qu'on transfère dans une autre cellule, de manière à ce que la cellule receveuse puisse, à mesure qu'elle croît, produire et exprimer la composition génétique de la cellule originale⁹⁴.

Les techniques de la fusion et de la culture cellulaire visent également à manipuler la croissance des cellules. La fusion cellulaire, qui consiste dans le croisement de cellules provenant d'espèces différentes, peut produire des cellules hybrides immortelles appelées

88. Cameron JOHNSTON, « Canadian Surgeons Lay Claim to World's First Successful Bowel Transplant » (1989), 141:2 *Journal de l'Association médicale canadienne* 156.

89. Voir FEDS, *op. cit.*, note 29, pp. 36-38.

90. Voir *infra*, ch. III.

91. OTA, *New Developments in Biotechnology: Ownership of Human Tissues and Cells*, document rédigé par Gladys B. WHITE et autres, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1987, pp. 56-59 [ci-après G.B. WHITE].

92. A. CRAFTS-LIGHTY, *Information Sources in Biotechnology*, New York, Nature Press, 1983, p. 1.

93. G.B. WHITE, *op. cit.*, note 91, p. 41.

94. BEAK CONSULTANTS, *Questions de réglementation concernant la biotechnologie au Canada*, Mississauga (Ont.), Beak Consultants, 1987, p. 1.1.

hybridomes⁹⁵. Pour obtenir en grande quantité des cellules génétiquement différentes pouvant être fusionnées, les biotechnologues ont amélioré le très ancien procédé de la culture cellulaire, soit la culture de cellules vivantes, comme pour la fabrication du fromage et du yaourt. L'application moderne consiste à cultiver des cellules issues de tissus humains de manière à ce qu'elles se multiplient en se copiant à l'infini, créant ainsi une lignée cellulaire⁹⁶.

Tirer parti de ces techniques pour obtenir des produits thérapeutiques n'est pas une mince tâche, mais certaines sociétés ont réussi à faire bénéficier la médecine des fruits de la recherche biotechnologique effectuée en laboratoire. Déjà, les autorités fédérales canadiennes ont autorisé l'utilisation de certaines substances fabriquées génétiquement : le vaccin contre l'hépatite B, l'insuline, et un médicament contre le cancer, l'interféron⁹⁷. On est à mettre au point des vaccins dérivés de l'ADN recombinant en vue de combattre la polio et des maladies transmises sexuellement⁹⁸. Des facteurs de croissance dérivés de l'ADN et de la fusion cellulaire ont fait l'objet d'essais cliniques dans le cadre des nouvelles techniques de greffe de la moelle osseuse⁹⁹. Par ailleurs, l'emploi du facteur VIII recombinant dans le traitement des hémophiles devrait recevoir le feu vert des autorités fédérales au cours de l'année 1991-1992.

La mise au point de l'un de ces produits — l'hormone de croissance humaine — montre les répercussions possibles de la biotechnologie sur la médecine et le droit. Le corps humain fabrique des hormones en si petite quantité que leur extraction exige d'énormes quantités de tissus humains, ou s'avère tout simplement impossible¹⁰⁰. Par exemple, l'insuline produite par les cellules du pancréas n'est pas prélevée sur les cadavres parce que la concentration d'hormones est trop faible. Par conséquent, le traitement des diabétiques a traditionnellement reposé sur l'insuline extraite du pancréas des porcs et des moutons, qui a cependant parfois des effets indésirables sur la santé des humains¹⁰¹.

Par contre, l'hormone de croissance humaine (HCH) a traditionnellement été tirée des cellules de l'hypophyse humaine. L'HCH est utilisée pour traiter le nanisme, anomalie causée par une insuffisance hypophysaire. Au Canada, le traitement de centaines d'enfants est fondé depuis des années sur un programme national dans le cadre duquel on prélève des glandes pituitaires sur des cadavres, que l'on pulvérise pour en extraire la précieuse hormone de croissance¹⁰². La possibilité d'obtenir des hypophyses humaines constitue

95. G.B. WHITE, *op. cit.*, note 91, p. 5.

96. *Id.*, p. 33.

97. Communication avec la Direction des médicaments de SBSC. Voir également OTA, *Commercial Biotechnology: An International Analysis*, Washington (D.C.), OTA, 1984, ch. V, p. 119.

98. Voir OTA, *op. cit.*, note 97, pp. 143 et 144.

99. BEAK CONSULTANTS, *op. cit.*, note 94, p. 3.12. Voir également Harold M. SCHMECK, « Cell Growth Factors Emerge as Potent Therapies », *New York Times* (28 mars 1989) C1.

100. Voir Ronald W. ELLIS, « Vaccines, Diagnostic Proteins and Hormones », dans H. REHM et G. REED (dir.), *Biotechnology*, vol. 7B, New York, VCH Publishers, 1989, p. 167, aux pages 170-171.

101. Voir BEAK CONSULTANTS, *op. cit.*, note 94, p. 3.12.

102. Voir « Conclusion réussie de l'essai de 20 ans du CRM sur l'hormone de croissance » (1988), 17:2 *Actualités* 7,8.

évidemment un facteur déterminant pour l'administration de l'hormone¹⁰³. Aussi plusieurs provinces ont-elles adopté des textes législatifs créant une présomption de consentement, de manière à faciliter les prélèvements en vue de l'application du programme¹⁰⁴.

Or récemment, ce programme national a subi une transformation fondamentale. Entre 1985 et 1987, deux raisons ont amené la plupart des pédiatres canadiens à cesser d'utiliser l'hormone prélevée sur des cadavres pour se servir à la place de l'HCH dérivée de l'ADN recombinant. Premièrement, on a soulevé, dans la communauté médicale internationale, l'hypothèse selon laquelle le décès de certains patients aurait été causé par l'injection d'HCH contaminée provenant de cadavres ; deuxièmement, on a entrepris des essais cliniques au Canada en vue de vérifier l'efficacité de l'HCH dérivée de l'ADN recombinant¹⁰⁵. Cela a incité les autorités et les médecins canadiens à accélérer les essais cliniques, d'où l'attribution, en 1986, de permis pour l'administration de cette substance, aujourd'hui utilisée au Canada. Ce changement rend sans doute inutiles les textes établissant une présomption de consentement, pour le prélèvement d'hypophysys sur des cadavres.

II. Les sources de tissus et de substances thérapeutiques

Les humains fournissent la plupart des tissus et des parties du corps nécessaires aux transplantations et aux greffes. Les animaux, les produits artificiels et synthétiques et les banques de tissus constituent toutefois d'autres sources.

A. Les animaux

Les animaux remplissent actuellement trois fonctions importantes dans le domaine de la transplantation des tissus. Premièrement, la société a depuis longtemps utilisé les animaux comme sujets de laboratoire afin d'élaborer et de perfectionner les techniques expérimentales et chirurgicales qui seront plus tard appliquées aux humains. Les greffes du foie, par exemple, ont été précédées de dizaines d'années de travail sur des animaux en laboratoire¹⁰⁶. Deuxièmement, le traitement de certains patients dépend d'hormones provenant d'animaux. Exemple classique : l'insuline administrée aux diabétiques. Troisièmement, des tissus provenant d'animaux servent à des greffes temporaires et

103. Charles McLEAN et autres, « The Extraction, Purification and Synthesis of Anterior Pituitary Hormones for Therapeutic and Diagnostic Use », dans Colin BEARDWELL et Gary L. ROBERTSON (dir.), *The Pituitary*, Londres, Butterworths, 1981, p. 238, à la p. 239.

104. Voir le texte accompagnant la note 845, *infra*.

105. Voir *Actualités*, *loc. cit.*, note 102. Voir également P. BROWN, « Human Growth Hormone Therapy and Creutzfeldt-Jakob Disease: A Drama in Three Acts » (1988), 81:1 *Pediatrics* 85. La possibilité d'obtenir l'HCH par recombinaison génétique a apparemment soulevé de nouvelles inquiétudes d'ordre éthique et économique. Voir John LANTOS, Mark SIEGLER et Leona CUTTLER, « Ethical Issues in Growth Hormone Therapy » (1989), 261:17 *JAMA* 1020.

106. Voir, par exemple, T.E. STARZL, *loc. cit.*, note 75, 614-615.

permanentes : utilisation du catgut comme sutures absorbables, des valves du coeur de porcs pour la chirurgie cardiaque¹⁰⁷, ou de la peau des porcs et de l'amnios des bovins comme bandages biologiques¹⁰⁸ dans le traitement des brûlures.

Devrait-on greffer à des humains des organes prélevés sur des animaux ? La réponse à cette question est liée à la recherche médicale ainsi qu'à des considérations d'ordre éthique et juridique connexes. Le problème s'est présenté concrètement en 1984, lorsqu'un chirurgien californien a tenté une hétérogreffe sur « bébé Fae ». L'idée remonterait à la préhistoire ; on a commencé à pratiquer des hétérogreffes durant les années 1900 (utilisation de reins prélevés sur des lapins, des porcs et des moutons)¹⁰⁹. Les progrès réalisés dans le domaine de la transplantation rénale au début des années soixante ont relancé l'idée de la transplantation d'organes vitaux prélevés sur des primates¹¹⁰. Le cas « bébé Fae » marque la première transplantation d'un coeur de babouin à un enfant souffrant d'une malformation cardiaque rare, qui entraîne habituellement la mort durant le mois suivant la naissance¹¹¹. Bébé Fae a survécu vingt jours avant que son organisme ne rejette l'organe étranger¹¹².

Cette affaire a soulevé d'énormes controverses :

- L'établissement concerné avait-il respecté les lois fédérales régissant les recherches de ce genre¹¹³ ?
- Existait-il un espoir raisonnable que bébé Fae bénéficie de l'intervention, ou a-t-elle simplement été un instrument de recherche pour la science¹¹⁴ ?
- Les parents étaient-ils en mesure de donner un consentement éclairé, compte tenu du fait qu'on a peut-être exagéré les chances de survie, et minimisé la possibilité d'obtenir un coeur humain¹¹⁵ ?

107. Voir Peter BLOOMFIED et autres, « Twelve-Year Comparison of a Bjork-Shiley Mechanical Heart Valve with Porcine Bioprostheses » (1991), 324:9 *N. Engl. J. Med.* 573.

108. Voir Arnold LUTERMAN ET P. WILLIAM CURRERI, « Skin Transplantation », dans G.J. CERILLI (dir.), *op. cit.*, note 66. Voir également A.S. BROWN et L.R. BAROT, « Biologic Dressings and Skin Substitutes » (1986), 13:1 *Clinics in Plastic Surgery* 69.

109. COUNCIL ON SCIENTIFIC AFFAIRS, AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, « Xenografts: Review of the Literature and Current Status » (1985), 254:23 *JAMA* 3353.

110. *Ibid.*

111. L.L. BAILEY et autres, « Baboon-to-Human Cardiac Xenotrans-plantation in a Neonate » (1985), 254:23 *JAMA* 3321.

112. *Ibid.*

113. Voir 45 C.F.R., art. 46.

114. Robert M. VEATCH, « The Ethics of Xenografts » (1986), 18:3 (Suppl. 2) *Transplant. Proc.* 93.

115. Voir U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, NATIONAL INSTITUTE OF HEALTH, *Report of the National Institute of Health Site Visit*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1986, pp. 5-6. Voir également George J. ANNAS, « Baby Fae: The "Anything Goes" School of Human Experimentation » (1985), 15:1 *Hast. Cent. Rep.* 15, 16.

- Les hétérogreffes constituent-elles une atteinte à la loi de la nature ou un manque de respect à l'égard des autres espèces, réduisant les animaux à de simples instruments au service du bien-être des humains¹¹⁶ ?
- Y a-t-il lieu d'affecter des ressources publiques à de telles expériences médicales, même lorsqu'il n'existe aucune thérapie de rechange acceptable¹¹⁷ ?

L'approbation d'une telle intervention dans une université canadienne dépendrait du résultat des délibérations et des protocoles de recherche des comités d'éthique de l'établissement¹¹⁸. L'affaire « bébé Fae » démontre que ces recherches médicales suscitent d'épineux problèmes d'ordre éthique et juridique, qui justifient vraisemblablement un examen attentif et certaines interdictions. Mais une prohibition permanente risquerait de priver les Canadiens de toute possibilité de recours thérapeutique aux hétérogreffes.

B. Les humains

Les tissus nécessaires aux greffes et aux transplantations proviennent surtout des humains. Les sources de tissus peuvent être classées comme suit : les excréments ou leurs sous-produits, notamment la sueur, l'urine, les suites de l'accouchement ; les substances et les tissus susceptibles de régénération — peau, lait, sang, moelle osseuse, etc. ; les organes non susceptibles de régénération — cœur, reins ou foie, par exemple — et enfin le corps entier ou les cadavres¹¹⁹. Les cheveux et les dents peuvent déborder les catégories définies ou ne pas facilement entrer dans celles-ci. Malgré tout, cette catégorisation s'avère parfois importante. Pour le don de tissus susceptibles de régénération, par exemple, le risque médical et l'atteinte à l'intégrité physique sont faibles, en général¹²⁰.

Par contre, les tissus et les organes non susceptibles de régénération sont prélevés sur des donneurs adultes décédés — sur des cadavres, donc. La transplantation du rein d'un donneur vivant constitue une exception notable. Les donneurs vivants de reins représentaient quelque 15 % des donneurs au Canada en 1989¹²¹. Les bébés et les enfants

116. R.M. VEATCH, *loc. cit.*, note 114, 94. Voir également Scrachan DONNELLEY et Williard GAYLIN, « Case Studies: The Heart of the Matter » (1989), 19:1 *Hast. Cent. Rep.* 26. On trouvera des réflexions sur les crimes contre les animaux dans CRD, *Pour une nouvelle codification du droit pénal — édition révisée et augmentée du Rapport n° 30*, Rapport n° 31, Ottawa, la Commission, 1987, p. 110-111.

117. A.L. Caplan, « Ethical Issues Raised by Research Involving Xenografts », (1985) 254:23 *JAMA* 3339, 3342.

118. Voir CONSEIL DE RECHERCHES MÉDICALES DU CANADA, *Lignes directrices concernant la recherche sur des sujets humains*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1987, p. 19 [ci-après CRMC]. Pour la jurisprudence concernant la recherche sur des sujets humains, voir *infra*, note 376.

119. Voir Michèle HARICHAUX, « Le Corps Objet », dans Raphaël DRAÏ et Michèle HARICHAUX (dir.), *Bioéthique et Droit*, Paris, PUF, 1988, p. 130, aux pages 132-136.

120. Voir cependant Cox c. *Saskatoon*, [1942] 1 W.W.R. 717 (C.A. Sask.) (dommages-intérêts accordés au donneur, à cause d'une infection découlant de la transfusion).

121. 138 sur 902. Voir RCITO, *op. cit.*, note 67. Le chiffre de 15 % concorde avec celui des années précédentes, ainsi qu'avec la proportion de 20 % aux États-Unis. Voir *Registre canadien de l'insuffisance rénale : rapport de 1986*, Ottawa, Fondation canadienne des maladies du rein, 1987, p. 115 [ci-après RCIR] ; et U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, *op. cit.*, note 65, p. 14. Voir en général, Peter G. BLAKE et Carl J. CARDELLA, « Kidney Donation by Living Unrelated Donors » (1988), 141:8 *Journal de l'Association médicale canadienne* 773.

peuvent également être des donneurs d'organes de leur vivant, mais leur capacité de consentir à un don et leur vulnérabilité particulière suscitent des préoccupations spéciales d'ordre juridique et éthique¹²².

C. Les sources artificielles et synthétiques

Les prothèses artificielles et synthétiques servant à remplacer certaines parties du corps humain sont utilisées depuis longtemps dans le traitement des maladies et des blessures. Il y a plusieurs siècles déjà, on fabriquait des membres artificiels afin de remplacer les bras et les jambes souvent perdus au combat. Les fausses dents ont été utilisées dès le VII^e siècle av. J.-C. ; sous leur forme moderne, elles remontent au XVIII^e ou au XIX^e siècle et elles étaient destinées à remplacer la transplantation de dents prélevées sur des donneurs vivants et le commerce occasionnel des dents prélevées sur les cadavres laissés sur les champs de bataille¹²³. Aujourd'hui, la technique permet de fabriquer des vaisseaux sanguins synthétiques et des valves cardiaques mécaniques, ou encore de produire par recombinaison génétique de l'insuline (hormone produite par le pancréas humain). Les lentilles synthétiques, les yeux artificiels et les appareils auditifs électroniques sont désormais monnaie courante. Par contre, les appareils destinés à remplacer les poumons, le cœur, le foie ou le pancréas constituent des réalisations plus récentes et plus complexes¹²⁴. En effet, peu d'organes artificiels sûrs et efficaces ont fait l'objet de permis délivrés en vertu des lois fédérales canadiennes. Le succès mitigé du cœur artificiel illustre la règle, tandis que l'utilisation répandue du rein artificiel constitue l'exception.

(1) Rein artificiel

Le rein artificiel (dialyse rénale) est le seul organe artificiel qui relève de la thérapie courante lorsqu'il y a cessation irréversible des fonctions rénales. Après des dizaines d'années de recherche, d'expériences et de perfectionnement, la dialyse à long terme a commencé à être pratiquée durant les années soixante¹²⁵. Aujourd'hui, cette technique offre un traitement sûr et efficace en cas de cessation irréversible des fonctions rénales due à des causes diverses. En 1989, par exemple, quelque cinq mille six cents patients recevaient des traitements de dialyse dans un grand nombre de centres à travers le Canada¹²⁶.

Le traitement impose des restrictions à la qualité de la vie. Il exige en effet généralement trois visites par semaine à un centre de dialyse. Chaque séance dure entre trois et

122. Voir *infra*, ch. II et III.

123. Jeanne THOMAS, « Fangs for the Memories: False Teeth Have Come a Long Way Over Century », *The Medical Post* (11 avril 1989) 71.

124. Voir Harold M. SCHMECK, *The Semi-Artificial Man*, New York, Walker, 1965.

125. Voir William DRUKKER, « Haemodialysis: A Historical Review », dans William DRUKKER, Frank M. PARSONS et John F. MAHER (dir.), *Replacement of Renal Function by Dialysis*, 2^e éd., Boston, Martinus Nijhoff, 1983, p. 3, à la page 28.

126. RCITO, *op. cit.*, note 67, pp. 5, 157.

cinq heures, et les patients sont astreints à une diète sévère. La transplantation rénale était exclue pour environ 40 % des patients qui suivaient des traitements de dialyse en 1986¹²⁷, en raison de leur âge ou pour des raisons médicales¹²⁸.

Parce que le rein artificiel est le seul organe vital artificiel non expérimental, il joue un rôle unique en cas d'échec de la transplantation. Les greffés dont l'opération a échoué (c'est une minorité) ont, en théorie, deux possibilités : une nouvelle transplantation ou un rein artificiel. Les receveurs d'autres organes vitaux font statistiquement face à des risques plus grands d'échec de la transplantation¹²⁹. Et en cas d'échec, aucun organe artificiel sûr et efficace n'est disponible en attendant une autre transplantation.

(2) Cœur artificiel

L'utilisation thérapeutique du cœur artificiel est moins avancée. Certains appareils visant à parer à l'insuffisance cardiaque, notamment le stimulateur cardiaque ainsi que les valves synthétiques et mécaniques mises au point au cours des années soixante, font désormais partie du traitement normal¹³⁰. L'implantation d'un cœur artificiel, par contre, revêt encore un caractère expérimental¹³¹. Ce traitement n'offre donc aux patients ni la sécurité, ni la qualité de vie qu'assure la dialyse rénale. Les patients utilisant un cœur artificiel font face à des risques de caillots sanguins et d'infections, et leur qualité de vie est diminuée¹³².

Dans les quelques hôpitaux canadiens ayant recours au cœur artificiel, l'appareil sert de « pont temporaire » avant la transplantation cardiaque. Cet usage s'est répandu après des tentatives d'implanter un cœur artificiel permanent sur cinq patients américains, au début des années quatre-vingt¹³³. L'intervention a permis à certains patients de se déplacer et de reprendre certaines activités pour une période allant de 10 à 620 jours¹³⁴. Toutefois, la qualité de vie de ces patients a été compromise par de graves accidents cérébrovasculaires, des infections chroniques et des séjours répétés à l'hôpital¹³⁵. L'appareil continue à soulever de grands débats d'ordre éthique¹³⁶.

127. RCIR, *op. cit.*, note 121, pp. 119, 131-132 (1 506 des 3 484 patients enregistrés, soit 43 %, ne pouvaient recevoir une transplantation pour des raisons médicales).

128. OTA, *Life-Sustaining Technologies and the Elderly*, Washington (D.C.), OTA, 1987, p. 249.

129. Voir Tableau 1, *supra*, p. 11.

130. Voir Wilfred LYNCH, *Implants: Reconstructing the Human Body*, New York, Van Nostrand Reinhold, 1982, pp. 52, 75.

131. Comme il s'agit d'un appareil expérimental, son utilisation est régie par des lignes directrices fédérales concernant la recherche et par la législation fédérale relative aux appareils médicaux. Voir CRMC, *op. cit.*, note 118, p. 19. Voir également *infra*, ch. III.

132. Voir Steven H. MILES et autres, « The Total Artificial Heart: An Ethics Perspective on Current Clinical Research and Deployment » (1988), 94:2 *Chest* 409.

133. Voir Gideon GIL, « The Artificial Heart Juggernaut » (1989), 19:2 *Hast. Cent. Rep.* 24.

134. William C. DEVRIES, « The Permanent Artificial Heart » (1988), 259:6 *JAMA* 849.

135. *Ibid.*

136. Voir S.H. MILES et autres, *loc. cit.*, note 132. Comparer George J. ANNAS, « Death and the Magic Machine: Informed Consent to the Artificial Heart » (1987), 9 *W. New Eng. L. Rev.* 89 ; et U.S. DEPARTMENT OF

(3) Fabrication de cellules, de tissus humains et de médicaments par les techniques du génie génétique

Il a été question plus haut de la fabrication, par les techniques du génie génétique, de diverses substances : insuline, médicaments anticancéreux, hormone de croissance humaine, facteurs de coagulation du sang ; des progrès ont en outre été réalisés dans la fabrication synthétique de certains organes : peau, veines, glandes, valves, et dans certains cas on a déjà atteint le stade de l'utilisation thérapeutique¹³⁷. La recherche en cours sur l'obtention des facteurs de croissance des cellules par l'ADN recombinant montre par ailleurs comment la nouvelle technologie du remplacement des tissus humains peu aider à diminuer la demande en ce qui a trait aux tissus humains thérapeutiques difficiles à trouver. Les facteurs de croissance des cellules fabriqués par les techniques du génie génétique copient et propagent les substances favorisant la croissance produites naturellement dans le corps humain. Ces facteurs devraient être utilisés dans le cadre de plusieurs traitements, de l'inhibition des cellules cancéreuses aux transplantations de la moelle osseuse¹³⁸.

Par exemple, on a récemment étudié, lors d'essais cliniques, l'utilisation des facteurs de croissance pour stimuler la production de globules rouges dans le traitement de l'anémie, une déficience de ces globules. Les patients en dialyse rénale et les greffés du rein ont souvent besoin de nombreuses transfusions de sang afin de traiter leur anémie, un des effets secondaires de l'insuffisance rénale. Les scientifiques ont constaté que l'augmentation du nombre de globules rouges après l'absorption de l'hormone érythropoïétine fabriquée génétiquement tendait à réduire le nombre de transfusions nécessaires, améliorant par le fait même la qualité de vie des patients¹³⁹. Les autorités fédérales américaines et canadiennes compétentes ont reconnu en 1989-1990 que l'érythropoïétine est une substance sûre et efficace¹⁴⁰.

HEALTH AND HUMAN SERVICES, WORKING GROUP ON MECHANICAL CIRCULATORY SUPPORT OF THE NATIONAL HEART, LUNG, AND BLOOD INSTITUTE, *Artificial Heart and Assist Devices: Directions, Needs, Costs, Societal and Ethical Issues*, Washington (D.C.), National Institute of Health, 1985.

137. Voir P. BLOOMFIELD et autres, *loc. cit.*, note 107 ; le texte accompagnant les notes 97 à 105, *supra*; *infra*, note 206 et le Tableau 2, *infra*, p. 141, ch. III. Voir aussi E. BELL et M. ROSENBERG, « The Commercial Use of Cultivated Human Cells » (1990), 22:3 *Transplant. Proc.* 971 ; Lawrence M. FISHER, « 3 Companies Speed Artificial Skin », *New York Times* (12 septembre 1990) D1, et « Biomatériaux : l'avenir de l'homme-prothèse », *Le Monde* (5 septembre 1990) 25.
138. Voir Michael B. SPORN et Anita B. ROBERTS, *Peptide Growth Factors and Their Receptors*, New York, Springer-Verlag, 1990.
139. Voir Joseph W. ESCHBACH et autres, « Treatment of the Anemia of Progressive Renal Failure with Recombinant Human Erythropoietin » (1989), 321:3 *N. Engl. J. Med.* 158.
140. Voir Rhonda L. RUNDLE, « Biotech Battlefront: Amgen, Cleared to Sell Kidney Patient Drug, Still Faces Big Hurdles », *Wall Street Journal* (2 juin 1989) A1. Pour une discussion concernant les litiges entre les sociétés américaines de biotechnologie au sujet du brevet relatif à l'EPO, voir également *Amgen Inc. c. Chugai Pharmaceutical Co.*, *infra*, note 776.

D. Préservation des tissus et constitution de banques

Lorsqu'un tissu humain est prélevé du corps, il est privé de sang et des éléments nutritifs essentiels, de même que de l'oxygène transporté par le sang, ce qui entraîne normalement la mort ou la détérioration de ce tissu. La préservation des tissus humains vise à suspendre ce processus dégénératif. La science médicale permet ainsi de congeler et de préserver grâce à des procédés chimiques les tissus aux fins de traitement et de recherche¹⁴¹.

Comme dans le cas de la technologie de la transplantation, la science médicale a commencé à maîtriser la conservation de tissus thérapeutiques simples avant de mettre au point des méthodes pour la préservation des reins, d'autres tissus complexes ainsi que des organes vitaux. Ces techniques sont dans une large mesure postérieures à la Seconde Guerre mondiale, le point de départ consistant dans la mise au point de la conservation du sang durant les années quarante¹⁴². Depuis, les progrès réalisés ont permis de conserver certaines substances susceptibles de régénération, notamment le sang, le sperme, la peau, la moelle osseuse, les cellules et le lait prélevés sur des donneurs vivants, ainsi que des tissus non susceptibles de régénération — valves du cœur, veines, tendons, nerfs, os, tissus cornéens — prélevés sur des cadavres¹⁴³. Actuellement, les banques de tissus varient en taille et en complexité ; certaines sont des centres complets alors que d'autres sont des petites entreprises locales offrant un type de tissu à un médecin en particulier et fonctionnant sous la responsabilité de celui-ci¹⁴⁴.

Malheureusement, il n'existe pas encore de banques de foies, de reins et de cœurs. Dans l'état actuel de la technique de transplantation, ces organes vitaux nécessitent une perfusion de sang presque continue pour empêcher leur détérioration. Avec les solutions habituelles de conservation, les chirurgiens disposent généralement de quelques heures — et d'au plus quelques jours — entre le prélèvement de l'organe sur un donneur et son implantation dans le corps du receveur¹⁴⁵. Une nouvelle solution de préservation chimique, récemment approuvée, la solution UW, pourrait doubler ou tripler le délai à la disposition du chirurgien pour greffer l'organe¹⁴⁶. Il demeure que, vu la différence avec les délais plus longs régissant le prélèvement de tissus humains, la courte période dont dispose le chirurgien pour pratiquer la transplantation et l'absence de régénération des organes vitaux, la recherche de receveurs et la transplantation des organes disponibles doivent se faire rapidement et correctement.

141. Voir R. RAZABONI et W.W. SHAW, « Preservation of Tissue for Transplantation and Replantation » (1983), 10:1 *Clinics in Plastic Surgery* 211, 212-213.

142. Voir, *supra*, le texte accompagnant les notes 33 à 35.

143. Voir *Report of the Alberta Human Tissue Procurement Task Force*, Edmonton (Alb.), Task Force, 1985, p. 24.

144. *Ibid.*

145. Voir Tableau 1, *supra*, p. 11.

146. Voir *ibid.* Voir également Satoru TODO et autres, « Extended Preservation of Human Liver Grafts with UW Solution » (1989), 261:5 *JAMA* 711 ; Folkert O. BELZER et James H. SOUTHWARD, « Principles of Solid Organ Preservation by Cold Storage » (1988), 45:4 *Transplant.* 673, 675.

Banques de lait : Le lait est l'une des premières substances du corps humain à avoir été recueillies à des fins thérapeutiques. La première banque canadienne de lait a été établie durant les années vingt au Children's Hospital de Winnipeg¹⁴⁷. Au milieu des années quatre-vingt, on comptait environ vingt banques de lait¹⁴⁸. Ces banques fournissent du lait maternel aux enfants qui ne sont pas en mesure d'en recevoir suffisamment de leur mère¹⁴⁹. Dans certains pays, les femmes sont payées lorsqu'elles font des dons de lait dans des supermarchés faisant office de centres de distribution, mais au Canada, les mères sont encouragées à donner gratuitement leur lait aux banques situées dans les hôpitaux¹⁵⁰. Le lait peut être réfrigéré pendant 24 à 48 heures, ou congelé pendant une période maximale de six mois¹⁵¹.

Banques de sang : La constitution de réserves de sang est maintenant tout à fait courante, et la technique s'est perfectionnée depuis les débuts, dans les années quarante¹⁵². La durée de conservation du sang devant servir à des fins thérapeutiques dépend du produit sanguin. Le sang entier peut être réfrigéré pendant quelque trente-cinq jours, le plasma congelé se conserve de trois à douze mois et les globules rouges congelés peuvent être conservés pendant dix ans¹⁵³. On compte environ neuf cents banques de sang au Canada — le recours aux techniques de conservation de cette substance est plus courant et plus fréquent que pour tout autre organe ou tissu¹⁵⁴.

Banques d'yeux : La première banque d'yeux canadienne a été mise sur pied à l'Université de Toronto en 1955¹⁵⁵. De nos jours, dix banques d'yeux offrent leurs

147. Gilbert SHARPE, *The Law & Medicine in Canada*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1987, p. 330.

148. Voir SOCIÉTÉ CANADIENNE DE PÉDIATRIE, COMITÉ SUR LA NUTRITION, « Statement on Human Milk Banking » (1985), 132:7 *Journal de l'Association médicale canadienne* 750.

149. R.S. SAUVÉ et autres, « Mothers' Milk Banking: Microbiologic Aspects » (1984), 75 *Can. J. Public Health* 133.

150. Mentionnons cependant les résultats d'une enquête réalisée en 1981, révélant qu'une banque canadienne rémunérait les donneurs, et le cas de la Finlande, où l'on paie 20 \$ le litre. Voir CALGARY MOTHERS' MILK BANK, *Mothers' Milk Bank Manual*, Calgary (Alb.), Calgary Mothers' Milk Bank, 1984, p. 5 et Martti A. SIIMES et Niilo HALLMAN, « A Perspective on Human Milk Banking 1978 » (1979), 94:1 *J. Pediatr.* 173. Une communication personnelle avec le professeur Siimes révèle que la somme de 13 \$ le litre payé en 1977 a été portée à 20 \$ le litre.

151. SBSC, *Guide de prévention des infections pour les soins périnataux*, Ottawa, SBSC, 1988, p. 12 ; SBSC, *Les soins à la mère et au nouveau-né dans une perspective familiale : lignes directrices nationales*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1987, par. 7.11, pp. 79-80. Au Canada, les banques de lait sont généralement régies par des lignes directrices élaborées par des professionnels, mais d'autres pays ont adopté des textes législatifs et réglementaires à ce sujet. Voir, par exemple, *N.Y. Pub. Health Law*, art. 2505 et 4360 (McKinney, 1991 Supp.), et les règlements français sur les banques de lait, *infra*, note 935.

152. Voir *supra*, section 1.B(1).

153. Voir CCS, *op. cit.*, note 35, p. 34, où l'on cite SCCR, *Guide de la pratique transfusionnelle*, 2^e éd., Ottawa, la Société, 1987, p. 29.

154. Une banque par dix-sept centres de transfusion de la SCCR, et une banque dans chacun des 882 hôpitaux ayant reçu des produits sanguins distribués par la SCRC durant l'année 1988-1989. Voir *Rapport statistique des services transfusionnels*, *op. cit.*, note 37, p. 58.

155. Voir Anne WOLFE, *The Eye Bank of Canada 1951 to 1988* [non publié], p. 1.

services à travers le Canada. Les cornées, prélevées sur des donneurs décédés, sont réfrigérées dans une solution tissulaire où elles pourront être préservées de trois à quatre jours¹⁵⁶. Certaines banques congèlent les cornées pour transplantation future. Toutefois, comme la plupart des banques canadiennes d'yeux utilisent la méthode de la réfrigération pendant trois ou quatre jours, elle jouent le rôle de centres de cueillette, de calibrage et de distribution de cornées fraîches¹⁵⁷. Entre avril 1988 et mars 1989, les banques d'yeux du Canada ont prélevé, conservé ou distribué plus de cinq mille yeux ; environ six cents ont été conservés dans des solutions de longue durée ou traités et conservés pour être utilisées à titre de lentilles cornéennes vivantes ; mille huit cents ont servi à la recherche et à l'enseignement, et deux mille trois cents ont été transplantés¹⁵⁸.

Banques de sperme : Le sperme humain peut être congelé et conservé durant des années avant d'être décongelé et utilisé dans le traitement de l'infertilité. Les premières grossesses réussies à l'aide de sperme congelé ont été signalées durant les années cinquante¹⁵⁹. L'insémination artificielle a fait ses débuts au Canada à la fin des années soixante¹⁶⁰. Sur les onze centres canadiens d'insémination artificielle ayant répondu à une enquête réalisée au début des années quatre-vingt (on s'était adressé à dix-huit centres en tout), trois ont déclaré utiliser régulièrement du sperme congelé, alors que les huit autres centres utilisaient du sperme frais¹⁶¹. Aujourd'hui, l'insémination artificielle est une « pratique courante, à la fois avec du sperme frais et avec du sperme congelé.¹⁶² » L'utilisation de sperme congelé semble être plus courante dans certains autres pays¹⁶³, mais des inquiétudes concernant les risques de transmission du VIH ont récemment poussé certains Canadiens à exiger l'utilisation obligatoire et exclusive de sperme congelé, qui permet un dépistage plus efficace¹⁶⁴. La congélation d'autres tissus reproductifs commence également à être utilisée dans le traitement de l'infertilité¹⁶⁵.

156. Voir COUNCIL ON SCIENTIFIC AFFAIRS, *loc. cit.*, note 56, 720.

157. Voir COMMISSION MANITOBAINE DE RÉFORME DU DROIT, *Report on the Human Tissue Act*, Rapport n° 66, Winnipeg, la Commission, 1986, p. 5 ; M. COX, *op. cit.*, note 62, p. 10.

158. Des 2 342 cornées transplantées, 301 étaient fraîches, utilisées généralement dans les vingt-quatre heures du prélèvement, 1 994 avaient été réfrigérées pour une période allant de un à quatre jours et 47 étaient des cornées congelées avant mars 1988. EYE BANK OF BRITISH COLUMBIA, *Canadian Eye Bank Statistics April 1st 1988 to March 31st 1989* [non publié].

159. Voir R.G. BUNGE, W.C. KEETTEL et J.K. SHERMAN, « Clinical Use of Frozen Semen: Report of Four Cases » (1954), 5 *Fertil. Steril.* 520.

160. Voir Jacques E. RIOUX et C.D.F. ACKMAN, « Artificial Insemination and Sperm Banks: The Canadian Experience », dans Georges DAVID et Wende S. PRICE (dir.), *Human Artificial Insemination and Semen Preservation*, New York, Plenum Press, 1980, p. 31.

161. SBSC, *Rapport du Comité consultatif sur le stockage et l'utilisation du sperme humain*, Ottawa, SBSC, 1981, pp. x, xi, 78.

162. SBSC, Centre fédéral sur le SIDA, « Lignes de conduite pour la prévention de l'infection à VIH dans la transplantation d'organe et de tissu » (octobre 1989), 15S4 (Suppl.) *Rapport hebdomadaire des maladies au Canada* 19 [ci-après CFSIDA].

163. Voir Derek J. JONES, « Artificial Procreation, Societal Reconceptions: Legal Insight from France » (1988), 36 *Am. J. Comp. L.* 525.

164. Voir CFSIDA, *op. cit.*, note 162, p. 5 (utilisation de sperme frais non recommandée). Voir également SOCIÉTÉ CANADIENNE DE FERTILITÉ ET D'ANDROLOGIE, *Insémination thérapeutique avec sperme de donneur*, Montréal (Qc), la Société, 1988, p. 3.

165. Voir CRD, *La procréation médicalement assistée*, Document de travail n° 65, Ottawa, la Commission, 1992, et AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, « Board of Trustees Report : Frozen Pre-Embryos » (1990), 263:18 *JAMA* 2484. Pour une discussion sur les litiges relatifs aux embryons congelés, voir *infra*, note 415.

Banques d'ADN et de cellules : La prolongation de la période de réfrigération et la congélation à long terme des cellules humaines a facilité la mise au point du stockage des cellules et de l'ADN comme outil de diagnostic. Les cellules humaines congelées demeurent viables pendant vingt ans¹⁶⁶. Le stockage à long terme facilite la recherche ; il permet, par exemple, de faire des comparaisons entre des cellules que l'on soupçonne de présenter des anomalies génétiques, et des cellules qu'on a stockées en sachant qu'elles présentaient de telles anomalies. Ces travaux sont réalisés, entre autres, grâce au Répertoire des souches de cellules humaines en mutation de l'Hôpital de Montréal pour enfants.

Le stockage de l'ADN joue également un rôle dans le diagnostic des maladies génétiques. Une banque d'ADN est un endroit où l'on conserve l'ADN pour analyse future¹⁶⁷. L'ADN est extrait des cellules du sang préservé, ainsi que de tissus ou de cellules viables frais ou congelés. Il peut ensuite être stocké indéfiniment dans des micro-éprouvettes pour utilisation future dans le diagnostic. On tente actuellement, dans le cadre d'un programme de dépistage entrepris récemment dans quatorze centres du Canada, de déterminer si des patients sont porteurs du gène de la chorée de Huntington. Or, il peut s'avérer nécessaire à cet effet de prélever un échantillon d'ADN sur un tissu préservé d'un parent décédé, si l'on n'avait pas conservé des échantillons de sang¹⁶⁸. La Banque canadienne de tissu du cerveau, à Toronto, a parfois été en mesure de fournir les tissus requis dans le cadre de ce programme. Depuis des années, la Banque entrepose des tissus du cerveau, donnés aux fins de recherche¹⁶⁹. Récemment, elle a fourni aux analystes génétiques des tissus du cerveau de parents décédés, dont on extrait l'ADN en vue de dépister la présence du gène de la chorée de Huntington. La Banque pourrait jouer un rôle semblable dans le cas d'autres maladies dégénératrices du cerveau, comme la maladie d'Alzheimer, si l'on parvenait à identifier les gènes de celles-ci¹⁷⁰.

Banques d'os : Le Canada compte environ soixante banques d'os¹⁷¹ capables de conserver indéfiniment des os congelés¹⁷². Les os sont généralement utilisés en chirurgie de reconstruction, notamment dans le traitement des tumeurs ou des fractures¹⁷³, et ils

166. Linda MADISEN et autres, « DNA Banking: The Effects of Storage of Blood and Isolated DNA on the Integrity of DNA » (1987), 27 *Am. J. Med. Genet.* 379, 388.

167. AD HOC COMMITTEE ON DNA TECHNOLOGY, AMERICAN SOCIETY OF HUMAN GENETICS, « DNA BANKING AND DNA ANALYSIS: POINTS TO CONSIDER » (1988), 42:5 *Am. J. Human Genet.* 781 [ci-après ASHG].

168. Voir L. MADISEN et autres, *loc. cit.*, note 166, 380. Voir également Lawrence SURTEES, « Doctors Using New Gene Probes in Huntington's Disease Program », *The [Toronto] Globe and Mail* (29 août 1988) A14 ; Kathleen NOLAN et Sara SWENSON, « New Tools, New Dilemmas: Genetic Frontiers » (1988), 18:5 *Hast. Cent. Rep.* 40. Voir en général, Note, « Legal Implications of the G-8 Huntington's Disease Genetic Marker » (1988-1989), 39 *Case W. Res. L. Rev.* 273.

169. Concernant les usages britanniques, voir Diana BRAHAMS, « Brain Banks » (1990), 335:8684 *Lancet* 282.

170. Voir Harold M. SCHMECK, « Gene-Mappers Identify Dozens of Trouble Spots », *New York Times* (20 juin 1989) C1, C6 (les cartographes des gènes tentent d'identifier les chromosomes ou les gènes reliés à la maladie d'Alzheimer, au syndrome de Down, au nanisme et à l'épilepsie).

171. Comparer Gordon RUSSELL, Richard HU et Jim RASO, « Bone Banking in Canada: A Review » (1989), 32:4 *Can. J. Surg.* 231 et CFSIDA, *op. cit.*, note 162, p. 19.

172. Nikki JACKSON JACOBS, « Establishing A Surgical Bone Bank », dans Kenneth FAWCETT et Alice R. BARR (dir.), *Tissue Banking*, Arlington (VI), American Association of Blood Banks, 1987, p. 67.

173. Voir *ibid.* Voir aussi Allan E. GROSS, « The Use of Allografts in Orthopaedic Surgery » (1989), 6 *Transplantation/Implantation Today* 44.

sont prélevés sur des donneurs vivants ou des cadavres. Les donneurs vivants peuvent faire des dons d'os à l'occasion d'une intervention chirurgicale comme, par exemple, le remplacement complet de la hanche ou du genou¹⁷⁴. Le prélèvement d'os sur des cadavres, habituellement des os longs de la jambe et du bras, peut se faire à l'occasion d'un prélèvement d'organes, ou de manière distincte¹⁷⁵.

Les fonctions médicales et sociales de ces banques de tissus ont évolué au même rythme que la technologie de conservation¹⁷⁶. La possibilité de préserver toute une gamme de tissus humains et de substances corporelles soulève diverses questions. Quels sont les critères, médicaux et autres, régissant la participation des donneurs et des receveurs¹⁷⁷ ? Quelles sont les conditions rattachées au consentement éclairé des donneurs et des receveurs, et quelles en sont les conséquences¹⁷⁸ ? Quelles sont les limites du devoir de confidentialité relatif aux dossiers médicaux¹⁷⁹ ? Les procédures de stockage devraient-elles être régies par des normes professionnelles ou par une loi¹⁸⁰ ? Dans quelle mesure une banque devrait-elle être tenue pour responsable si elle fournit des tissus contaminés¹⁸¹ ?

Si l'établissement de nouvelles méthodes de stockage tend à créer de nouvelles applications médicales, il peut également susciter de nouveaux problèmes. C'est ce qui se passe dans le cas du stockage des tissus autologues. Contrairement aux donneurs traditionnels, qui font un « cadeau anatomique » à la collectivité lorsqu'ils font un don à une banque de tissus, certaines personnes donnent du sang, de la moelle osseuse, de l'ADN ou des substances reproductives en prévision de traitements administrés à elles-mêmes ou à des membres de leur famille — il serait plus exact de les considérer comme des « déposants »¹⁸².

Depuis peu, par exemple, on voit des Canadiens demander à la Croix-Rouge ou à une banque de sang commerciale de conserver une certaine quantité de leur sang¹⁸³. De

174. N. JACKSON JACOBS, *loc. cit.*, note 172.

175. Voir William W. TOMFORD et Henri J. MANKIN, « Cadaver Bone Procurement », dans K. FAWCETT et A.R. BARR (dir.), *op. cit.*, note 172, p. 97.

176. Voir en général, T.F. KIRN, « Tissue Banking in Midst of Revolution of Expansion as More Uses Are Found for Various Transplants » (1987), 258:3 *JAMA* 302.

177. Voir Ken POLE, « Red Cross Challenged Over Blood Donor Policy », *The Medical Post* (20 juin 1989) 12 (contestation de la politique de la SCCR concernant les donneurs de sang). Pour une discussion sur les litiges concernant le droit de bénéficier des services des banques de sperme, voir D.J. JONES, *loc. cit.*, note 163.

178. Le consentement donne-t-il des droits sur le contrôle et la transplantation des tissus ? Voir Bartha M. KNOPPERS et Claude M. LABERGE, « DNA Sampling and Informed Consent » (1989), 140:9 *Journal de l'Association médicale canadienne* 1023, 1027. Voir également *infra*, note 184.

179. Voir en général, Lorne Elkin ROZOVSKY et Fay Adrienne ROZOVSKY (dir.), *The Canadian Law of Patient Records*, Toronto, Butterworths, 1984. Voir également, *infra*, ch. III.

180. Voir *supra*, note 151.

181. Voir *infra*, notes 501-503.

182. Voir ASHG, *loc. cit.*, note 167, 782.

183. Voir Anne GILMORE « Red Cross Gets Go-Ahead for Autologous Blood Service » (1988), 138:2 *Journal de l'Association médicale canadienne* 157. Voir également SOCIÉTÉ CANADIENNE DE LA CROIX-ROUGE, *op. cit.*, note 37, p. 11 (collecte de sang autologue à dix-sept centres) ; NATIONAL BLOOD RESOURCE EDUCATION PROGRAM EXPERT PANEL, « The Use of Autologous Blood » (1990), 263:3 *JAMA* 414.

telles pratiques tendent à modifier les relations qui existent entre les banques de tissus et les « déposants », particulièrement en ce qui a trait au contrôle ou à la propriété des substances déposées¹⁸⁴. Enfin, il convient de signaler qu'en plus de servir de dépositaires aux fins de thérapie et de recherche médicale, les banques de tissus jouent un rôle dans certaines entreprises de nature commerciale, par exemple en stockant des lignées cellulaires humaines et des produits biologiques humains brevetés¹⁸⁵.

III. Coordination de l'offre et de la demande

Afin de coordonner l'offre et la demande, on a établi des réseaux locaux et internationaux d'échange de tissus humains. Certaines initiatives sont intégrées dans un système national cohérent. Par exemple, les dix-sept centres de transfusion de la Croix-Rouge canadienne répondent en grande partie aux besoins régionaux en matière de collecte et de distribution de sang — cela, dans le cadre de services nationaux, selon des principes communs et des procédures uniformes¹⁸⁶. Le système est l'aboutissement de quarante ans d'expérience et d'évolution.

Les registres de donneurs de tissus humains et les réseaux d'échange d'organes sont un phénomène plus récent. Les registres de donneurs rassemblent le nom et la fiche médicale des donneurs possibles d'organes, ce qui permet de vérifier rapidement la compatibilité entre les tissus du patient et ceux du donneur. Afin d'élargir le réseau de donneurs non apparentés dans le cas des greffes de moelle osseuse, par exemple, la Croix-Rouge canadienne a récemment établi un registre national de 100 000 donneurs, pouvant fournir des tissus compatibles aux centres canadiens pratiquant ces interventions¹⁸⁷. La Croix-Rouge prévoit que le registre permettra de procéder à environ quatre cents greffes de plus par an¹⁸⁸.

Les réseaux d'échange d'organes fonctionnent selon les mêmes principes. Il existe au Canada neuf programmes de récupération d'organes¹⁸⁹. Le premier réseau est le fruit d'un effort de coopération entre quatre centres de transplantation de Toronto en 1976. Dès 1978, le Programme de récupération et d'échange de multiples organes de l'Ontario (REMO) s'occupait de la récupération d'organes partout dans la province. Une équipe

184. Voir ASHG, *loc. cit.*, note 167, 782 (l'ADN est la propriété du déposant, sauf stipulation contraire). Voir également *infra*, ch. III.

185. Voir AMERICAN TYPE CULTURE COLLECTION, *Catalogue of Cell Lines and Hybridomas*, 5^e éd., Rockville (Md.), American Type Culture Collection, 1985, p. vi.

186. Voir, *supra*, le texte accompagnant les notes 34 à 39.

187. Voir *supra*, notes 50, 51. À titre de comparaison, le registre américain est relié à cinquante banques de sang et dix-sept centres de greffe de moelle osseuse. Jane E. BRODY, « New Registry is Raising Hope for Those in Need of Bone Marrow », *New York Times* (12 janvier 1988) C1.

188. *Ibid.*

189. Anne GILMORE, « Procuring Donor Organs: Firm But Friendly Encouragement Required » (1986), 134:8 *Journal de l'Association médicale canadienne* 932, 937.

chargée de la récupération des organes est à l'œuvre vingt-quatre heures par jour. On donne des conseils aux hôpitaux et on organise le transfert des donneurs vers les centres de transplantation¹⁹⁰. Des programmes semblables existent en Colombie-Britannique, au Manitoba, en Saskatchewan, en Alberta, dans les Maritimes et au Québec¹⁹¹.

Les programmes de récupération d'organes et les centres de transplantation jouent un rôle crucial dans le processus du don d'organes. Ce processus commence par le dépistage des donneurs possibles. Le donneur typique est la personne qui a subi des dommages irréversibles au cerveau, souvent lors d'un accident de la circulation. Il n'est donc pas surprenant que la plupart des donneurs proviennent des salles de soins intensifs des grands hôpitaux¹⁹². Lorsqu'un donneur possible est signalé, on vérifie s'il a indiqué sa volonté quant au prélèvement d'organes ou de tissus (par exemple, sur son permis de conduire). S'il ne l'a pas fait, on peut s'adresser au plus proche parent du patient, qui est légalement autorisé à refuser le prélèvement ou à y consentir¹⁹³.

Une fois la mort cérébrale attestée, soit au bout de quelque vingt-quatre heures¹⁹⁴, le plus proche parent signe les formules de consentement requises. Le donneur est ensuite maintenu mécaniquement en vie et il reçoit sans interruption des soins cliniques et biochimiques intensifs, pour la préservation de ses organes en vue de leur transplantation¹⁹⁵. Les soins peuvent comprendre l'injection d'antibiotiques pour combattre une infection, la vérification de la tension artérielle et de la température du corps, la rotation du corps afin de prévenir la formation d'ulcères de la peau, l'enregistrement à toutes les heures de la quantité d'urine recueillie et même la réanimation, dans les rares cas d'arrêt cardiaque durant la phase de maintien¹⁹⁶. La vérification de la compatibilité des tissus et des groupes sanguins précède également l'intervention chirurgicale proprement dite. En outre, les tissus et le sang des donneurs doivent faire l'objet d'un dépistage rigoureux des maladies transmissibles¹⁹⁷.

190. ONT, *op. cit.*, note 29, p. 114.

191. Voir COMITÉ CONSULTATIF FÉDÉRAL-PROVINCIAL DES SERVICES EN ÉTABLISSEMENT ET DES SERVICES MÉDICAUX, SOUS-COMITÉ SUR LES PROGRAMMES INSTITUTIONNELS, *Services hospitaliers de don d'organes et de tissus : Guide pour l'établissement de normes régissant les services spéciaux dans les hôpitaux*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1988, pp. 39-42.

192. ONT, *op. cit.*, note 29, p. 103. Joseph M. DARBY et autres, « Approach to Management of the Heartbeating "Brain Dead" Organ Donor » (1989), 261:15 *JAMA* 2222 (98 %).

193. Voir *infra*, ch. III.

194. Voir CONGRÈS CANADIEN DES SCIENCES NEUROLOGIQUES, « Recommandations au sujet des critères de mort cérébrale » (1987), 136 *Journal de l'Association médicale canadienne* 200A, reproduit dans COMITÉ CONSULTATIF FÉDÉRAL-PROVINCIAL DES SERVICES EN ÉTABLISSEMENT ET DES SERVICES MÉDICAUX, *op. cit.*, note 191. Voir également CANADIAN CONGRESS COMMITTEE ON BRAIN DEATH, « Death and Brain Death: A New Formulation for Canadian Medicine » (1988), 138:5 *Journal de l'Association médicale canadienne* 405.

195. Voir ONT, *op. cit.*, note 29, p. 93.

196. Voir J.M. DARBY et autres, *loc. cit.*, note 192, 2225-2226.

197. Voir CFSIDA, *op. cit.*, note 162, pp. 1-2 (malgré la transmission de l'infection à VIH dans d'autres pays, aucun cas n'a été rapporté au Canada suite à une transplantation des reins, du foie, du cœur, du cœur-poumon, de la cornée, de la peau, d'un os ou de la moelle osseuse ; un seul cas a été rapporté et il s'agissait d'une mère porteuse) ; U.S. CENTERS FOR DISEASE CONTROL, « Semen Banking, Organ and Tissue Transplantation, and HIV Antibody Testing » (1988), 259:9 *JAMA* 1301. Pour de la jurisprudence portant sur le contrôle des tissus transplantés, voir *infra*, note 501.

Lorsque tous les contrôles ont été effectués et que l'on a constaté la compatibilité entre le donneur et un receveur, on détermine les modalités du prélèvement. Dans le cas où la méthode de prélèvement et de transplantation est bien établie (transplantation rénale, par exemple), une équipe médicale de l'hôpital où se trouve le donneur peut simplement prélever l'organe et l'expédier. On peut aussi transporter le donneur à l'hôpital où se trouve le receveur¹⁹⁸. Il arrive enfin qu'une équipe chargée de prélever les organes se rende en automobile ou en avion à l'hôpital où se trouve le donneur. Dans ce dernier cas, l'organe est enlevé chirurgicalement, mis dans de la glace, et rapidement rapporté à l'hôpital où se trouve le receveur. L'implantation chirurgicale de l'organe peut alors commencer. Trente-deux heures sont nécessaires pour coordonner le prélèvement et la transplantation d'un organe comme le rein ; le prélèvement de plusieurs organes sur un seul donneur demande dix heures additionnelles¹⁹⁹. Cette coordination doit parfois avoir lieu à l'échelle internationale²⁰⁰.

IV. Dilemmes découlant de la nouvelle technologie

L'apparent déséquilibre entre la demande et les tissus disponibles accentue les dilemmes auxquels font face les sociétés où l'on a recours à la technologie de pointe dans le domaine des greffes d'organes et de tissus. Ces dilemmes se manifestent dans les débats sur divers problèmes : vente de tissus humains, exigences relatives au consentement, propriété du corps humain, attribution des organes rares.

A. Pénurie, paiement et biocommerce

Dans quelle mesure la société devrait-elle interdire ou réglementer la vente des parties du corps et des tissus humains ? Certains analystes canadiens sont d'avis que la vente réglementée d'organes pourrait constituer une solution à la pénurie²⁰¹. Si l'on optait pour l'interdiction ou la réglementation, comment devrait-on définir la vente ? Les sommes versées dans le contexte du don de tissus constituent-elles toujours un « prix de vente » ? Qu'en est-il des tissus importés de pays où le don de sperme, de produits sanguins, de lait, de moelle osseuse, de placentas et de reins est rémunéré ?

L'utilisation, au Canada, de produits dérivés du plasma fractionné, transformé commercialement et importé fait ressortir quelques-unes des réalités pratiques qui orientent la politique en vigueur en matière de vente d'organes. La récupération du plasma joue

198. Voir A. GRENVIK et autres, « Multiple Organ Procurement by Interhospital Transfer of Heartbeating Cadavers » (1984), 16:1 *Transplant. Proc.* 251.

199. A. GILMORE, *loc. cit.*, note 189, 936.

200. Voir la discussion concernant les transferts internationaux, *infra*, ch. IV.

201. Voir, par exemple, G. SHARPE, « Commerce in Tissue and Organs » (1985), 17:6 (Suppl. 4) *Transplant. Proc.* 33, 38.

un rôle essentiel dans le traitement médical moderne. Le fractionnement du plasma permet d'en dériver le facteur VIII, agent de coagulation utilisé dans le traitement de quelque deux mille huit cents hémophiles au Canada²⁰². Malheureusement, les besoins mondiaux de facteur VIII excèdent largement les quantités disponibles²⁰³. Presque tout le plasma recueilli par la Croix-Rouge canadienne est fractionné en facteur VIII et environ quinze autres produits, dans un laboratoire américain. D'autres sous-produits du plasma associés au facteur VIII sont achetés sur le marché international²⁰⁴, qui est approvisionné en grande partie par l'industrie américaine de transformation du plasma. Celle-ci dépend tellement du plasma obtenu contre paiement que plus de la moitié de l'approvisionnement mondial en plasma fractionnable est obtenu grâce à la transformation du plasma provenant de donneurs rémunérés²⁰⁵. L'obtention du facteur VIII par recombinaison génétique pourrait transformer les marchés nationaux et internationaux de plasma²⁰⁶.

Toutefois, la pénurie actuelle de plasma fractionné, au Canada et dans le monde, donne à penser que la vente et l'achat de produits biologiques humains peu abondants s'avère parfois nécessaire. Un décalage considérable entre l'offre et la demande tend à revêtir d'une valeur économique les substances biologiques rares. Le fait que cette valeur économique puisse se refléter dans le prix sur le marché libre ou le marché noir donne encore plus d'importance à la question fondamentale de savoir si la société souhaite adopter le principe de la gratuité, ou bien permettre que les tissus humains et les substances corporelles (ou certains d'entre eux) soient l'objet d'échanges commerciaux. Et dans le cas où l'aversion d'ordre éthique subsisterait, comment devrait-elle s'exprimer dans la loi, face à la valeur économique croissante des tissus humains rares et au fait que le versement d'argent pour les obtenir est de plus en plus courant ? Ces problèmes seront étudiés plus à fond dans les chapitres subséquents.

B. Intégrité corporelle et consentement

Les besoins de la médecine moderne et les modalités du prélèvement des tissus humains soulèvent aussi de nombreuses questions ayant trait au consentement, à la possession et à la propriété des tissus humains, ainsi qu'à l'éthique et à la légalité du maintien en vie de personnes cérébralement mortes, en vue du prélèvement de leurs tissus et de leurs organes et à d'autres fins médicales. Bon nombre de ces questions concernent l'intégrité physique et morale des donneurs — vivants ou morts — de même que le bien-être affectif et les convictions religieuses de leurs familles.

202. Communication avec la Société canadienne de l'hémophilie.

203. Anthony F.H. BRITTEN, « Worldwide Supply of Blood and Blood Products » (1987), 11:1 *World J. Surg.* 82.

204. CCS, *op. cit.*, note 35, p. 72.

205. A.F.H. BRITTEN, *loc. cit.*, note 203, 84.

206. Simon JONES, « Genetically Engineered Synthetic Factor B Gives Hemophiliacs New Hope », *The Medical Post* (15 novembre 1988) 11, et Richard SCHWARTZ et autres, « Human Recombinant DNA — Derived Antihemophilic Factor (Factor VIII) in the Treatment of Hemophilia A » (1990), 232:26 *N. Engl. J. Med.* 1801.

(1) Consentement exprès ou présomption de consentement

Le principe du consentement éclairé signifie, en gros, que les professionnels de la santé peuvent porter atteinte à l'intégrité corporelle d'un patient lorsque ce dernier y a consenti²⁰⁷. Ce principe est applicable aux receveurs ainsi qu'aux donneurs vivants. Toutefois, certaines personnes se demandent dans quelle mesure il devrait s'appliquer dans le cas où un donneur potentiel meurt à l'hôpital sans avoir fait connaître sa volonté quant à l'éventuelle utilisation de ses tissus ou de ses organes.

La société devrait-elle exiger le consentement du plus proche parent dans de telles circonstances ? D'aucuns prétendent que cette exigence entrave indûment le processus du prélèvement, diminuant ainsi le nombre d'organes disponibles²⁰⁸. Ils proposent plutôt que le consentement à l'utilisation de son corps à des fins médicales soit présumé par la société, sauf indication contraire. L'importance que présente pour la collectivité l'obtention d'organes vitaux justifie-t-elle l'établissement d'une présomption de cette nature ? Cette question doit faire l'objet d'un examen approfondi. D'une part, la création d'une telle présomption s'écarterait de l'usage canadien, mais d'autre part elle existe dans plusieurs pays étrangers.

Toutefois, les considérations relatives à la présomption de consentement débordent le cadre de la pénurie de tissus humains. Certains estiment en effet qu'il y aurait lieu de présumer aussi le consentement du plus proche parent à l'utilisation du corps du patient cérébralement décédé et maintenu en vie par des moyens mécaniques, aux fins de recherche et d'expérimentation médicales, ainsi que de formation des étudiants en médecine²⁰⁹. Est-il possible de défendre cette proposition d'un point de vue éthique et juridique ? Vu l'opposition entre les principes du consentement éclairé et de la présomption de consentement, vu aussi les valeurs et les droits en jeu, il est indispensable d'examiner plus à fond la question.

Nous étudierons aussi, dans les chapitres subséquents, certains problèmes relatifs au consentement. Ceux qui ont trait à la transplantation d'organes sur des mineurs ou des incapables ne sont pas nouveaux²¹⁰. Mais la controverse actuelle sur l'utilisation de tissus prélevés sur des nouveau-nés anencéphales soulève des problèmes inédits d'ordre éthique et juridique quant à la définition de la mort.

(2) Droit de propriété

Suivant un principe de droit fort ancien, la notion de propriété est inapplicable à l'égard du corps humain. Quelles sont les conséquences de ce principe dans le contexte de

207. Voir *infra*, ch. III.

208. Voir, par exemple, Thomas E. STARZL, « Implied Consent for Cadaveric Organ Donation » (1984), 251:12 *JAMA* 1592.

209. Voir *infra*, ch. III.

210. *Ibid.*

l'utilisation, de l'échange et du stockage de plus en plus fréquents, à des fins thérapeutiques et biotechnologiques, de substances corporelles prélevées sur des donneurs vivants ou morts²¹¹ ? De nouveaux conflits juridiques relativement au contrôle et à la propriété des substances corporelles ont récemment surgi à l'étranger²¹². Certains d'entre eux portaient sur des substances déposées dans des banques de tissus humains. D'autres ont opposé des personnes ayant fourni des cellules et des tissus humains et celles qui les avaient prélevés pour les utiliser à des fins biotechnologiques ou thérapeutiques²¹³. Les premières ont-elles des droits sur les profits tirés des avantages thérapeutiques de la biotechnologie ? Ces conflits invitent la société à revoir la valeur qu'elle attribue aux tissus humains, ainsi que le régime juridique dont ils font l'objet. En outre, des problèmes suscités par la biotechnologie nous forcent à examiner les avantages et les limites de la notion de propriété, s'agissant du corps humain. Nous examinerons certaines de ces questions.

C. Affectation des ressources médicales

Enfin, nous nous sentons obligés d'attirer l'attention sur certaines questions importantes qui débordent le cadre strict de la présente étude. La tension croissante entre la lutte contre la maladie et le coût de la haute technologie médicale impose des choix pénibles concernant le rationnement ou la répartition de ressources médicales nettement insuffisantes²¹⁴. Le Canada s'est engagé à fournir un accès raisonnable aux services médicaux hospitaliers nécessaires²¹⁵ ; cela donne-t-il aux patients le droit d'exiger de profiter de la technologie du remplacement des organes ? La portée de ce droit n'est pas claire. Dans une affaire britannique où l'on tentait de forcer le ministre de la Santé à se conformer à son obligation de fournir des services de santé complets, lord Denning a déclaré :

[TRADUCTION]

Comme l'a dit le lord juge Oliver au cours des débats, il n'est pas possible de supposer que le Secrétaire d'État doit fournir tous les appareils de dialyse rénale demandés, ou offrir tous les nouveaux traitements, notamment la transplantation cardiaque, dans chaque cas où une personne pourrait en retirer un avantage²¹⁶.

211. *Ibid.*

212. *Ibid.*

213. *Ibid.*

214. Voir P. MORGAN et L. COHEN, « The Ottawa Heart Institute: It's Good, But Can We Afford It? » (1990), 142:6 *Journal de l'Association médicale canadienne* 616 ; Calvin R. STILLER, « High-Tech Medicine and the Control of Health Care Costs » (1989), 140:8 *Journal de l'Association médicale canadienne* 905. Voir en général, U.S. PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH [ci-après PRESIDENT'S COMMISSION], *Securing Access to Health Care*, Washington (D.C.), la Commission, 1983.

215. Voir la discussion au sujet de la *Loi canadienne sur la santé*, *infra*, ch. III, section III.A(4).

216. R. c. *Secretary of State for Social Services*, 18 mars 1980, (C.A.), [non publié mais peut être consulté par le truchement de la banque informatique Lexis], analysé dans Diana BRAHAMS, « Enforcing a Duty to Care for Patients in the NHS » (1984), 2:8413 *Lancet* 1224.

En fait, les énormes ressources financières et médicales qu'exigent les transplantations d'organes relevant des techniques les plus avancées ont amené certains analystes²¹⁷ à conclure que ces ressources devaient être affectées aux domaines où les besoins sont les plus grands. L'idée a été retenue par certains hommes politiques. L'État de l'Oregon, par exemple, pour s'acquitter de son obligation de fournir les soins médicaux raisonnables et « nécessaires²¹⁸ » dans une période où les ressources sont insuffisantes, a choisi de financer uniquement les transplantations rénales et les greffes de la cornée, ce qui permet d'augmenter les sommes attribuées aux soins aux femmes enceintes et aux nouveau-nés²¹⁹. Si la meilleure façon de procéder à ces choix de société consiste à discuter ouvertement des aspects éthiques, à effectuer des analyses économiques et à faire une évaluation rigoureuse de la technologie médicale, il est indispensable d'établir à cet effet des mécanismes sociaux et institutionnels adéquats. Le groupe de travail fédéro-provincial sur les transplantations a conclu que les transplantations rénales (et, dans une moindre mesure, les transplantations cardiaques ainsi que les greffes de la moelle osseuse) étaient rentables, tout en indiquant que, pour les transplantations d'autres organes, l'évaluation de la technologie et les études de rentabilité en sont encore aux premières étapes²²⁰. Les nouvelles données qu'on obtiendra aideront à répondre à une question de plus en plus incontournable : quel est l'investissement optimal que la société peut faire dans les soins primaires et dans la médecine relevant de la technologie de pointe ?

Les décisions prises à cet égard ont des répercussions évidentes pour les consommateurs des soins de santé. Par ailleurs, s'il est décidé d'appuyer ou de financer les transplantations d'organes, sur quels critères l'attribution des organes rares devrait-elle être fondée ? Par exemple, est-il acceptable, du point de vue de l'éthique, de rayer des listes d'attente pour les transplantations du foie les patients atteints d'une maladie causée par leur alcoolisme²²¹ ? La question a récemment suscité un débat dans les publications

-
217. Comparer « Report of the Massachusetts Task Force on Organ Transplantation » (1985), 13:1 *Law Med. Health Care* 8 et Thomas D. OVERCAST et Roger W. EVANS, « Technology Assessment, Public Policy and Transplantation: Restrained Appraisal of the Massachusetts Task Force Approach » (1985), 13:3 *Law Med. Health Care* 106. Voir également H.T. ENGELHARDT, « Shattuck Lecture — Allocating Scarce Medical Resources and the Availability of Organ Transplantation » (1984), 311:1 *N. Engl. J. Med.* 66.
 218. Tout comme c'est le cas au Canada, l'obligation découle de la participation au programme fédéral d'assurance-maladie (*medicare*). Aux É.-U., il y a eu des litiges sur la question de savoir si les lois récentes relatives aux transplantations modifient l'obligation de fournir les soins de santé raisonnables et nécessaires. *Ellis c. Patterson, infra*, note 1001, 54 (étude des litiges suscités aux É.-U. par la question du financement des transplantations).
 219. Voir Jennifer DIXON et H. Gilbert WELCH, « Priority Setting: Lessons from Oregon » (1991), 337:8746 *Lancet* 891.
 220. Voir FEDS, *op. cit.*, note 29, p. 53. Voir également R.W. EVANS et autres, *loc. cit.*, note 66 ; Évaluation des greffes du foie, *op. cit.*, note 80 ; R.W. EVANS, « The Economics of Heart Transplantation » (1987), 75:1 *Circulation* 63. Pour une évaluation préliminaire de la technologie de la transplantation de la moelle osseuse, voir *Cost Effectiveness, op. cit.*, note 46. Voir en général, INSTITUTE OF MEDICINE, *Assessing Medical Technologies*, Washington (D.C.), National Academy Press, 1985.
 221. Comparer Carl COHEN et autres, « Alcoholics and Liver Transplantation » (1991), 265:10 *JAMA* 1299 ; Alvin H. Moss, « Should Alcoholics Compete Equally for Liver Transplantation? » (1991), 265:10 *JAMA* 1295 ; Kevin SCHWARTZMAN, « *In Vino Veritas?*: Alcoholics and Liver Transplantation » (1989), 141:12 *Journal de l'Association médicale canadienne* 1262 ; Allen c. Mansour, 681 F. Supp. 1232 (E.D. Mich. 1986) (les critères de sélection de l'État pour une transplantation exigent une abstinence déclarée de deux ans, ce qui constitue une exclusion arbitraire et déraisonnable) ; « Alcoholics to Get Low Priority for Liver Transplants, Hospital Rules », *The [Toronto] Globe and Mail* (16 mars 1990) A10 (il est acceptable du point de vue de l'éthique d'accorder une faible priorité aux alcooliques en attente d'une transplantation du foie).

spécialisées. Se pose alors, dans une perspective plus générale, la question de savoir quels éléments devraient régir l'établissement des priorités sur les listes d'attente : la nécessité médicale ? l'ordre chronologique d'inscription ? le hasard ? la position sociale ? le pronostic médical ? la capacité de payer²²² ? Les réponses dépendent clairement d'un grand nombre de considérations relatives à l'attribution²²³ des ressources. Il y a sans doute lieu de penser que, vu les principes fondamentaux de justice et d'efficacité, ainsi que l'intérêt marqué du public à l'égard du don de tissus humains, les médecins qui reçoivent ces tissus détiennent ces précieuses ressources en tant que fiduciaires et qu'ils ont l'obligation de les répartir équitablement et efficacement²²⁴. En fait, comme ces questions touchent à des valeurs fondamentales et à des problèmes pressants ressortissant à la justice distributive, elles devraient bénéficier de l'attention immédiate des gouvernements, des groupes de professionnels et du public.

V. Éléments régissant l'offre et la demande

L'offre et la demande, on l'a vu dans ce chapitre, sont en constante évolution dans le domaine des tissus humains et des substances biologiques rares. L'état de la technologie de la transplantation, l'amélioration des réseaux de prélèvement des tissus humains, les droits et les obligations juridiques et le bien-fondé de certaines pratiques médicales sur le plan moral — tous ces éléments peuvent jouer un rôle à cet égard.

Ce sont les techniques qui semblent constituer le moteur premier de cette évolution. Citons par exemple les répercussions de la cyclosporine sur le taux de succès des transplantations d'organes, et l'obtention de l'hormone de croissance humaine par le recours aux techniques du génie génétique, qui rend désormais inutile le prélèvement de cette hormone sur l'hypophyse de cadavres.

222. Voir « Proceedings of a Conference on Patient Selection Criteria in Transplantation » (1989), 21:3 *Transplant. Proc.* Voir également John F. KILNER, « Age as a Basis for Allocating Lifesaving Medical Resources: An Ethical Analysis » (1988), 13:3 *J. Health Pol. Pol'y L.* 405 ; Arthur L. CAPLAN, « Equity in the Selection of Recipients for Cardiac Transplants » (1987), 75:1 *Circulation* 10 ; Karen J. MERRIKIN et Thomas D. OVERCAST, « Patient Selection for Heart Transplantation: When is a Discriminating Choice Discrimination » (1985), 10:1 *J. Health Pol. Pol'y L.* 7 ; Maxwell J. MEHLMAN, « Rationing Expensive Lifesaving Medical Treatments », [1985] *Wis. L. Rev.* 239 ; James F. BLUMSTEIN, « Rationing Medical Resources: A Constitutional, Legal, and Policy Analysis » (1981), 59 *Tex. L. Rev.* 1345 ; Thomas HALPER, *The Misfortunes of Others: End-Stage Renal Disease in the United Kingdom*, New York, Cambridge University Press, 1989 ; Henri J. AARON et William B. SCHWARTZ, *The Painful Prescription: Rationing Hospital Care*, Washington (D.C.), Brookings Institution, 1984 ; Jean de KERVASDOUE, John KIMBERLY et Victor RODWIN, *La Santé Rationnée*, Paris, Economica, 1981 ; Guido CALABRESI et Philip BOBBITT, *Tragic Choices*, New York, Norton, 1978 ; Note, « Due Process in the Allocation of Scarce Life-Saving Medical Resources » (1975), 84 *Yale L.J.* 1734 ; Note, « Scarce Medical Resources » (1969), 69 *Colum. L. Rev.* 620.

223. Voir J.B. DOSSETOR, « Ethical Issues in Organ Allocation » (1988), 20:1 *Transplant. Proc.* 1053. Voir en général Deborah MATHIEU (dir.), *Organ Substitution Technology: Ethical, Legal, and Public Policy Issues*, Boulder (Colo.), Westview, 1988.

224. Voir USTF, *op. cit.*, note 29, p. 80 (les dons d'organes, une ressource nationale).

L'offre et la demande dépendent également de facteurs autres que médicaux. Les débats entourant l'affaire « bébé Fae », l'implantation du cœur artificiel et les exigences relatives au consentement démontrent que les transplantations sont effectuées dans un cadre éthique et juridique en pleine évolution. En outre, certains facteurs administratifs peuvent jouer un rôle, comme le démontrent l'existence de dix-sept cliniques de sang de la SCCR, de neuf réseaux régionaux de prélèvement d'organes ainsi que les progrès réalisés dans la mise en place de réseaux internationaux d'échange de tissus humains.

Enfin, l'attitude du public et des professionnels contribue indubitablement à l'écart entre l'offre et la demande, surtout dans le cas des transplantations d'organes. Peu de gens sont rassurés devant la perspective concrète de leur propre mort. Le décalage entre, d'une part, les enquêtes publiques révélant un appui important au principe du don de tissus et, d'autre part, le nombre de cartes de donateurs effectivement remplies, traduit une certaine ambivalence entourant le processus des dons d'organes²²⁵.

Cette ambivalence est due à plusieurs facteurs — on n'a pas pensé aux aspects pratiques du don d'organes ; on est inquiet face à la mort ; on éprouve des craintes et de la méfiance à propos des critères de détermination de la mort²²⁶. Cela explique que les hôpitaux canadiens se trouvent constamment dans la situation où un patient qui vient de mourir, et qui satisfait aux critères médicaux pour le prélèvement d'organes, n'a pas fait connaître ses intentions à cet égard. Frappés par la tragédie, les membres de la famille du « donneur » n'évoqueront sans doute pas spontanément la possibilité d'un don d'organes. Y aurait-il lieu de prendre des mesures pour favoriser les prélèvements dans ces circonstances ? Une équipe médicale spécialisée ne pourrait-elle pas, délicatement et en donnant le soutien nécessaire, prendre l'initiative de la demande ? Des études démontrent que la plupart des familles acceptent une telle demande comme faisant partie du deuil²²⁷. Ou bien, devrait-on éviter d'en parler aux membres de la famille et prélever automatiquement les organes, en présument que ce geste est justifié pour sauver des vies et épargner des souffrances, et que le défunt consentirait à cette intervention humanitaire ?

225. Voir Jan A. WALKER et autres, « Parental Attitudes Toward Pediatric Organ Donations: A Survey » (1990), 142:12 *Journal de l'Association médicale canadienne* 1383, 1384 (80 % des familles interrogées sont disposées à faire des dons) ; P.K. BASU, K.M. HAZARIWALA et M.L. CHIPMAN, « Public Attitudes Toward Donation of Body Parts, Particularly the Eye » (1989), 24:5 *C. J. Ophthalmol.* 216 (environ la moitié des répondants désirant faire un don avaient signé une carte de donneur) ; M. ROBINETTE, « Organ Donation: Factors Contributing to the Imbalance Between Demand and Supply », dans David R. GRANT et William J. WALL (dir.), *First Canadian Symposium on Multi-Organ Transplantation: April 28 and 29, 1988*, London (Ont.), University of Western Ontario, Scitex, 1989, p. 69 ; Barbara E. NOLAN et Nicholas P. SPANOS, « Psychosocial Variables Associated with Willingness to Donate Organs » (1989), 141:1 *Journal de l'Association médicale canadienne* 27.

226. B.E. NOLAN et N.P. SPANOS, *loc. cit.*, note 225, 27. Lors d'un récent sondage américain, les deux raisons les plus fréquemment données pour ne pas autoriser un don d'organes étaient (1) « Ils pourraient me faire quelque chose avant que je sois réellement mort » ; (2) « Les médecins pourraient hâter ma mort ». Judith AREEN, « A Scarcity of Organs » (1988), 38 *J. Legal Educ.* 555, 562, où il est question du rapport du groupe de travail sur la transplantation d'organes des É.-U.

227. Voir Helen LEVINE BATTEN et Jeffrey M. PROTTAS, « Kind Strangers: The Families of Organ Donors » (1987), 6:2 *Health Aff.* 35. Voir également *infra*, ch. IV.

Même les médecins peuvent avoir une attitude ambivalente lorsque le donneur n'a pas fait connaître ses intentions. Au cours des cinq dernières années, les analystes canadiens ont souvent lié la pénurie nationale d'organes à la réticence du corps médical à pressentir la famille des donneurs potentiels qui n'ont pas fait connaître leurs intentions. En 1985, un groupe de travail fédéro-provincial sur les transplantations a conclu que cette réticence était l'un des principaux obstacles à l'augmentation des dons d'organes²²⁸. La même année, des groupes de travail de l'Ontario et de l'Alberta arrivaient à des conclusions semblables²²⁹. Et plus récemment, un chirurgien canadien spécialisé en transplantations a observé : [TRADUCTION] « Même s'il existe des difficultés à chaque étape du processus de dons, la principale provient du système de soins de santé, surtout en raison de la réticence de la communauté médicale à pressentir les familles d'un donneur possible afin d'obtenir leur consentement au prélèvement²³⁰. »

De toute évidence, l'aspect tragique des prélèvements et des dons d'organes (la mort d'une personne permet à une autre de vivre) suscite au Canada une certaine ambivalence, qui contribue d'une manière importante à la pénurie actuelle d'organes²³¹. À peine 10 à 20 % des donneurs virtuels d'organes deviennent effectivement des donneurs²³². Or, le groupe de travail fédéro-provincial sur les transplantations a conclu que le nombre d'organes théoriquement disponibles est suffisant, pourvu qu'on puisse les prélever²³³. Quels moyens, le cas échéant, la société devrait-elle prendre pour cultiver les attitudes et les pratiques favorables aux dons d'organes — éducation générale du public et formation professionnelle, augmentation des incitatifs, contrainte légère — afin de tenter d'atténuer la pénurie ? Le droit offre-t-il des éléments de solution, face au problème des donneurs n'ayant pas exprimé leur volonté, comme on l'a suggéré à l'étranger ? Pour répondre à ces questions, il convient d'examiner l'infrastructure éthique et juridique dans laquelle s'inscrivent le prélèvement et la transplantation.

228. FEDS, *op. cit.*, note 29, p. 95.

229. ONT, *op. cit.*, note 29, p. 97 (on a conclu que le défaut de dépister les donneurs possibles et de mettre en marche le processus des dons constitue un obstacle médical au prélèvement) ; *Report of the Alberta Human Tissue Procurement Task Force*, *op. cit.*, note 143, p. 18 (l'obstacle le plus important à l'obtention d'organes et de tissus humains serait l'attitude de la profession médicale. Peu importe la raison, le personnel médical semble réticent à conseiller le don d'organes.). Voir également *Review of Organ and Tissue Donation and Transplantation in Saskatchewan*, Regina (Sask.), Ministry of Health, 1987, pp. 62, 65.

230. M. ROBINETTE, *loc. cit.*, note 225, 69.

231. Voir en général, Jeffrey M. PROTAS et Helen LEVINE BATTEN, « Health Professionals and Hospital Administrators in Organ Procurement: Attitudes, Reservations and Their Resolutions » (1988), 78:6 *Am. J. Pub. Health* 642. Voir également ONT, *op. cit.*, note 29, p. 97.

232. M. ROBINETTE, *loc. cit.*, note 225, 69 (10 %) ; ONT, *op. cit.*, note 29 (10%), J.M. DARBY et autres, *loc. cit.*, note 192, 2222 (15 à 20 %).

233. FEDS, *op. cit.*, note 29, p. 95.



CHAPITRE DEUX

Prélèvement de tissus humains et bioéthique

Si la médecine élabore les outils qui permettent de reconstituer le corps humain, l'éthique nous aide quant à elle à fixer les limites morales de l'utilisation de ces outils. Les techniques de remplacement des tissus humains nous offrent de nouveaux moyens pour sauver des vies, objectif revêtu depuis très longtemps d'une valeur morale. La société accueille favorablement ces progrès — c'est tout à fait normal. Toutefois, la protection de la vie n'est pas la seule valeur fondamentale de la société. Le cadre dans lequel se déroule le prélèvement de tissus humains — les méthodes employées pour sauver des vies — peut s'avérer important, ne serait-ce que parce que ces techniques, ces appareils et cette technologie forcent à des choix moraux une société où, par ailleurs, bien des choses ont changé : nouvelles pratiques, nouveaux modes de vie, nouvelles façons d'envisager la vie, la mort, le corps humain, l'existence physique et spirituelle. L'être humain a toujours ressenti l'impérieux besoin de vivre en harmonie avec les instruments qu'il invente, et de comprendre leur portée morale²³⁴ ; cet objectif s'impose également dans le cas des nouvelles techniques médicales ultra-perfectionnées. L'éthique s'intéresse à cette quête constante de l'humanité ; elle nous aide à saisir l'incidence de certains outils, de certaines pratiques et de certaines orientations sur des valeurs humaines diverses et parfois contradictoires.

L'examen, du point de vue moral, des politiques envisageables en matière de prélèvement des tissus humains passe par les trois étapes fondamentales de la bioéthique appliquée : (1) déterminer les valeurs sous-jacentes, (2) soupeser les valeurs qui s'opposent ou se heurtent ; (3) choisir la ligne de conduite ou la politique qui s'accorde avec l'importance relative attribuée aux valeurs en présence²³⁵.

La bioéthique, notamment en ce qui a trait aux transplantations, place au premier plan les principes de l'autonomie, de la non-malfaisance et de la bienfaisance²³⁶. Le principe

234. Voir Laurence H. TRIBE, « Technology Assessment and the Fourth Discontinuity: The Limits of Instrumental Rationality » (1973), 46 *S. Cal. L. Rev.* 617. ([TRADUCTION] « Il existe enfin, dit-on, une quatrième discontinuité — entre l'homme et ses machines — à laquelle l'homme doit mettre fin s'il veut être capable de vivre en harmonie avec les outils qu'il se donne et, partant, avec lui-même »).

235. Voir Terrence F. ACKERMAN, « What Bioethics Should Be » (1980), 5:3 *J. Med. Phil.* 260, 261.

236. Voir Tom L. BEAUCHAMP et James F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 3^e éd., New York, Oxford University Press, 1989. La justice, un autre principe important en bioéthique, vise à assurer la distribution équitable des ressources et des charges sociales. Étant donné que le présent document porte

de l'autonomie permet aux individus de mener leur vie selon leurs intérêts et leurs objectifs propres. Lorsqu'on demande le consentement d'une personne avant de procéder au prélèvement de ses organes en vue de leur transplantation, on respecte l'autonomie de cette personne. Le principe de non-malfaisance interdit quant à lui de causer préjudice à autrui, alors que le principe de bienfaisance nous encourage à rechercher le bien d'autrui. Le fait de consulter les proches parents d'une personne récemment décédée au sujet du prélèvement de ses tissus peut éviter de leur causer un préjudice dans le cas où ils jugeraient cette intervention offensante à l'égard du corps d'une personne aimée. Le don de tissus humains, par ailleurs, relève du principe de bienfaisance puisqu'il aide à sauver la vie des receveurs.

Il s'avère parfois plus difficile de résoudre les conflits de valeurs en matière de prélèvement de tissus humains que de les déceler. Par exemple, quelle importance convient-il d'accorder à la protection de la vie, lorsque le processus de prélèvement des tissus humains va à l'encontre de croyances religieuses fondamentales ? S'ils estiment que la préservation de la vie et de la santé l'emporte sur les autres valeurs, les décideurs pourraient retenir l'option du prélèvement discrétionnaire. En revanche, si l'on juge primordial de respecter les désirs des proches parents du défunt, on conclura sans doute que le prélèvement est subordonné à leur consentement. Les choix sont difficiles parce que les valeurs contradictoires ne peuvent être réduites à des dénominateurs communs, malgré la volonté d'établir un ordre de priorité pour des raisons d'éthique. Cependant, il n'est pas essentiel que l'ordre de priorité établi entre les valeurs soit absolu. Certains analystes estiment qu'il est possible d'élaborer des politiques de compromis, assurant un certain équilibre entre les valeurs importantes, mais incompatibles, qui sont en jeu dans le processus de prélèvement²³⁷.

C'est à l'aide de ce cadre d'analyse — déterminer les valeurs contradictoires en jeu, tenter de les soupeser et établir un ordre de priorité entre elles — que nous explorons les questions suivantes :

- Quel est le fondement moral de la politique actuelle en matière de don d'organes, par rapport aux autres solutions possibles ?
- Les transplantations dépendent dans une large mesure du prélèvement d'organes sur des cadavres. Quelle est l'incidence de certaines considérations d'ordre moral — respect des personnes, protection de l'intégrité corporelle, affirmation de la dignité humaine, etc. — sur le sort réservé à ceux-ci ?
- Quels arguments d'ordre moral militent pour et contre la vente des tissus humains ?
- Quelles conséquences découlent, sur le plan éthique, du fait d'envisager le corps humain comme un « bien » ?

sur le prélèvement des tissus humains, les problèmes urgents que pose l'attribution des tissus en quantité insuffisante et des maigres ressources médicales ne sont d'une façon générale pas abordés. Comparer James F. CHILDRRESS, « Some Moral Connections between Organ Procurement and Organ Distribution » (1987), 3 *J. Contemp. Health L. Pol'y* 85.

237. Voir David A. PETERS, « Protecting Autonomy in Organ Procurement Procedures: Some Overlooked Issues » (1986), 64 *Milbank Mem. Fund Q.* 241, 263 et David A. PETERS, « Required Request: A Practical Proposal for Increasing the Supply of Cadaver Organs for Transplantation » (1985), 84 *Wis. Med. J.* 10, 12.

La partie I porte sur le prélèvement de tissus sur des cadavres et sur le sens du « préjudice » causé au défunt, du point de vue de l'éthique. La partie II traite du prélèvement de tissus sur des adultes vivants, sur des enfants²³⁸ et sur des personnes atteintes de déficience mentale. Dans la partie III, on se penche sur le don en tant qu'obligation morale. La dernière partie explore la relation qui existe entre le corps physique et la notion de personne, sous trois angles : prélèvement de tissus humains, propriété du corps humain et vente de tissus humains. Au moins une conclusion ressort de ce chapitre : la conception qu'on se fait de la relation entre le corps et la personne influence énormément — et détermine dans bien des cas — le jugement moral que l'on porte sur certaines propositions et certaines pratiques en matière de prélèvement de tissus humains.

I. Donneurs décédés

De quelle façon la société devrait-elle se procurer, à des fins thérapeutiques, les tissus des personnes récemment décédées, en vue de sauver des vies humaines ? Convient-il d'instaurer un régime efficace de prélèvement discrétionnaire ? Faut-il plutôt privilégier la notion de don ? Ces deux solutions extrêmes peuvent sembler un peu éloignées de la réalité sociale. Toutefois, leur examen fait vivement ressortir les fondements moraux, les débats philosophiques et les valeurs contradictoires qui sous-tendent les politiques envisageables en matière de prélèvement de tissus humains, qui vont du pur altruisme au prélèvement discrétionnaire.

A. Altruisme — la valeur morale du don

Au Canada, le mot « don » est associé de très près à la transplantation de tissus humains²³⁹. Il tire son origine du latin « donum »²⁴⁰. C'est souvent par la notion

238. L'utilisation d'enfants anencéphales en tant que « donneurs » d'organes est traitée *infra*, ch. III, section II.B.

239. Les termes et les expressions utilisés à l'égard des greffes et des transplantations de tissus humains sont le reflet de préceptes moraux, qui transparaissent dans les titres des articles consacrés à la question. Voir, par exemple, Alfred M. SADLER et Blair L. SADLER, « A Community of Givers, Not Takers » (1984), 14:5 *Hast. Cent. Rep.* 6. Voir aussi David HELWIG, « Organ Procurement: Coercion or Informed Consent? » (1988), 139:1 *Journal de l'Association médicale canadienne* 59 ([TRADUCTION] « Mais, disait le père, j'ai entendu quelqu'un parler de récolte. Je suis un agriculteur. Je sais ce que c'est que la récolte, et je refuse carrément l'idée — on arrache l'épi de la tige, sans se soucier de la tige. Or moi, je m'en soucie : la tige, c'est mon garçon. » D'aucuns estiment que l'idéologie officielle du prélèvement des tissus humains est à la fois trop simple et trop sentimentale : R.C. Fox, « Organ Transplantation: Sociocultural Aspects », dans Warren T. REICH (dir.), *Encyclopedia of Bioethics*, vol. 3, New York, Free Press, 1978, p. 1166, à la page 1168. Pour une discussion d'ordre anthropologique sur les normes relatives à l'échange de cadeaux, voir Marcel MAUSS, *The Gift: Forms and Functions of Exchange in Archaic Societies*, trad. par I. Cunnison, Londres, Cohen & West, 1969.

240. *Le Petit Robert*, Paris, Le Robert, 1990.

d'altruisme (disposition à s'intéresser et à se dévouer à autrui²⁴¹), qu'on explique la motivation de certaines personnes à faire des dons.

On cite trois grandes raisons à l'appui de l'éthique du don, consacrée dans les principes de la politique nationale du sang et dans la législation canadienne sur le don d'organes²⁴² : le don altruiste de tissus entretient les liens au sein de la collectivité et encourage la générosité ; il s'accorde avec le respect dû aux cadavres ; il permet d'éviter les effets néfastes et les risques d'une politique de prélèvement discrétionnaire. La première raison fait appel au genre de société que beaucoup pourraient préférer :

[TRADUCTION]

Une société où l'on donne et reçoit sera une meilleure communauté humaine qu'une société où l'on prend en vue d'un bien futur. L'œuvre civilisatrice de l'humanité consiste dans la recherche et la consolidation d'un consensus global, et non d'un consensus limité à l'avancement de la science médicale et à la possibilité de prélever des organes sur des cadavres dans le but de sauver des vies. La civilisation suppose que les consensus de la collectivité s'incarnent en chacun de nous, et non que nous vivions dans une collectivité où persistent les consentements et les refus, tout comme nous ne faisons qu'un avec notre corps plutôt que de vivre *dans* notre corps. Le consentement positif requis par les textes législatifs, qui répondent à la nécessité du don en encourageant les donateurs authentiques, satisfait aux exigences d'une véritable communauté humaine. Le prélèvement discrétionnaire, par contre, priverait les individus de la possibilité de pratiquer la vertu de générosité²⁴³.

Vu de la sorte, le don de tissus humains devient le cadeau matériel et symbolique de la vie qui unit des étrangers au sein de nos communautés²⁴⁴.

La deuxième raison de favoriser l'altruisme est axée sur le rôle du corps dans la notion de « personne ». Pour certains, en effet, la personne est indissociable de son corps et, partant, la dignité du corps est indissociable de la dignité de la personne²⁴⁵. Cette association dure même dans la mort, parce que le corps est alors considéré comme le symbole de la personne qui vivait :

[TRADUCTION]

Le cadavre, reconnaissons-le, n'est plus un être humain. Il est comme un linceul qui masque, plutôt qu'il exprime, l'âme qui autrefois l'animait. Et pourtant, tant que le corps demeure reconnaissable, même dans la mort, il exige un certain respect. Ce n'est plus une présence humaine, mais il nous rappelle cette présence qui lui était absolument indissociable²⁴⁶.

241. *Ibid.*

242. Voir *infra*, ch. III, section III.B.

243. Paul RAMSEY, *The Patient as Person: Explorations in Medical Ethics*, New Haven, Yale University Press, 1970, p. 210.

244. Voir Richard M. TITMUS, *The Gift Relationship: From Human Blood to Social Policy*, Londres, Allen & Unwin, 1970. Voir également Roberta G. SIMMONS, Susan KLEIN MARINE et Richard L. SIMMONS, *Gift of Life: The Effect of Organ Transplantation on Individual, Family and Societal Dynamics*, New Jersey, Transaction, 1987.

245. William F. MAY, « Attitudes Toward the Newly Dead » (1973), 1:1 *Hast. Cent. Stud.* 3. Voir également William F. MAY, « Religious Justifications for Donating Body Parts » (1985), 15:1 *Hast. Cent. Rep.* 38, 39.

246. W.F. MAY (1973), *loc. cit.*, note 245, 3. Voir également W.F. MAY (1985), *loc. cit.*, note 245, 39-40.

En outre, si l'on associe le principe de la dignité humaine à celui de l'autonomie de l'être humain, un régime de prélèvement qui respecte la volonté exprimée de son vivant par l'intéressé quant au don d'organes semblerait davantage conforme à ces principes.

La troisième raison avancée est que le régime fondé sur la notion de don, en plus de promouvoir l'altruisme et de respecter certains principes, comme l'autonomie de l'être humain, est davantage susceptible que d'autres de contenir les attitudes préjudiciables et les pratiques abusives. Par exemple, d'aucuns s'opposent au prélèvement discrétionnaire d'organes, qui risque selon eux d'encourager des attitudes condamnables réduisant défunts et vivants à un assemblage de pièces interchangeables²⁴⁷. Cette crainte est elle aussi étroitement liée à la question de savoir comment les régimes de prélèvement influent sur notre façon d'envisager la personne physique et la personne morale. Le fait d'être perçu comme « un cadavre en puissance, une réserve de pièces de rechange », ou encore comme une marchandise médicale, risque de battre en brèche l'individualité et la dignité humaine ; les êtres humains deviennent alors de simples instruments virtuels au service d'une science biomédicale bien intentionnée.

On craint également que le prélèvement discrétionnaire d'organes altère la relation entre le patient, le médecin et l'hôpital. L'hôpital risquerait de devenir un « ogre », son rôle traditionnel (soigner les malades²⁴⁸) perdant de l'importance, et la confiance sur laquelle repose l'art de guérir se trouvant érodée. Certaines études canadiennes et américaines font du reste état de la méfiance et des inquiétudes du public à propos du prélèvement prématuré d'organes²⁴⁹. Tout comme la crainte de voir les mourants assimilés à des réserves de pièces de rechange ou les réticences fondées sur le respect dû aux dépouilles, cette méfiance semble en quelque sorte porter sur les greffes d'organes en général. Dans plusieurs pays où les règles régissant les prélèvements diffèrent, par exemple, des recherches et des interventions d'une moralité et d'une légalité douteuses ont eu lieu, dans le cadre de la formation médicale, sur des patients maintenus en vie mécaniquement²⁵⁰. Si l'on est incapable de démontrer qu'un régime réduit ou augmente sensiblement les risques que de telles choses se produisent, il faudra sans doute conclure que ce risque est inhérent au prélèvement d'organes, peu importe les règles qui le régissent.

La formulation de ces idéaux et de ces craintes indique en quoi consiste une difficulté fondamentale à laquelle se heurtent les tenants de l'altruisme, au moment où les besoins

247. Voir P. RAMSEY, *op. cit.*, note 243, p. 209. ([TRADUCTION] « Chacun devient, en puissance, un cadavre susceptible d'être utilisé »).

248. Voir W.F. MAY (1973), *loc. cit.*, note 245, 6.

249. Voir James F. CHILDRESS, « Ethical Criteria for Procuring and Distributing Organs for Transplantation » (1989), 14:1 *J. Health Pol. Pol'y L.* 87, 91-92. Voir également *supra*, note 226.

250. On trouvera au chapitre III des détails sur des incidents récents, dont certains ont entraîné des accusations criminelles, tant dans des pays où le consentement doit être exprès que dans des pays où il est présumé. Voir également Willard GAYLIN, « Harvesting the Dead » (1974), 249 *Harper's* 23, 26 (description de certains biocentres où des cadavres maintenus en survie mécaniquement sont utilisés aux fins d'enseignement, de la recherche et de la transplantation de tissus), et Paul TAYLOR, « MDs Ponder What to Do with up to 10,000 "Living Dead" », *The [Toronto] Globe and Mail* (23 août 1989) A1.

pressants de la médecine remettent de plus en plus en question les théories à la base de l'altruisme pur. À l'extrême, on se trouve en effet à opposer d'intangibles préoccupations d'ordre moral et émotif aux bienfaits tangibles et relativement quantifiables d'un accroissement de la quantité de tissus pouvant être prélevés.

Par exemple, si le système du don semble parfaitement adéquat dans le cas du sang, bien peu de personnes prennent des mesures concrètes pour autoriser le prélèvement de leurs organes après leur mort²⁵¹. Le don est peut-être moralement préférable au prélèvement discrétionnaire. Mais jusqu'à quel point ? La pénurie constante amène la société à se poser la question. Ne pourrait-on trouver des mécanismes moins coûteux qui, tout en permettant la pratique de la générosité²⁵² et l'établissement d'un consensus dans la collectivité, raccourciraient les listes d'attente pour les transplantations ? La minorité de personnes qui font preuve de générosité en donnant leurs organes contribue-t-elle suffisamment au bien-être moral et physique général de la communauté pour qu'il n'y ait pas lieu de modifier le régime actuel ?

Il n'est pas facile de mesurer les bienfaits moraux de l'altruisme qui, tel qu'il est envisagé ici, n'est pas nécessairement synonyme d'actes de libre volonté — sont plutôt visés des actes auxquels on est encouragé. Ceux qui ne sont pas disposés à envisager la mort et à autoriser le prélèvement de leurs organes²⁵³ sont incités à le faire, par des lois et des pratiques sociales. D'aucuns sont d'avis que les bienfaits intangibles découlant, sur le plan de l'édification morale, de cette occasion de faire preuve d'altruisme sont plus importants pour la société que les bienfaits des transplantations²⁵⁴. Mais quels sont, plus spécifiquement, ces avantages intangibles qui doivent être mis dans la balance avec les avantages concrets d'une augmentation de la quantité de tissus pouvant être prélevés aux fins de transplantation ? Ceux qui invoquent d'une manière générale le principe de l'altruisme ne le précisent pas ; ils n'expliquent pas non plus pourquoi ces avantages intangibles devraient l'emporter sur la possibilité de prolonger des vies.

Bref, si l'idéal d'une générosité non caractérisée demeure difficile à définir, ne pourrions-nous pas trouver d'autres façons de répondre aux besoins humains immédiats ? Quelles sont les autres solutions moralement acceptables, en ce qui concerne le prélèvement d'organes sur les cadavres, s'il est impossible de préciser ou d'atteindre l'idéal d'une « communauté authentique », ou si le prix rattaché à cet idéal est trop élevé en termes de vies humaines et de souffrances ?

B. Prélèvement discrétionnaire — l'école rationnelle

La tension qui existe entre les besoins immédiats et quantifiables de la médecine, et les bienfaits plus intangibles et sans doute plus symboliques de l'altruisme, pousse certains

251. Voir, *supra*, le texte accompagnant la note 226.

252. Voir James L. MUYSKENS, « An Alternative Policy for Obtaining Cadaver Organs for Transplantation » (1978), 8 *Phil. Pub. Aff.* 88, 96.

253. Voir P. RAMSEY, *op. cit.*, note 243, p. 210.

254. Voir *id.*, pp. 210-211.

spécialistes de l'éthique à proposer le prélèvement discrétionnaire de tissus sur les cadavres. Pour ceux-ci, le choix se situe entre [TRADUCTION] « l'intérêt ou la vie, d'une part, et, d'autre part, le symbolisme et les sentiments²⁵⁵. » Lorsqu'on exprime ainsi les valeurs en opposition, le symbolisme sort perdant :

[TRADUCTION]

D'un côté de la balance, il y a la possibilité de sauver des vies ; de l'autre, le droit d'une personne, [...] par un rituel symbolique, de transformer son consentement en un « don » authentique. Même dans cette confrontation extrême de l'intérêt et du symbole, [...] [les partisans du don d'organes accordent] plus de poids au symbole. Si l'enjeu n'était pas aussi grave, je serais tenté de [les] taxer de sensiblerie.

[...] [D']après les critères fondés sur l'importance relative [...], l'argument de l'intérêt est revêtu d'une plus grande force et d'un plus grand poids que des sentiments heurtés, et devrait l'emporter lorsque les deux sont inconciliables²⁵⁶.

Cette thèse consiste à dire que le sentiment primaire suscité par un cadavre humain, par exemple, favorise une complaisance émotive dont l'effet est de détourner l'attention des véritables délibérations éthiques ou de masquer les intérêts prédominants. Comme le disait un chercheur, [TRADUCTION] « [l']erreur consiste à accorder une valeur à un symbole, et à se laisser envahir par les sentiments évoqués par celui-ci, au détriment des véritables intérêts, et notamment des intérêts mêmes que représente le symbole²⁵⁷. » Les tenants de ce point de vue admettent que « l'utilité sociale » peut être servie par le respect généralisé de certains symboles naturels, mais concluent que cette valeur véritable mais diffuse passerait au second plan lorsque de véritables intérêts sont en jeu²⁵⁸. Et si les sentiments sont rattachés à des valeurs véritables, ces valeurs, sans doute en raison de leur caractère « diffus », ne peuvent pas non plus l'emporter lorsqu'elles sont mises en balance avec des intérêts.

À bien des égards, donc, le débat sur le prélèvement d'organes est le reflet d'un débat plus fondamental. Il y a d'une part l'école philosophique dominante, qui considère la morale comme une entreprise rationnelle où la place de l'irrationnel est on ne peut plus tenue, les émotions prenant un sens défini grâce aux images et aux symboles. Cette école rationnelle estime que l'établissement d'un lien entre les émotions, les valeurs et le symbolisme est à tout le moins gênant sur le plan moral, et risque même, dans la pire des hypothèses, d'avoir un effet destructeur sur d'autres valeurs et des intérêts considérés comme supérieurs. D'autre part, il y a l'école selon laquelle la morale vécue est ancrée dans les coutumes, les traditions et les croyances des sociétés et s'exprime autant par les symboles et les sentiments que par la raison²⁵⁹. Pour ses tenants, le plus grand danger moral, dans notre

255. Joel FEINBERG, « The Mistreatment of Dead Bodies » (1985), 15:1 *Hast. Cent. Rep.* 31, 32.

256. *Id.*, 32.

257. *Ibid.* Si l'« erreur » consiste à séparer les intérêts des sentiments que les symboles évoquent, même les sentiments purs peuvent posséder des valeurs légitimes, comme le démontrent les intérêts qu'ils peuvent ultimement traduire. L'« erreur » pourrait être corrigée en précisant l'intérêt associé au sentiment et en l'opposant au « véritable intérêt ».

258. *Ibid.*

259. W.F. MAY (1985), *loc. cit.*, note 245, 38 ([TRADUCTION] « Les théoriciens de l'éthique qui s'intéressent à la question des transplantations d'organes ne font habituellement appel qu'à la raison, sans s'intéresser aux traditions religieuses ni aux collectivités qui, tant bien que mal, incarnent ces traditions »).

société technologique, est que les sentiments soient dévalorisés et que les émotions ne reçoivent ni l'attention ni l'encouragement nécessaires²⁶⁰. Les enjeux du prélèvement de tissus humains constituent donc un terrain propice à un débat philosophique fondamental axé sur la morale pratique.

Après avoir cerné les thèses philosophiques en présence, que peut-on dire du rôle des émotions dans la morale ? Il semble évident que la valeur des choix moraux ne dépend pas seulement ni toujours des émotions et du symbolisme. La réflexion rationnelle en est certainement un élément indispensable. Toutefois, deux raisons peuvent amener à douter qu'elle en soit le seul élément légitime. Premièrement, ceux qui refusent catégoriquement de reconnaître un rôle aux sentiments n'ont aucun argument cohérent ni convaincant à invoquer. Leur critique la plus sérieuse est fondée sur quelques-unes des conséquences les plus quantifiables du prélèvement discrétionnaire. Elle utilise des exemples qui comportent leur propre attrait symbolique. C'est ainsi qu'on opposera la non-utilisation du corps d'une personne récemment décédée aux avantages médicaux incalculables présumés découler des autopsies et de la recherche sur les cadavres²⁶¹. Qu'est-ce qu'un patient qui vient de mourir : le symbole d'un être humain, ou bien un potentiel illimité pour la recherche médicale ? Ou les deux, peut-être ?

Deuxièmement, faute d'une théorie plus affirmative et plus cohérente, le point de vue strictement rationaliste tend à revêtir un caractère absolu : on en vient à ne tenir aucun compte des préoccupations morales susceptibles de découler de la réflexion rationnelle-irrationnelle suscitée par l'expérience humaine dans diverses sociétés. On considérera comme dénué de tout caractère moral l'argument suivant lequel le prélèvement discrétionnaire est une pratique répugnante, dans la mesure où cet argument n'est pas fondé sur un intérêt donné ; et il ne pourra l'emporter sur les bienfaits présumés de la pratique en question²⁶². Or, une conception moins rigide du rôle des émotions dans les décisions d'ordre moral pourrait entraîner la prise en compte de choix éthiques ne relevant pas de la stricte morale rationaliste.

Si, par conséquent, on peut reprocher aux auteurs qui s'intéressent aux symboles et aux sentiments d'accorder trop d'importance à la force morale des émotions et d'avoir du mal à apprécier les bienfaits moraux de l'altruisme pur, ils semblent tout de même davantage en mesure de prendre en considération les diverses valeurs et solutions morales. La préférence pour l'altruisme n'est pas absolue et, pour les tenants de ce point de vue, ni le don d'organes ni le prélèvement discrétionnaire ne sont mauvais en soi²⁶³ ; mais il convient selon eux d'essayer tout d'abord le don : [TRADUCTION] « l'attitude humaine à l'égard de la mort (et des personnes qui viennent de mourir) est telle que l'on doit tout

260. Sydney CALLAHAN, « The Role of Emotion in Ethical Decisionmaking » (1988), 18:3 *Hast. Cent. Rep.* 9, 12.

261. J. FEINBERG, *loc. cit.*, note 255, 32. On peut se demander si l'appel fondé sur la possibilité de prévenir des « milliers » de maladies inconnues et de décès serait aussi séduisant s'il nous était possible de lire les protocoles et de déterminer la véritable probabilité des avantages découlant de cette recherche particulière sur les cadavres.

262. Voir *id.*, 33.

263. P. RAMSEY, *op. cit.*, note 243, p. 209.

d'abord mettre sérieusement à l'essai un système de dons avant d'envisager le prélèvement discrétionnaire²⁶⁴ ». En somme, ces auteurs reconnaissent que plusieurs valeurs sont en jeu, et préfèrent une solution qui tente de les concilier. Leur conclusion est en fait relative : [TRADUCTION] « il vaut mieux encourager le don d'organes suivant un système bien établi que de laisser toute latitude aux hôpitaux pour l'utilisation d'organes prélevés sur des cadavres²⁶⁵. »

L'opposition entre ces deux écoles de pensée suggère peut-être une voie pour sortir de l'impasse philosophique sous-jacente. Le débat tient à ce que l'on ne s'entend pas sur les valeurs légitimes dont il convient de tenir compte et sur le poids à accorder aux autres valeurs. Mais ce désaccord, quant à lui, a une origine plus profonde, à savoir, des conceptions divergentes concernant la nature de la morale et la relation entre les personnes et leur corps. Pourtant, les deux écoles accordent beaucoup d'importance à la protection de la vie et de la santé — la mésentente porte sur l'importance à attribuer à cet objectif. Mais vu la teneur des thèses en présence, il serait sans doute possible de surmonter l'impasse philosophique en déterminant si la solution du don a été sérieusement mise à l'épreuve. Dans l'affirmative, ses partisans sembleraient disposés à envisager l'établissement d'un régime de prélèvement discrétionnaire. Dans le cas contraire, il faudra selon eux, à cause des valeurs légitimes en opposition, tenter de réformer le régime des dons d'organes, afin de le rendre plus efficace.

C. Le préjudice causé au cadavre

Les cadavres peuvent-ils subir des préjudices ? Cette question, rarement traitée de front, n'en est pas moins toujours présente en filigrane dans le débat. Certains, pour tenter de dissiper les inquiétudes morales des spécialistes des transplantations, prétendent qu'il est impossible de causer un préjudice personnel à un patient décédé²⁶⁶. Les personnes décédées subissent-elles un préjudice lorsque les étudiants en médecine pratiquent des interventions sur leurs corps, ou lorsque celui-ci est utilisé pour des recherches non autorisées²⁶⁷ ? Et si préjudice il y a, quelle en est la nature : une atteinte à l'autonomie, à la dignité humaine ? un préjudice moral subi par la collectivité ?

Il semble peu vraisemblable en tout cas que l'éventuel préjudice causé au cadavre consiste dans une atteinte à l'autonomie. L'autonomie morale permet aux personnes de vivre selon leurs propres valeurs et de se protéger contre ce qui leur semble être une cause de préjudice ou d'exploitation. Or, il va sans dire que les cadavres ne prennent pas de

264. W.F. MAY (1973), *loc. cit.*, note 245, 4.

265. P. RAMSEY, *op. cit.*, note 243, p. 209.

266. Voir Stuart J. YOUNGNER et autres, « Psychosocial and Ethical Implications of Organ Retrieval » (1985), 313:5 *N. Engl. J. Med.* 321, 323.

267. Voir *infra*, ch. III, section II.C(3) et Arnaud c. Odom, *infra*, note 872.

décisions quant à leur « vie » . . . À proprement parler, les attributs de l'autonomie n'ont plus de pertinence, parce que la personne décédée n'a pas d'autonomie morale²⁶⁸.

Est-il possible de causer un préjudice au cadavre en portant atteinte à ses intérêts ? La même logique semble s'appliquer. Suivant la conception rationaliste prédominante, les droits sont attribués uniquement aux personnes qui ont des intérêts. Les intérêts [TRADUCTION] « sont constitués en quelque sorte des besoins et des buts, qui supposent l'existence de quelque chose comme des attentes, des croyances, une conscience cognitive²⁶⁹. » Le cadavre, dépourvu de ces attributs, n'aurait donc pas d'intérêts ; et, comme les droits sont fondés sur les intérêts, il n'existerait non plus aucun droit susceptible d'être violé.

Mais tous ne souscrivent pas à cette conception :

[TRADUCTION]

[L]es personnes décédées peuvent avoir des droits, soit le droit au respect des promesses que nous leur avons faites de leur vivant et le droit de ne pas être calomniées auprès de ceux qui les connaissaient et les aimaient. Cette conclusion évidemment paradoxale s'appuie sur cette idée : on peut estimer que certains intérêts de la personne décédée continuent d'exister après sa mort, et constituent pour nous des obligations. Nous devons alors conclure que ces intérêts ne peuvent s'éteindre que par la réalisation de ce qui est souhaité, et non simplement par la « satisfaction d'un désir », au sens du contentement de l'intéressé lorsqu'il croit que ses attentes ont été comblées²⁷⁰.

Selon cette analyse, certains intérêts continuent d'exister après la mort d'une personne et génèrent des droits. Ils se résument habituellement aux intérêts ayant trait à sa réputation, à la disposition convenable de ses biens matériels et au traitement respectueux de sa dépouille²⁷¹.

Cette thèse, séduisante à première vue, comporte toutefois certaines limites. Elle est dépourvue de tout fondement théorique quant aux intérêts qu'auraient les personnes décédées. Elle n'offre non plus aucune explication sur la façon dont certains intérêts subsistent après la mort. On évoque simplement une distinction entre la réalisation et la satisfaction des désirs. Comme les intérêts découlent d'états d'esprit subjectifs — les désirs, par exemple — il n'est pas illogique de parler de désirs ou d'intérêts qui seraient réalisés après la mort. Le fait de savoir que nos souhaits seront respectés de façon posthume

268. Albert R. JONSEN, « Transplantation of Fetal Tissue: An Ethicist's Viewpoint » (1988), 36:3 *Clinical Research* 215, 219; Russell SCOTT, *The Body as Property*, New York, Viking Press, 1981, p. 260 ([TRADUCTION] « Bien entendu, le mort doit être respecté, [...] mais le cadavre est une chose totalement différente du corps vivant. L'idée même d'attribuer la notion d'autonomie personnelle à un cadavre est absurde; au mieux, l'autonomie personnelle n'est étendue qu'artificiellement au-delà de la mort »). Voir cependant COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DE L'Australie, *infra*, note 1010.

269. Joel FEINBERG, « Is There a Right to Be Born? », dans James RACHELS (dir.), *Understanding Moral Philosophy*, Encino (Calif.), Dickenson, 1976, p. 346, à la page 349.

270. *Ibid.*

271. Raymond A. BELLIOTTI, « Do Dead Human Beings Have Rights? » (1979), 60 *Personalist* 201, 208. Pour une liste des droits possibles de la personne décédée, voir *id.*, 209.

peut sans doute nous donner un plus grand sentiment d'autonomie personnelle. Il semble aussi permettre d'envisager la mort et de s'y préparer avec plus de sérénité. Certains exemples — mépris total des dernières volontés d'une personne²⁷² à propos de l'inhumation ou de l'utilisation de son cadavre après la mort — tendent à confirmer que nous avons certains intérêts qui subsistent après notre mort, et qu'une atteinte à ces intérêts constitue une forme de préjudice²⁷³. Il demeure toutefois impossible de donner de cette intuition une explication philosophique cohérente.

Qu'en est-il des notions plus larges de préjudice, qui englobent le tort moral causé par des actes indécents à l'égard d'un cadavre ou les actes violant la dignité humaine ? La morale, après tout, ne se limite pas à l'obligation de ne pas causer de préjudice. On a pu faire valoir, par exemple, qu'il serait injuste de refuser de décerner une récompense ou de conférer un honneur simplement à cause du décès de l'intéressé. Selon cette opinion, on peut avoir droit à une récompense même si l'on n'est pas personnellement en mesure de la recevoir, pourvu qu'on satisfasse aux conditions requises²⁷⁴. De la même manière, l'omission de respecter les dernières volontés d'une personne pour la disposition de ses biens peut causer un tort moral, parce que cela est injuste, même s'il n'est pas possible de parler d'un préjudice causé au défunt. Les contraintes générales de la morale, notamment les impératifs de la justice, pourraient donc interdire certains actes à l'égard des morts²⁷⁵.

La notion de tort moral suppose que les cadavres méritent une protection morale en vertu de leur fonction symbolique. Cette idée revêt une importance particulière dans les religions qui exigent le respect du cadavre en raison de la croyance selon laquelle les humains, vivants et morts, ont été créés à l'image de Dieu ; les juifs et les chrétiens, par exemple, respectent le corps du mort parce qu'il est le symbole de la personne humaine et de sa dignité²⁷⁶. Dans cette perspective, les actes irrévérencieux à l'égard d'un cadavre pourraient aller à l'encontre de croyances religieuses et causer un tort moral symbolique dans la communauté partageant ces croyances, parce qu'ils portent atteinte à la dignité humaine dont semble revêtu le corps humain même après la mort. La question de savoir si cet éventuel tort moral constitue un préjudice semble définitionnelle²⁷⁷.

272. Voir D.A. PETERS (1986), *loc. cit.*, note 237, 254.

273. Voir George PITCHER, « The Misfortunes of the Dead » (1984), 21:2 *Am. Phil. Q.* 183 ([TRADUCTION] « Si nous pensons à certains exemples en laissant libre cours à notre intuition, il apparaîtra très clairement que nous croyons que les morts peuvent subir des préjudices »).

274. R.A. BELLIOU, *loc. cit.*, note 271, 206.

275. Voir J.F. CHILDRESS, *loc. cit.*, note 249, 98 (Il est possible de causer un préjudice à des personnes si l'on ne respecte pas leur testament). Pourtant, l'idée de préjudice suppose l'existence d'une personne qui en est victime, ce qui pose un problème quand l'intéressé est déjà mort.

276. G.B. WHITE, *op. cit.*, note 91, pp. 138-139.

277. Joel FEINBERG, « Sentiment and Sentimentality in Practical Ethics » (1982), 56 *Proc. Addresses Am. Phil. A.* 19, 20 ([TRADUCTION] « l'indignation peut atteindre une intensité maximale même si aucun préjudice n'est causé, par exemple devant un manque de respect envers certains symboles sacrés, comme un drapeau ou un crucifix »).

Bien entendu, ces concepts de tort ou de préjudice seront contestés, voire redéfinis, par ceux qui défendent d'autres opinions, d'autres valeurs. Nous avons vu que le rôle éthique et la force émotive des symboles en matière de morale sont l'objet de discussions d'ordre philosophique. Les tenants de la morale rationaliste mettent en garde contre le respect exagéré des symboles²⁷⁸. L'avertissement s'étend au statut moral des patients qui viennent de mourir :

[TRADUCTION]

Un cadavre n'est plus une personne. Même s'il convient de respecter les cadavres parce qu'ils ont déjà été des personnes vivantes, l'obligation de respect a moins de force que lorsqu'elle s'applique aux personnes vivantes. Dans le cas de l'intubation de patients qui viennent de mourir, cette obligation se limite à éviter de défigurer ou de ridiculiser le cadavre²⁷⁹.

La valeur médicale élevée — peut-être même en hausse — attribuée à l'utilisation du corps humain signifie que les valeurs émotives, religieuses ou symboliques associées à la protection des cadavres doivent être mises dans la balance avec les intérêts médicaux des vivants²⁸⁰. Or, ces intérêts médicaux ayant tendance à être plus tangibles, plus quantifiables et plus immédiats, il n'est pas interdit de penser qu'ils l'emporteront sur des valeurs plus émotives, plus éthérées et plus symboliques. Dans de tels cas, il faut procéder à une évaluation comparative des intérêts et des valeurs spécifiques en opposition. Cette comparaison ne se prête pas facilement à une analyse philosophique, mais elle n'en constitue pas moins la clé de la controverse morale relative au prélèvement de tissus humains sur les cadavres.

II. Donneurs vivants

Dans le cas du prélèvement d'organes sur des personnes vivantes, quelles sont les restrictions qu'impose la morale ? Pour les adultes juridiquement capables, le principe du respect de l'autonomie de l'être humain semblerait exclure le prélèvement sans le consentement de l'intéressé. Mais pour les personnes dépourvues de la capacité juridique et de l'autonomie, la situation est moins claire. Est-ce que le fait de traiter les enfants et les personnes atteintes de déficience mentale d'une façon différente des adultes dotés de la capacité constitue une exploitation de leur incapacité et de leur vulnérabilité ? Ou bien, au contraire, cela est-il moralement justifié ?

278. J. FEINBERG, *loc. cit.*, note 255, 31.

279. James P. ORLOWSKI, George A. KANOTI et Maxwell J. MEHLMAN, « The Ethics of Using Newly Dead Patients for Teaching and Practising Intubation Techniques » (1988), 319:7 *N. Engl. J. Med.* 439, 440 (plaidoyer pour l'utilisation médicale du patient qui vient de mourir, sans le consentement des membres de la famille).

280. R.A. BELLIOTTI, *loc. cit.*, note 271, 207-208.

A. Adultes

Selon la bioéthique moderne, le rôle du consentement dans le traitement médical est notamment de favoriser l'autonomie du patient et de protéger son intégrité corporelle²⁸¹. Toutefois, le consentement ne suffit pas à rendre moralement acceptable une intervention médicale. Suivant des principes biomédicaux généralement reconnus, il faut en plus que le donneur tire profit du sacrifice par la prévention d'un préjudice prévisible ou l'obtention d'un avantage²⁸². Dans certains cas, même le consentement et l'indiscutable prévention d'un préjudice peuvent s'avérer insuffisants, parce qu'un père pourrait alors faire don de son cœur à son fils pour sauver la vie de celui-ci :

[TRADUCTION]

[L]e don de son propre cœur pourrait bien satisfaire au critère du consentement, si cette condition est nécessaire et suffisante pour rendre le don acceptable. [...] À la rigueur, ce don pourrait également satisfaire au critère de la « prévention du préjudice » — on pourrait juger que la mort d'un fils est une pire épreuve que sa propre mort — ou encore au critère des « avantages spirituels »²⁸³.

Or, un tel don est moralement inacceptable, car il constitue une violation de l'intégrité physique, et aboutit à la mort du donneur²⁸⁴.

La protection des valeurs associées à l'intégrité physique du donneur suppose, partant, une troisième condition : l'évaluation du rapport risques-avantages²⁸⁵. La transplantation de tissus humains est moralement justifiée, selon un auteur, dans l'un ou l'autre des cas suivants : a) le risque pour le donneur est considérablement moindre que l'avantage espéré pour le receveur ; b) l'avantage objectif pour le receveur est considérablement plus grand que la perte subie par le donneur²⁸⁶. La nature des risques physiques pour le donneur dépend largement des tissus prélevés et du stade où est arrivée la technique envisagée. Le risque, la gravité de l'atteinte à l'intégrité corporelle et l'irréversibilité ne sont pas les mêmes selon qu'on donne du sang, du sperme, de la moelle osseuse²⁸⁷ ou un rein. On a estimé, il y a vingt-cinq ans, que les risques associés au don d'un rein étaient comparables à la probabilité d'être blessé ou de perdre la vie dans un accident, pour une

281. Voir T.L. BEAUCHAMP et J.F. CHILDRESS, *op. cit.*, note 236, p. 76, analysant A.M. CAPRON, « Informed Consent in Catastrophic Disease and Treatment » (1974), 123 *U. Pa. L. Rev.* 364. Voir également Jay KATZ et Alexander Morgan CAPRON, *Catastrophic Diseases: Who Decides What?*, New York, Russell Sage Foundation, 1975, ch. VI, p. 79.

282. Voir, au sujet de la non-malfaisance, T.L. BEAUCHAMP et J.F. CHILDRESS, *op. cit.*, note 236, p. 120.

283. P. RAMSEY, *op. cit.*, note 243, p. 190.

284. Voir *ibid.* Voir également T.L. BEAUCHAMP et J.F. CHILDRESS, *op. cit.*, note 236, p. 370.

285. Voir, au sujet de la bienfaisance, T.L. BEAUCHAMP et J.F. CHILDRESS, *op. cit.*, note 236, p. 194. Voir également P. RAMSEY, *op. cit.*, note 243, p. 195 ([TRADUCTION] « la norme de l'intégrité physique doit être prise en compte dans l'évaluation de la moralité du don de ses propres organes, même si elle ne doit pas nécessairement l'emporter »).

286. P. RAMSEY, *op. cit.*, note 243, p. 195.

287. Voir *Reassessment of Autologous Bone Marrow Transplantation, infra*, note 534, p. 2.

personne qui tous les jours doit faire 25 km en voiture pour aller travailler et revenir chez elle²⁸⁸, en concluant que le sacrifice peut dès lors être tenu pour raisonnable²⁸⁹.

L'utilisation d'organes prélevés sur des donneurs vivants serait donc assujettie à trois conditions : (1) le donneur doit consentir au prélèvement librement et en connaissance de cause ; (2) il doit y avoir pour lui une probabilité raisonnable d'en tirer avantage ; (3) les avantages escomptés pour le receveur doivent être considérablement plus grands que le préjudice vraisemblable pour le donneur. Cela dit, est-il possible d'en écarter l'une ou l'autre dans le cas, par exemple, des enfants et des personnes atteintes de déficience mentale ?

B. Enfants et personnes atteintes de déficience mentale²⁹⁰

Certains tribunaux ont approuvé le prélèvement de tissus humains sur des enfants et des adultes incapables, sans exiger que les conditions énoncées ci-dessus soient toutes les trois remplies²⁹¹. Pourquoi cette différence ? Que devrait-on faire de ces exigences d'ordre éthique lorsque le donneur potentiel est incapable de consentir en raison de son âge ou d'une déficience mentale ? Si l'incapacité et la vulnérabilité n'ont pas pour effet d'interdire tout prélèvement sur ces personnes, quel pourrait être le fondement moral de telles interventions ?

Trois motifs peuvent être invoqués pour justifier l'interdiction d'utiliser comme donneurs d'organes les enfants et les personnes atteintes de déficience mentale²⁹². Premièrement, on peut poser que toute atteinte à l'intégrité corporelle est subordonnée au consentement de l'intéressé. Lorsqu'une personne n'a pas la capacité de consentir, l'obtention d'un consentement valide s'avérerait alors impossible, de sorte qu'aucune atteinte à l'intégrité corporelle ne pourrait être justifiée. Deuxièmement, on peut préconiser une interdiction générale en soutenant comme l'ont fait certains que, lorsqu'on veut prélever des organes sur des enfants ou des personnes atteintes de déficience mentale, c'est souvent que, [TRADUCTION] « dans la famille ou à l'extérieur de celle-ci, on a mis dans la balance (consciemment ou non) la valeur sociale attribuée aux personnes concernées²⁹³. » Troisièmement, on peut faire valoir que la condition relative à l'avantage pour le donneur n'est pas remplie dans un tel cas, les donneurs vulnérables ne recevant aucun avantage physique ou psychologique en contrepartie du prélèvement.

Ces préoccupations d'ordre éthique sont semblables à celles que suscite l'utilisation des enfants et des personnes atteintes de déficience mentale pour des recherches médicales

288. P. RAMSEY, *op. cit.*, note 243, p. 177, citant J.P. MERRILL, « Letters and Comments » (1964), 61 *Ann. Internal Med.* 356.

289. *Id.*, 196. L'amélioration des techniques chirurgicales et l'expérience accumulée au cours des 25 dernières années donnent à penser que les risques courus par les donneurs sont encore moindres aujourd'hui.

290. Sur l'utilisation d'enfants anencéphales pour le prélèvement d'organes, voir *infra*, ch. III, section II.B.

291. Voir *infra*, notes 300, 302. Voir également R. SCOTT, *op. cit.*, note 268, ch. V, p. 101.

292. R. SCOTT, *op. cit.*, note 268, p. 122.

293. *Ibid.*

dont ils ne reçoivent aucun avantage perceptible²⁹⁴. Or, en exigeant le consentement de personnes qui ne sont pas capables de le donner, on se trouverait à empêcher toute recherche médicale non thérapeutique, même si des garanties sont établies quant à leur protection²⁹⁵. Cela pourrait aussi s'avérer lourd de conséquences pour d'autres personnes vulnérables souffrant de maladies qui ne sauraient être vaincues sans de nouvelles recherches. Dans le cas des dons d'organes, même si les conséquences possibles d'une interdiction semblable toucheraient sans doute moins de monde, elles pourraient être tout aussi graves sur le plan individuel.

Par ailleurs, il n'est peut-être non plus en soi indiqué d'exiger le consentement de personnes juridiquement incapables. Si le consentement vise avant tout à protéger l'autonomie de l'être humain, et si les personnes incapables de le donner sont par définition dépourvues d'autonomie²⁹⁶, il paraît en effet illogique de l'exiger dans leur cas. Il ne faut pas pour autant nier la fonction morale du consentement donné par le mineur dont la maturité d'esprit est suffisante, ou encore par les parents ou les tuteurs du donneur potentiel. Les mineurs doués de discernement peuvent avoir l'autonomie que le consentement vise à protéger. De plus, il est de toute évidence souhaitable de défendre les incapables et les personnes vulnérables, en demandant à un proche soucieux de leur bien-être d'apprécier les risques et les avantages. L'exigence d'une appréciation indépendante ou d'un consentement par procuration serait dès lors de nature à protéger les patients incapables contre tout préjudice, à prévenir le dol ou la contrainte, et à encourager les professionnels de la santé à la circonspection²⁹⁷.

Lorsqu'un donneur potentiel n'a pas l'autonomie que suppose le consentement, quel peut être le fondement moral du prélèvement ? Comme dans le cas des individus capables de consentement, le principe de la bienfaisance amène à conclure que le don peut être justifié si les avantages raisonnablement prévisibles pour le donneur l'emportent sur les préjudices possibles. L'accent ainsi mis sur la protection du donneur contribue à garantir qu'on ne prélève pas des organes sur des personnes incapables de donner leur avis. Le fait de centrer l'évaluation sur les avantages véritables diminue aussi le risque qu'elle serve à masquer des préjugés concernant la « valeur sociale » de la personne incapable.

Peut-on vraiment affirmer que des enfants et des personnes atteintes de déficience mentale tirent profit du don de leurs organes ? Une importante dose de scepticisme²⁹⁸ ou une présomption réfutable²⁹⁹ contre ces interventions, pourraient s'avérer des armes efficaces contre les motivations cachées, mais l'opportunité du don demeure incontestable

294. Comparer CRMC, *op. cit.*, note 118, pp. 28-33, et Barry HOFFMASTER, « The Medical Research Council's New Guidelines on Research Involving Human Subjects: Too Much Law, Too Little Ethics » (1989), 10 *Health L. Can.* 146.

295. Voir CRD, *L'expérimentation biomédicale sur l'être humain*, Document de travail n° 61, Ottawa, la Commission, 1989, pp. 44-47 (où la Commission recommande l'adoption d'une loi fédérale en vue de réglementer la recherche médicale non thérapeutique sur les enfants).

296. Voir CRMC, *op. cit.*, note 118, p. 29 (« Par définition, un sujet légalement incapable n'est pas autonome et ne peut donner un consentement valide du point de vue juridique ou éthique »).

297. Voir A.M. CAPRON, *loc. cit.*, note 281.

298. Voir P. RAMSEY, *op. cit.*, note 243, p. 172.

299. Rodney K. ADAMS, « Live Organ Donors and Informed Consent » (1987), 8 *J. Legal Med.* 555, 582.

dans certains cas. Un tribunal du Québec a récemment autorisé un enfant de cinq ans à faire don de sa moelle osseuse à son frère atteint d'un cancer³⁰⁰. Dans les premiers temps des transplantations rénales, des tribunaux du Massachusetts ont autorisé des dons entre jumeaux mineurs³⁰¹. Dans l'une des principales affaires où il était question des avantages psychologiques pour le donneur, un tribunal américain a évalué les préjudices et les avantages dans le cas du don d'un rein par une personne atteinte de déficience mentale à son frère, et il a conclu que [TRADUCTION] « le bien-être du donneur serait davantage mis en péril par la perte de son frère que par le prélèvement d'un rein³⁰². » Ainsi, le fait de considérer l'existence humaine dans une perspective plus large, pour l'évaluation des risques et des avantages, conduit parfois à une conclusion sensiblement différente que si l'on ne s'intéresse qu'à la dimension physique de la personne.

Mais si l'on estime, comme l'ont fait les tribunaux dans ces affaires, que les avantages psychologiques sont moralement pertinents³⁰³, il reste à déterminer le poids relatif qu'il convient de leur accorder. Les évaluations risques-avantages doivent être réalisées dans le cadre de situations concrètes. Or, tous ne s'entendent pas sur la possibilité d'effectuer de telles comparaisons, et cette divergence d'opinions aide à séparer ceux qui autoriseraient le prélèvement d'organes sur des enfants et des personnes atteintes de déficience mentale, et ceux qui ne l'autoriseraient pas. Moralement, la différence est la suivante : les premiers mettent l'accent sur le contexte, les seconds sur les principes. Et sur le plan juridique, c'est l'opposition entre l'équité et l'application stricte des règles³⁰⁴.

Les tenants de l'approche « contextuelle » ont confiance dans la capacité des êtres humains de discerner ce qui est bon ou préférable dans des circonstances particulières. Ainsi, en matière de transplantations, certains analystes considèrent les décisions fondées sur la théorie des avantages psychologiques comme [TRADUCTION] « des jugements [. . .] caractérisés par l'humanité et la compassion plutôt que par le respect aveugle d'un principe ou d'un critère³⁰⁵. » Leurs adversaires dénigrent la théorie en question, la qualifiant de norme spéculative et peu fiable³⁰⁶ liée à l'éthique situationnelle et à une justice primitive.

300. Voir Cayouette et Mathieu, *infra*, note 380.

301. William J. CURRAN, « A Problem of Consent: Kidney Transplantation in Minors » (1959), 34 *N.Y.U. L. Rev.* 891.

302. *Strunk c. Strunk*, 445 S.W. 2d 145, 146 (Ky 1969). Voir cependant *In re Guardianship of Pescinski*, 226 N.W. 2d 180 (Wisc. 1975) (le tribunal a refusé d'autoriser qu'un rein soit prélevé sur un patient adulte incapable atteint de schizophrénie chronique pour être donné à sa sœur), modifié par *Re Guardianship of Eberhardy*, 307 N.W. 2d 881, 893, n. 13 (Wisc. 1981). Ces décisions ont été passées en revue récemment dans *Curran c. Bosze*, *infra*, note 535, 1326-1329.

303. Voir CRMC, *op. cit.*, note 118, p. 7 (« Les torts qui peuvent être causés sont nombreux et ils ne se limitent pas aux atteintes corporelles. Ils comprennent aussi la perte de dignité et de l'estime de soi, la culpabilité et le remords ou le sentiment d'être exploité et humilié »). Si les préjudices psychologiques sont moralement pertinents, et peuvent plaider contre la participation de sujets humains à des recherches médicales non thérapeutiques, les bienfaits psychologiques ne pourraient-ils pas militer en faveur du don ?

304. Voir ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, 2^e éd., trad. par J. Tricot, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1967, livre V, ch. 10.

305. R. SCOTT, *op. cit.*, note 268, p. 121.

306. Voir R.K. ADAMS, *loc. cit.*, note 299, 579, n. 168.

À leur avis, il convient d'appliquer uniformément des règles ou des principes généraux afin d'échapper aux préjugés et à la subjectivité. La constance est selon eux la marque de la primauté du droit ainsi que d'une morale fondée sur des principes ; elle s'impose même s'il en résulte, dans certains cas, des décisions injustes, ou dont toute compassion est absente. Dans le cas du prélèvement d'organes, ils sont donc convaincus que les enfants et les personnes atteintes de déficience mentale devraient être traités de la même manière que les adultes. Il s'agit encore une fois d'une opposition qui découle en partie d'un débat philosophique fondamental.

III. Obligation morale de donner

Des valeurs éthiques comme l'autonomie de l'être humain et le principe de non-malfaisance nous protègent contre les prélèvements de tissus qui seraient effectués sur nous contre notre gré et nous causeraient un préjudice. Mais à l'inverse, peuvent-elles aussi nous obliger au don de tissus ? L'accent mis en Amérique du Nord sur l'altruisme, l'emploi du terme « don », sont à cet égard ambigus³⁰⁷. Ce terme traduit l'interdiction de rémunérer le don d'organes. Il connote également l'idée que le don de tissus humains aux fins de transplantation est un acte de charité — qu'un tel geste, s'il est moralement louable, ne constitue pas nécessairement une obligation morale³⁰⁸.

Existe-t-il, en fait, une obligation morale de faire don de ses tissus ? De nombreux philosophes ont envisagé l'existence d'une obligation générale de faire du bien à autrui. Mentionnons en particulier le philosophe allemand du XVIII^e siècle, Emmanuel Kant, qui s'est intéressé à la notion de bienfaisance³⁰⁹. L'idée d'une obligation morale d'aider les autres a inspiré une lignée philosophique respectable depuis lors. En fait, les théories fondées sur la justice et le contrat social pourraient donner à penser qu'une personne doit être disposée à donner pour avoir le droit de recevoir. Toutefois, comme nous le verrons, la principale difficulté tient moins à la valeur de l'argument qu'aux mesures concrètes qui semblent nécessaires à la mise en œuvre d'une obligation de donner.

Kant fait reposer le devoir d'agir sur la maxime selon laquelle nous avons tous parfois besoin d'autrui :

[Un homme] à qui tout sourit, mais qui voit des hommes (qu'il pourrait soulager) aux prises avec l'adversité, se dit à lui-même : Que m'importe ? Que chacun soit aussi heureux qu'il plaît au ciel ou qu'il peut l'être par lui-même, je ne l'empêcherai en rien ; je ne lui porterai pas même envie ; seulement je ne suis pas disposé à contribuer à son bien-être

307. Voir David A. PETERS, « An Individualistic Approach to Routine Cadaver Organ Removal » (1988), 69 *Health Progress* 25. Voir également *supra*, note 239.

308. Voir P. RAMSEY, *op. cit.*, note 243, pp. 185-186 ([TRADUCTION] « Les dons ne sont pas des droits que l'on peut revendiquer, ni des obligations que l'on peut imposer »).

309. Voir Immanuel KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, trad. par J. Muglioni, Paris, Bordas, 1988.

et à lui prêter secours dans le besoin ! [...] Mais [...] il est impossible de vouloir qu'un tel principe soit partout admis comme une loi de la nature. Une volonté qui le voudrait se contredirait elle-même, car il peut se rencontrer bien des cas où l'on ait besoin de la sympathie et de l'assistance des autres, et où l'on se serait privé soi-même de tout espoir d'obtenir les secours qu'on désirerait, en érigeant volontairement cette maxime en une loi de la nature³¹⁰.

Il faut souligner trois choses au sujet de cet argument. Premièrement, Kant fait une distinction entre l'obligation de ne pas causer de préjudice à autrui et l'obligation de l'aider. La première constitue indéniablement une condition morale impérieuse — elle est au cœur de la loi, de la morale et de l'éthique médicale. Mais dans quelle mesure la morale va-t-elle au-delà de cette obligation négative minimale pour imposer une obligation positive d'aider autrui ? Tous ne s'entendent pas la-dessus. Deuxièmement, Kant voyait-il là de nobles règles d'or sociales ou de simples appels en faveur de l'intérêt personnel bien compris ? Troisièmement, aucune obligation morale de bienfaisance n'est pour Kant absolue — elles sont laissées à notre discrétion³¹¹. L'obligation générale de bienfaisance peut donc s'accomplir de nombreuses façons ; elle n'emporte pas nécessairement l'obligation morale de faire don de ses tissus à ceux qui en ont besoin.

Comment alors peut-on conclure à l'existence d'une obligation morale de donner, s'agissant des tissus humains ? Deux stratégies dominantes interprètent différemment l'argument de Kant. La première, s'appuyant sur le génie de l'individualisme, plaide en faveur d'une obligation morale de donner ses tissus après la mort³¹². Cette stratégie est fondée sur la prudence³¹³. Les êtres rationnels qui voient à leur propre intérêt reconnaissent l'obligation de ne pas causer de préjudice à autrui parce que cette obligation leur permet de vivre sans la menace de préjudice causé par autrui. Un raisonnement semblable³¹⁴ peut constituer le fondement d'une obligation de faire du bien à autrui :

[TRADUCTION]

[L]e même raisonnement amènerait les individualistes à adopter la règle suivant laquelle on est tenu de porter secours à la personne en péril sans risque pour soi. Une telle règle exige que les individualistes renoncent, lorsqu'ils voient une personne en péril, à leur liberté de décider s'ils viendront ou non à son aide. Le témoin est tenu de donner à la victime toute aide utile qui ne présente que peu de frais ou de risques pour lui. [...] Le rapport avantages-risques rendrait cette règle très attirante pour les individualistes. En acceptant de subir de légers inconvénients lorsqu'ils voient une personne en danger, ils gagnent l'assurance qu'ils seront secourus en cas de péril. La protection promise leur permet de mieux planifier leurs activités, ce qui accroît la liberté³¹⁵.

310. *Id.*, pp. 54-55.

311. *Id.*, p. 52, n. 1.

312. D.A. PETERS, *loc. cit.*, note 307, 25.

313. *Ibid.* ([TRADUCTION] « Les êtres rationnels qui font primer la liberté trouveraient prudent d'accepter l'obligation de porter secours à autrui sans risque pour soi et l'obligation de consentir au prélèvement de ses organes après la mort, pour le motif que leur liberté et leur bien-être personnels seront vraisemblablement mieux protégés et favorisés dans une société qui obéit à ces règles que dans une société qui s'en passe. »).

314. Voir Robert LIPKIN, « Beyond Good Samaritans and Moral Monsters: An Individualistic Justification of the General Legal Duty to Rescue » (1983), 31 *U.C.L.A. L. Rev.* 252.

315. D.A. PETERS, *loc. cit.*, note 307, 26.

Même si le fait de prévoir les situations d'urgence semble être une conception bizarre de la liberté, il est permis de croire que l'intérêt personnel encouragerait beaucoup de personnes à adhérer à un contrat social comportant une obligation morale de bienfaisance. Une telle logique pourrait également justifier, en matière de prélèvement des tissus après la mort, la présomption de consentement ou le prélèvement discrétionnaire. En résumé, des personnes rationnelles et soucieuses de leur propre intérêt pourraient privilégier à cet égard l'établissement par l'État d'une politique qui maximiserait leurs chances de bénéficier d'une transplantation de leur vivant, s'ils en ont besoin, au risque de voir leurs tissus prélevés après leur mort³¹⁶.

La deuxième stratégie est fondée sur une conception moins individualiste, tenant davantage de la règle d'or selon laquelle il convient d'aider autrui, simplement parce que c'est bien ; c'est la notion du bon Samaritain. L'attrait moral est convaincant à l'extrême dans les exemples suivants :

[TRADUCTION]

La coiffure d'une femme prend feu, il y a de l'eau tout près : un homme, au lieu d'aider à éteindre le feu, regarde et s'esclaffe. Un homme ivre tombe face contre terre dans une mare d'eau et il risque d'étouffer ; il suffirait pour lui sauver la vie de lui relever un peu la tête de côté : un autre homme assiste à la scène sans intervenir. De la poudre à fusil est éparpillée dans une pièce ; un homme y entre avec une bougie allumée : une autre personne, connaissant le danger, le laisse entrer sans le prévenir³¹⁷.

Si l'obligation morale d'agir en bon Samaritain est facile à comprendre, la difficulté se situe au niveau de la troisième étape de l'éthique pratique, soit l'élaboration d'une politique propre à permettre l'application concrète d'une solution théorique intéressante. Du reste, cette difficulté est souvent invoquée pour expliquer que la loi s'écarte de la morale à cet égard³¹⁸. Comment, dans la pratique, tenir compte du cas des mauvais Samaritains dans les textes régissant le prélèvement de tissus humains ?

Une solution a été tentée à Singapour. Dans une loi de 1987 qui établit une présomption de consentement à l'égard du prélèvement des reins après la mort, on réserve un traitement particulier aux personnes opposées aux dons :

[TRADUCTION]

Pour l'application de la loi proposée, les musulmans sont présumés s'opposer [pour des motifs religieux] et ils sont donc assimilés aux autres opposants. [...] Ces personnes sont rangées dans une catégorie de priorité moindre, lorsqu'elles ont besoin d'une greffe de rein³¹⁹.

316. Voir J.L. MUYSKENS, *loc. cit.*, note 252, 97.

317. J.H. BURNS et H.L.A. HART (dir.), *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Londres, Athlone, 1970, p. 293, n. u.

318. Pour une discussion plus approfondie sur le devoir légal de porter secours, voir *infra*, pp. 103-106.

319. Voir T.K.K. IYER, « Kidneys for Transplant — "Opting Out" Law in Singapore » (1987), 35 *Forensic Sci. Int'l* 131, 135. Les musulmans forment 16 % de la population de Singapour. *Id.*, 132. Voir la loi intitulée *Loi de 1987 relative à la transplantation d'organes humains*, dont le texte figure dans (1990), 41:2 *R.I.L.S.* 278. Voir aussi D.A. PETERS, *loc. cit.*, note 307, 27.

Essentiellement, la loi institue deux catégories de personnes pour la sélection des bénéficiaires de greffes, selon le critère du consentement au prélèvement. Est-ce équitable ?

La réponse dépend sans doute de la façon dont on réagit à l'idée que les plus disposés à donner devraient être les premiers bénéficiaires des transplantations³²⁰. Le fondement moral de cette thèse est-il l'individualisme contractuel intéressé, la bienfaisance humanitaire, ou les deux à la fois ?

Des difficultés se posent aussi sur le plan moral et sur le plan pratique dès qu'on entend contraindre une personne à s'acquitter de l'obligation morale de donner des tissus de son vivant. Dans une affaire souvent citée à ce propos, un patient atteint de leucémie avait tenté d'obtenir une ordonnance judiciaire obligeant son cousin à lui donner de la moelle osseuse³²¹. Les textes instituant une obligation de porter secours à une personne en péril dispensent normalement d'agir lorsque cela présente des risques appréciables³²². Mais le juge, en l'occurrence, n'a même pas eu à se prononcer sur cet aspect du problème :

[TRADUCTION]

Suivant une règle constante de la common law, nul n'est légalement tenu d'aider une autre personne ni de prendre des mesures en vue de la sauver ou de lui porter secours [...] Si notre droit *obligeait* le défendeur à se soumettre à une atteinte à l'inviolabilité de son corps, tous les concepts et les principes sur lesquels notre société est fondée en seraient modifiés. Cela serait contraire au principe de l'inviolabilité de la personne — on n'ose imaginer où serait tirée la ligne³²³.

Le tribunal, tout en reconnaissant semble-t-il que le donneur potentiel avait l'obligation morale d'aider son cousin en danger³²⁴, a refusé de traduire cette obligation morale en une obligation juridique. Cette décision donne à penser que, lorsqu'il y a opposition réelle et pratique entre les principes moraux de la bienfaisance et de l'autonomie, on a peu de chances de voir le premier l'emporter.

IV. Le corps et la personne

Nous avons, vu, dans la première section de ce chapitre, qu'il existe plusieurs points de vue sur le prélèvement de tissus sur des cadavres, et que ces points de vue sont intimement liés à la façon dont chacun conçoit la relation entre le corps et la personne. Ceux pour qui la personne ne vit pas simplement dans un corps mais est « un corps vivant » accordent beaucoup de respect au cadavre, parce qu'il constitue l'emblème de l'humanité et de la personne. Lorsque la personne et le corps ne font qu'un, le respect dû aux personnes s'étend

320. Voir D.A. PETERS, *loc. cit.*, note 307, 27-28.

321. *McFall c. Shimp*, *infra*, note 533. Voir également R. SCOTT, *op. cit.*, note 268, pp. 127-139.

322. Voir l'analyse, *infra*, pp. 103-106.

323. *McFall c. Shimp*, *infra*, note 533, 91.

324. Voir cependant T.L. BEAUCHAMP et J.F. CHILDRESS, *op. cit.*, note 236, p. 154.

au corps et persiste après la mort. On refusera alors de considérer ou de traiter le corps humain comme une réserve de pièces pouvant servir à remettre à neuf d'autres corps humains.

En revanche, ceux qui n'admettent qu'un lien ténu entre le corps et la personne considèrent que le corps est nécessaire à l'expression et à la facilitation de la personne, sans pour autant être revêtu de quelque valeur inhérente. Selon eux, le corps n'ayant de valeur qu'en tant qu'instrument, il est possible de s'en servir pour aider d'autres personnes. Cette conception s'accorde mieux avec le régime du prélèvement discrétionnaire : [TRADUCTION] « Puisque l'identité de la personne et du corps est accessoire, on n'a pas à demander une autorisation à la famille, ou au donneur avant son décès, pour prélever, pour une bonne cause, ses organes, son sang ou ses tissus³²⁵ ». Nous explorerons dans les paragraphes suivants les sources philosophiques de ces points de vue opposés, et nous en étudierons les incidences sur les notions de commerce et de propriété, s'agissant du corps humain.

On retrouve dans plusieurs traditions religieuses le concept de la personne en tant qu'être incarné dans un corps. Un courant de l'éthique protestante adhère à [TRADUCTION] « la vision très réaliste de la vie de l'homme qui n'est que chair³²⁶. » L'éthique traditionnelle juive, elle aussi, [TRADUCTION] « exprime cet intérêt pour l'existence incarnée de l'homme et affirme joyeusement l'intégrité de la chair³²⁷. » De telles conceptions peuvent entraîner des restrictions rigoureuses d'ordre religieux et moral, à propos de l'utilisation du corps après la mort³²⁸.

La thèse suivant laquelle la personne est distincte du corps tire quant à elle son origine de la pensée laïque du xvii^e siècle :

[TRADUCTION]

[...] le mentalisme et le dualisme de l'esprit (âme et personne) et du corps défendus par Descartes [...] sont endémiques dans la mentalité moderne ; il s'agit d'une épidémie qui affecte presque toutes les conceptions contemporaines. Notre culture est déjà prête à la technocratisation de la vie du corps en une collection de parties dans lesquelles la conscience réside d'une quelconque manière pour un temps. [...] Le dualisme contagieux de la culture moderne a déjà placé [l'homme], en tant que maître spirituel, trop loin au-dessus de sa vie physique. Pour la plupart d'entre nous, une partie du corps, ou la vie corporelle dans sa totalité, n'est déjà qu'une chose présente dans le monde, qu'il faut éviter d'identifier à la personne³²⁹.

La pensée scientifique moderne, pierre angulaire de la médecine que nous connaissons, est le produit du Siècle des lumières. Peut-être la science et la médecine auraient-elles

325. W.F. MAY (1985), *loc. cit.*, note 245, 39.

326. P. RAMSEY, *op. cit.*, note 243, p. 187.

327. *Ibid.* Voir également W.F. MAY (1985), *loc. cit.*, note 245, 39 (résumé des points de vue religieux au sujet de la personne et du corps).

328. Voir *infra*, pp. 162-165.

329. P. RAMSEY, *op. cit.*, note 243, p. 193.

pu progresser même sans le dualisme cartésien de l'esprit et du corps, mais elles en sont fortement imprégnées. On peut en fait attribuer en grand partie le succès de la médecine moderne au souci du corps. Certains penseurs imputent même à la science certains problèmes moraux contemporains :

[TRADUCTION]

Au fond du problème [...] se trouvent l'hégémonie de la science moderne de la nature et sa vision de la nature, à laquelle adhèrent même les partisans de la notion de personne (*personhood*) et de la subjectivité, étant donné que leur tentative de situer la dignité humaine dans la conscience et l'esprit suppose que le corps vivant subconscient, sans parler de la nature en général, est en soi tout à fait dénué de quelque dignité ou de quelque signification³³⁰.

La théorie morale moderne n'est pas immunisée contre le dualisme du corps et de l'esprit qui s'est répandu dans la pensée occidentale depuis des siècles. Certains critiques maintiennent que les théoriciens de la notion de personne, de la conscience et de l'autonomie considèrent l'être humain essentiel comme volonté et raison pures, comme si la vie du corps ne comptait pour rien, ou même n'existait pas³³¹. Une école philosophique, celle de la tradition analytique anglo-américaine, reprend à son compte ce dualisme cartésien.

Une autre école, la tradition phénoménologique continentale, vise résolument, au contraire, à faire disparaître la dichotomie corps-esprit³³². Elle rejette la méthodologie scientifique caractérisée par l'objectivation et le réductionnisme et, se fondant sur l'expérience subjective, estime que nous sommes des êtres incarnés dans un corps³³³. Pour les phénoménologistes, le fractionnement de l'expérience humaine en des champs physiques et mentaux distincts est [TRADUCTION] « un artifice, nécessaire à l'étude scientifique de l'homme, mais qui entrave la pensée philosophique et l'action morale³³⁴. » Une fois le dualisme rejeté, le corps n'est [TRADUCTION] « ni un objet plongé dans un monde matériel, ni une conscience posant le monde³³⁵ » ; il est plutôt [TRADUCTION] « une structure qui permet l'apparition à la fois du monde et de la conscience³³⁶ » :

[TRADUCTION]

[C]e corps objectivé a une place bien particulière dans nos perceptions. Ce n'est que parce que nous le traînons avec nous comme un objet matériel, que nous sommes capables de prêter attention à d'autres objets. La même ambiguïté se présente lorsque nous sentons

330. Leon R. KASS, « Thinking About the Body » (1985), 15:1 *Hast. Cent. Rep.* 20.

331. *Ibid.* Le dualisme se manifeste également dans les critères éthiques ayant trait à la notion de « personne ». Voir G.B. WHITE, *op. cit.*, note 91, p. 132.

332. Wim J. VAN DER STEEN et P.J. THUNG, *Faces of Medicine*, Boston, Kluwer, 1988, p. 198.

333. *Id.*, p. 150.

334. *Id.*, p. 119.

335. *Id.*, p. 155.

336. *Ibid.* Voir également *ibid.*, p. 153 ([TRADUCTION] « au cours des différents siècles, le corps a pris la forme d'un artefact (cf. anatomie du XIV^e siècle, physiologie expérimentale de Harvey, découverte au XIX^e siècle de la radiographie et des réflexes spinaux). Durant cette évolution, le corps [...] naturel de l'homme a graduellement été vidé de son âme et de son sens, et la matière a remplacé l'essence. Le dualisme de Descartes n'était que la reconnaissance formelle des changements subis par le corps, bien avant que les rayons Roentgen et les réflexes ne complètent le processus »).

que les choses ne sont pas « données » à notre perception, mais que nous les « vivons ». Pourtant, lorsque nous les « vivons », nous leur donnons la forme d'une réalité objective parce que notre corps est ajusté [...] au monde. Ainsi, le corps humain est, pour soi, un phénomène primordial, mais il est également rattaché, en soi, à un monde naturel³³⁷.

Deux conceptions s'opposent donc au sujet de la relation entre le corps et la personne. Et selon qu'on opte pour l'une ou pour l'autre, on aura un point de vue différent sur les problèmes de la propriété et du commerce du corps humain.

A. Le corps, la personne et la propriété

Quelles implications éthiques entraîne le fait d'envisager le corps humain comme un bien, une chose susceptible d'appropriation ? Le problème est complexe :

[TRADUCTION]

Mon corps appartient peut-être à Dieu, peut-être m'appartient-il ; mais entre vous et moi, il est sans aucun doute à moi. Et pourtant, j'hésite. Quel genre de *bien* est mon corps ? Est-il à moi ou est-il *moi* ? Peut-il être aliéné, comme mes autres biens, comme mon automobile ou même mon chien ? Et selon quel principe puis-je revendiquer des *droits* de propriété sur mon corps ? Ai-je travaillé pour l'obtenir ? Moins que ne l'a fait ma mère, et pourtant il ne lui appartient pas. Puis-je le réclamer selon le principe du mérite ? C'est douteux : je l'avais avant de pouvoir prétendre l'avoir mérité. Puis-je le considérer comme un cadeau — qu'il y ait ou non un donneur ? De quelle façon possède-t-on et utilise-t-on un cadeau ? Puis-je en disposer à ma guise — surtout si je ne peux répondre à ces questions³³⁸ ?

On voit à quel point le concept de propriété peut être relatif et indéterminé. Dans certains contextes, et pour certaines raisons, il peut s'avérer opportun d'envisager le corps comme un bien. Dans d'autres contextes et pour d'autres raisons, ce n'est pas opportun. Il est donc essentiel de circonscrire ces contextes et ces raisons.

Qu'est-ce qu'un bien ? Du point de vue de l'éthique, il n'y a pas de réponse simple, mais seulement une série d'associations et de distinctions, accompagnées de jugements sur le point de savoir si l'existence de certaines caractéristiques suffit pour qu'on appelle une chose « un bien ». On a pu dresser, par exemple, une liste des onze conséquences juridiques du droit de propriété :

[TRADUCTION]

La propriété comprend le droit de posséder, le droit d'utiliser, le droit de gérer, le droit aux fruits de la chose, le droit au capital, le droit à la sécurité, les droits ou droits incidents de transmission et d'absence de terme, l'interdiction d'utiliser d'une façon préjudiciable à autrui, l'assujettissement aux règles d'exécution et le droit à la jouissance résiduelle³³⁹.

337. *Id.*, p. 155.

338. L.R. KASS, *loc. cit.*, note 330, 23.

339. A.M. HONORE, « Ownership », dans A.G. Guest (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 1st ser., Oxford, Clarendon, 1961, p. 107, à la page 113.

Si, à l'égard de mon corps, j'ai un droit de possession, d'utilisation et de gestion, un droit à la sécurité, et si par ailleurs il m'est interdit de l'utiliser d'une manière préjudiciable à autrui, est-ce que je peux m'en prétendre le « propriétaire » ? Peut-être bien, mais dans ce cas, l'affirmation devrait être tempérée, parce qu'il ne s'ensuit pas nécessairement que j'ai d'autres « droits incidents », notamment le droit au « capital » de mon corps ou le droit de l'aliéner. Pour que la réponse soit complète, donc, il faudrait dire : « oui, je suis propriétaire de mon corps, dans un sens, ou à certains égards ».

Cette analyse nous aide à comprendre « dans quels sens et à quels égards » chacun est propriétaire de son corps. En particulier, elle montre qu'il faut résister à la tentation de faire équivaloir propriété et commerce. Il est tentant, pour ceux qui souhaitent empêcher la commercialisation des organes, de prétendre que le corps humain n'est pas un bien. Mais comment alors expliquer le *don* d'organes ? Si ce rein ne m'appartient pas, de quel droit puis-je le donner³⁴⁰ ? Il faut pousser l'analyse plus loin, pour reconnaître qu'un droit d'aliénation peut être rattaché aux organes et aux tissus corporels, sans qu'on puisse conclure par ailleurs à l'existence d'un droit au capital.

Mais cette façon d'aborder la question n'est pas sans faiblesses. Elle permet de poser les problèmes, sans pour autant indiquer de solutions. À la question : « Le corps est-il un bien ? », elle donne une réponse lucide, qui approuve le don mais non la vente d'organes ou de tissus corporels. Mais elle ne permet pas de répondre aux questions d'ordre éthique sous-jacentes parce qu'elle ne précise pas au nom de quels arguments moraux le don serait permis, mais non la vente. Elle offre bien peu d'indications sur les raisons d'ordre moral pour lesquelles on peut être propriétaire de son corps dans un sens, mais non dans un autre :

[TRADUCTION]

Il est clair que ce n'est pas en contemplant le sens du mot « chose » que l'on saura quels sont les intérêts protégés conçus en termes de propriété. Lorsque le législateur ou les tribunaux estiment qu'un intérêt devrait être aliénable et transmissible, ils le choisissent et disent qu'il est susceptible d'appropriation, que c'est un bien — ce n'est pas parce qu'ils sont convaincus au départ que cet intérêt correspond à la définition appropriée du mot « chose ». On fait sans doute fausse route en voulant analyser le concept de « chose »³⁴¹.

C'est en se fondant sur des considérations morales sérieuses qu'on doit déterminer quels « droits incidents » du droit de propriété devraient être rattachés à tel ou tel objet.

Pourquoi n'y a-t-il pas lieu de considérer le corps comme un bien ordinaire ? On pourrait répondre, d'abord, que cette idée heurte les concepts d'autonomie personnelle et de dignité humaine. La notion de bien a toujours été associée à des choses, et non au corps humain. Assimiler celui-ci à une chose déshumanise l'existence humaine ; à l'extrême, cela conduit à l'idée répugnante que les êtres humains sont susceptibles d'appropriation. Cette réponse est axée à la fois sur le dualisme chose-personne³⁴² et sur l'idée que les

340. Voir J.F. CHILDRESS, *loc. cit.*, note 249, 89, 100 ([TRADUCTION] « Nous pensons souvent aux biens uniquement dans le sens commercial, mais même les dons de parties du corps humain supposent une certaine notion de bien »).

341. A.M. HONORE, *loc. cit.*, note 339, 130.

342. Voir M.J. RADIN, *infra*, note 460, 1891, au sujet des arguments de Kant.

parties du corps humain sont le reflet de notre conception de la personne. C'est là que les objections à la vente et à l'acquisition de tissus humains trouvent leur fondement.

Il est donc quelque peu malaisé d'expliquer d'une manière générale ce qu'il y a de condamnable dans l'idée d'« aliéner » son propre corps. La notion d'« aliénation », tout comme celles de « bien » et de « propriété », peut en effet signifier plusieurs choses. « Aliéner » un rein en le donnant en vue d'une transplantation est un geste louable ; l'« aliéner » en le vendant est une transaction suspecte. Par conséquent, l'enjeu moral ne porte pas sur l'aliénation en soi, mais bien sur l'aliénation dont la contrepartie est d'ordre pécuniaire. Quelles sont alors les objections de fond à l'achat et à la vente de tissus humains ?

B. Le corps, la personne et le commerce

La pénurie généralisée des dernières années a suscité un débat, à l'échelle nationale et internationale, sur le problème de l'achat et de la vente de tissus humains³⁴³. Certains analystes voient dans la vente de tissus un moyen de remédier à cette pénurie³⁴⁴. D'autres s'y opposent résolument, que les tissus soient prélevés avant la mort ou après³⁴⁵. Certains, enfin, tout en se préoccupant des abus possibles, ne s'opposent pas en principe au versement d'argent contre des tissus humains. La théologie morale catholique se situe sans doute dans ce moyen terme. Le pape Pie XII, par exemple, se fondant sur une analogie avec la vente du sang, a refusé de condamner la vente de tissus humains :

[TRADUCTION]

Faut-il, comme on le fait souvent, refuser par principe tout dédommagement ? Cette question demeure sans réponse. Il est indéniable que de sérieux abus pourraient se produire si le paiement était exigé. Mais ce serait aller trop loin que de déclarer immorale toute acceptation ou toute exigence de paiement. Il s'agit d'une situation semblable à celle des transfusions sanguines. Il est louable que le donneur refuse une récompense : ce n'est pas nécessairement une faute de l'accepter³⁴⁶.

Quels sont donc, au regard de la morale, les aspects positifs et les aspects négatifs de la vente de tissus humains ? Ils correspondent dans une large mesure aux considérations juridiques et pratiques étudiées plus loin³⁴⁷. Les partisans de cette solution tendent à fonder leur opinion sur la valeur éthique de la préservation de la vie, en invoquant les conséquences visibles de l'altruisme pur. Selon eux, la vente de tissus réduirait sensiblement la pénurie actuelle ; elle accroîtrait l'offre de tissus prélevés sur des cadavres, ce qui

343. Sur les préoccupations à l'échelle internationale, voir *infra*, pp. 186-187.

344. Voir David A. PETERS, « Marketing Organs for Transplantation » (1984), 13:1 *Dialysis and Transplantation* 40; Henry HANSMANN, « The Economics and Ethics of Markets for Human Organs » (1989), 14:1 *J. Health Pol. Pol'y L.* 57; Lori B. ANDREWS, « My Body, My Property » (1986), 16:5 *Hast. Cent. Rep.* 28.

345. Voir P. RAMSEY, *op. cit.*, note 243, p. 213.

346. *Papal Teachings: The Human Body*, Boston, St. Paul Editions, 1960, cité dans G.B. WHITE, *op. cit.*, note 91, p. 142. Voir aussi Charles Joseph MCFADDEN, *Medical Ethics*, 6^e éd., Philadelphie, F.A. Davis, 1967, p. 297.

347. Voir *infra*, pp. 95-97.

diminuerait la nécessité de prélever des organes sur les personnes vivantes, et partant les risques associés à ces interventions chirurgicales. En outre, disent-ils, une plus grande offre favoriserait la compatibilité immunologique et diminuerait ainsi le nombre de rejets. Par ailleurs, tout risque d'abus grave pourrait être maîtrisé par la limitation ou la réglementation du marché³⁴⁸.

Ceux qui s'opposent à la vente de tissus fondent leur opinion sur des arguments relevant du formalisme et sur la prise en compte de certaines conséquences. Ils font valoir, en particulier³⁴⁹, qu'elle mettrait fin à l'altruisme public, en diminuant la quantité de tissus donnés librement en vue de leur transplantation³⁵⁰ ; et qu'elle battrait en brèche la justice sociale, en permettant à un marché libre d'attribuer les tissus selon la capacité de payer : les plus démunis seraient souvent incapables de verser les sommes exigées et se verraient ainsi refuser l'accès à des traitements susceptibles de leur sauver la vie³⁵¹.

Une de leurs principales objections transcende l'analyse des inconvénients et des avantages. Elle repose en effet sur l'idée que la vente de tissus humains est intrinsèquement immorale, déshumanisante et qu'elle porte atteinte au respect dû aux personnes. L'argument, d'ordre formaliste, s'appuie sur la philosophie morale de Kant :

Ce qui n'a que du prix peut être remplacé par quelque *équivalent* ; mais *ce qui est au-dessus de tout prix et ce qui, par conséquent, n'a pas d'équivalent, voilà ce qui a de la dignité*. [. . .]

Or, la moralité est précisément cette condition qui seule peut faire d'un être raisonnable une fin en soi. [. . .] La moralité et l'humanité, en tant qu'elle est capable de moralité, voilà donc ce qui seul a de la dignité³⁵².

La dignité humaine est le fondement du respect dû à toutes les personnes, qui sont de ce fait inestimables.

Dans quelle mesure cette dignité humaine intrinsèque s'étend-elle à la personne physique ? Certains estiment que le corps humain n'est pas revêtu de cette protection morale apparente. Pour Kant, c'est en tant qu'êtres rationnels que les personnes possèdent une

348. *Ibid.* Voir également Theodore SILVER, « The Case for a Post-Mortem Organ Draft and a Proposed Model Organ Draft Act » (1988), 68 *B. U. L. Rev.* 681, 699-703. Chose intéressante, Silver conteste l'hypothèse selon laquelle la vente d'organes réduirait la pénurie actuelle. *Id.*, 701.

349. Voir également *infra*, pp. 95-97.

350. *Ibid.*, R.M. TITMUS, *op. cit.*, note 244, pp. 225-229. Si une diminution du nombre de tissus donnés par altruisme était probable, alors que le nombre de tissus en général augmenterait, les probabilités opposeraient moralement les avantages moins tangibles et moins quantifiables de l'altruisme et un régime mixte de prélèvement des tissus humains répondant plus efficacement aux besoins thérapeutiques.

351. Thomas H. MURRAY, « On the Human Body as Property: The Meaning of Embodiment, Markets, and the Meaning of Strangers » (1987), 20 *U. Mich. J. L. Ref.* 1055, 1084. Ceux qui favorisent la vente répondent que l'avantage consistant dans l'accroissement du nombre de vies sauvées l'emporterait sur les éventuelles injustices, et qu'un marché réglementé pourrait répondre à ces inquiétudes. Voir *infra*, ch. III, section I.C(2).

352. I. KANT, *op. cit.*, note 309, p. 70 [mis en italiques par nos soins]. La notion de « prix » a ici un sens plus large — elle ne se limite pas au prix déterminé sur un marché.

dignité et ont droit au respect. Or, si la justification du respect moral se trouve dans la rationalité, et si cette rationalité a son siège dans une partie distincte du corps humain, l'esprit par exemple, le reste du corps se trouve dénué de toute valeur morale particulière. Il semble donc qu'en réduisant la moralité à la rationalité, on aboutit à la dévalorisation du corps humain³⁵³.

La pertinence de la préoccupation kantienne paraît par conséquent liée, elle aussi, aux diverses conceptions touchant la relation entre le corps et la personne. La force qu'on attribue à cette relation influe sur notre attitude quant à la question de savoir s'il est acceptable de considérer des éléments du corps humain comme des objets de commerce. Ceux pour qui le corps est un simple substrat de l'être estiment que la vente de tissus ne soulève en soi que peu de difficultés. Selon eux, rien ne s'oppose fondamentalement, sur le plan moral, à ce qu'on utilise le corps pour réaliser les fins de la personne. Comme le corps n'a de valeur qu'en tant qu'instrument, rien n'empêche d'attribuer un prix à cette valeur. En revanche, les adversaires du dualisme de l'esprit et du corps, qui identifient le corps et la personne, estiment que la dignité humaine s'étend à la totalité du corps humain, qu'elle rend inestimable :

[TRADUCTION]

Le différend entre ceux qui croient que la commercialisation du corps humain est justifiée et ceux qui pensent le contraire semble surtout opposer les tenants d'une conception dualiste de la séparation du corps (être physiologique matériel) et de l'esprit (être rationnel, immatériel), et ceux qui récusent cette conception³⁵⁴.

Pour ceux qui, tout en étant sensibles à la conception kantienne, savent dans quelle mesure les versements d'argent contribuent déjà à favoriser et à accélérer les transplantations de tissus humains, des distinctions d'ordre pragmatique peuvent constituer un fondement moral permettant de tolérer une certaine contrepartie pécuniaire pour le don de tissus, sans qu'il y ait atteinte à la dignité humaine. En effet, on pourrait faire valoir que l'idée de dignité de la personne est tout à fait étrangère à certaines substances corporelles, qui ressemblent davantage à des « choses » :

[TRADUCTION]

Même si la vente de parties du corps humain, notamment les organes solides, pourrait s'avérer déshumanisante pour la société, il existe un débat quant à la question de savoir si la vente de toutes les productions biologiques du corps, y compris les tissus et les liquides éliminés par lui (les cheveux, l'urine . . .) ainsi que des tissus susceptibles de régénération (le sang, par exemple) est déshumanisante [. . .] En outre, certains partisans de la vente feraient une distinction entre les vendeurs vivants et les cadavres, et établiraient une exception pour les cas où il existe un conflit d'intérêts (par ex. la vente des foetus avortés ou des tissus foetaux). De plus, il serait possible de distinguer différents types de contreparties, comme les paiements directs et les incitatifs indirects. Par exemple, ne pourrait-on pas considérer comme tout à fait différents, le paiement direct d'une part, et de l'autre la prise en charge des dépenses médicales du donneur, la compensation de la perte de salaire du donneur vivant et le paiement des funérailles d'un donneur décédé³⁵⁵ ?

353. Voir G.B. WHITE, *op. cit.*, note 91, pp. 132-134, au sujet de J. FLETCHER et H.T. ENGELHARDT.

354. G.B. WHITE, *op. cit.*, note 91, p. 143.

355. J.F. CHILDRESS, *loc. cit.*, note 249, 101.

Ces distinctions sont-elles convaincantes sur le plan moral ? On pourra les juger utiles pour l'élaboration d'une politique, puisqu'elles permettent la recherche d'un « juste équilibre » ; mais leur fondement moral s'avère parfois bien fragile. Il semble difficile, par exemple, d'établir des critères qui, tout en étant valables du point de vue de l'éthique, permettent de distinguer les paiements directs et les incitations indirectes. Sur le plan des principes, on pourra juger qu'offrir de l'argent à une personne pour l'encourager au don de tissus n'est pas la même chose que de la rembourser de ses dépenses ; mais, en pratique, la différence s'estompe parfois. On peut s'opposer au paiement direct parce qu'il constitue une incitation abusive, et accepter le remboursement des dépenses parce qu'il ne s'agit pas d'une mesure d'incitation, mais d'une tentative pour supprimer des obstacles. La réalité sociale montre, toutefois, que le caractère incitatif d'une mesure tient autant à la situation de l'intéressé qu'à la somme offerte et à l'esprit dans lequel l'offre est faite. Par exemple, si l'on remet 250 \$ aux personnes qui acceptent de participer à l'essai d'un médicament, la valeur économique de cette « contrepartie » n'est pas la même pour un professionnel libéral salarié et pour un étudiant sans le sou. Pour le premier, elle ne constitue pas vraiment un dédommagement, tandis que dans le cas du second, elle risque de se rapprocher d'une incitation abusive³⁵⁶. Certains analystes considèrent donc ces distinctions comme illusoire ou fictives³⁵⁷.

Pourtant, une stratégie où l'on reconnaîtrait l'existence de diverses catégories de tissus humains, pour ensuite définir les conditions selon lesquelles il pourrait y avoir versement d'argent, permettrait sans doute de mieux tenir compte des différentes préoccupations d'ordre éthique, que la solution consistant à autoriser ou à interdire, purement et simplement, la vente sur un marché libre. Mais que le marché soit libre ou restreint, une question fondamentale subsiste : existe-t-il des solutions de rechange moins risquées au regard de l'éthique ? Vu les différentes objections d'ordre moral que suscite la vente de tissus humains, il serait malavisé de s'y exposer dans le cas où la société pourrait arriver aux mêmes résultats par d'autres moyens³⁵⁸. Cet argument a été utilisé d'une manière convaincante dans le cadre de l'expérience de « demande obligatoire » en cours aux États-Unis³⁵⁹. Ceux qui s'opposent à la vente des tissus font ainsi valoir que, fût-elle *acceptable* sur le plan de l'éthique³⁶⁰, il reste à prouver qu'elle est *préférable*, de ce point de vue, aux autres solutions envisageables, de l'altruisme au prélèvement discrétionnaire³⁶¹.

356. Certains préféreraient peut-être le mot « contrainte ». D'autres font une différence entre les incitations financières et la contrainte. Voir H.J. McCLOSKEY, « Coercion: Its Nature and Significance » (1980), 18 *Southern J. Phil.* 335, 339. Certes, il est important de donner une qualification morale aux incitations abusives ou « irrésistibles », mais l'emploi du terme « contrainte » risque d'obscurcir les choses. Ce terme semble porter en lui une conclusion ; c'est-à-dire que si l'on tient une incitation pour moralement répréhensible, on la qualifiera de « contrainte », pour tirer parti des connotations morales négatives qui se dégagent du terme.

357. Voir, par exemple, T.H. MURRAY, *loc. cit.*, note 351, 1074. Voir également *infra*, ch. III, section I.C.(3).

358. J.F. CHILDRESS, *loc. cit.*, note 249, 100-101.

359. Voir A.M. CAPLAN, *infra*, note 987 ; c'est à Caplan qu'on doit le concept de la « demande obligatoire » utilisé aux États-Unis.

360. Pour se prononcer là-dessus, il est indispensable de décider à quel pourcentage de la demande (50 % ? 75 % ? 90 % ?) un régime de prélèvement doit permettre de satisfaire pour être jugé « suffisamment efficace ». Voir J.F. CHILDRESS, *loc. cit.*, note 249, 101. De même, qu'est-ce qu'une attente « raisonnable », pour les patients dont l'état nécessite une transplantation ?

361. *Id.*, 89. À un système d'achat et de vente, certains analystes préfèrent un système de crédits à la famille et le prélèvement discrétionnaire. Voir W.F. MAY (1973), *loc. cit.*, note 245, 4.

V. Élaboration d'une politique

Notre étude des étapes fondamentales de la bioéthique — identifier les valeurs en jeu, les soupeser et déterminer ensuite la politique souhaitable — nous amène à certaines conclusions sur l'élaboration d'une politique propre à faciliter et à accélérer le prélèvement de tissus humains à des fins thérapeutiques.

Premièrement, les valeurs qui sous-tendent et animent la politique établie en matière de prélèvement de tissus humains sont diverses et changeantes : il y a d'une part l'évidente volonté de sauver des vies et, d'autre part, d'autres valeurs auxquelles on accorde un grand prix — autonomie, justice, dignité humaine — ainsi que les obligations morales fondamentales de faire du bien à autrui et de ne lui causer aucun mal. Ces valeurs traduisent de grands concepts moraux, parfois bien abstraits. Bon nombre d'entre elles sont considérées comme fondamentales, mais seul un petit nombre sont jugées absolues ou prééminentes. C'est pourquoi elles peuvent se compléter ou contraire se disputer la prédominance, selon le régime de prélèvement envisagé.

Deuxièmement, la nature même des concepts moraux, des valeurs contradictoires et des débats philosophiques liés à la politique relative au prélèvement de tissus humains nous rappelle que, malgré les besoins médicaux criants de nos êtres physiques, notre identité réside en très grande partie dans nos pensées, nos convictions, nos valeurs. Nous avons vu que la façon dont, consciemment ou non, nous concevons la relation entre le corps et la personne détermine constamment notre réflexion et nos actes face au corps humain et au cadavre. La force que nous attribuons à cette relation, en fait, influe sur notre point de vue à l'égard de plusieurs questions. Les morts peuvent-ils subir un « préjudice » ? En ce qui a trait à l'utilisation médicale du corps de patients qui viennent de mourir, quelles pratiques sont acceptables, lesquelles sont odieuses ? La vente de tissus humains porte-t-elle atteinte, en soi, à la dignité humaine ? Le fait de considérer le corps comme un bien est-il incompatible avec notre vision morale de l'être humain ? Telle politique de prélèvement des tissus est-elle plus susceptible que telle autre de susciter des attitudes et des pratiques nuisibles ?

Troisièmement, malgré les différends philosophiques et la difficulté de mesurer, de comparer et de classer les valeurs en cause, la bioéthique s'avère utile lorsqu'il s'agit de déterminer en gros quelles sont les politiques envisageables. Supposons, par exemple, que la politique du « don de la vie » soit jugée préférable, et que les autorités soient incapables de trancher le débat philosophique concernant le rôle des émotions dans la morale, qui oppose les tenants de l'altruisme et les partisans du prélèvement discrétionnaire. Elles pourraient alors se demander si la politique de l'altruisme, privilégiée jusqu'ici, a équitablement et suffisamment été mise à l'épreuve. Cette solution ayant été favorisée au départ, on pourrait à la suite de cette évaluation y apporter des modifications, voire l'abandonner, dans le cas où elle s'avérerait inefficace ou trop coûteuse.

Cette méthode est également applicable dans le cas de la vente de tissus humains. Indépendamment du débat sur les objections d'ordre formaliste ou fondées sur les conséquences, on pourrait conclure simplement qu'elle n'est pas la solution préférable

du point de vue de l'éthique, surtout s'il est possible de démontrer que les tissus nécessaires peuvent être obtenus par des moyens plus satisfaisants sur ce plan. Dans le cas où il ne s'avérerait pas indiqué d'opter, quant à la vente de tissus, pour une interdiction ou une liberté totales, l'établissement de distinctions pragmatiques entre les ventes les plus condamnables au regard de l'éthique, et celles qui le sont le moins, pourrait indiquer aux autorités des solutions viables et moralement acceptables. Bien entendu, cela implique aussi des choix d'ordre moral et, partant, la politique ainsi retenue touchera et remuera les valeurs essentielles qui paraissent si intimement liées à l'éthique du prélèvement.

CHAPITRE TROIS

La situation juridique actuelle : droits, obligations, ambiguïtés

Le droit fournit certaines réponses aux questions suscitées par l'accroissement de l'utilisation et du stockage à des fins médicales des tissus et des substances du corps humain. Dans le présent chapitre, nous examinerons les principes constitutionnels, les règles de la common law ainsi que les textes législatifs (de droit pénal comme de droit civil) liés aux grands problèmes définis au chapitre premier (consentement, droit de propriété, vente). Comme, bien souvent, le droit s'intéresse aux droits et aux obligations de « parties adverses », cette étude est surtout axée sur l'importance relative accordée par le législateur aux intérêts des donneurs et de leurs familles, des receveurs, des professionnels de la santé et de la collectivité ou de l'État.

I. Common law et droit civil

Quels sont les droits et les obligations établis par la common law et le droit civil en matière de prélèvements de substances et de tissus corporels sur des personnes vivantes ou mortes ? Les éléments de réponse obtenus ne sont pas importants uniquement d'un point de vue historique. Ils éclairent, et déterminent parfois, les relations juridiques en ce qui concerne le stockage et la vente de tissus, le consentement aux autopsies et d'autres questions semblables où la loi est parfois ambiguë ou silencieuse.

A. Intégrité corporelle et consentement

La Cour suprême du Canada a récemment déclaré que l'intégrité corporelle est une valeur à laquelle la société attache un très grand prix, une valeur qui implique certains droits fondamentaux³⁶². Il n'est donc pas surprenant que la loi donne concrètement effet à cette valeur. Le simple fait de toucher une personne sans son consentement peut engager la responsabilité civile, voire pénale³⁶³. Par conséquent, le principe du consentement

362. *E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388, 406, 434.

363. Une poursuite en responsabilité civile serait normalement fondée sur l'infraction de voies de fait. Voir, par exemple, *Malette c. Shulman* (1990), 67 D.L.R. (4^e) 321 (C.A. Ont.). Pour des précisions sur l'infraction de voies de fait, voir *infra*, section II.

éclairé³⁶⁴, et celui de l'inviolabilité de la personne humaine³⁶⁵ consacré au Code civil, subordonnent certains actes des professionnels de la santé au consentement préalable du patient³⁶⁶.

L'origine de ces principes est ancienne. En fait, le droit reconnaît depuis des siècles qu'il incombe au médecin d'obtenir le consentement de son patient avant d'entreprendre un traitement³⁶⁷. D'abord appliqué au moyen de poursuites fondées sur la notion de *trespass*³⁶⁸, puis celle de *battery*, ce principe s'exprime aujourd'hui par l'obligation, pour le médecin, de divulguer le but et les risques réels de l'intervention envisagée, ainsi que les différentes options offertes, de sorte que le patient puisse donner un consentement volontaire et éclairé³⁶⁹. On reconnaît généralement au patient le droit de refuser un traitement³⁷⁰. La règle du consentement obligatoire, par ailleurs, n'est pas absolue. En effet, elle ne s'applique pas dans les cas d'urgence³⁷¹, lorsque le patient a renoncé à son droit ou dans les rares cas où il est de toute évidence contraire à son intérêt de lui communiquer certains renseignements médicaux ayant trait à son cas³⁷².

La règle du consentement vise à donner effet au principe de l'autonomie de la personne, à préserver l'intégrité physique du patient et à promouvoir la compréhension entre ce dernier et son médecin, qui peut avoir des effets bénéfiques dans le cadre du traitement. Sur le plan conceptuel, on se trouve ainsi à considérer la relation entre le médecin et son patient comme l'occasion d'échanger des renseignements en toute franchise³⁷³, comme une association favorisant la prise de décisions rationnelles. On suppose que le patient sera

364. Voir Ellen I. PICARD, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1984, ch. III, p. 41.

365. Voir les art. 19, 19.1, 984, 1053 du *Code civil du Bas Canada* (C.c.) ; *Chouinard c. Landry*, [1987] R.J.Q. 1954 (C.A.). Voir en général, François 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. On trouvera des observations plus approfondies sur les dispositions du Code civil concernant le don de tissus humains dans la section III, ci-après.

366. Au sujet de la protection de l'intégrité corporelle en droit pénal, voir la discussion relative aux voies de fait dans la section II, ci-après.

367. Voir *Slater c. Baker* (1767), 95 E.R. 860 (K.B.).

368. Voir *Mulloy c. Hop Sang*, [1935] 1 W.W.R. 714 (C.A. Alb.).

369. Voir *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880. Voir également Robert P. KOURI, « L'influence de la Cour suprême sur l'obligation de renseigner en droit médical québécois » (1984), 44 *R. du B.* 851. Voir en général, Margaret A. SOMERVILLE, *Le consentement à l'acte médical*, document d'étude rédigé pour la CRD, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1980.

370. *Couture-Jacquet c. The Montreal Children's Hospital*, [1986] R.J.Q. 1221 (C.A.) ; *Malette c. Shulman*, précité, note 363. Voir également, CRD, *Le traitement médical et le droit criminel*, Document de travail n° 26, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1980.

371. *Murray c. McMurchy*, [1949] 2 D.L.R. 442 (C.S. C.-B.).

372. Voir, en général, Paul S. APPELBAUM, Charles W. LIDZ et Alan MEISEL, *Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice*, New York, Oxford University Press, 1987, ch. IV, p. 66.

373. Voir, en général, Note, « Restructuring Informed Consent: Legal Theory for the Doctor-Patient Relationship » (1970), 79 *Yale L.J.* 1533. Voir également PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH [ci-après PRESIDENT'S COMMISSION], *Making Health Care Decisions: A Report on the Ethical and Legal Implications of Informed Consent in the Patient-Practitioner Relationship*, vol. 1, Washington (D.C.), la Commission, 1982, pp. 41-50.

en mesure, malgré ses craintes, de comprendre les options offertes, guidés par les conseils judicieux du médecin ; qu'ils sera davantage susceptible de collaborer et de participer plus activement au processus thérapeutique. On présume en outre que le médecin tire également profit du partage de la prise de décision³⁷⁴ : lorsque le patient comprend mieux la situation et s'intéresse activement au traitement, les chances de guérison sont meilleures, pense-t-on. Vu sous cet angle, le droit est à la fois fonctionnel et humanitaire. D'une part, [TRADUCTION] « il contribue à la réalisation d'un bien-être subjectif, et [d'autre part] il est revêtu d'une valeur intrinsèque en tant qu'élément de la dignité et de l'intégrité de la personne³⁷⁵ ».

Les règles relatives au consentement s'appliquent à toutes les techniques médicales et chirurgicales liées au don et à la transplantation de tissus humains, et notamment aux thérapies nouvelles ou expérimentales³⁷⁶. Si les idéaux qui sous-tendent le modèle du choix médical éclairé ne sont pas faciles à traduire dans la pratique³⁷⁷, la théorie elle-même se heurte à des difficultés en ce qui a trait aux mineurs³⁷⁸ et aux personnes atteintes de déficience mentale, lorsque ces personnes sont incapables d'exercer un choix³⁷⁹. Dans un tel cas, les parents ou le tuteur du mineur se voient parfois conférer le pouvoir de consentir à l'acte médical. En vertu du *Code civil du Québec*, par exemple, le mineur doué de discernement peut, avec le consentement du titulaire de l'autorité parentale et l'autorisation du tribunal, faire un don de tissus si le risque couru n'est pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut en espérer³⁸⁰.

374. Voir J. KATZ et A.M. CAPRON, *op. cit.*, note 281, pp. 79, 87.

375. PRESIDENT'S COMMISSION, *Deciding to Forego Life-Sustaining Treatment: A Report on the Ethical, Medical, and Legal Issues in Treatment Decisions*, Washington (D.C.), la Commission, 1983, p. 26. Voir également *Making Health Care Decisions*, *op. cit.*, note 373, pp. 41-50.

376. Comparer *Halushka c. University of Saskatchewan* (1965), 52 W.W.R. 608 (C.A. Sask.) et *Karp c. Cooley*, 493 F. 2d 408 (5th Cir. 1974) (consentement à l'implantation d'un cœur mécanique expérimental). Voir également *Weiss c. Solomon*, [1989] R.J.Q. 731 (C.S.). Voir, en général, Document de travail n° 61, *op. cit.*, note 295.

377. Voir William A. SILVERMAN, « The Myth of Informed Consent: in Daily Practice and in Clinical Trials » (1989), 15:1 *J. Med. Ethics* 6 ; J. KATZ, *op. cit.*, note 68, p. 84.

378. Voir *Saskatchewan (Minister of Social Services) c. P. (F.)* (1990), 69 D.L.R. (4^e) 134 (C.P. Sask.) (pouvoir des parents de refuser qu'une transplantation du foie soit pratiquée sur leur bébé. Voir W.F. BOWKER, « Minors and Mental Incompetents: Consent to Experimentation, Gifts of Tissue and Sterilization » (1980-1981), 26 *R.D. McGill* 951. On trouvera des observations ayant trait à l'éthique au chapitre II. Pour des observations analogues ayant trait au droit pénal, voir la section II, ci-après.

379. Voir Paul S. APPELBAUM et Thomas GRISSE, « Assessing Patients' Capacities to Consent to Treatment » (1988), 319:25 *N. Engl. J. Med.* 1635. Voir également *Re Spring*, 405 N.E. 2d 115 (Mass. 1980) (le tribunal a autorisé l'interruption d'un traitement de dialyse rénale dans le cas d'un homme atteint de déficience mentale).

380. C.c., art. 20. Voir *Cayouette et Mathieu*, [1987] R.J.Q. 2230 (C.S.) (le tribunal a autorisé un enfant de 5 ans à faire don de sa moelle osseuse à son frère atteint de leucémie, en se fondant sur l'art. 20 du C.c. Certaines modifications à cette disposition ont été proposées. Voir Robert P. KOURI, « Le consentement aux soins médicaux à la lumière du projet de loi 20 » (1987), 18 *R.D. U.S.* 27, et *Code civil du Québec*, projet de loi 125, 1^{re} session, 34^e législature (Québec), (1990) lequel a été sanctionné pendant la préparation du présent document ; voir L.Q. 1991, ch. 64.

Toutefois, le pouvoir des parents ou du tribunal d'autoriser certaines interventions médicales liées aux greffes et aux transplantations n'est pas illimité dans le cas du mineur non doué de discernement. Les risques courus par le donneur, les éventuels bienfaits psychologiques du don pour lui, les bienfaits espérés pour le receveur, tout cela doit être soupesé avec le plus grand soin lorsqu'il s'agit de justifier une intervention irréversible qui porte gravement atteinte à l'intégrité corporelle, comme le don d'un rein entre frères ou sœurs mineurs :

Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé à l'avantage de cette personne mais pas pour celui des autres. Il s'agit également d'un pouvoir discrétionnaire qui doit en tout temps être exercé avec une grande prudence dont il faut redoubler selon que la gravité d'une affaire augmente. Il faut évaluer les justifications marginales par rapport à ce qui, dans chaque cas, constitue une grave atteinte à l'intégrité physique et mentale de la personne³⁸¹.

B. Droit de propriété et droit de possession

Suivant une maxime juridique datant du xvii^e siècle, le corps humain n'est pas susceptible d'appropriation. Y a-t-il lieu de renoncer à ce principe en cette fin du xx^e siècle, à l'ère des greffes d'organes et de la biotechnologie ? Chose certaine, sa pertinence a été remise en question par la médecine moderne et l'évolution du droit. De plus en plus, le corps humains et ses éléments constitutifs — organes, tissus, liquides — font l'objet de dons et de prélèvements, sont stockés pendant des années à toutes sortes de fins thérapeutiques. Certaines substances corporelles sont commercialisées. Si notre corps et nos organes ne nous appartiennent pas, que nous est-il permis d'en faire ?

Notre analyse semble indiquer que la common law reconnaît un « droit de propriété » très limité à l'égard du corps humain, à des fins particulières. D'une part, elle réitère la règle traditionnelle, vu les conséquences déplorables, du point de vue de l'éthique, d'une commercialisation des parties du corps. D'autre part, elle reconnaît à l'exécuteur testamentaire ou à la famille un droit de possession sur la dépouille des donneurs potentiels — il s'agit de protéger des sentiments familiaux, moraux et religieux. Dans le cas des donneurs vivants, la common law répugne aussi à reconnaître l'existence d'un droit de propriété sur le corps humain. Elle tend à se fonder sur des principes importants, mais parfois limités, ayant trait au consentement éclairé et aux dommages-intérêts accordés pour troubles émotifs, pour réprimer l'utilisation de tissus extra-corporels sans le consentement de l'intéressé. Vu les nouveaux impératifs biomédicaux et biotechnologiques, il paraît de plus en plus essentiel de se pencher sur le concept juridique et la définition de la propriété. Les progrès de la science remettent en cause l'ambivalence juridique traditionnelle de la règle qui interdit de considérer le corps et ses éléments comme des « biens ». Ils invitent la société à repenser les choix qui lui sont offerts pour l'établissement, en cette ère nouvelle, d'une politique de prélèvement des tissus humains qui continue à promouvoir la dignité humaine, le respect de la vie privée et l'intégrité du corps humain.

381. *Eve*, précité, note 362, 427, 434 (le pouvoir du tribunal d'autoriser la stérilisation non thérapeutique d'un adulte atteint de déficience mentale est restreint). Voir également Bernard M. DICKENS, « Case Comment: *Eve v. E.* » (1987), *Can. Fam. L.Q.* 103.

(1) Donneurs décédés

En common law comme en droit civil, on a toujours estimé que le cadavre humain n'est pas susceptible d'appropriation³⁸². Son caractère sacré tire évidemment son origine de coutumes religieuses. Le *Code civil du Bas Canada*, dans les dispositions relatives aux questions funéraires, parle des restes des morts comme étant des « choses sacrées de leur nature³⁸³ ». De la même manière, la règle de la common law tire son origine de la jurisprudence anglaise des XVI^e et XVII^e siècles et des observations d'Edward Coke, selon lesquelles l'inhumation relevait de la compétence de l'Église, les cadavres enterrés n'appartenant du reste à personne (*nullis in bonis*)³⁸⁴. Les tribunaux d'Angleterre étant peu à peu saisis de causes confiées auparavant aux tribunaux ecclésiastiques, ils ont repris dans la jurisprudence anglaise concernant les cadavres le principe énoncé par Coke³⁸⁵.

Malgré la règle traditionnelle, la common law et le droit civil reconnaissent un certain nombre d'intérêts qui jouissent encore de nos jours d'une protection juridique. On peut penser, par exemple, au droit de chacun à une inhumation décente³⁸⁶, établi depuis longtemps dans les deux systèmes, même si la common law ne conférerait pas d'une manière absolue le droit de déterminer, par dispositions testamentaires, le sort réservé à sa dépouille³⁸⁷. Dans le but de garantir le respect du droit à une inhumation décente, la loi précisait qu'il incombe à l'exécuteur testamentaire ou à la famille d'inhumer le défunt, en leur conférant à cette fin le droit à la possession du cadavre :

[TRADUCTION]

Au Canada, c'est à l'exécuteur testamentaire que l'inhumation du cadavre incombe. Si le testament ne désigne aucun exécuteur, le droit à la possession du corps aux fins d'inhumation est conféré au conjoint survivant [...] S'il n'y a pas de conjoint survivant, il est conféré au plus proche parent³⁸⁸.

Ce droit à la possession est parfois qualifié de droit de « quasi-propriété »³⁸⁹. Il

382. On trouvera des observations sur la perspective du droit civil dans R. DIERKENS, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, Paris, Masson, 1966, pp. 157-158.

383. Article 2217 C.c.

384. Voir Edward COKE, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*, 5^e éd., Londres, A. Crooke, 1671, p. 103 ; l'auteur s'appuie notamment sur l'affaire *Haynes* (1614), 77 E.R. 1389 (vol de vêtements funéraires, et non de la dépouille).

385. Voir Paul MATTHEWS, « Whose Body? People as Property » (1983), 35 *Current Legal Problems* 193, 197-204, 240, où est analysée l'affaire *Williams c. Williams* (1882), 20 Ch. D. 659, 665.

386. *Re Atkins*, [1989] 1 All E.R. 14, 16 ; *Hunter c. Hunter*, [1930] 4 D.L.R. 255 (C.S. Ont.) ; *Lambert c. Dumais*, [1942] B.R. 561. Le lecteur qui voudrait consulter la jurisprudence américaine pourra se reporter aux décisions signalées dans Annotation, « Validity and Effect of Testamentary Direction as to Disposition of Testator's Body », 7 A.L.R. 3d 747.

387. *Ibid.*

388. Lorne Elkin Rozovsky, « Death, Dead Bodies and the Law » (1970), 47:7 *Can. Hosp.* 52. Voir également *Lambert*, précité, note 386 et *Hunter*, précité, note 386.

389. Voir *Edmonds c. Armstrong Funeral Home*, [1931] 1 D.L.R. 676 (C.S. Alb.) (le conjoint peut intenter une poursuite pour préjudice moral en raison d'une autopsie non autorisée) ; *Phillips c. The Montreal General Hospital*, (1908) 33 C.S. 483, 489 (un conjoint peut intenter une poursuite pour préjudice moral en raison d'une autopsie non autorisée). Au sujet de la situation aux États-Unis, voir *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5^e éd., St. Paul (Minn.), West Publishing, 1984, p. 63 et *Restatement of the Law, Second of Torts*, 2^e éd., rev. et augm., vol. 4, St. Paul (Minn.), American Law Institute Pub., 1979.

donne au conjoint ou au plus proche parent la possibilité d'intenter une poursuite en dommages-intérêts lorsqu'il a été porté atteinte à sa tranquillité mentale ou émotive (*wrongful infliction of emotional distress*, en common law)³⁹⁰. Les atteintes au droit de possession peuvent prendre plusieurs formes : négligence dans la manipulation ou le transport de cadavres³⁹¹, rétention d'un cadavre jusqu'au paiement des frais funéraires³⁹², coupe des cheveux du défunt par le salon funéraire sans autorisation³⁹³, rétention du cadavre pour une période de temps déraisonnable en vue de déterminer la possibilité d'un don d'organes³⁹⁴, mutilation du cadavre lors d'une autopsie non autorisée³⁹⁵.

Il semble du reste ressortir de la jurisprudence canadienne et étrangère relative aux autopsies faites sans autorisation que le droit à la possession conféré au proche parent pour l'inhumation du cadavre pourrait comporter le droit de recevoir le corps exempt de mutilation. La question se pose parfois à propos des autopsies pratiquées à l'hôpital, qui diffèrent des autopsies ordonnées par un médecin légiste ou un coroner en cas de mort soudaine, inattendue, non naturelle ou suspecte³⁹⁶. Les autopsies médico-légales sont régies par des lois provinciales³⁹⁷. Comme le coroner exerce des fonctions quasi judiciaires, il peut être autorisé à requérir des autopsies sans le consentement de la famille du défunt lorsque l'intérêt public et l'administration de la justice exigent la détermination des causes du décès³⁹⁸. Les autres autopsies nécessitent en général le consentement préalable du défunt ou celui de ses proches parents³⁹⁹. Dans la mesure où celles qui sont pratiquées à l'hôpital sont assujetties aux textes provinciaux autorisant la famille à consentir au prélèvement de tissus en vue de greffes ou de transplantations, ou encore pour la formation ou la recherche médicales, elles peuvent elles aussi être visées par les dispositions qui, dans ces textes, concernent le consentement et la responsabilité⁴⁰⁰.

D'après les principes de la common law, il y a lieu de croire que le conjoint du défunt ou son proche parent peut intenter une action pour souffrances morales si l'autopsie

390. Voir S.M. WADDAMS, *The Law of Damages*, Toronto, Canada Law Book, 1983, p. 452.

391. *Miner c. Canadian Pacific R.W. Co.* (1911), 18 W.L.R. 476 (C.S. Alb.).

392. Voir *R. c. Fox* (1841), 2 Q.B. 242 et *Hunter*, précité, note 386.

393. *Mensinger c. O'Hara*, 189 Ill. App. 48 (1914).

394. *Strachan c. John F. Kennedy Memorial Hospital*, 538 A. 2d 346 (N.J. 1988).

395. *Edmonds*, précité, note 389.

396. Voir en général Christopher GRANGER, *Canadian Coroner Law*, Toronto, Carswell, 1984.

397. Voir par exemple, *Loi sur la recherche des causes et des circonstances des décès*, L.R.Q., ch. R-0.2. Voir également C. GRANGER, *op. cit.*, note 396.

398. Voir *Davidson c. Garrett* (1899), 5 C.C.C. 200 (H.C. Ont.). Voir également *Religieuses Hospitalières de l'Hôtel-Dieu de Montréal c. Brouillette* (1943), B.R. 441. Pour de la jurisprudence portant sur la question de savoir dans quels cas des textes régissant les autopsies peuvent porter atteinte à la liberté de croyance religieuse constitutionnellement garantie, voir la section IV.C, ci-après.

399. Voir *Ducharme c. Hôpital Notre-Dame* (1933), 71 C.S. 377 ; *Edmonds*, précité, note 389 et *Phillips*, précité, note 389. Voir également l'art. 20 C.c.

400. Voir L.E. ROZOVSKY, *loc. cit.*, note 388. Voir également la section III, ci-après. Pour ce qui est des règles établies dans d'autres pays au sujet du consentement en matière d'autopsie, voir Einar SVENDSEN et Rolla B. HILL, « Autopsy Legislation and Practice in Various Countries » (1987), 111 *Arch. Pathol. Lab. Med.* 846.

déborde les cadres habituels ou va au-delà de ce qui avait été autorisé⁴⁰¹. La jurisprudence canadienne publiée ne semble encore comporter aucune décision sur la question. À l'étranger, toutefois, on a invoqué le principe du droit à la possession reconnu en droit canadien pour accueillir des actions portant sur la rétention inutile de parties du corps à la suite d'une autopsie autorisée. Ainsi, un tribunal américain a pu conclure que le prélèvement injustifié, la destruction ou la rétention inutile d'organes lors d'une autopsie autorisée par la famille avaient causé au conjoint ou au proche parent un préjudice (choc, souffrances morales) susceptible de réparation⁴⁰². La rétention par un coroner des organes excisés durant une autopsie médico-légale a même donné lieu à l'attribution de dommages-intérêts, l'autopsie ayant débordé les limites autorisées par la loi⁴⁰³. Une affaire américaine récente montre que le droit à la possession peut également protéger les croyances religieuses. En condamnant l'hôpital à des dommages-intérêts pour avoir retenu et incinéré des organes sans autorisation, le tribunal a déclaré :

[TRADUCTION]

La plupart des religions du monde enseignent que les restes humains doivent être traités avec dignité et respect. Le judaïsme croit au principe selon lequel le corps et l'âme sont sacrés parce qu'ils sont l'œuvre de Dieu et que, partant, ils méritent le respect. [...]

Le droit applicable exige donc que ceux qui s'occupent du corps le fassent en ayant égard aux sentiments et aux croyances des proches parents. Ces derniers, autrement dit, ont droit à ce que le cadavre soit traité avec respect et, dans le cas de ceux qui partagent les croyances des demandeurs, il s'agit d'un droit apparenté à celui protégé par le premier amendement [protection constitutionnelle de la liberté de religion]⁴⁰⁴.

Les causes relatives à des autopsies non autorisées portent à croire que la loi protège l'intégrité du corps du défunt dans la mesure où elle est reliée aux intérêts affectifs et religieux du conjoint ou des proches parents.

Toutefois, le droit de la famille à la possession du cadavre n'est pas absolu. Il est en effet fonction de l'obligation d'inhumer, de sorte que le fait de traiter un cadavre d'une manière non conforme aux rites funéraires pourrait donner lieu à des poursuites⁴⁰⁵. De plus, tout texte législatif répondant à l'intérêt de l'État peut prévaloir sur le droit à la

401. Voir Susan SCHMIDT, « Consent for Autopsies » (1983), 250:9 JAMA 1161, 1163. Comparer *Edmonds*, précité, note 389 et *Hendriksen c. Roosevelt Hospital*, 297 F. Supp. 1142 (S.D.N.Y. 1969) (des poursuites sont envisageables lorsque le prélèvement d'organes internes outrepassa la portée du consentement à l'autopsie). On trouvera des explications sur le droit écossais en la matière dans *Hughes c. Robertson* (1913), Sess. Cas. 394 (Ct. Sess. Scot.). Voir également *Hill c. Travelers' Insurance Co.*, 294 S.W. 1097 (Tenn. 1927) (le fait de conserver sans autorisation, après une autopsie, les organes vitaux du conjoint décédé, peut constituer une cause d'action).

402. Voir par exemple, *Palmquist c. Standard Accident Insurance*, 3 F. Supp. 358 (D.C. Cal. 1933) (dommages-intérêts pour souffrances morales causées par le refus du médecin de remettre les organes prélevés durant l'autopsie). Voir en général les causes citées dans James O. PEARSON, « Liability for Wrongful Autopsy », 18 A.L.R. 4th 858.

403. Voir *Hassard c. Lehane*, 128 N.Y. 161 (1911) ; *Kirker c. Orange County*, 519 So. 2d 682 (Fla. App. 1988). Comparer *Arnaud c. Odom*, *infra*, note 872.

404. *Kohn c. United States*, 591 F. Supp. 568, 572-573 (1984). Comparer *Disinterment of Body of Jarvis*, 53 N.W. 2d 24, 28 (Iowa 1953) (le consentement à une autopsie implique le consentement à la rétention des morceaux de tissus prélevés conformément aux pratiques généralement acceptées de la pathologie).

405. Voir P. MATTHEWS, *loc. cit.*, note 385.

possession conféré au conjoint ou au proche parent. Nous venons de parler des autopsies médico-légales et de leur rôle en matière de justice pénale. Les responsabilités de l'État au regard de la santé publique, qui suppose l'embaumement et, dans certains cas, la destruction des cadavres, peuvent également l'emporter sur le droit en question⁴⁰⁶. En outre, le souci de sauver des vies (auquel la société attache la plus grande valeur) peut justifier le prélèvement d'organes sur un cadavre dans des situations d'urgence, ou lorsqu'il n'est pas possible de communiquer avec un membre de la famille⁴⁰⁷.

Il faut donc conclure qu'on reconnaît depuis longtemps à la famille des donneurs potentiels un droit, juridiquement consacré et ancré dans la coutume, à la possession du cadavre. Ce droit, lorsqu'il n'est pas modifié par des textes législatifs, impose d'une manière générale aux hôpitaux et aux médecins l'obligation de respecter les intérêts de la famille du patient décédé considéré comme un donneur d'organes potentiel. Force est d'admettre qu'il y a là une ambivalence juridique manifeste. Au sens strict, la « possession » implique la pleine et légitime maîtrise sur la chose. D'une part, le cadavre n'est pas susceptible d'appropriation suivant la règle traditionnelle ; d'autre part, le droit reconnaît l'existence, à son égard, d'intérêts relevant de la possession ou de la propriété.

L'ambivalence découle en partie de l'opposition entre deux grandes conceptions de la propriété. L'une est axée sur notre rapport aux choses ; l'autre, sur notre rapport à autrui au sujet des choses :

[TRADUCTION]

Dans les sociétés occidentales, le droit de propriété n'est plus considéré comme absolu, si tant est qu'il l'ait déjà été. [. . .]

Le mot « propriété » a plusieurs sens. Il peut viser les biens matériels d'une personne, ses biens immobiliers ou l'ensemble de ses avoirs composé de biens matériels et de droits incorporels (créances, fonds en fiducie, actions, brevets, etc.). La propriété peut donc viser des objets matériels et des droits. Elle peut en outre viser les relations juridiques entre des personnes, ces biens matériels et ces droits [. . .].

*Par conséquent, le droit s'intéresse au contenu du droit de propriété, à savoir les droits, privilèges, pouvoirs et immunités qui le constituent, et non à la chose ou au droit concrets eux-mêmes. Les objets ou les droits concrets, après tout, peuvent être très variés alors que les pouvoirs ou les droits sont bien déterminés. [. . .] On pourrait, à partir de cette liste, en dresser une autre qui établirait les pouvoirs, les droits, les privilèges et les immunités spécifiques eu égard à la propriété. Par conséquent, la propriété n'est pas simplement un droit, mais plutôt un ensemble de droits et de pouvoirs.*⁴⁰⁸.

La distinction s'avère subtile mais importante. Le fait de définir la propriété en termes de droits et d'obligations de personnes au sujet de choses permet d'atténuer l'apparente ambivalence du droit. La distinction permet également à la société de classer et de définir,

406. Voir Frank P. GRAD, *Public Health Law Manual*, New York, American Public Health Association, 1970.

407. Voir les précisions sur la législation relative aux cadavres non réclamés et l'art. 22 du *Code civil du Québec* (autorisation de prélever les organes sans le consentement des proches) figurant dans la section III, ci-après.

408. A.H. OOSTERHOFF et W.B. RAYNER, *Anger and Honsberger Law of Real Property*, vol. 1, 2^e éd., Aurora (Ont.), Canada Law Book, 1985, art. 102, pp. 5-6 [mis en italiques par nos soins].

largement ou strictement, des droits, des devoirs et des pouvoirs particuliers. Par exemple, si les tissus humains ne doivent pas, en général, être considérés comme des objets de commerce ni des biens susceptibles de transmission par succession, faut-il en conclure que le droit ne devrait reconnaître aucun droit de propriété sur les parties du corps humains et les substances corporelles ? La réponse dépend en partie de la façon dont on conçoit et on définit la propriété, et dans quel but on le fait. L'idée que le corps puisse être considéré comme un bien évoquera des images d'esclavage qui répugnent à la morale — des hommes propriétaires d'autres hommes. Toutefois, comme l'indiquent les règles de droit touchant les cadavres, le droit de possession conféré aux proches parents relativement à la dépouille ne comporte pas le droit de vendre celle-ci — tout comme le droit de possession dont jouit le locataire d'un appartement ne comporte normalement pas le droit de vendre celui-ci. Si les notions de propriété et de commerce sont liées, le droit de vente n'a pas nécessairement à être rattaché à des droits de propriété conférés par la loi⁴⁰⁹.

La règle suivant laquelle le cadavre n'est pas susceptible d'appropriation présente peut-être d'autres limites dans la société d'aujourd'hui. La société, tout comme l'utilisation médicale du corps humain, a énormément évolué au cours des trois siècles qui se sont écoulés depuis son instauration. À l'époque, la plupart des cadavres étaient inhumés dans les lieux consacrés d'un cimetière⁴¹⁰. La règle en question n'a-t-elle pas perdu dans une certaine mesure sa logique et son utilité, maintenant que l'on préserve des cadavres entiers ainsi que des organes, des substances et des tissus corporels, soit pour l'enseignement de l'anatomie, soit pour alimenter des banques de tissus humains dans lesquelles on puise à des fins thérapeutiques ou en vue d'effectuer des greffes et des transplantations ?

(2) Donneurs vivants

La règle est-elle applicable aux vivants ? Au Canada, il ne semble y avoir aucune cause où cette question ait été spécifiquement soulevée. Aux États-Unis, les tribunaux ont eu tendance, dans certaines décisions, à l'appliquer dans le cadre de différends portant sur des donneurs vivants, bien que des jugements récents aillent en sens contraire. La notion de propriété a été l'objet de litiges dans quatre grands domaines en particulier : élimination, sans le consentement d'une personne, de tissus prélevés sur elle ; droit de disposer de substances corporelles préalablement déposées ; utilisation de substances ou de tissus corporels sans le consentement de l'intéressé ; valeur commerciale des substances et des tissus corporels.

a) *Élimination de tissus sans le consentement de l'intéressé*

Aux États-Unis, certaines actions ont été intentées par suite de l'élimination de tissus humains sans le consentement du donneur ou du déposant. Dans deux poursuites, l'une

409. Voir également *supra*, ch. II, section IV.B.

410. Voir, *supra*, le texte accompagnant la note 384.

portant sur la perte d'un tissu oculaire soumis à des examens visant au dépistage d'un cancer, et l'autre sur l'élimination de substances reproductives sans le consentement de l'intéressé, les tribunaux ont évité de fonder leur décision sur la notion de propriété. Ils ont plutôt choisi d'analyser ces affaires du point de vue du choc émotif ou des souffrances morales subies par le patient⁴¹¹. Cela porte à croire que certains tribunaux américains ont étendu aux parties du corps des personnes vivantes la règle voulant que le cadavre ne soit pas susceptible d'appropriation.

Certains auteurs ont critiqué cette tendance⁴¹². Il faut signaler du reste qu'à certains endroits, la possibilité d'intenter une action pour choc émotif a été limitée⁴¹³. On fait valoir que même lorsqu'il est possible d'accorder des dommages-intérêts pour de telles souffrances, cela est de peu d'utilité pour les personnes qui souhaitent obtenir la restitution de substances ou de tissus humains précieux⁴¹⁴. Les règles ressortissant à la propriété, soutient-on, conviendraient mieux lorsqu'il s'agit de protéger l'autonomie et la personne, et permettraient en outre de préciser, sur le plan juridique, les droits et les obligations rattachés à l'utilisation de tissus humains dans des circonstances particulières. Lorsqu'un établissement, par exemple, détruit, sans le consentement de l'intéressé, un tissu humain précieux, et que le législateur a limité l'attribution de dommages moraux, les règles de la common law relatives à la destruction ou à la détérioration des objets en la possession légitime d'une personne pourraient s'avérer utiles pour la détermination des droits, des obligations et des motifs justifiant la restitution⁴¹⁵.

b) Droit à la restitution de substances corporelles préalablement déposées

Les problèmes juridiques que soulève l'utilisation de tissus humains se sont posés de la manière la plus aiguë dans certaines causes récentes concernant les substances

411. Voir *Del Zio c. Manhattan's Columbia Presbyterian Medical Center* (14 novembre 1978), New York 74-3558 (S.D.) (substance reproductrice), décrit dans L.B. ANDREWS, *loc. cit.*, note 344, 29 ; *Mokry c. University of Texas Health Science Center*, 529 S.W. 2d 802 (Tex. App. 1975) (tissu oculaire). Comparer *Browning c. Norton-Children's Hospital*, 504 S.W. 2d 713 (Ky App. 1974) (amputation d'une jambe).

412. Voir par exemple, P.D.G. SKEGG, « Human Corpses, Medical Specimens and the Law of Property » (1975), 4 *Anglo-Am. L. Rev.* 412, 424, n. 39 ([TRADUCTION] « La raison qui explique le refus traditionnel des tribunaux de common law de reconnaître un droit de propriété sur les cadavres n'est pas applicable aux parties prélevées sur un donneur vivant. Le droit de propriété devrait d'abord être reconnu à la personne sur laquelle la partie a été prélevée. Toutefois, on supposera dans bien des cas qu'elle a renoncé à son droit ou l'a transféré. »).

413. Voir *McNeil c. Forest Lawn Memorial Services* (1976), 72 D.L.R. (3^e) 556 (C.S. C.-B.) (dommages-intérêts accordés uniquement dans les cas de manquement volontaire à ses obligations) ; John G. FLEMING, *The Law of Torts*, 6^e éd., Sydney, Law Book, 1983, pp. 30-31, 146-147. Voir cependant *Restatement of the Law*, *op. cit.*, note 389 ; *St. Elizabeth Hospital c. Garrard*, 730 S.W. 2d 649 (Tex. 1987) (dommages-intérêts pour souffrances morales accordés aux parents d'un enfant mort-né, parce qu'on n'a pas tenu compte de leurs désirs concernant les mesures à prendre à l'égard du cadavre).

414. Voir Bernard M. DICKENS, « The Control of Living Body Materials » (1977), 27 *U.T.L.J.* 142, 147-149.

415. *Ibid.* Voir également *York c. Jones Institute*, 717 F. Supp. 421 (E.D. VA 1989) (application des principes relatifs au dépôt et à la détention illicite).

reproductives. Aucune décision n'a été publiée au Canada sur la question, mais un couple américain a réussi récemment à se faire reconnaître par les tribunaux le droit de disposer de son embryon congelé et de le transporter d'une clinique de fertilité de la côte est à une clinique de la côte ouest⁴¹⁶. En France, l'épouse d'un homme qui, obligé de subir des traitements anticancéreux risquant de le rendre stérile, avait fait congeler son sperme, a soutenu après le décès de son mari qu'elle avait le droit de se faire remettre la semence ainsi déposée⁴¹⁷. Le tribunal a expressément rejeté l'argument selon lequel le sperme congelé était une chose susceptible d'appropriation, au motif que les substances reproductives humaines ne sont pas transmissibles par succession et ne peuvent faire l'objet d'un commerce⁴¹⁸. Il a tout de même conclu que la banque de sperme devait remettre le sperme congelé à l'épouse, en raison d'une entente à ce sujet entre le déposant et l'établissement⁴¹⁹. Cette décision donne à penser que la conclusion d'ententes entre les banques de tissus et les déposants, exprimées dans des formulaires bien rédigés relatifs au consentement éclairé, pourrait contribuer à réduire le nombre de différends touchant la disposition des tissus déposés, à défaut de mesures législatives ou de normes professionnelles régissant suffisamment la question.

De tels litiges nous aident à mieux cerner les intérêts et les valeurs en cause dans tout différend portant sur le droit de disposer de substances et de tissus humains, quels qu'ils soient, et sur les obligations incombant au dépositaire. La popularité croissante des banques de tissus risque par exemple de susciter des difficultés assez grandes, à cet égard, sur les plans juridique et médical⁴²⁰. Dans les formulaires de consentement que font signer les banques de sang canadiennes dans le cas de dons « autologues », il est précisé que le sang ainsi déposé est considéré comme appartenant au donneur ; il en va de même pour le stockage de substances reproductives⁴²¹ et génétiques aux États-Unis⁴²².

c) *Utilisation de substances ou de tissus corporels sans le consentement de l'intéressé*

La règle relative au consentement à l'acte médical protège le patient contre toute atteinte non autorisée à l'intégrité corporelle. Le fait de reconnaître l'existence d'un droit de

416. *York*, précité, note 415, 425-427, n. 5 en particulier (le tribunal a confirmé le droit des patients d'intenter une poursuite sur la base de droits contractuels et de droits de propriété, et a conclu à l'existence d'un contrat implicite de dépôt à cause de la formule de consentement éclairé relative à la substance reproductive congelée). Peu après la reconnaissance par le tribunal du droit du couple infertile d'intenter une telle poursuite, les parties sont parvenues à un règlement amiable, en vertu duquel le couple a transféré l'embryon.

417. Trib. gr. inst. Créteil, 1^{er} août 1984, *Parpalaix c. CÉCOS*, *Gaz. Pal.* 1984. 2^e sem. Jur. 560. Cette affaire est commentée dans D.J. JONES, *loc. cit.*, note 163. Voir également R.P. JANSEN, « Sperm and Ova as Property » (1985), 11:3 *J. Med. Ethics* 123.

418. Voir D.J. JONES, *loc. cit.*, note 163, 528-529.

419. Voir *id.*, 529.

420. Voir *supra*, pp. 27-32.

421. ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN FERTILITY SOCIETY, « Ethical Considerations of the New Reproductive Technologies » (1986), 46:3 (Suppl. 1) *Fertil. Steril.* 89 ([TRADUCTION] « Il est entendu que les gamètes et les produits de la conception sont la propriété des donneurs »).

422. Voir les formulaires de consentement d'Autologous Inc., société dont il est question dans A. GILMORE, *loc. cit.*, note 183. Voir également ASHG, *loc. cit.*, note 167, 782 ([TRADUCTION] « L'ADN stocké est la propriété du déposant, sauf stipulation contraire »).

propriété sur les substances corporelles pourrait-il, de la même façon, interdire l'utilisation ou l'élimination, sans le consentement de l'intéressé, des substances corporelles ou des tissus prélevés⁴²³ ? Cette idée a récemment été abordée par la Cour suprême du Canada, lorsqu'elle a jugé que le fait pour un médecin de prélever et d'utiliser un échantillon du sang d'un patient sans le consentement de celui-ci constituait une saisie abusive aux termes de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴²⁴.

Après avoir prélevé l'échantillon (le patient, inconscient, avait été amené à l'hôpital à la suite d'un accident de la circulation), le médecin l'a remis à un agent de police. L'échantillon, une fois analysé, a été utilisé en vue d'établir l'infraction de conduite avec facultés affaiblies. On pourrait conclure, à la lecture du jugement, qu'il existe un lien entre l'autonomie (au sens fort) du patient, l'intégrité corporelle, la dignité humaine, et le droit de propriété sur son propre corps :

Comme j'ai tenté de le montrer précédemment, *l'utilisation du corps d'une personne, sans son consentement, en vue d'obtenir des renseignements à son sujet, constitue une atteinte à une sphère de la vie privée essentielle au maintien de sa dignité humaine*. [...] Il était parfaitement raisonnable pour un médecin qui s'était vu confier la tâche de soigner un patient d'agir ainsi. Cependant, je me dois de souligner que la seule raison qui justifiait le médecin de recueillir l'échantillon de sang était qu'il devait servir à des fins médicales. Il n'avait pas le droit de recueillir le sang de M. Dymont pour d'autres fins. *Je ne souhaite pas analyser la question en fonction de considérations relatives à la propriété, bien que ce ne serait pas trop forcer les choses que de le faire*. Certaines provinces attribuent expressément la propriété des échantillons de sang à l'hôpital, ce qui, selon moi, est tout à fait sans importance. [...] Plus précisément, je pense que la protection accordée par la *Charte* va jusqu'à interdire à un agent de police, qui est un mandataire de l'État, de se faire remettre une substance aussi personnelle que le sang d'une personne par celui qui la détient avec l'obligation de respecter la dignité et la vie privée de cette personne⁴²⁵.

d) *Droit de propriété et dignité de la personne*

L'idée que le concept de propriété puisse permettre de protéger les valeurs fondamentales liées à la dignité de la personne a été débattue dans une décision américaine récente d'une portée internationale. Dans la cause *Moore c. Regents of the University of California*⁴²⁶, un patient atteint de leucémie prétendait que, à son insu et sans qu'il y ait consenti, ses médecins traitants avaient utilisé ses cellules et ses tissus en vue de développer et de breveter un médicament anticancéreux doté d'une grande valeur commerciale. Ce médicament avait été mis au point à partir d'une lignée cellulaire produite grâce à la rate du patient, enlevée par les chirurgiens dans le cadre du traitement. Moore prétendait avoir droit à sa juste part des fruits du brevet, en raison de l'usurpation de ses tissus corporels.

423. Voir B.M. DICKENS, *loc. cit.*, note 414.

424. *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417.

425. *Id.*, 431-432 [mis en italiques par nos soins].

426. 793 P. 2d 479 (Cal. 1990) (formation plénière), cert. refusé 111 S. Ct 1388 [ci-après, *Moore* (1990)]. Quelques semaines après que la Commission eut terminé la rédaction des recommandations portant sur la « propriété » des tissus et d'autres questions discutées dans le présent document, la Cour suprême de la Californie rendait dans l'affaire *Moore* (1990) une décision fondée sur des principes s'accordant avec ces recommandations. Voir *infra*, pp. 215-216.

La Cour suprême de la Californie a récemment statué sur d'importants aspects de cette affaire. Un tribunal inférieur avait reconnu au patient le droit d'intenter une poursuite sur la base du droit de propriété :

[TRADUCTION]

Nous avons examiné cette question avec prudence. Vu l'évolution de la civilisation — la liberté a supplanté l'esclavage ; l'homme, naguère considéré comme susceptible d'appropriation, se voit maintenant reconnaître, sur le plan individuel, une dignité intrinsèque — il est indispensable de faire preuve de prudence en assimilant les tissus humains à des « biens ». Toutefois, il existe une grande différence entre le fait d'avoir un droit de propriété sur son propre corps et le fait d'appartenir à quelqu'un d'autre. [...]

Par conséquent, l'essence d'un droit de propriété — le droit ultime qu'on peut avoir sur une chose — existe à l'égard de son propre corps. [...]

Le patient doit avoir le droit de regard ultime quant à l'usage qui est fait de ses tissus. En décider autrement risquerait de conduire, au nom du progrès médical, à une atteinte massive à la dignité de la personne et aux droits fondamentaux⁴²⁷.

En statuant sur la décision rendue par la juridiction inférieure, la Cour suprême de la Californie a reconnu au patient le droit d'intenter une poursuite pour atteinte à l'intégrité corporelle et à la dignité de la personne, mais a limité le fondement de ce recours à des motifs traditionnels d'ordre juridique et médical.

La majorité de la Cour a jugé qu'une poursuite était possible pour manquement aux règles touchant le consentement éclairé et au devoir de loyauté envers le patient. Si les prétentions du patient étaient établies, il fallait en conclure selon elle que le médecin, lorsqu'il avait recommandé l'ablation de la rate, avait un intérêt commercial lié aux tissus du malade ; que cet intérêt non thérapeutique était susceptible de l'influencer dans la recommandation d'un traitement ; que dans de telles circonstances, le patient type souhaiterait normalement être informé de ce possible conflit d'intérêts avant le traitement :

[TRADUCTION]

Par conséquent, nous estimons que le médecin qui demande un consentement à son patient en vue d'une intervention médicale est tenu, vu la relation de confiance qui l'unit à lui, et pour obtenir un consentement éclairé, de divulguer l'existence d'intérêts personnels non reliés à la santé du patient, mais susceptibles d'influer sur le jugement du médecin, qu'ils soient de nature économique ou aient trait à la recherche⁴²⁸.

Les juges de la minorité, tout en convenant que le patient devrait pouvoir intenter une poursuite pour de tels motifs, estimaient que c'est la notion de droit de propriété qui permettrait le mieux de protéger son intégrité corporelle, sa dignité et d'autres droits fondamentaux liés à la notion de *privacy*.

427. *Moore c. Regents of the University of California*, 249 Cal. Rptr. 494, 504, 506, 508 (App. 2d Dist. 1988) [mis en italiques par nos soins] [ci-après, *Moore* (1988)], confirmé et infirmé en partie par *Moore* (1990), précité, note 426. Voir le texte accompagnant la note 424, *supra*.

428. *Moore* (1990), précité, note 426, 485. Comparer avec MEDICAL ASSOCIATION, COUNCIL ON SCIENTIFIC AFFAIRS, « Conflicts of Interest in Medical Center/Industry Research Relationships » (1990), 263:20 *JAMA* 2790.

La divergence de vues, parmi les membres du tribunal, sur la question du droit de propriété tient en partie à un désaccord sur le droit existant. Les juges de la majorité et de la minorité avaient en effet des opinions nettement différentes sur les points suivants : (1) Une loi adoptée par un État pour régir le droit de disposer de tissus enlevés sur un patient éteint-elle le droit de regard (relevant du droit de propriété) dont le patient jouit, avant l'intervention, sur l'usage qui sera fait du tissu à la suite de l'ablation ? (2) La lignée cellulaire brevetée et le médicament mis au point grâce à elle étaient-ils des produits distincts inventés à partir de matières premières, ou bien les fruits des caractéristiques tout à fait uniques des cellules de Moore, ce qui ferait de ce dernier un co-inventeur ? (3) Les protections prévues par le droit fédéral en matière de propriété intellectuelle ont-elles une incidence sur une poursuite — fondée sur le droit de propriété — intentée à cause d'un usage non autorisé des tissus prélevés, en particulier pour la période de six ans écoulée entre l'intervention chirurgicale et l'obtention du brevet, durant laquelle on avait périodiquement prélevé sur Moore des substances corporelles afin, selon lui, de répondre à des besoins de recherche et de commercialisation⁴²⁹ ?

La majorité et la minorité s'opposaient en outre fortement sur des questions d'une nature plus générale, comme celle de savoir s'il revient aux tribunaux ou au législateur de juger si le fait de permettre aux patients d'intenter des poursuites d'un type nouveau, fondées sur un droit de propriété sur leur corps, serait susceptible d'avoir des effets destructeurs au plan de la recherche médicale. Sans exclure totalement la possibilité de telles poursuites, la majorité a conclu qu'il n'était pas urgent d'en reconnaître la légitimité, vu la protection offerte selon elle par les règles touchant le consentement éclairé et les devoirs du médecin relevant de l'éthique de la profession. Les juges de la minorité, au contraire, ont soutenu que la nécessité d'empêcher tout enrichissement injuste ainsi que l'exploitation physique et morale des patients l'emportait sur les préoccupations que soulève la possibilité de telles poursuites. Ils ont fait valoir en outre que les relations commerciales et les ambiguïtés caractérisant cette affaire — les règles touchant le consentement éclairé et les devoirs ressortissant à l'éthique médicale s'étendent-ils aux sociétés pharmaceutiques et aux sociétés spécialisées dans la biotechnologie ? — amenaient à conclure que les patients seraient insuffisamment protégés si on ne leur permettait pas d'invoquer un droit de propriété sur leur corps et sur les produits de celui-ci⁴³⁰.

La vive divergence d'opinions constatée parmi les juges appelés à statuer sur l'affaire *Moore* devrait permettre la cristallisation des enjeux dans les délibérations des législateurs et des tribunaux à l'extérieur de la Californie⁴³¹. Il ne s'agit nullement en effet d'un

429. *Moore* (1990), précité, note 426, 491-493, 501, 503, 508-512. En parallèle avec la divergence d'opinions entre la majorité et la minorité, le droit des biens comporte d'une part des principes suivant lesquels une personne a droit à la valeur ajoutée par d'autres personnes à une chose qui lui appartient ; et, d'autre part, des principes suivant lesquels on acquiert la propriété d'une chose en transformant des matières premières en une nouvelle forme ou un nouveau type de bien, comme dans la fabrication de vin à partir du raisin. *Compare Firestone Tire c. Industrial Acceptance Corp.*, [1971] R.C.S. 357 (accession) ; *Jones c. De Marchant*, [1916] 10 W.W.R. 841 (C.A. Man.) (accession) ; C.C. art. 429, 430, 433-435 ; SCOTTISH LAW COMMISSION, *Corporeal Movables: Mixing Union and Creation*, Édinburgh, la Commission, 1976.

430. *Moore* (1990), précité, note 426, 493, 496, 500, 506, 516-517, 519-521.

431. Voir, par exemple, Ernest D. PRENTICE et autres, « An Institutional Policy on the Right to Benefit from the Commercialization of Human Biological Material » (1990) 18:1-2 *L. Med. Health Care* 162.

incident isolé. Un rapport de l'administration américaine fait état d'autres litiges portant sur des demandes de brevets à l'égard de substances biologiques humaines⁴³². Plus récemment, une patiente a prétendu que l'hôpital avait, à son insu et sans qu'elle y consente, remis des produits prélevés sur son corps (sang, placenta, cordon ombilical) à une société californienne de biotechnologie, en vue du développement d'un médicament dérivé de l'ADN recombinant, l'activateur tissulaire de plasminogène (ATP), qui a été breveté et qui est désormais utilisé sous licence au Canada pour dissoudre les caillots sanguins après une crise cardiaque⁴³³. Si les litiges relatifs au développement et à l'utilisation commerciale des tissus humains et des substances biologiques attirent l'attention aux États-Unis⁴³⁴, ils peuvent également avoir une incidence notable à l'étranger.

L'affaire *Moore* présente-t-elle un intérêt pour le Canada ? Le développement de produits sanguins et de médicaments à partir du placenta humain, de vaccins à partir de tissus fœtaux, montre que l'exploitation thérapeutique et commerciale des substances biologiques humaines fait partie de l'histoire médicale canadienne⁴³⁵. Les industries biotechnologique et pharmaceutique canadiennes font des recherches sur des substances biologiques humaines en vue de découvrir des utilisations commerciales et autres⁴³⁶. La biotechnologie accélère la vitesse à laquelle la science médicale parvient à convertir des tissus humains autrefois dénués de toute valeur en des substances thérapeutiques ayant une valeur commerciale. La maxime juridique « *de minimis non curat lex* » (le droit ne s'occupe pas des affaires insignifiantes) n'est sans doute plus applicable au prélèvement de tissus et de substances longtemps considérés comme sans valeur et laissés pour compte :

[TRADUCTION]

Jusqu'à récemment, on croyait que le corps humain, par rapport au mental et au spirituel, avait peu de valeur, sauf en tant que source de travail. Or, ces derniers temps, nous l'avons vu revêtir sous certains aspects une valeur incroyable. Dans la présente affaire, par exemple, on nous dit que les cellules de John Moore pourraient à elles seules devenir la pierre angulaire d'une entreprise de plusieurs milliards de dollars grâce à laquelle les titulaires des brevets pourraient faire fortune. Pour le meilleur ou pour le pire, nous sommes irrémédiablement entrés dans une ère qui nous force à remettre en question la façon dont nous concevons les droits relatifs aux cellules et au corps humain ainsi que les relations juridiques y afférentes⁴³⁷.

On assiste également, en parallèle, à des changements sur le plan du droit. La reconnaissance juridique aux États-Unis des brevets relatifs à des formes de vie⁴³⁸, qui a fait augmenter de 300 % le nombre de demandes de brevets pour des inventions liées

432. Voir G.B. WHITE, *op. cit.*, note 91, pp. 23-27.

433. *Potts c. Genentech* (1^{er} novembre 1988), Santa Clara Cnty 670331 (Cal. Sup. Ct).

434. Voir par exemple, *United States c. Garber*, 607 F. 2d 92 (5th Cir. 1979) (les revenus tirés de la vente de plasma par le « donneur » sont-ils imposables ?).

435. Voir *infra*, section III.A(1) et *supra*, ch. I, section I.B.

436. Voir *Répertoire de la biotechnologie industrielle canadienne*, Ottawa, Ministère d'État aux Sciences et à la Technologie, 1988.

437. *Moore* (1988), précité, note 427, 504 [mis en italiques par nos soins].

438. Voir *infra*, note 777.

à des substances biologiques humaines⁴³⁹, s'est également produite au Canada, où des brevets ont été accordés dès le début des années quatre-vingt pour des lignées cellulaires humaines⁴⁴⁰. Il semble donc que l'utilisation de substances cellulaires et de gènes humains dans la fabrication de produits thérapeutiques fasse en droit canadien aussi l'objet d'une protection relevant de la propriété intellectuelle et permettant une exploitation commerciale exclusive.

La convergence de ces situations inédites dans les domaines médical et juridique accroît les risques de conflits entre les utilisateurs de cellules et de tissus humains, et les personnes sur lesquelles ceux-ci sont prélevés. Les différences culturelles et juridiques entre les États-Unis et le Canada aideront peut-être notre société à éviter cet écueil, pendant le passage à l'ère de la biotechnologie. Chose certaine, toutefois, les transformations en cours forcent la société à revoir les règles établies en matière de prélèvement d'organes et de tissus. Les litiges comme celui de l'affaire *Moore* sont peut-être le symptôme d'une révolution technico-juridique, révolution qui perturbe la structure juridique existante au point où la société doit inévitablement traverser une période de confusion et de heurts avant de pouvoir établir un nouveau régime juridique, ou adapter l'ancien⁴⁴¹. C'est en fait le contenu même de la notion d'intégrité corporelle morale et physique qui se trouve remis en cause par la biotechnologie.

Considérées globalement, les décisions *Moore*, *Parpalaix* et *Dymont* portent en outre à conclure que les chercheurs devraient tenir compte des droits de la personne dans leurs travaux. La reconnaissance d'un droit de propriété restreint constituera-t-elle une protection efficace, dans les cas — rares sans doute — où certaines substances corporelles ont été exploitées commercialement sans l'autorisation expresse et spécifique du patient ? Les droits de la personne ne sauraient être absolus dans une société pluraliste ; mais par quels moyens juridiques peut-on favoriser leur primauté⁴⁴² ? En modifiant les règles régissant les brevets d'invention ? En forçant médecins et chercheurs à renseigner l'intéressé sur les possibilités commerciales ou autres que recèlent les travaux sur les tissus prélevés⁴⁴³ ? En reconnaissant l'existence d'un droit de propriété restreint sur les produits du corps humain ? Envisagées dans le contexte du xviii^e siècle, de telles solutions sembleraient abominables du point de vue de l'éthique et du droit. Toutefois, le droit et la médecine

439. *Ibid.*

440. Voir *infra*, pp. 143-144, l'analyse de la *Loi sur les brevets*.

441. Voir Vincent M. BRANNIGAN, « Biotechnology: A First Order Technico-Legal Revolution » (1988), 16 *Hofstra L. Rev.* 545, 546-550.

442. L'opinion de chacun sur l'opportunité de recourir aux droits ressortissant à la propriété pour assurer la protection des droits de la personne dans ce domaine semble liée dans une large mesure à son opinion quant à l'application, en la matière, d'une notion de propriété fondée sur la personne, sur le travail, sur la possession, etc. Voir M.R. COHEN, « Property and Sovereignty » (1927), 13 *Cornell L. Q.* 8. Voir aussi Margaret Jane RADIN, « Property and Personhood » (1982), *Stan. L. Rev.* 957, 966.

443. Comparer Note, « Ownership of Human Tissue: Life after *Moore v. Regents of the University of California* » (1989), 75 *Va. L. Rev.* 1363, 1391-1392 et Randy W. MARUSYK et Margaret S. SWAIN, « A Question of Property Rights in the Human Body » (1989), 21 *Rev. d'Ottawa* 351.

sont en perpétuelle évolution. Citons à ce propos un juriste canadien : [TRADUCTION] « Le concept de propriété n'est pas statique. L'institution comme telle, la façon dont on la perçoit, et partant la signification du terme changent toutes les trois au fil du temps⁴⁴⁴. » Il serait sans doute opportun pour la société — dans la perspective des droits de la personne à l'aube du XXI^e siècle — de se demander si l'établissement, à l'égard des tissus humains, d'un droit de propriété d'une portée limitée serait la meilleure façon de protéger l'intégrité corporelle, l'autonomie de l'individu et les valeurs fondamentales attribuées à la personne humaine.

Pour diminuer les risques de litiges entre les « fournisseurs » de produits du corps humain et ceux qui en font un usage commercial, on pourrait se fonder tout d'abord sur la relation de confiance entre médecins et patients. Lorsqu'une personne a recours aux services d'un médecin, elle lui fait confiance et s'attend à ce que les interventions pratiquées sur son corps le soient pour son bien. Certains tribunaux ont considéré cette attente comme un droit, qui impose au médecin le devoir correspondant d'agir avec la plus grande loyauté⁴⁴⁵. Les droits moraux et juridiques liés à cette éthique axée sur l'intérêt du patient sont depuis longtemps la marque des relations entre médecin et patient⁴⁴⁶. Lorsqu'un intérêt se manifeste, qui risque d'entrer en conflit avec le devoir du médecin d'exercer un jugement professionnel objectif au sujet de son patient, le premier est tenu, vu son devoir de loyauté, d'en informer le second et de ne pas continuer le traitement avant d'obtenir son consentement éclairé. Dans le cas qui nous intéresse, cela signifie que le médecin aurait l'obligation de divulguer tout intérêt commercial potentiel relatif aux produits du corps du patient⁴⁴⁷. Si le patient, dûment informé, donne un consentement éclairé, le traitement pourrait être poursuivi. En revanche, si le patient refuse de continuer à prêter son concours, le médecin aurait l'obligation de confier son patient à un confrère ou à une consœur ; cette obligation lui incomberait également dans le cas où il conclurait que son intérêt commercial risque manifestement de compromettre la neutralité de son jugement professionnel.

Le recours à différents concepts de la common law — devoirs découlant de la relation de confiance (*fiduciary duties*), consentement éclairé, droit de propriété — risque cependant de ne pas fournir des réponses aussi claires ou aussi certaines qu'on le souhaiterait quant aux intérêts, aux droits et aux devoirs divergents des acteurs en présence : patients, médecins, chercheurs, hôpitaux, sociétés œuvrant dans le domaine de la biotechnologie. La complexité des questions et des intérêts en jeu justifierait une étude pluridisciplinaire,

444. C.B. MACPHERSON (dir.), *Property: Mainstream and Critical Positions*, Toronto, University of Toronto Press, 1978, p. 1.

445. Voir E.I. PICARD, *op. cit.*, note 364, p. 3 ([TRADUCTION] « Le médecin [...] se trouve dans une relation de confiance avec son patient. Il s'ensuit donc qu'il a le devoir d'agir de bonne foi : il ne doit jamais permettre que son devoir professionnel entre en conflit avec ses intérêts personnels ; il ne doit pas induire son patient en erreur »). Voir également *Rowe c. Grand Trunk Railway* (1866), 16 U.C.C.P. 500, 506 (C.A.) ; *Kenny c. Lockwood*, [1932] 1 D.L.R. 507 (C.A. Ont.).

446. Voir Robert M. VEATCH, *A Theory of Medical Ethics*, New York, Basic Books, 1981, p. 22.

447. Comparer, CONSEIL DES SCIENCES DU CANADA, *La génétique et les services de santé au Canada*, Rapport n° 42, Ottawa, le Conseil, 1991, p. 85 et le COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, *infra*, note 956.

par laquelle on tenterait de déterminer comment la société pourrait parvenir à un juste équilibre entre la nécessité d'encourager le développement, grâce à la biotechnologie, de médicaments obtenus à partir de tissus humains, et la protection des droits fondamentaux de la personne.

C. Vente de produits du corps humain

Si deux personnes passent un contrat portant sur la vente de fins cheveux roux, ce contrat sera-t-il valable devant le tribunal ? Et si c'est du sang, des cellules, du lait maternel, de la moelle osseuse, des organes, un cadavre qui font l'objet du contrat ? Quelle importance faut-il accorder au fait que dents et cheveux sont commercialisés depuis des siècles, alors que l'intérêt commercial des ventes d'organes et de parties du corps ne s'est vraiment fait jour que depuis quelques décennies⁴⁴⁸ ?

Les textes législatifs provinciaux apportent certains éléments de réponse à ces questions⁴⁴⁹. Toutefois, la théorie du droit des contrats permet également, en ce qui a trait à la vente de tissus, d'organes et de produits du corps humain, de comprendre l'évolution de la mentalité collective et de la politique établie par les autorités. Elle est en outre applicable à la vente des produits du corps humain dont les dispositions législatives provinciales n'interdisent pas la vente — lait maternel, sang, sperme, cellules, etc.⁴⁵⁰.

Il y a peu de jurisprudence sur le sujet. Cela tient sans doute à ce que c'est principalement au cours des dernières décennies qu'on a vu croître l'utilisation et la valeur des éléments composant le corps humain. Il ressort tout de même des décisions rendues par les tribunaux et de la théorie des contrats que la validité des conventions portant sur la vente de produits du corps humain est assujettie à deux conditions : premièrement, le consentement des parties doit avoir été donné librement et sans contrainte ; deuxièmement, la convention ne doit porter atteinte ni à l'intérêt public ni à l'ordre public — elle ne doit être ni illégale, ni immorale, ni manifestement néfaste pour la collectivité⁴⁵¹.

(1) Contrats, consentement et équité

Le droit reconnaît depuis longtemps le principe de la liberté contractuelle ; en fait, tout contrat est d'une manière générale présumé exécutoire⁴⁵². Mais lorsqu'une personne a contracté des engagements à un moment où elle se trouvait dans la détresse, les tribunaux peuvent s'enquérir des circonstances afin de vérifier l'absence de toute contrainte :

448. Voir R. SCOTT, *op. cit.*, note 268, p. 180.

449. On trouvera aux pages 151-158, *infra*, des considérations sur l'interdiction de la vente dans les lois provinciales et le *Code civil du Québec*.

450. *Ibid.*

451. Voir, *infra*, le texte accompagnant la note 466.

452. Patrick S. ATYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 526.

[TRADUCTION]

[L]e tribunal d'« equity » tentera de déterminer si les parties ont contracté d'égal à égal ; s'il conclut que le vendeur était dans une situation de détresse et qu'on en a profité, il annulera le contrat⁴⁵³.

Le droit des contrats, par ailleurs, exige depuis longtemps que toute convention soit conforme, en gros, aux principes de l'équité et de l'égalité. Dans le cas de l'équité, il s'agit de se demander si le contrat revêtait un caractère oppressif lorsque les parties l'ont conclu, ou encore s'il a été conclu sous la contrainte des circonstances du moment ou en raison d'une influence abusive. De la même manière, en droit civil, la crainte raisonnable et présente d'un « mal sérieux » peut invalider le consentement et provoquer la nullité d'un contrat⁴⁵⁴. Il peut donc arriver qu'un tribunal conclue, au nom du principe de l'équité, à la non-validité d'un contrat.

On ne trouve dans la jurisprudence canadienne publiée aucune décision sur des conventions ayant trait à la vente de parties du corps humain. Cependant, des affaires de « vente de bébé » survenues aux États-Unis et chez nous font ressortir les principales difficultés que soulèvent ce type d'ententes. En matière d'adoption, par exemple, les tribunaux américains se sont demandé dans le cadre de certaines causes si la mère biologique avait consenti librement à se séparer de son enfant⁴⁵⁵. Dans un cas où le contrat d'adoption a été jugé non valide, l'état de pauvreté de la mère biologique et la somme qui lui avait été versée ont convaincu le juge d'un tel « abus d'influence » ou d'une telle « contrainte » qu'elle ne pouvait pas avoir consenti librement à l'adoption⁴⁵⁶. Des motifs semblables ont amené un tribunal à annuler un contrat de maternité de substitution dans la désormais célèbre affaire *Baby M*⁴⁵⁷. En revanche, un tribunal canadien a conclu à la liberté du consentement dans le cas d'une mère biologique ayant reçu des parents adoptifs une somme raisonnable pour le remboursement des frais judiciaires et de déplacement nécessités par le processus d'adoption⁴⁵⁸.

Dans quelle mesure les principes exprimés dans ces décisions sont-ils applicables aux contrats de vente portant sur des tissus humains, des parties du corps ou des substances

453. S.M. WADDAMS, *The Law of Contracts*, 2^e éd., Toronto, Canada Law Book, 1984, p. 382, citant *Wood c. Abrey* (1818), 3 Madd. 417, 423. Voir également *Munding c. Munding* (1968), 3 D.L.R. (3^e) 338 (C.A. Ont.), confirmé à [1970] R.C.S. vi (annulation du contrat de vente d'un terrain, parce qu'une des parties était en proie à des troubles émotifs et venait de se séparer d'avec son conjoint).

454. Voir S.M. WADDAMS, *op. cit.*, note 453, pp. 376, 384 ; AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law, Second of Contracts*, 2^e éd., vol. 2, St. Paul (Minn.), American Law Institute Pub., 1973- , art. 173, 177 ; Robert W. CLARK, *Inequality of Bargaining Power*, Toronto, Carswell, 1987, pp. 93, 207. Pour la doctrine civiliste, voir Jean-Louis BAUDOUIN, *Les Obligations*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1983, pp. 122-124, où figure une analyse des art. 994 et 995 C.c.

455. Voir, pour des observations de nature générale, Jack W. SHAW, « What Constitutes Undue Influence in Obtaining a Parent's Consent to Adoption of Child », 50 A.L.R. 3d 918.

456. Voir *In Re G*, 389 S.W. 2d 63, 69 (Mo. App. 1965). Voir également *Gray c. Maxwell*, 293 N.W. 2d 90, 95 (Neb. 1980). Voir cependant *Barwin c. Reidy*, 307 P. 2d 175, 185 (New Mex. 1957) (on a jugé qu'il ne s'agissait pas d'une contrainte susceptible d'entraîner l'annulation d'un contrat).

457. Voir *Baby M*, 537 A. 2d 1227, 1249 (N.J. 1988).

458. *Re Female Infant* (1982), 34 B.C.L.R. 177 (C.S.) (requête en adoption accueillie).

corporelles ? Certes, il n'y a dans de tels contrats ni transmission juridique d'un être humain, ni nécessité de protéger les intérêts de l'enfant. En l'absence d'une tierce partie innocente, on pourrait faire valoir que les adultes doués de discernement devraient d'une manière générale être libres de conclure des conventions relatives à la vente de parties du corps, et que la société ferait preuve d'un paternalisme illégitime en s'y opposant⁴⁵⁹.

Cet argument tend à assimiler la liberté économique à l'affirmation de la liberté individuelle. Mais si l'on voit également dans la liberté le pouvoir de favoriser et de protéger la dignité de la personne humaine, on pourra estimer au contraire qu'il est souhaitable, du point de vue même de la liberté, d'interdire la vente de tissus au nom de cette dignité⁴⁶⁰. Dans ce sens, les concepts juridiques de « contrainte » et d'« abus d'influence » pourraient être applicables à toutes les situations où la décision d'opter pour la vente de tissus humains — ou d'y consentir — ne peut être prise en toute liberté, que cela tienne à des raisons médicales ou à des raisons économiques. Lorsqu'un adolescent est atteint d'une leucémie fatale, les parents pourront considérer comme parfaitement raisonnable le fait d'offrir la somme de 5 000 \$ pour essayer de trouver un donneur compatible de moelle osseuse⁴⁶¹. De la même manière, une personne sans emploi depuis trois ans, constatant que des centaines de patients attendent une transplantation, ne rejettera peut-être pas du revers de la main la possibilité de vendre un de ses reins pour la somme de 32 000 \$⁴⁶². Du reste, des auteurs et des groupes de travail au Canada, aux États-Unis et en Europe ont fait valoir que la vente d'organes et de tissus humains risque de constituer une incitation à l'exploitation économique des pauvres⁴⁶³. Dans une perspective plus large, le débat portant sur la question de savoir si la vente accentue ou atténue le désespoir économique est le reflet d'une divergence d'opinions au sujet d'une question plus fondamentale, liée à la justice distributive : quelle incidence concrète peut avoir la décision d'interdire ou d'autoriser la vente de tissus humains sur le problème de la répartition hautement inéquitable des richesses dans la société⁴⁶⁴ ?

(2) Ententes contraires à l'ordre public

Les tribunaux pourraient refuser de donner effet à certains contrats de vente portant

459. Bernard M. DICKENS, « Legal and Ethical Issues in Buying and Selling Organs » (1987), 4 *Transplantation/Implantation Today* 15, 20 ([TRADUCTION] « Toutefois, l'opinion selon laquelle la liberté de choix dont jouissent les pauvres est protégée ou favorisée lorsqu'on les empêche de profiter d'une telle occasion de réaliser un gain est elle-même inacceptable du point de vue de l'éthique pour plusieurs motifs. Elle refuse aux pauvres une source de revenus à laquelle d'autres ont accès, elle n'atténue aucunement la pauvreté qui est tenue pour une cause d'exploitation et elle témoigne d'un paternalisme injustifiable. Les pauvres n'ont pas plus besoin que les autres d'être protégés contre l'exploitation et peuvent tout autant que les autres décider eux-mêmes d'accepter ou de refuser une source de revenus sans que leur liberté à l'égard de décisions futures en souffre. »).

460. Voir Margaret Jane RADIN, « Market-Inalienability » (1986-1987) 100 *Harv. L. Rev.* 1849, 1899.

461. Voir Gina KOLATA, « Transplant Reward Offer Raises Furor », *New York Times* (23 juin 1989) A6.

462. Voir Mike KING, « Unemployed Nurse Offers to Sell Kidney », *The [Montreal] Gazette* (17 juillet 1989) A3.

463. Voir USTF, *op. cit.*, note 29, p. 98 ; R.M. TITMUS, *op. cit.*, note 244, p. 219 (sang) ; Margaret A. SOMERVILLE, « Access to Organs for Transplantation: Overcoming "Rejection" » (1985), 132:2 *Journal de l'Association médicale canadienne* 113. Voir cependant B.M. DICKENS, *loc. cit.*, note 459.

464. Voir M.J. RADIN, *loc. cit.*, note 460, 1911.

sur des éléments ou des produits du corps humain parce qu'ils sont en droit tenus pour nuls et contraires à l'ordre public :

[TRADUCTION]

Il incombe aux tribunaux de donner effet aux contrats [...] puisque nous vivons dans une société où la primauté du droit est établie ; *mais il existe des cas où les règles de droit ne peuvent recevoir leur effet parce que la loi elle-même reconnaît certaines considérations d'ordre public qui prévalent sur des intérêts et sur ce qui, autrement, serait tenu pour des droits et des pouvoirs conférés à l'individu*. Selon nous, il est important de ne pas oublier que c'est ainsi que s'applique le principe de l'ordre public : il s'agit de dérogations aux droits et aux pouvoirs de particuliers qui normalement seraient confirmés en vertu des principes du droit⁴⁶⁵.

Le *Code civil du Québec* reconnaît un principe semblable en exigeant que les contrats ne soient pas contraires « aux bonnes mœurs ou à l'ordre public »⁴⁶⁶.

Pour savoir si un contrat est contraire à l'ordre public, il faut se demander s'il s'oppose à certains principes juridiques établis ou à des normes juridiques plus générales et en évolution constante. Un contrat par lequel quelqu'un s'engage à commettre un acte criminel, par exemple, est à la fois nul et illégal⁴⁶⁷. L'infraction criminelle de la common law britannique du XVIII^e siècle consistant dans la vente de cadavres semble avoir été reprise dans le *Code criminel* du Canada⁴⁶⁸ ; s'il en est ainsi, un contrat qui porterait sur la vente d'un cadavre serait nul et contraire à l'ordre public⁴⁶⁹, vu son illégalité. Dans la société canadienne moderne, d'autres contrats sont souvent désignés comme illégaux dans des textes législatifs — mentionnons par exemple les lois provinciales interdisant la vente d'organes ou de bébés⁴⁷⁰. Les tribunaux ne pourraient non plus, en règle générale, leur donner effet parce qu'ils sont contraires à l'ordre public⁴⁷¹.

Qu'en est-il cependant du sang, de la peau, de la moelle osseuse, du sperme, des cheveux et des autres produits du corps semblables, dont la vente n'est pas interdite par des textes provinciaux⁴⁷² ? Il n'est pas certain que les contrats portant sur la vente de tels produits soient « contraires à l'ordre public ». Le fait qu'il paraît ressortir de certaines dispositions du Code civil que la vente de parties du corps est « hors du commerce », alors que dans d'autres dispositions le législateur semble envisager l'échange à titre onéreux de tissus susceptibles de régénération, porte à croire que la question n'y a pas été tranchée

465. *Re Millard*, [1938] R.C.S. 1, 4 [mis en italiques par nos soins].

466. C.c., art. 990 (« La considération est illégale quand elle est prohibée par la loi, ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. ») ; voir également l'art. 1062 (« L'objet d'une obligation doit être une chose possible, qui ne soit ni prohibée par la loi, ni contraire aux bonnes mœurs. »).

467. Voir *Byron c. Tremaine* (1899), 29 R.C.S. 445 (contrat d'extorsion). Voir également S.M. WADDAMS, *op. cit.*, note 453, pp. 413-414.

468. Voir *infra*, pp. 127-131, analysant l'art. 182 du *Code criminel*.

469. Voir S.M. WADDAMS, *op. cit.*, note 453, p. 412.

470. Voir *infra*, note 499 (bébés) et la section III (organes).

471. Voir S.M. WADDAMS, *op. cit.*, note 453, p. 421.

472. Voir *infra*, pp. 155-156.

de manière définitive⁴⁷³. Les contrats de vente de tissus humains ne sauraient manifestement pas être rangés dans certaines catégories de contrats considérés comme non valides, notamment celles qui ressortissent aux « pratiques restrictives du commerce » ou à la « vente de charges publiques »⁴⁷⁴. Ils se rapprochent plutôt de certaines autres catégories, notamment les « ententes contraires aux bonnes mœurs » ou les « ententes nuisant aux liens familiaux ».

Par exemple, on pourrait soutenir que la vente de sperme ou de gamètes est contraire à l'ordre public parce qu'elle porte atteinte aux bonnes mœurs et qu'elle nuit aux rapports familiaux⁴⁷⁵. Un tribunal de Paris a conclu qu'un contrat relatif à la vente d'une partie tatouée de la peau d'une personne était « illicite, immoral et contraire à l'ordre public⁴⁷⁶ ». Par « ententes immorales », toutefois, on entend habituellement celles qui concernent des pratiques sexuellement répréhensibles⁴⁷⁷. La question de savoir si, de nos jours, la vente de sperme en vue du traitement de l'infertilité est immorale ou si elle constitue une pratique sexuellement répréhensible n'est pas tranchée. Si, au XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, les tribunaux considéraient l'insémination artificielle comme un adultère, un acte immoral et une menace pour les relations familiales, ils tendent désormais à le considérer comme un traitement médical entraînant des conséquences juridiques particulières⁴⁷⁸. Quant aux ententes pourtant sur la cohabitation, autrefois considérées comme « immorales », les tribunaux leur donnent maintenant effet, en règle générale, et il est même parfois recommandé d'en conclure⁴⁷⁹. D'une époque à l'autre, bref, les définitions sociale et juridique de l'ordre public, de ce qu'est un contrat contraire aux bonnes mœurs, ne sont pas les mêmes :

[TRADUCTION]

Les définitions de cette nature ne peuvent être fixées en catégories établies à une époque donnée parce que, ainsi que l'observait un tribunal américain, la conception de l'ordre public à telle époque peut être entièrement contraire à celle ayant cours à une autre époque. La conception de l'ordre public dans une société ne se transforme pas simplement

473. Comparer les art. 19, 20, 1059 du C.c. Pour une description du débat relatif à l'opposition vénalité-gratuité qui a marqué l'élaboration des articles du Code civil, voir F. HELEINE, *loc. cit.*, note 365, 55-63. Comparer Jean-Christophe GALLOUX, « Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français » (1989), 30 *C. de D.* 1011 et Marie-Angèle HERMITTE, « Le corps hors du commerce, hors du marché » (1988), 33 *Arch. Phil. Dr.* 323. On a récemment proposé des réformes au Code civil qui entraîneraient l'abandon de la distinction entre les produits susceptibles de régénération et ceux qui ne le sont pas, et exigeraient la gratuité pour l'aliénation de produits du corps, de tissus et d'organes. Voir le projet de loi 125, précité, note 380, art. 25.

474. Voir S.M. WADDAMS, *op. cit.*, note 453, pp. 416-419.

475. Voir *Bonisteel c. Saylor* (1890), 17 O.A.R. 505 (vente immorale) ; voir également S.M. WADDAMS, *op. cit.*, note 453, p. 413 ; *Farrar c. MacPhee* (1971), 19 D.L.R. (3^e) 720 (C.A. Î.-P.-É.) (cohabitation immorale).

476. Trib. gr. inst. Paris, 3 juin 1969, *Dlle X... c. Soc. Ulysse — Productions et cons.*, Gaz. Pal. 1969. 2^e sem. Jur. 57.

477. Diana BRAHAMS, « Kidneys for Sale » (1989), 139:6393 *New L.J.* 159. Voir également J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 454, p. 189, n. 33, où l'on cite l'affaire *Langelier Limitée c. Demers* (1928), 66 C.S. 120.

478. Comparer *Orford c. Orford* (1921), 58 D.L.R. 251 (C.S. Ont.) et *Parpalaix c. CÉCOS*, analysé dans D.J. JONES, *loc. cit.*, note 163, 530-531.

479. Comparer Walter H.E. JAEGER, *Williston On Contracts*, 3^e éd., New York, Lawyers Co-operative Pub., 1972, art. 1745 et ALBERTA LAW REFORM INSTITUTE, *Towards Reform of the Law Relating to Cohabitation Outside Marriage*, Rapport n^o 53, Edmonton, l'institut, 1989, pp. 23-27.

à la faveur de bouleversements politiques, mais aussi par suite d'une évolution graduelle. [...] Ces catégories sont fonction des valeurs de l'époque. Toutefois, dans une société en évolution, les valeurs doivent subir des transformations, et le droit ne remplit pas sa fonction sociale s'il n'est pas lui aussi capable d'évoluer⁴⁸⁰.

À défaut de mesures législatives expresses, ou encore de principes de common law ou de droit civil, il serait possible, pour déterminer si les contrats de vente relatifs à certains produits du corps humain sont contraires à l'ordre public, de tenir compte des considérations suivantes :

- **Intégrité physique et risques médicaux :** D'une part, le fait de permettre la vente de tissus, d'éléments ou de produits du corps humain pourrait inciter des gens à compromettre leur santé et à prendre des risques physiques injustifiés ; d'autre part, les risques physiques et médicaux liés au don de certains produits du corps — cheveux, sang, sperme, sueur, lait, lignées cellulaires — sont si minimes, pourrait-on faire valoir, que les inquiétudes sont considérablement restreintes⁴⁸¹. Dans ce dernier cas, on pourrait appliquer la maxime juridique *de minimis non curat lex* (le droit ne s'occupe pas des choses insignifiantes).
- **Communication de renseignements médicaux et protection du receveur :** Certains estiment que les vendeurs, craignant qu'on ne les paie pas si les tissus donnés sont impropres à l'usage qu'on veut en faire, s'abstiennent, par appât du gain, de communiquer certaines données — maladies, hérédité, antécédents médicaux — dont les autorités médicales doivent disposer pour décider s'il y a lieu d'utiliser les tissus prélevés en vue d'une greffe⁴⁸².
- **Autonomie et droits fondamentaux :** Pour certains, les présomptions d'ordre éthique et juridique relatives à l'autonomie et à la liberté de l'être humain supposent le droit d'échanger des substances corporelles ou des parties du corps, dans la mesure où cela ne cause aucun préjudice véritable à des tiers⁴⁸³. D'autres ont même prétendu que ce droit ferait l'objet d'une protection constitutionnelle⁴⁸⁴. D'autres estiment, par contre, que les droits fondamentaux et la liberté individuelle n'emportent pas le droit de vendre des parties du corps ou des substances corporelles⁴⁸⁵.

480. Voir W.M. WADDAMS, *op. cit.*, note 453, pp. 409-410. Voir également W.H.E. JAEGER, *op. cit.*, note 479, p. 93 ([TRADUCTION] « [Les tribunaux ne peuvent donner effet aux ententes dont l'objet est immoral, en raison de l'ordre public qui, dans certains cas, est fonction des attitudes dominantes dans la société à ce moment-là »).

481. Voir *National Organ Transplant Act*, Pub. L. No. 98-507, 1984 *U.S. Code Cong. & Ad. News* (98 Stat.) 3975, 3982 (1984) (lorsqu'on a décidé, aux É.-U., d'interdire la vente d'organes, on a conclu que l'aliénation des parties du corps susceptibles de régénération ne met pas en péril la santé du donneur).

482. Voir R.M. TITMUS, *op. cit.*, note 244, pp. 151-153, 219 ; D.J. JONES, *loc. cit.*, note 163, 534, n. 52 ; 50 Fed. Reg. 35,458 et 35,459 (1985) (les données montrent que le sang des donneurs rémunérés présente des risques plus élevés de transmission de l'hépatite que celui des donneurs non rémunérés). Voir également *Gilmore c. St. Anthony Hospital*, 598 P. 2d 1200 (Okla. 1979).

483. Voir John Stuart MILL, *La liberté*, Paris, Guillaumin, 1864.

484. Voir *infra*, note 873.

485. Voir *Doe c. Kelley*, 307 N.W. 2d 438 (Mich. App. 1981) ; M.J. RADIN, *loc. cit.*, note 460, 1893.

- **Dignité de la personne et droits inaliénables** : Certains prétendent que les droits conférés aux individus par la société comportent le droit inaliénable de ne pas être l'objet d'échanges et de ne pas être traité comme un bien⁴⁸⁶. Ce souci est exprimé dans les principes éthiques qui s'opposent à ce que le corps humain soit réduit à un bien, et exigent qu'on en préserve l'inviolabilité. D'autres répondent que ces préoccupations devraient être mises dans la balance avec le fait qu'en permettant la vente, on favoriserait l'augmentation du nombre de tissus et de substances disponibles pour le traitement de patients⁴⁸⁷. Ils font en outre valoir que certains produits du corps humain (par exemple, ceux qui se régénèrent) sont tellement éloignés de la notion de personne qu'ils devraient échapper à toute interdiction juridique ou morale touchant la vente d'êtres humains.

- **Équité, universalité, insuffisance des ressources** : Il s'en trouve pour soutenir que l'attribution de substances ou de tissus humains thérapeutiques ne devrait être fonction ni de la capacité de payer ni du prix offert, parce que de telles solutions sont critiquables du point de vue de l'équité et faussent l'application de critères plus importants, notamment les besoins médicaux⁴⁸⁸. L'argument a beaucoup de force dans une économie libérale. Mais dans les sociétés où les frais liés aux greffes et transplantations sont assumés et réglementés par le régime public d'assurance maladie, les craintes et les arguments évoqués ci-dessus perdent de leur impact. Les frais médicaux qu'entraîne le don d'un rein ou de moelle osseuse, par exemple, peuvent être remboursés par l'assurance maladie provinciale du receveur ou par une autre assurance⁴⁸⁹. Si un tarif raisonnable était fixé par règlement, les donneurs seraient moins tentés de rechercher le receveur qui offre la plus forte somme⁴⁹⁰.

- **Mise en œuvre et accès** : D'aucuns prétendent que, tout bien considéré, les contrats de vente portant sur des organes ou des produits du corps humain ne devraient pas être autorisés parce qu'il posent des problèmes complexes d'application et de logistique⁴⁹¹. En revanche, on peut faire valoir que, s'agissant de certaines substances, la réglementation des contrats se fera en général d'elle-même, et que la vente pourrait bien entraîner une augmentation des stocks de produits grâce auxquels on peut sauver des vies⁴⁹².

486. Voir *Adoption of B.A.B.*, 534 A. 2d 1050, 1052 (Pa. 1987) (les êtres humains ne sont pas des marchandises) ; M.J. RADIN, *loc. cit.*, note 460, 1899.

487. J. Robert S. PRITCHARD, « A Market for Babies » (1984), 34 *U.T.L.J.* 341, 352.

488. Voir *Baby Girl D*, 517 A. 2d 925, 927 (Pa. 1986) ([TRADUCTION] « le choix n'est pas uniquement fonction de la richesse des parties » en matière d'adoption). Voir également Susan ROSE-ACKERMAN, « Inalienability and the Theory of Property Rights » (1985), 85 *Colum. L. Rev.* 931, 948.

489. Voir P.G. BLAKE et C.J. CARDELLA, *loc. cit.*, note 121, 774 ; N.A. BUSKARD, *loc. cit.*, note 51.

490. Voir G. SHARPE, *loc. cit.*, note 201 ; B.M. DICKENS, *loc. cit.*, note 459, 21. Voir également les règlements français sur les banques de lait, *infra*, note 934.

491. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU MANITOBA, *Report on the Human Tissue Act*, Rapport n° 66, Winnipeg, la Commission, 1986, p. 110 [ci-après CRDM].

492. Russell D. ROBERTS et Michael J. WOLKOFF, « Improving the Quality and Quantity of Whole Blood Supply: Limits to Voluntary Arrangements » (1988), *J. Health Pol. Pol'y L.* 167.

— **Altruisme et accès** : Pour certains, le fait d'autoriser la vente d'organes et de produits du corps humain est une entrave à la politique fondée sur la notion d'altruisme, de don fait en vue de sauver des vies⁴⁹³. Ils se font répondre que l'altruisme pur n'est qu'une vue de l'esprit, que la politique suivie jusqu'ici est un échec, les stocks de certains éléments et produits du corps humain demeurant insuffisants, et enfin que le fait de s'en tenir à cette politique prolonge inutilement souffrances et maladies⁴⁹⁴. Les insuffisances de la politique fondée sur l'altruisme pur ne signifient certes pas nécessairement qu'il faut opter pour la commercialisation totale ; mais il y aurait peut-être lieu, en tout cas, d'établir une politique mitoyenne, qui reconnaîtrait les deux types de contrepartie possible — pécuniaire et non pécuniaire — tout en favorisant une augmentation des stocks⁴⁹⁵.

Plusieurs de ces considérations, notamment les répercussions possibles sur la protection des donneurs et des receveurs et les problèmes d'application, concernent les conséquences pratiques de la décision d'autoriser ou d'interdire la vente de tissus. D'autres, notamment les effets sur le plan de l'altruisme, renvoient au débat éthique plus fondamental relatif à l'élaboration de régimes au sujet de substances corporelles qui jusqu'ici ont échappé à la commercialisation⁴⁹⁶. Pour certains auteurs, le fait de permettre — fût-ce d'une manière limitée — la vente de tissus humains, ou encore d'appliquer la logique du marché au corps humain, heurte la conception que nous nous faisons de la dignité humaine, de notre corps, de notre moi et de la personne humaine⁴⁹⁷.

(3) Remboursement des frais raisonnables

Pour établir la politique régissant la vente d'organes et de produits du corps humain ainsi que les règles de droit connexes, il importe en outre de comprendre les objectifs précis auxquels répond l'autorisation ou l'interdiction de la rémunération des donneurs. Ces objectifs ont en effet d'importantes conséquences sur les plans pratique, juridique et éthique.

Les conséquences pratiques sont évidentes. Le don de tissus, d'organes ou de produits du corps humain peut de ce point de vue être fait de quatre façons : (1) à titre gratuit (le donneur ne reçoit pas d'argent du tout) ; (2) à titre onéreux (il reçoit une somme supérieure à ses frais) ; (3) avec remboursement des frais raisonnables (frais de déplacement, repas, hébergement, etc.) ; (4) avec remboursement des frais et des pertes de revenus,

493. R.M. TITMUS, *op. cit.*, note 244, pp. 225-229 ; USTF, *op. cit.*, note 29, pp. 96, 98. Voir en général, *supra*, ch. II, section A(1).

494. Lloyd R. COHEN, « Increasing the Supply of Transplant Organs: The Virtues of a Futures Market » (1989), 58 *Geo. Wash. L. Rev.* 1, 2, 33 (l'auteur recommande le versement d'une somme de 5 000 \$ à la succession du donneur/vendeur ou à une personne désignée par lui, lors du prélèvement d'organes effectué après le décès) ; Jack KEVORKIAN, « Marketing of Human Organs & Tissues is Justified and Necessary » (1989), 7:6 *Med. Law* 557.

495. R.D. ROBERTS et M.J. WOLKOFF, *loc. cit.*, note 492.

496. Voir *supra*, pp. 67-70.

497. Voir M.J. RADIN, *loc. cit.*, note 460, 1877-1887 (l'emploi du discours propre au marché favorise une conception de la personne qui est moralement inférieure). Voir également *supra*, pp. 67-70.

et versement d'une somme pour les douleurs et les souffrances. Quelles solutions ont été retenues dans la politique en vigueur et dans le droit actuel, au sujet de ces différents objectifs et de ces divers types de paiement ? Quelles solutions y aurait-il lieu de privilégier à l'avenir ?

Si la société décide qu'il est odieux que des personnes tirent un profit pécuniaire de l'échange de substances corporelles, devrait-elle carrément interdire tout paiement associé au processus du don ? Dans l'affirmative, la mise en œuvre de cette solution risque d'avoir, dans la pratique, des conséquences indésirables. Pour les personnes qui subissent un traitement médical impliquant de toute façon l'extraction de tissus susceptibles d'être greffés à une autre personne, le don de ces tissus ne cause aucun inconvénient véritable. Mais dans les autres cas, les donateurs sont obligés de consacrer temps et argent et de courir un risque médical pour réaliser leur intention charitable ou altruiste. La perte de revenus, les frais de déplacement et de repas peuvent alors, selon leur situation financière, constituer pour eux des obstacles tels qu'il leur est impossible dans la pratique de matérialiser leur intention charitable. La fréquence des dons ainsi que le temps et les déplacements nécessaires varient en fonction du tissu. Néanmoins, il y a lieu de croire, dans ces conditions, qu'une politique ou une loi interdisant carrément tout versement d'argent pourrait avoir un effet négatif en raison des frais inhérents au don, de la perte de revenu, de la douleur et de la souffrance et des risques médicaux souvent encourus par les donateurs.

Une autre approche, préconisée avec insistance par un groupe de travail fédéral sur les greffes d'organes, repose sur l'idée selon laquelle le don ne devrait entraîner pour le donneur ni gain ni perte sur le plan financier⁴⁹⁸. Cette approche présente des avantages et des inconvénients. D'une part, diront certains, elle s'écarte du principe du don charitable et gratuit, elle constitue une incitation financière et, à la limite, elle risque d'entraîner l'exploitation des plus démunis ; en outre, elle peut offenser et décourager ceux dont les intentions sont purement altruistes. En reconnaissant la légitimité d'une certaine contrepartie financière, la société pourrait par ailleurs être amenée à se demander ce qui constitue un paiement acceptable et raisonnable.

D'autre part, cette approche présente plusieurs avantages. Selon la façon dont sont définis les frais « raisonnables », elle contribue à l'élimination de certains obstacles financiers s'opposant aux dons. Les gens de toutes les couches de la société seraient placés sur un pied d'égalité quant à la possibilité de faire des dons de tissus et d'organes. En outre, le fait de rembourser les frais ne sape pas nécessairement le principe de l'altruisme — il pourrait même favoriser la pratique de cette vertu. Car le remboursement des frais raisonnables et de la perte de revenus ne dédommage pas le donneur des risques médicaux, de la douleur et de la souffrance volontairement assumés, qui demeurent une manifestation d'altruisme.

Enfin, cette approche peut contribuer à la préservation de l'altruisme dans la mesure où elle met l'accent sur le remboursement des frais raisonnables engagés au bénéfice

498. FEDS, *op. cit.*, note 29, p. 65.

de la société, et non au paiement du tissu lui-même. Ces considérations ont convaincu les responsables dans plusieurs États. On a ainsi retenu la distinction entre vente et remboursement des frais raisonnables (ou l'on a recommandé son application) dans divers régimes : lois provinciales sur l'adoption et sur le don de tissus humains, lignes directrices nationales sur l'éthique en matière de recherche, textes américains et britanniques interdisant la vente d'organes, lignes directrices européennes sur le don de tissus humains et de sperme⁴⁹⁹.

Une politique fondée sur le remboursement des frais raisonnables plutôt que sur le paiement du tissu lui-même a cependant des limites. À l'extrême, elle peut entraîner la constitution d'un marché de fait, susceptible de rendre illusoire toute distinction entre don et vente commerciale de tissus humains⁵⁰⁰. Pourtant, une telle distinction peut avoir d'autres conséquences juridiques importantes. Elle pourrait s'avérer utile dans les actions fondées sur une prétendue négligence au chapitre de l'examen préalable des tissus destinés à des greffes. De telles poursuites seraient sans doute tranchées en fonction des principes généraux applicables en matière de négligence ; il s'agirait donc de déterminer si la banque de tissus avait envers le receveur une obligation concernant l'examen des tissus et si elle a manqué à cette obligation, causant par le fait même la transmission d'une maladie⁵⁰¹. Si l'on juge que la banque en question achète et vend des tissus humains, les principes juridiques régissant la vente de produits « défectueux » pourraient également être applicables⁵⁰². Dans cette perspective, des tribunaux américains ont étudié la question de savoir si l'on devrait être plus sévère, sur le plan de la responsabilité civile, avec les banques de tissus qui se comportent plutôt comme des entreprises commerciales⁵⁰³.

499. Au sujet de l'application de cette distinction dans les lois sur l'adoption, voir *Re Female Infant*, précité, note 458 (interprétation du *Adoption Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 4, et des interdictions relatives à la vente des bébés) ; voir également *Loi de 1984 sur les services à l'enfance et à la famille*, L.O. 1984, ch. 55, art. 159 ; *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, art. 67. Dans le contexte de la recherche médicale, voir CRMC, *op. cit.*, note 118, p. 25 (« Il est moralement acceptable de dédommager le sujet d'une recherche pour rembourser les dépenses qu'il a dû faire et ses pertes raisonnables, y compris une perte de salaire, dans la mesure où cela n'empiète pas sur sa liberté de choix, mais facilite plutôt sa participation. De même, il est acceptable de verser une certaine somme, à condition qu'elle soit modique, en compensation du temps investi et des inconvénients subis. Une rémunération excessive ou d'autres avantages ou considérations constituent cependant des incitations inacceptables. »). Au sujet des lois provinciales sur le don de tissus humains, voir *infra*, pp. 155-158. Les législations américaine et européenne sont étudiées *infra*, au ch. IV.

500. Voir T.H. MURRAY, *loc. cit.*, note 351, 1074. Voir également *Baby M*, précité, note 457, 1247-1249.

501. Voir *Ravenis c. Detroit General Hospital*, 234 N.W. 2d 411 (Mich. App. 1975) (hôpital ayant fait preuve de négligence dans l'examen d'yeux prélevés sur des cadavres en vue de transplantations). Voir également *Zanne, infra*, note 951 et *Kitchen, infra*, note 1028.

502. Voir B.M. DICKENS, *loc. cit.*, note 414, 195-197 ; l'auteur analyse l'affaire *Perlmutter c. Davis Hospital*, 123 N.E. 2d 792 (N.Y. 1954) (le donneur est rémunéré pour un service, et non pour le produit sanguin donné). Dans plusieurs États américains, on a établi cette distinction dans des textes législatifs où le prélèvement, le traitement et la distribution du sang et des tissus humains sont expressément désignés comme des services, et non comme une vente de produits. Voir *McKee c. Cutter Laboratories*, 866 F. 2d 219 (6th Cir. 1989). Les lois protègent les banques de tissus et les hôpitaux contre toutes poursuites fondées sur la vente de « produits défectueux ». Les banques peuvent néanmoins faire l'objet de poursuites pour négligence.

503. Voir *Gilmore*, précité, note 482, 1203-1207, et *Coffee c. Cutter Biological*, 809 F. 2d 191 (2nd Cir. 1987). Voir, d'une manière générale, les causes réunies dans Jay M. ZITTE, « Liability of Blood Supplier or Donor for Injury or Death Resulting from Blood Transfusion », 24 A.L.R. 4th 508.

II. Droit pénal

Étant l'expression des valeurs fondamentales de la société et le régulateur de la conduite individuelle, le droit pénal offre également certaines pistes à l'égard de plusieurs problèmes relatifs au prélèvement et à l'aliénation de tissus humains⁵⁰⁴. Il précise certaines des obligations auxquelles sont assujettis les donneurs vivants et les professionnels des transplantations dans le cadre du traitement médical. Il joue depuis longtemps un rôle modeste mais notable en ce qui a trait à l'obtention, contre rémunération ou non, de cadavres à des fins médicales. En outre, même si les infractions de common law ont été en grande partie abolies au Canada en 1955⁵⁰⁵, l'héritage de la common law en matière pénale exerce une influence subtile mais durable sur les notions de préjudice social et de mauvais traitements à l'égard des donneurs décédés. Au-delà de leur tradition et de leur évolution historique, les principes de droit pénal peuvent nous aider à préciser la situation, au regard du droit, des nouveau-nés anencéphales et des autres donneurs potentiels qui se trouvent à la frontière entre la vie et la mort.

Dans cette optique, le *Code criminel*⁵⁰⁶ protège les droits et précise les devoirs et la responsabilité pénale dans trois domaines généraux relativement aux prélèvements et aux greffes de tissus : (1) les prélèvements sur des personnes vivantes ; (2) les prélèvements sur des personnes décédées ; (3) les critères juridiques de détermination de la mort, qui permettent de distinguer ces deux types de donneurs. Comment les dispositions du *Code criminel* sur les voies de fait⁵⁰⁷, le traitement chirurgical et médical⁵⁰⁸, les voies de fait causant des lésions corporelles⁵⁰⁹, l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence⁵¹⁰, la négligence criminelle⁵¹¹ et l'homicide⁵¹² s'appliquent-elles au don de tissus provenant de donneurs vivants et aux receveurs ? Permettent-elles un juste équilibre entre les valeurs sous-jacentes : promotion de l'autonomie de l'être humain, protection de l'intégrité du corps humain, préservation de la vie ? La Commission a déjà proposé des réformes d'un caractère général en ce qui concerne certaines de ces dispositions⁵¹³, et ces propositions s'avèrent utiles pour résoudre certaines ambiguïtés ou certains conflits apparents.

504. Voir en général, Document de travail n° 26, *op. cit.*, note 370, pp. 5-6.

505. Voir *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 8, 9.

506. *Ibid.* On trouvera à la section IV, *infra*, des observations sur les aspects pénaux des lois provinciales sur les tissus humains. Voir également DON STUART, *Canadian Criminal Law*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1987, p. 2, où il est question des par. 92(14) et (15) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, R.-U. 30 & 31 Vict., ch. 3 (autrefois désignée *Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1867), qui autorisent les provinces à infliger des amendes ou des peines d'emprisonnement en vue de l'application de lois provinciales, en raison de leur compétence en matière d'administration de la justice.

507. Voir *infra*, note 516.

508. Voir *infra*, le texte accompagnant la note 540, et les notes 560-562, *infra*.

509. Voir *infra*, le texte accompagnant les notes 516-519.

510. Voir *infra*, le texte accompagnant les notes 528-530.

511. Voir *infra*, le texte accompagnant les notes 560-564.

512. Voir le Document de travail n° 26, *op. cit.*, note 370, p. 39.

513. Voir en général, CRD, *L'omission, la négligence et la mise en danger*, Document de travail n° 46, Ottawa, la Commission, 1985 et Rapport n° 31, *op. cit.*, note 116.

S'agissant des donneurs décédés et de leur famille, quelle signification revêt de nos jours l'infraction, figurant au *Code criminel* et remontant au XVIII^e siècle, qui consiste à commettre « tout outrage, indécence ou indignité envers un cadavre humain⁵¹⁴ » ? Le fait de vendre des parties du corps constitue-t-il une indignité ? Quelle est ou quelle devrait être l'incidence de cette disposition sur les interventions pratiquées sur des personnes cérébralement mortes et maintenues en vie par des moyens mécaniques, qui constituent la source la plus importante d'organes pour les transplantations ? Il s'agit là de questions qu'on n'a jamais eu à se poser auparavant, ce qui explique sans doute qu'on s'y soit très peu intéressé dans la littérature pénale canadienne. C'est pourquoi nous les étudierons ici, tout comme la façon dont, historiquement, c'est par le truchement du droit pénal qu'on a permis à la médecine de se procurer les cadavres dont elle avait besoin.

La définition de la mort revêt bien sûr ici une grande importance. Si le donneur est en vie, les dispositions du droit pénal régissant le prélèvement d'organes sur des personnes vivantes peuvent s'appliquer. S'il est mort, ce sont les dispositions relatives aux outrages à l'égard d'un cadavre qui pourront être applicables. D'aucuns demandent que la définition de la mort soit modifiée, pour faciliter le prélèvement d'organes sur une certaine catégorie de nouveau-nés mourants ; cela oblige la Commission à réexaminer la recommandation qu'elle a faite il y a une dizaine d'années sur les critères de détermination de la mort cérébrale. Ayant passé les considérations médicales et éthiques pertinentes au crible des principes et des grandes orientations sur lesquels la Commission avait fondé sa recommandation initiale, nous sommes convaincus qu'il y a lieu de rejeter les demandes visant la modification des critères en question.

A. Donneurs vivants et receveurs

Le droit pénal assujettit à un critère fondé sur la notion de bienfaisance certaines transplantations et greffes ; c'est-à-dire que les bienfaits procurés par le don et la greffe ou la transplantation ne doivent pas être disproportionnés aux préjudices causés par ailleurs⁵¹⁵. En assujettissant au respect de ce critère les procédures touchant le consentement, le processus du don ainsi que les interventions chirurgicales, le droit pénal protège et favorise l'intégrité du corps humain, la préservation de la vie et l'autonomie de l'être humain.

(1) Droits et obligations du donneur

Le souci de l'intégrité corporelle et de la valeur de la vie se manifeste dans les obligations imposées au donneur vivant. Si les dispositions du *Code criminel* concernant

514. Voir *infra*, le texte accompagnant la note 675.

515. Voir le Document de travail n° 46, *op. cit.*, note 513, p. 6. Voir également le Rapport n° 31, *op. cit.*, note 116, p. 71.

les voies de fait⁵¹⁶ donnent effet à la règle de common law et aux principes moraux suivant lesquels toute atteinte à l'intégrité corporelle d'une personne doit être autorisée par celle-ci, d'autres considérations juridiques contribuent à préciser les règles actuelles relatives au don de tissus humains. Au Canada, par exemple, la récente condamnation au criminel, pour nuisance publique, d'une personne ayant sciemment donné du sang alors qu'elle se savait porteuse du VIH souligne le souci des autorités de protéger la vie, la santé et la sécurité des citoyens⁵¹⁷. En revanche, les dispositions du *Code criminel* interdisant à quiconque de consentir à la mort⁵¹⁸ et de mutiler une personne ou de lui causer illégalement des lésions corporelles⁵¹⁹ témoignent de la volonté de protéger l'autonomie, la santé et l'intégrité corporelle des donneurs comme des receveurs, en définissant les limites du consentement d'une personne à une atteinte à son intégrité corporelle. Les conséquences de l'interdiction de consentir à la mort sont évidentes :

[TRADUCTION]

Ce principe empêcherait donc une personne de donner par altruisme son foie ou un autre organe sans lequel elle ne peut vivre⁵²⁰.

Par ailleurs, les conséquences pratiques de l'interdiction de mutiler une personne et de lui causer illégalement des lésions corporelles se sont toujours avérées plus nébuleuses dans le contexte des interventions chirurgicales. Cette interdiction découle du crime appelé en anglais « mayhem », qui remonte au Moyen Âge et consiste dans le fait de causer l'incapacité permanente d'une personne ou son affaiblissement⁵²¹. On a pu faire valoir que la règle ne saurait être étendue aux transplantations d'organes, en raison de leurs

516. L'art. 265 du *Code criminel* énonce : « Commet des voies de fait, [...] quiconque, [...] a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement [...] ». Voir également le Rapport n° 31, *op. cit.*, note 116, pp. 70-72. Pour une affaire récente portant sur une condamnation pour voies de fait suite à des examens rectaux non autorisés pratiqués sur des déficients mentaux internés, voir *R. c. Wiens* (22 juin 1985), (C. Prov. Ont.) (décision non publiée), commentée dans Harvey SAVAGE et Carla MCKAGUE, *Mental Health Law in Canada*, Toronto, Butterworths, 1987, pp. 202-203. Cette affaire montre par ailleurs qu'en protégeant l'intégrité corporelle, les règles touchant le consentement protègent également des droits fondamentaux rattachés par exemple à la dignité humaine et à la vie privée.

517. *R. c. Thornton* (1991), 1 O.R. (3^e) 481 (C.A.). Voir aussi Tonda MACCHARLES, « Conviction Stuns AIDS Blood Donor », *The [Ottawa] Citizen* (16 juin 1989) A1 (il est question dans cet article de la possibilité de porter des accusations de négligence criminelle et de méfait public dans de telles circonstances). Voici le libellé de la disposition du *Code criminel* sur la nuisance publique (art. 180) :

Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque commet une nuisance publique, et par là, selon le cas :

- a) met en danger la vie, la sécurité ou la santé du public ;
- b) cause une lésion physique à quelqu'un.

518. *Code criminel*, art. 14 :

Nul n'a le droit de consentir à ce que la mort lui soit infligée, et un tel consentement n'atteint pas la responsabilité pénale d'une personne par qui la mort peut être infligée à celui qui a donné ce consentement.

519. Voir l'art. 269 du *Code criminel* ; *Daigle c. La Reine*, [1987] R.J.Q. 2374, 2380-2381 (C.A.) ; *R. c. Innes* (1972), 7 C.C.C. (2^e) 544 (C.A. C.-B.). Voir également le Rapport n° 31, *op. cit.*, note 116, p. 71.

520. J.K. MASON et R.A. MCCALL SMITH, *Law and Medical Ethics*, 2^e éd., Londres, Butterworths, 1987, p. 221.

521. *R. SCOTT*, *op. cit.*, note 268, p. 63 ; *R. c. Innes*, précité, note 519, 547, 548.

avantages sociaux importants⁵²². Ces avantages justifient-ils qu'une personne donne un rein à un receveur — apparenté ou non — quand on sait qu'environ vingt donneurs sont décédés suite au prélèvement d'un rein pratiqué, en vue d'une transplantation, dans des établissements reconnus⁵²³ ? D'autres prétendent que l'interdiction de tels dons serait démesurément paternaliste, qu'elle priverait certains donneurs du privilège de faire preuve d'altruisme et qu'elle s'opposerait à l'intérêt public, vu le problème de la pénurie d'organes⁵²⁴. Ces considérations donnent à penser que la nécessité publique justifie d'une manière générale la pratique en cause, la légitime et supprime tout risque d'une accusation de mutilation ou d'infliction illégale de lésions corporelles⁵²⁵. Par contre, certaines craintes ayant trait aux atteintes possibles à l'intégrité corporelle du donneur, à l'exploitation des personnes vulnérables et la vente d'organes ont entraîné des propositions visant à interdire de tels dons, sauf dans des circonstances limitées et strictement réglementées⁵²⁶. Dans la plupart des centres de transplantation, on préfère encore éviter d'avoir recours à des donneurs vivants non apparentés⁵²⁷.

Les préoccupations relatives à l'intégrité du corps humain, à la préservation de la vie et à l'équilibre entre les risques et les avantages se mêlent aux considérations juridiques relatives à l'obligation de faire un don. Existe-t-il des circonstances dans lesquelles le droit pénal impose une obligation de faire un don ? Le *Code criminel* oblige les époux ou les parents à fournir « les choses nécessaires à l'existence » à leur conjoint ou à leur enfant⁵²⁸. Le défaut, sans excuse légitime, de fournir des choses nécessaires à l'existence, comme des injections d'insuline ou des transfusions sanguines, peut donc constituer une infraction

522. Voir Note, « The Sale of Human Body Parts » (1974), 72 *Mich. L. Rev.* 1182, 1240.

523. Thomas E. STARZL, « Will Live Organ Donations No Longer Be Justified? » (1985), 15:2 *Hast. Cent. Rep.* 5.

524. Voir Martyn EVANS, « Organ Donations Should Not Be Restricted to Relatives » (1989), 15:1 *J. Med. Ethics* 17.

525. Voir J.K. MASON et R.A. McCALL SMITH, *op. cit.*, note 520, p. 221. Voir également l'art. 45 du *Code criminel*, dont il est question dans le texte accompagnant la note 540, *infra* ; Rapport n° 31, *op. cit.*, note 116.

526. Voir le *Human Organ Transplants Act 1989*, (R.-U.) 1989, ch. 31, analysé, *infra*, au ch. IV.

527. Voir LEVY et autres, « Kidney Transplantation from Unrelated Living Donors » (1986), 314:14 *N. Engl. J. Med.* 914, 915 ; M. EVANS, *loc. cit.*, note 524.

528. L'article 215 du *Code criminel* dispose notamment :

(1) Toute personne est légalement tenue :

a) en qualité de père ou mère, de parent nourricier, de tuteur ou de chef de famille, de fournir les choses nécessaires à l'existence d'un enfant de moins de seize ans ;

b) à titre de personne mariée, de fournir les choses nécessaires à l'existence de son conjoint ;

c) de fournir les choses nécessaires à l'existence d'une personne à charge, si cette personne est incapable, à la fois :

(i) par suite de détention, d'âge, de maladie, d'aliénation mentale ou pour une autre cause, de se soustraire à cette charge,

(ii) de pourvoir aux choses nécessaires à sa propre existence.

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

criminelle⁵²⁹. La Commission a étendu la portée de ces principes en faisant une proposition selon laquelle chacun serait tenu de prendre les « mesures raisonnables afin de porter assistance » à une personne qui semble « exposée à un risque immédiat de mort ou de préjudice corporel grave⁵³⁰ ». Une telle obligation figure dans les codes pénaux de la Belgique, de la France, de la Grèce et du Vermont ; elle vise certaines situations classiques, comme celle où une personne, manifestement en train de se noyer, ne reçoit aucune aide ni assistance de compagnons qui seraient en mesure de l'aider sans mettre en péril leur propre sécurité⁵³¹. Il n'y a cependant pas d'obligation lorsque le sauvetage entraîne des risques de préjudice grave pour le sauveteur potentiel ou lorsque ce dernier a d'autres raisons valables de s'abstenir⁵³².

L'application de ces principes au don de tissus humains amènerait sans doute à conclure que le don d'organes est rarement exigé par la loi, qu'il ne l'est peut-être même jamais. Il n'existe dans la jurisprudence canadienne publiée aucune décision portant spécifiquement sur cette obligation. Cinq décisions nord-américaines relatives au don de moelle osseuse, qui ne relèvent pas du droit pénal, font bien ressortir la complexité du problème. Dans l'une de ces affaires, un homme souffrant d'anémie aplastique demandait au tribunal d'ordonner à son cousin germain, le seul donneur compatible qu'on avait pu trouver, à donner de sa moelle osseuse. Sans la transplantation, le malade n'avait pas beaucoup de chances de s'en tirer. Or le tribunal, malgré l'urgence de la situation, a refusé de rendre une telle ordonnance pour le motif que le fait de prélever des tissus sur le cousin contre

-
- a) à l'égard d'une obligation imposée par l'alinéa (1)a) ou b) :
 - (i) ou bien la personne envers laquelle l'obligation doit être remplie se trouve dans le dénuement ou dans le besoin,
 - (ii) ou bien l'omission de remplir l'obligation met en danger la vie de la personne envers laquelle cette obligation doit être remplie, ou expose, ou est de nature à exposer, à un péril permanent la santé de cette personne ;
 - b) à l'égard d'une obligation imposée par l'alinéa (1)c), l'omission de remplir l'obligation met en danger la vie de la personne envers laquelle cette obligation doit être remplie, ou cause, ou est de nature à causer, un tort permanent à la santé de cette personne.
- (3) Quiconque commet une infraction visée au paragraphe (2) est coupable :
- a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans ;
 - b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.
- [Mis en italiques par nos soins].

529. Comparer *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392 (des parents qui, pour des motifs religieux, refusent délibérément de donner des injections d'insuline à leur enfant diabétique de 5 ans peuvent être accusés de négligence criminelle ayant causé la mort, pour avoir négligé sans excuse légitime de fournir les choses nécessaires à l'existence) et *R. c. Cyrenne* (1981), 62 C.C.C. (2^e) 238 (C. distr. Ont.) (le tribunal a conclu que les parents n'étaient pas coupables de négligence criminelle, car on n'avait pas établi hors de tout doute raisonnable que la mort avait été causée par l'absence de transfusion sanguine). Voir également *R. c. Lewis*, *infra*, note 909.
530. Voir Rapport n° 31, *op. cit.*, note 116, p. 77, par. 10(2) (« a) Règle générale. Commet un crime quiconque, s'apercevant qu'une autre personne est exposée à un risque immédiat de mort ou de préjudice corporel grave, ne prend pas des mesures raisonnables afin de lui porter assistance. b) Exception. L'alinéa 10(2)a) ne s'applique pas lorsque la personne ne peut pas intervenir sans risque de mort ou de préjudice corporel grave pour elle-même ou pour autrui, ou lorsqu'elle a une autre raison valable de ne pas intervenir. »). Voir également, Document de travail n° 46, *op. cit.*, note 513, pp. 18-22.
531. *Ibid.* Voir également Clare Elaine RADCLIFFE, « A Duty to Rescue: The Good, the Bad and the Indifferent — The Bystanders' Dilemma » (1986), 13 *Pepperdine L. Rev.* 387. Thomas C. GREY, *The Legal Enforcement of Morality*, New York, Alfred A. Knopf, 1983, pp. 157-197.
532. Rapport n° 31, *op. cit.*, note 116, p. 77.

son gré constituerait une atteinte à l'autonomie de sa volonté et à son intégrité corporelle⁵³³. Le patient est décédé peu de temps après. Cette affaire semble avoir été tranchée en fonction de l'autonomie de l'être humain, mais les risques associés à la transplantation de la moelle osseuse⁵³⁴ pourraient être perçus comme un « risque de préjudice grave » ou pourraient constituer par ailleurs une excuse légitime suffisante pour soustraire une personne à l'obligation du don. Dans le cas de tissus dont le prélèvement entraîne une atteinte moins grave à l'intégrité corporelle et des risques médicaux moins grands pour le donneur, les préoccupations relatives au risque de préjudice grave semblent toutefois moins convaincantes.

Quatre autres affaires soulèvent la question de savoir ce qui peut être visé par l'obligation de prendre des mesures raisonnables, indépendamment du don de moelle en tant que tel. Récemment, un tribunal américain a rejeté une requête par laquelle on lui demandait d'ordonner que des jumeaux âgés de trois ans se soumettent à des analyses en vue d'un éventuel don de moelle osseuse à un demi-frère⁵³⁵. Le tribunal avait été saisi de l'affaire parce que les parents des jumeaux, qui étaient séparés (la mère ayant la garde) n'étaient pas d'accord sur l'opportunité de faire subir aux enfants les analyses de sang qui permettraient de savoir si l'on pouvait envisager une greffe de moelle osseuse à leur demi-frère mourant âgé de treize ans, qu'ils n'avaient jamais vu. Dans une affaire antérieure, un cancéreux voulait forcer un centre de transplantation à lui communiquer certains renseignements et à prendre les mesures nécessaires afin de prélever la moelle de M^{me} X, qui semblait compatible avec la sienne⁵³⁶. Le tribunal a refusé d'accéder à cette requête. Il a conclu que les renseignements contenus dans l'ordinateur du centre constituaient des dossiers médicaux confidentiels auxquels le malade en question n'avait aucun droit d'accès

533. *McFall c. Shimp*, 10 Pa. D. & C. 3d 90 (Allegheny Cnty Ct 1978) ; Case Comment, « Coerced Donation of Body Tissues: Can We Live with *McFall v. Shimp* » (1979), 40 *Ohio St. L.J.* 409 ; Alan MEISEL et Loren H. ROTH, « Must A Man Be His Cousin's Keeper? » (1978), 8:5 *Hast. Cent. Rep.* 5. Voir *supra*, ch. II, section III.

534. Les risques associés à la transplantation de la moelle osseuse ont récemment été résumés ainsi :

[TRADUCTION]

Le prélèvement exige une hospitalisation. Il se fait sous rachianesthésie ou sous anesthésie générale, avec peu de morbidité sinon une douleur légère ou sévère pendant plusieurs jours à l'endroit où l'aspiration a été faite. Des complications mettant la vie en danger ne sont survenues que dans 9 des 3 290 interventions signalées, soit un taux de 0,027 %. Parmi ces complications, on peut citer les suivantes : arrêt non fatal des fonctions cardiaques, embolie pulmonaire, pneumonie découlant de l'aspiration, tachycardie ventriculaire, infarctus cérébral. On a signalé la mort d'un donneur résultant d'un arrêt cardiaque survenu durant la mise sous anesthésie générale. Le don de moelle osseuse a aussi eu, à l'occasion, d'autres conséquences fâcheuses : hémorragie nécessitant des transfusions sanguines, un cas de bris de l'aiguille d'aspiration, ayant nécessité une intervention chirurgicale, et quelques épisodes d'hypotension, d'arythmie auriculaire et de laryngospasmes.

U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, PUBLIC HEALTH SERVICE, NATIONAL CENTER FOR HEALTH SERVICES RESEARCH and HEALTH CARE TECHNOLOGY ASSESSMENT, *Reassessment of Autologous Bone Marrow Transplantation*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1988, p. 2.

535. *Curran c. Bosze*, 566 N.E. 2d 1319 (Ill. 1990).

536. *Head c. Coloton*, 331 N.W. 2d 870 (Iowa 1983) ; « Mrs. X and the Bone Marrow Transplant » (1983), 13:1 *Hast. Cent. Rep.* 17.

particulier⁵³⁷. Dans d'autres affaires où des personnes atteintes de leucémie voulaient se faire donner l'accès à des dossiers confidentiels, les tribunaux ont tantôt accueilli, tantôt rejeté la demande. Un tribunal du Québec a fait droit à la requête d'un enfant qui voulait consulter des registres d'adoption confidentiels simplement pour déterminer si ses parents biologiques étaient des donneurs potentiels de moelle osseuse⁵³⁸. Une requête similaire a par contre été rejetée par un tribunal américain⁵³⁹.

D'aucuns jugeront impitoyables les décisions rendues dans la plupart de ces affaires. Les lois en vigueur là où les tribunaux ont rejeté la requête ne reconnaissent pas, en général, l'existence d'une obligation de porter secours. Ces décisions, à tout le moins, contribuent à montrer que, outre les préoccupations relatives à l'intégrité physique des donneurs potentiels, les principes du respect de la vie privée et de la confidentialité doivent être pris en compte lorsqu'on s'interroge sur l'existence d'une quelconque obligation de don. Dans les États où l'on souhaite imposer une obligation raisonnable de secours tout en respectant la confidentialité, on pourrait, comme l'a fait le tribunal québécois, exiger que des tentatives soient faites pour entrer en contact avec des donneurs potentiels, étant toutefois entendu que l'identité des personnes en cause ne doit pas être révélée.

(2) Préjudice et bienfait raisonnable

De façon générale, le *Code criminel* protège de la responsabilité pénale le médecin qui effectue une transplantation d'organe présentant un avantage raisonnable pour le patient :

Toute personne est à l'abri de responsabilité pénale lorsqu'elle pratique sur une autre, pour le bien de cette dernière, une opération chirurgicale si, à la fois :

- a) l'opération est pratiquée avec des soins et une habileté raisonnables ;
- b) *il est raisonnable* de pratiquer l'opération, étant donné l'état de santé de la personne au moment de l'opération et toutes les autres circonstances de l'espèce⁵⁴⁰.

Comment est-il possible de concilier la disposition portant que la transplantation chirurgicale doit être pratiquée pour le bien du patient, et le fait que le don de sang, de moelle osseuse ou d'un rein n'apporte aucun avantage physique au donneur ? Premièrement, la disposition s'applique aux opérations chirurgicales, et ne semble donc pas viser le don de sang ou de substances semblables qui est, en général, considéré comme un acte médical. Deuxièmement, si la disposition peut de prime abord sembler exclure les transplantations de tissus et d'organes entre les membres d'une même famille, un certain nombre d'approches ont été proposées pour résoudre cette difficulté.

L'une de ces approches consiste à interpréter largement l'expression « le bien du patient », de manière à y englober les bienfaits psychologiques qu'est présumé recevoir le donneur dans le cas d'une transplantation d'organes effectuée pour soigner un membre

537. *Head c. Colloton*, précité, note 536.

538. *Droit de la famille* — 140, [1984] 2 R.J.Q. 2049 (T.J.).

539. *Application of George*, 630 S.W. 2d 614 (Mo. App. 1982).

540. *Code criminel*, art. 45 [mis en italiques par nos soins].

de sa famille⁵⁴¹. L'application de cette théorie, cependant, pourrait être limitée dans les cas où les présumés bienfaits psychologiques semblent moindres, par exemple lorsque le don est fait en faveur de personnes qui ne sont pas apparentées au donneur. Des auteurs remettent en outre en question la validité de cette théorie elle-même⁵⁴². Une autre approche consiste à présumer l'existence d'un bienfait pour le donneur lorsqu'il a donné son consentement⁵⁴³. On estime alors que le *Code criminel* est fondé sur le principe de la protection des personnes, et qu'il est raisonnable de présumer que celui qui donne son consentement veille à sa propre protection et recherche son propre bien⁵⁴⁴. La Commission de réforme du droit a adopté ce point de vue⁵⁴⁵, estimant que les dispositions du *Code criminel* où sont définis des crimes contre l'intégrité corporelle⁵⁴⁶ ne devraient pas être applicables au prélèvement de tissus et d'organes effectué après l'obtention d'un consentement éclairé, pourvu que les risques soient proportionnés aux avantages espérés. Comme on ne semble pas avoir prévu au Code les cas où de tels prélèvements sont effectués pour le bien d'une autre personne, il serait opportun de faire les modifications législatives appropriées⁵⁴⁷. L'obligation pour le médecin d'informer l'intéressé des risques serait d'autant plus grande, du point de vue de la validité du consentement, que les bienfaits tirés par lui tendent à être de nature non thérapeutique⁵⁴⁸.

Ni l'une ni l'autre de ces approches n'offre une solution évidente en ce qui a trait aux problèmes complexes que suscite le don d'organe fait par des mineurs et des personnes atteintes de déficience mentale⁵⁴⁹. Le cas du mineur ayant la faculté⁵⁵⁰ de comprendre et d'apprécier les risques, les bienfaits et les conséquences du don d'un organe à son frère ou à sa sœur semble assimilable à celui d'un adulte placé dans les mêmes circonstances. Parce qu'elle comporte de profondes conséquences émotionnelles, la décision de donner ou de refuser son consentement est délicate et douloureuse même pour un adulte⁵⁵¹.

541. Voir, *supra*, les décisions commentées à la section II.B, ch. II. Voir également le Document de travail n° 26, *op. cit.*, note 370, p. 66.

542. Voir par exemple, Margaret A. SOMERVILLE, « Medical Interventions and the Criminal Law: Lawful or Excusable Wounding » (1980-1981), 26 *R.D. McGill* 82, 88, n. 16.

543. Voir *id.*, 92. Voir également Bernard STARKMAN, « A Defence to Criminal Responsibility for Performing Surgical Operations: Section 45 of the *Criminal Code* » (1980-1981), 26 *R.D. McGill* 1048.

544. Document de travail n° 26, *op. cit.*, note 370, pp. 67-68.

545. Voir Rapport n° 31, *op. cit.*, note 116, p. 72 et Document de travail n° 61, *op. cit.*, note 295. Voir également CRMC, *op. cit.*, note 118, pp. 13, 21.

546. Voir *supra*, section II.A(1).

547. Voir Document de travail n° 61, *op. cit.*, note 295, p. 39 ; Rapport n° 31, *op. cit.*, note 116, p. 72.

548. Voir *Halushka*, précité, note 376.

549. Voir en général Bernard STARKMAN, « *Inter Vivos* Transplantation: The Child and Dependent Adult as Donors » (1985), 17:6 (Suppl. 4) *Transplant. Proc.* 40.

550. Le problème de la capacité des mineurs de prendre une telle décision est traité dans Margaret A. SOMERVILLE, « Refusal of Medical Treatment in "Captive" Circumstances » (1985), 63 *R. du B. can.* 59.

551. Voir John E. THOMAS, « Am I My Brother's Keeper? » (oct. 1987), *Can. Doctor* GP8. On trouvera des considérations générales sur cette question dans George THOMSON, « Minors and Medical Consent » (1981), 2:4 *Health L. Can.* ; W.F. BOWKER, *loc. cit.*, note 378, 969.

Dans le cas des donneurs potentiels que l'on juge incapables de donner un consentement et donc de veiller à leur propre protection, les « bienfaits » nets du don peuvent justifier la transplantation dans des circonstances exceptionnelles, pour des motifs tenant à la nécessité⁵⁵². À l'aune des principes éthiques de la bienfaisance et de la non-malfaisance⁵⁵³, les dons d'organe qui ne comportent aucun risque grave tout en étant susceptibles d'apporter des bienfaits psychologiques au donneur et de sauver la vie du receveur, pourraient être justifiables. Le principe de bienfaisance, qui exige que le risque de préjudice ne soit pas hors de proportion avec les bienfaits espérés, est davantage susceptible d'être respecté si l'on accepte seulement les dons entre membres d'une même famille. Ainsi, le don de moelle osseuse d'un enfant mineur à son frère pourrait être jugé conforme à la fois à l'éthique, à l'ordre public et à la loi⁵⁵⁴. Toutefois, plus l'atteinte à l'intégrité corporelle, l'irréversibilité et les risques associés au prélèvement sont élevés — on peut citer le cas des transplantations rénales —, plus augmentent les préoccupations relatives à l'intégrité physique du donneur, qui qu'il soit. Si l'on tient à ce que les donneurs dépourvus de la capacité de consentir soient protégés contre les risques de préjudice et à ce que leur vulnérabilité particulière ne soit pas exploitée, il serait sans doute préférable d'envisager le don seulement après qu'ont été épuisées toutes les autres solutions médicales raisonnables, et uniquement si l'on a obtenu le consentement du tuteur. Pour respecter pleinement la volonté des donneurs potentiels, il y aurait lieu de chercher à obtenir leur consentement et à respecter un éventuel refus. Ces considérations ont incité des organismes étrangers, notamment la Commission de réforme du droit de l'Australie⁵⁵⁵ et le Conseil de l'Europe⁵⁵⁶, à ne permettre les dons d'organes de personnes incapables que dans des circonstances bien précises, semblables à celles qui viennent d'être évoquées. Par ailleurs,

552. Voir Rapport n° 31, *op. cit.*, note 116, p. 72 ; Document de travail n° 26, *op. cit.*, note 370, pp. 68-69.

553. Voir *supra*, note 283 et *infra*, section II.B.

554. Voir, par exemple, *Cayouette et Mathieu*, précité, note 380. Même s'il n'y avait dans cette affaire aucun aspect pénal, la décision donne à entendre que les transplantations dont le donneur ne retire aucun bienfait sur le plan physique peuvent néanmoins être conformes à l'ordre public et au droit pénal, ainsi qu'aux principes éthiques de la nécessité et de la bienfaisance. Voir Document de travail n° 26, *op. cit.*, note 370, p. 66.

555. Voir COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DE L'AUSTRALIE, *infra*, note 1010, pp. 50-51 (la commission a recommandé : (1) que le don de tissus susceptibles de régénération fait par un mineur soit tenu pour légal, pourvu que le mineur soit sain d'esprit, qu'il consente au don, que le père ou la mère y consente et qu'on obtienne une opinion médicale indépendante ; (2) que le don de tissus non susceptibles de régénération soit généralement interdit, sauf lorsque les conditions suivantes sont remplies : le donneur et le receveur sont membres de la même famille, une opinion médicale indépendante a été obtenue sur la nature et les conséquences du don et de la transplantation, les parents ont consenti par écrit, le donneur a des capacités intellectuelles suffisantes et consent au don, auquel consent également de manière unanime un comité indépendant ; (3) qu'il soit illégal de prélever des tissus sur les personnes atteintes de déficience mentale.).

556. Voir CONSEIL DE L'EUROPE, Texte final, *infra*, note 965, p. 276 (on a recommandé l'adoption d'une règle générale interdisant les prélèvements sur une personne « frappée d'incapacité juridique », deux exceptions étant prévues : (1) le prélèvement concerne des tissus susceptibles de régénération, il est justifié sur le plan thérapeutique pour le receveur, le représentant juridique y consent, ainsi que le donneur lui-même s'il en a la capacité (art. 10) ; (2) le prélèvement d'un rein, lorsque les conditions suivantes sont remplies : il n'est pas « possible » de recourir à la dialyse et aucun rein prélevé sur un donneur décédé n'est « disponible » ; le donneur et le receveur sont « étroitement apparentés génétiquement » ; le représentant légal du donneur et les autorités compétentes y consentent, ainsi que le donneur lui-même s'il a la capacité de le faire (art. 8 et 10). Cette recommandation s'oppose d'une manière générale au prélèvement lorsqu'il « présente un risque sérieux et prévisible pour la vie, la santé ou l'activité fonctionnelle du donneur » (art. 13)).

la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada a, plus récemment, recommandé pour sa part qu'une « évaluation indépendante » soit exigée dans le cas de tout don de tissus non susceptibles de régénération, et de tout don de tissus fait par des personnes âgés de moins de seize ans⁵⁵⁷. La recommandation de la Commission de réforme du droit du Canada selon laquelle les décisions relatives à ces interventions doivent être prises en fonction des circonstances de chaque cas particulier semblerait conforme à la solution retenue par la Conférence⁵⁵⁸. Même lorsque le don d'un rein par un mineur incapable semble se justifier du point de vue éthique par la règle de la bienfaisance et que toute poursuite pénale est exclue à cause de l'argument de la nécessité, certaines préoccupations récemment exprimées par la Cour suprême du Canada jettent un autre éclairage sur la question de savoir si des interventions médicales portant irréversiblement atteinte à l'intégrité corporelle d'une personne au profit d'une autre sont légalement justifiées⁵⁵⁹.

(3) Compétence médicale

Enfin, le droit pénal protège l'intégrité corporelle des donneurs et des receveurs en exigeant que les professionnels de la santé qui effectuent les transplantations et les actes médicaux connexes aient les connaissances et la compétence requises, et y mettent tout le soin voulu⁵⁶⁰. En outre, les interventions chirurgicales ou médicales ne doivent pas être pratiquées avec une « insouciance déréglée ou téméraire » à l'égard de la santé ou de la sécurité⁵⁶¹. Le fait de passer outre à ces exigences expose en théorie le médecin à des accusations de négligence criminelle lorsque cette négligence entraîne des lésions corporelles ou la mort.

En pratique toutefois, une faute professionnelle n'entraîne que rarement la responsabilité pénale des professionnels de la santé⁵⁶². Dans la plupart des cas, le patient lésé

557. Voir le texte accompagnant la note 834, *infra*.

558. Voir Document de travail n° 26, *op. cit.*, note 370, pp. 68-69. Voir également *Loi uniforme sur le don de tissus humains* (1989), art. 6 et 7, commentés *infra*, note 833 et suiv. Ces dispositions prévoient ce qui suit : (1) une personne âgée de moins de 16 ans ne peut faire un don que si les résultats d'une évaluation indépendante indiquent qu'il y a lieu d'y procéder (par. 6(4)) ; (2) les tissus prélevés sont susceptibles de régénération (par. 6(1)) ; (3) le mineur comprend la nature et les effets de la transplantation — une exception est établie pour le don de moelle osseuse à un frère ou une sœur biologique mineur, auquel peut consentir le tuteur légal au nom du mineur.

559. Voir la décision *Eve*, commentée dans le texte accompagnant la note 362, *supra*.

560. Article 266 du *Code criminel* :

Quiconque entreprend d'administrer un traitement chirurgical ou médical à une autre personne ou d'accomplir un autre acte légitime qui peut mettre en danger la vie d'une autre personne est, sauf dans les cas de nécessité, légalement tenu d'apporter, en ce faisant, une connaissance, une habileté et des soins raisonnables.

Voir également l'art. 45, cité dans le texte qui accompagne la note 540, *supra*.

561. *Id.*, art. 219, 220.

562. Document de travail n° 26, *op. cit.*, note 370, pp. 1, 55. Voir également Ellen I. PICARD, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada*, 1^{re} éd., Toronto, Carswell, 1978, pp. 298, 300. Comparer *Wiens*, précité, note 516 et *R. c. Sullivan*, [1991] 1 R.C.S. 489 (acquiescement d'une sage-femme accusée de négligence criminelle).

engage des poursuites au civil contre l'hôpital ou le médecin⁵⁶³. Dans les rares cas où la faute médicale donne ouverture à des poursuites pénales, la conduite est jugée selon une norme qui diffère de celle applicable aux litiges civils. Généralement, la négligence criminelle exige un « écart marqué⁵⁶⁴ » par rapport à la norme générale de la diligence raisonnable. Il pourrait s'agir, en théorie, d'écarts marqués par rapport aux pratiques médicales jugées acceptables pour déterminer la mort cérébrale⁵⁶⁵ et à d'autres aspects du processus de la transplantation.

B. Donneurs vivants ou décédés : les nouveau-nés anencéphales

En 1981, la Commission de réforme du droit du Canada proposait l'application du critère de la « cessation irréversible de l'ensemble [des] fonctions cérébrales » pour la détermination de la mort, pour toutes les fins qui sont de la compétence du Parlement du Canada, et notamment pour l'application du *Code criminel*⁵⁶⁶. L'évolution des dernières années a poussé certaines personnes à réclamer que l'on apporte des modifications à ce critère, ou que l'on exclue de son application certains patients nés dans un état « incompatible avec la vie », à savoir les nouveau-nés anencéphales. La proposition met en cause, sous deux aspects généraux, la politique pénale et les principes qui la concrétisent. Premièrement, si le nouveau-né anencéphale n'est pas décédé, diverses dispositions de droit pénal s'appliquent, qui ont trait aux donateurs vivants et aux receveurs — obligation d'administrer un traitement médical, devoir de fournir les choses nécessaires à l'existence, négligence criminelle, fait de hâter la mort, homicide, etc.⁵⁶⁷. Si les anencéphales nés

563. Voir en général E.I. PICARD, *op. cit.*, note 364.

564. Rapport n° 31, *op. cit.*, note 116, p. 27. La Cour suprême du Canada reste divisée sur la question de savoir si la négligence criminelle devrait être déterminée au regard d'une norme objective (personne raisonnable) ou d'une norme plus subjective. Voir *R. c. Waite*, [1989] 1 R.C.S. 1436. Voir également *Tutton*, précité, note 529. Voir en général D. STUART, *op. cit.*, note 506, pp. 183-198.

565. Voir *People c. Eulo*, 472 N.E. 2d 286, 297 (N.Y. 1984) ([TRADUCTION] « Toutefois, si les déclarations de décès étaient prématurées en raison d'une négligence grave des médecins ou d'une faute intentionnelle de leur part, consistant dans un écart sérieux par rapport aux pratiques médicales acceptées ou dans l'inobservation des critères applicables en droit pour la détermination de la mort, les interventions médicales pratiquées [...] deviendraient la cause du décès en droit »). Comparer *R. c. Kitching* (1976), 32 C.C.C. (2^e) 159 (C.A. Man.) (le tribunal a adapté la définition de la mort cérébrale, en concluant que le prélèvement d'organes sur un patient cérébralement mort, qui avait subi des voies de fait criminelles, n'avait pas été la cause du décès).

566. Rapport n° 15, *op. cit.*, note 1, pp. 27-28. (« Pour toutes les fins qui sont de la compétence du Parlement du Canada : (1) une personne décède au moment où elle subit une cessation irréversible de l'ensemble de ses fonctions cérébrales. (2) la cessation irréversible des fonctions cérébrales peut être constatée à partir de l'absence prolongée de fonctions circulatoire et respiratoire spontanées. (3) lorsque l'utilisation de mécanismes de soutien rend impossible la constatation de l'absence prolongée des fonctions circulatoire et respiratoire spontanées, la cessation irréversible des fonctions cérébrales peut être constatée par tout moyen reconnu par les normes de la pratique médicale courante. »). Pour des observations concernant l'application de ce critère par rapport au *Code criminel*, voir *id.*, p. 26. Voir également *Kitching*, précité, note 565.

567. Pour des observations concernant les dispositions du *Code criminel* applicables aux donateurs (vivants) et aux receveurs d'organes, voir *supra*, le texte accompagnant la note 516.

vivants ne satisfont pas aux critères de détermination de la mort⁵⁶⁸, un problème de politique pénale se pose. Faut-il modifier la définition de la mort, pour tenir compte du cas de ces enfants presque entièrement privés, à leur naissance, de la partie supérieure de l'encéphale, qui meurent généralement dans les soixante-douze heures ? Ou faut-il les exclure de l'application de cette définition et permettre aux médecins de transplanter leurs organes dans le corps de malades qui auront ainsi une chance d'être sauvés ? Si le problème se pose, c'est en raison, d'une part, du fait que la médecine a besoin d'organes prélevés sur des nouveau-nés et, d'autre part, de l'impuissance de la science médicale face au nouveau-né anencéphale.

L'anencéphalie — le terme signifie littéralement « ne possédant pas d'encéphale⁵⁶⁹ » — désigne une malformation congénitale caractérisée par l'absence d'encéphale, de voûte crânienne et du cuir chevelu⁵⁷⁰. Cette anomalie, dont les causes demeurent inconnues⁵⁷¹, toucherait un nouveau-né sur 3 226 ; entre quarante et soixante pour cent des anencéphales naissent vivants⁵⁷². Ces derniers ne survivent normalement que quelques heures ou quelques jours ; un tout petit nombre survivent quelques semaines, voire quelques mois⁵⁷³. Il semble qu'environ cinquante nouveau-nés meurent chaque année au Canada des suites de l'anencéphalie et d'autres anomalies semblables⁵⁷⁴ ; les États-Unis enregistrent entre trois cents et six cents décès par an⁵⁷⁵. Un meilleur dépistage prénatal pourrait diminuer le nombre de nouveau-nés anencéphales⁵⁷⁶. On estime aux États-Unis que la médecine aurait besoin tous les ans de quelque cinq cents foies et mille deux cents cœurs de nouveau-nés⁵⁷⁷ ; pour le Canada, cela pourrait signifier une demande de cinquante à soixante foies et de quelque cent vingt cœurs⁵⁷⁸.

L'impuissance de la médecine devant l'anencéphalie, le désir des parents de donner un sens à la tragédie qui les frappe et le besoin d'organes ont entraîné certaines propositions et certaines mesures visant à faciliter le prélèvement d'organes sur des anencéphales vivants. Certaines de ces initiatives semblent avoir été une réussite du point de vue médical :

568. Des certificats de décès sont généralement établis pour ces enfants, ce qui semble indiquer qu'on les tient pour nés « vivants ».

569. *Nouveau Larousse médical*, édition revue et corrigée, Paris, Librairie Larousse, 1986, p. 62.

570. THE MEDICAL TASK FORCE ON ANENCEPHALY, « The Infant with Anencephaly » (1990), 322:10 *N. Engl. J. Med.* 669 [ci-après désigné MTFA].

571. Voir Jack A. PRITCHARD, Paul C. MACDONALD et Norman F. GANT, *Williams Obstetrics*, 17^e éd., Norwalk (Conn.), Appleton-Century Crofts, 1985, p. 802.

572. Jeffrey R. BOTKIN, « Anencephalic Infants as Organ Donors » (1988), 82:2 *Pediatrics* 250, 251.

573. Voir STATISTIQUE CANADA, *Mortalité, liste sommaire des causes, la statistique de l'état civil, volume III*, Ottawa, Statistique Canada, 1984-1988, n° 84-206 pour les années 1981-1986 (on y signale que quelques nouveau-nés anencéphales ont survécu de un à dix mois après la naissance).

574. *Ibid.* Le nombre de décès imputables à l'anencéphalie ou autres conditions semblables » (répertoire international n° 740) signalés pour les années 1981 à 1986 est le suivant : 1986-52 ; 1985-66 ; 1984-52 ; 1983-78 ; 1982-76 ; 1981-87.

575. J.R. BOTKIN, *loc. cit.*, note 572, 251. Voir également D. Alan SHEWMON et autres, « The Use of Anencephalic Infants as Organ Sources — A Critique » (1989), 261:12 *JAMA* 1773, 1774.

576. J.R. BOTKIN, *loc. cit.*, note 572, 255.

577. *Ibid.*

578. À supposer que les besoins canadiens équivalent à 10 % des besoins américains.

[TRADUCTION]

Bébé Gabrielle, née au Canada et ensuite transférée au Centre médical universitaire Loma Linda, en Californie, était anencéphale. Lorsque les parents ont appris l'état de leur fille et les conséquences dévastatrices de l'anencéphalie, [...] ils ont dû se résoudre au fait inexorable que, dès sa naissance, elle serait engagée dans le processus d'une mort imminente [...]

Dans l'espoir que leur fille « touche d'autres personnes et contribue à la vie d'une façon quelconque », les parents de bébé Gabrielle ont pris les mesures nécessaires afin que ses organes soient donnés à des bébés à qui il fallait de toute urgence transplanter des organes sains. Un de ces enfants était bébé Paul Holc, atteint du syndrome de l'hypoplasie du cœur gauche. Bébé Paul a reçu le cœur de Gabrielle ; un mois après la transplantation, il est sorti de Loma Linda, et il profite d'une deuxième chance de mener une vie saine et productive⁵⁷⁹.

D'autres initiatives médicales n'ont pas donné d'aussi bons résultats⁵⁸⁰.

En pratique, quatre solutions au moins sont envisageables en ce qui a trait au prélèvement de tissus et d'organes sur des nouveau-nés anencéphales. Chacune soulève des difficultés ressortissant au droit pénal et à l'éthique :

- (1) Donner les soins normaux : Donner au nouveau-né, jusqu'à son dernier souffle, les soins normaux et veiller à ce qu'il souffre le moins possible, ce qui diminue la possibilité de prélever des organes viables, mais n'empêche pas le don de tissus⁵⁸¹.
- (2) Présumer la mort cérébrale : Considérer que le nouveau-né anencéphale est en état de mort cérébrale⁵⁸², qu'il était mort au moment de sa naissance⁵⁸³, qu'il est privé d'encéphale⁵⁸⁴ ou qu'il est mort-né⁵⁸⁵, pour l'exclure de l'application du critère traditionnel de la détermination de la mort (cessation des fonctions cardiaques et respiratoires), ou du critère plus récent consistant dans la notion de mort cérébrale,

579. Andrea K. SCOTT, « Death Unto Life: Anencephalic Infants as Organ Donors? » (1988), 74 *Va. L. Rev.* 1527, 1528. Voir également T.C. FREWEN et autres, « Anencephalic Infants and Organ Donation: The Children's Hospital of Western Ontario Experience » (1990), 22:3 *Transplant. Proc.* 1033 ; George J. ANNAS, « From Canada with Love: Anencephalic Newborns as Organ Donors » (1987), 17:6 *Hast. Cent. Rep.* 36.

580. Voir Joyce L. PEABODY, Janet R. EMERY et Stephen ASHWAL, « Experience with Anencephalic Infants as Prospective Organ Donors » (1989), 321:6 *N. Engl. J. Med.* 344 (l'Université Loma Linda conclut qu'il n'est habituellement pas possible, vu les restrictions du droit actuel, de prélever des organes solides en vue de transplantations). Voir également « Anencephalic Organ Donor Program Suspended: Loma Linda Report Expected to Detail Findings » (1988), 260:12 *JAMA* 1671.

581. D.A. SHEWMON et autres, *loc. cit.*, note 575, 1778.

582. Voir CONFERENCE OF MEDICAL COLLEGES (Grande-Bretagne), « The Working Party on Organ Transplantation in Neonates » (1988), 14:3 *J. Med. Ethics* 164 ([TRADUCTION] « Chez l'adulte, la mort cérébrale et l'apnée sont considérés comme des signes de la mort. Le groupe de travail est d'avis, par analogie, que chez ces nouveau-nés, l'absence d'encéphale et l'apnée seraient également considérés comme des signes de la mort. »).

583. A.K. SCOTT, *loc. cit.*, note 579, 1565. Voir également Jay A. FRIEDMAN, « Taking the Camel by the Nose: The Anencephalic as a Source for Pediatric Organ Transplants » (1990), 90 *Colum. L. Rev.* 917.

584. Michael R. HARRISON, « The Anencephalic Newborn as Organ Donor » (1986), 16:2 *Hast. Cent. Rep.* 21.

585. Voir Bernard M. DICKENS, « The Infant as Donor: Legal Issues » (1988), 20:4 (Suppl. 5) *Transplant. Proc.* 50, 52.

et ainsi permettre aux médecins de pratiquer une gamme plus étendue d'interventions médicales susceptibles d'augmenter le nombre d'organes viables prélevés à des fins de transplantation.

(3) Élaborer des protocoles médicaux : Se conformer au critère de la mort cérébrale et élaborer des protocoles de refroidissement médical⁵⁸⁶ ou de respiration assistée⁵⁸⁷, en vue de maximiser les chances de succès des prélèvements d'organes.

(4) Instituer une catégorie spéciale : Considérer les enfants anencéphales vivants comme une « catégorie spéciale » d'êtres, à savoir des non-personnes qui méritent un traitement spécial.

La première et la troisième solution concernent d'une manière générale les pratiques médicales. Les difficultés d'ordre juridique qu'elles soulèvent ne sont pas négligeables, mais beaucoup d'entre elles peuvent être examinées dans le cadre des propositions portant sur la mort cérébrale et l'établissement d'une catégorie spéciale.

(1) Nouvelle définition de la mort cérébrale

Ceux qui proposent que les anencéphales nés vivants soient considérés comme en état de mort cérébrale, privés d'encéphale ou morts-nés, ou qui souhaitent les exclure de l'application du critère de la mort cérébrale, se trouvent jusqu'à un certain point à remettre en question ce critère. On est alors forcément amené à modifier ou à réaffirmer l'objet et le rôle de celui-ci, de même que les principes qui le sous-tendent.

Vingt ans se sont écoulés depuis qu'un comité a proposé, pour la première fois en Amérique du Nord, qu'on abandonne la définition traditionnelle de la mort — cessation des fonctions cardiaque et respiratoire —, pour recourir plutôt au critère de la cessation irréversible de toutes les fonctions cérébrales⁵⁸⁸. Cette nouvelle définition, à l'instar de l'ancienne, était fondée sur la technologie et les besoins médicaux de l'époque. Les appareils assurant mécaniquement la respiration et la circulation en étaient venus à être d'utilisation courante en médecine, au même titre que le stéthoscope. Mais une question se posait dès lors : si un patient pouvait être maintenu « en vie » à l'aide d'un respirateur mécanique pendant une période indéfinie, sans manifester quelque réaction ni quelque activité cérébrale, quelle était donc sa situation sur le plan juridique ? Suivant les définitions traditionnelles de la vie et de la mort, le droit comme la médecine tendaient à considérer qu'il était en vie, malgré l'absence de respiration et de circulation spontanées.

586. A. KANTROWITZ et autres, « Transplantation of the Heart in an Infant and an Adult » (1968), 22:6 *Am. J. Cardiology* 782.

587. Voir J.L. PEABODY et autres, *loc. cit.*, note 580.

588. AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL TO EXAMINE THE DEFINITION OF BRAIN DEATH, « A Definition of Irreversible Coma » (1968), 205:6 *JAMA* 337.

En 1970, le Kansas devenait le premier État nord-américain à définir dans un texte législatif la mort cérébrale⁵⁸⁹. Le Manitoba fera de même en 1975⁵⁹⁰. Lorsque, cinq ans plus tard, la Commission de réforme du droit a décidé de se pencher sur la question, un large consensus s'était dégagé en Amérique du Nord sur les plans médical, juridique et éthique, par lequel on reconnaissait que la cessation irréversible de la totalité des fonctions cérébrales d'une personne équivalait à la mort de cette dernière. Le nouveau critère a été conçu comme un complément au critère traditionnel. Le critère de la mort cérébrale a été adopté dans la jurisprudence pénale canadienne⁵⁹¹, dans la loi uniforme sur les tissus

589. Kan. Stat. Ann. s. 77-202 (1970).

590. *Loi sur les statistiques de l'état civil*, L.R.M. 1987, ch. V-60.

591. Voir *Kitching*, précité, note 565. Voir cependant *R. c. Green* (1988), 43 C.C.C. (3^e) 413 (C.S. C.-B.). L'affaire *Green* présentait des circonstances plutôt exceptionnelles ; l'accusé prétendait qu'il ne pouvait être accusé du meurtre d'une personne déjà décédée. Voir D. STUART, *op. cit.*, note 506, p. 109. L'accusé *Green* avait logé deux balles dans la tête de la victime, peu de temps après qu'un autre défendeur eut lui-même tiré un coup de feu et atteint la victime à la tête. Apparemment, chacune des balles aurait suffi à causer la mort. En faisant valoir que la victime était déjà morte, *Green* forçait le tribunal à déterminer, en droit, à quel moment le décès était survenu et ce qui l'avait causé, pour statuer sur la responsabilité de l'accusé à l'égard de l'homicide. Lorsque le moment du décès fait l'objet d'une controverse juridique, les tribunaux essaient, avec raison, de résoudre la question en se fondant sur le témoignage d'un médecin expert. Voir *Defining Death*, *infra*, note 594, p. 78.

Dans l'affaire *Green*, le tribunal a refusé de recourir au critère de la mort cérébrale pour tenter de répondre à la question. Il a retenu le critère traditionnel de la mort — la cessation des fonctions cardiaque et respiratoire — pour deux raisons semble-t-il. Premièrement, certains indices permettaient de penser que, si la victime avait cessé de respirer après le premier coup de feu, son cœur battait peut-être encore lorsqu'elle a été atteinte par les deux coups de feu du défendeur *Green*. Deuxièmement, en raison apparemment du traumatisme cérébral subi par la victime, le tribunal semblait craindre que la Couronne ne réussisse pas à prouver que la victime était toujours vivante (« cérébralement vivante »), si l'on appliquait le critère de la mort cérébrale. Le tribunal a jugé que le critère de la mort cérébrale était [TRADUCTION] « une norme tout à fait irréaliste dans le contexte du droit pénal ».

La preuve médicale présentée dans cette affaire est limitée. Toutefois, nous voulons souligner trois choses en ce qui concerne la « mort cérébrale ». Premièrement, la proposition de la CRD porte sur la cessation irréversible de toutes les fonctions cérébrales (*brain death*) et non des seules fonctions néo-corticales (*cerebral death*). Deuxièmement, en vertu du critère préconisé par la CRD, la mort cérébrale « peut être constatée à partir de l'absence prolongée de fonctions circulatoire et respiratoire spontanées ». Voir Rapport n° 15, *op. cit.*, note 1. Par conséquent, selon les circonstances médicales précises, le fait que le cœur batte peut indiquer qu'il n'y a pas mort cérébrale. Voir *Defining Death*, *infra*, note 594, p. 15.

Troisièmement, les tribunaux canadiens, britanniques et américains ont, dans les faits, conclu que le critère de la mort cérébrale pouvait aider à déterminer le moment et la cause du décès dans des cas d'homicide plus caractéristiques : à savoir, quand la victime d'un homicide est amenée à la salle d'urgence d'un hôpital et est maintenue en vie par des mécanismes de soutien artificiel dont on cesse l'utilisation une fois la mort constatée, et que le défendeur prétend que c'est la cessation du soutien mécanique qui est la cause du décès ou qui en détermine le moment. *Kitching*, précité, note 565 ; *R. c. Malcherek* ; *R. c. Steel*, [1981] 2 All E.R. 422. *Eulo*, précité, note 565. Voir en général David B. SWEET, « Homicide by Causing Victim's Brain-Dead Condition », 42 A.L.R. 4th 742. Le rejet systématique par les tribunaux des arguments présentés par les accusés dans ces causes, et l'adoption du critère de la norme de la mort cérébrale en vue de préciser la cause ou le moment du décès, sembleraient indiquer que ce critère s'avère utile pour l'établissement de la responsabilité en matière d'homicide. Ces problèmes seront sans doute examinés de manière plus approfondie dans la jurisprudence et la doctrine.

humains⁵⁹² et par les membres de la profession médicale⁵⁹³. Quelque quarante-neuf États américains⁵⁹⁴ et la plupart des pays de l'Europe de l'Ouest⁵⁹⁵ ont fait de même.

L'un des principaux objectifs auxquels répondait l'établissement du critère de la mort cérébrale consistait à préciser les droits et les devoirs de chacun au regard du droit, en utilisant une norme mieux adaptée à notre époque. Une définition claire de la mort diminue l'incertitude et la confusion en ce qui concerne le moment où une personne peut être considérée comme morte du point de vue du droit. Les familles disposent ainsi d'une norme sociale moderne qui les aide à prendre certaines décisions difficiles lorsque l'interruption du traitement d'une personne peut être envisagée. Par ailleurs, on se trouve aussi à clarifier les obligations professionnelles, les droits des patients et les limites de la responsabilité pénale, ce qui facilite le prélèvement et la transplantation d'organes.

La Commission de réforme du droit du Canada était convaincue que l'adoption d'un nouveau critère juridique de la mort devait se faire dans le respect de certains principes ressortissant à la politique pénale et à l'ordre public. Premièrement, la réforme devait viser à éliminer la confusion ; elle devait donc répondre à un souci de clarté et orienter les décisions prises par les professionnels et les citoyens en général⁵⁹⁶. Deuxièmement, elle devait favoriser l'uniformité et s'appliquer de la même façon dans tous les cas où la détermination de la mort pose un problème⁵⁹⁷. Ce principe découle de la fiabilité et de l'uniformité du critère traditionnel de la cessation des fonctions cardiaque et respiratoire, et vise à empêcher la prolifération des concepts et des définitions de la mort, qui serait une source de confusion. La commission présidentielle américaine a exprimé l'avis que le nouveau critère [TRADUCTION] « ne devait pas renforcer la fausse impression qu'il existe plusieurs " sortes de mort ", définies en fonction de fins différentes, et que certaines personnes sont donc " plus mortes " que d'autres⁵⁹⁸. »

Troisièmement, la réforme devait « correspondre aux standards et aux critères généralement acceptés par l'ensemble du public canadien⁵⁹⁹ ». L'élaboration d'un

592. Voir *infra*, note 835.

593. CONGRÈS CANADIEN DES SCIENCES NEUROLOGIQUES, *loc. cit.*, note 194 ; CANADIAN CONGRESS COMMITTEE ON BRAIN DEATH, *loc. cit.*, note 194.

594. Voir NEW JERSEY COMMISSION ON LEGAL AND ETHICAL PROBLEMS IN THE DELIVERY OF HEALTH CARE, *Problems and Approaches in Health Care Decision-Making: The New Jersey Experience*, New Jersey, la Commission, 1990, p. 11. THE NEW YORK STATE TASK FORCE ON LIFE AND THE LAW, *The Determination of Death*, 2^e éd., New York, The Task Force, 1989, p. 4 [ci-après NYTF]. Voir en général PRESIDENT'S COMMISSION, *Defining Death: A Report on the Medical, Legal and Ethical Issues in the Determination of Death*, Washington (D.C.), la Commission, 1981 [ci-après *Defining Death*].

595. Voir *infra*, ch. IV, section II.C.

596. CRD, *Les critères de détermination de la mort*, Document de travail n° 23, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1979, p. 55.

597. *Id.*, pp. 57-58.

598. *Defining Death*, *op. cit.*, note 594, p. 60.

599. Document de travail n° 23, *op. cit.*, note 596, p. 60.

consensus dans la société nord-américaine au cours de la décennie précédant la proposition de la Commission a permis au public de tirer profit des délibérations de la communauté médicale, juridique et bioéthique sur le critère de la mort cérébrale. Le principe de l'acceptabilité est du reste un des facteurs ayant amené la Commission à conclure qu'il serait malavisé d'adopter comme critère la mort du cortex :

Sur le plan social, il nous paraît illusoire de penser que le public serait prêt à considérer comme décédée une personne dont le cortex est totalement détruit, mais qui continue toutefois à avoir une fonction cardiaque et respiratoire spontanée et autonome. Tel est apparemment le cas de Karen Quinlan aux U.S.A.⁶⁰⁰

Karen Ann Quinlan, qui gisait dans un état végétatif permanent sans chance de guérison lorsque ses parents ont demandé au tribunal de permettre le débranchement du respirateur, n'avait plus de fonctions cérébrales au sens étroit du terme mais conservait une certaine activité du tronc cérébral⁶⁰¹. Les patients en état de mort cérébrale ne peuvent respirer spontanément et ils ne répondent pas à la lumière, à la douleur ou aux stimuli sonores ; en revanche, ceux qui ont certaines activités du tronc cérébral peuvent respirer spontanément⁶⁰². C'est ainsi qu'après le débranchement des appareils, Karen Quinlan a survécu pendant des années. Il n'existe toujours pas de consensus au sein de la société canadienne, ni même en Amérique du Nord, sur la question de savoir si la mort du cortex équivaut ou non à la mort du patient⁶⁰³. L'adoption d'un tel critère signifierait que les anencéphales, et un nombre de patients estimé entre mille et dix mille qui, comme Karen Quinlan, sont dans un état végétatif permanent au Canada, pourraient devenir des sources d'organes, malgré l'existence de fonctions cardiaque et respiratoire spontanées⁶⁰⁴.

Enfin, la Commission était — et est toujours — d'avis que les critères de détermination de la mort ne doivent pas être déterminés « uniquement ou principalement à partir des pratiques conçues pour les greffes d'organes⁶⁰⁵ ». Elle préconise donc l'application d'un principe de neutralité : la réforme ne doit ni freiner ni favoriser la transplantation d'organes. On reconnaît ainsi que la société a d'autres intérêts légitimes en ce qui a trait à la détermination de la mort, intérêts qui doivent eux aussi être pris en compte.

Ces principes ont une incidence directe sur la question de savoir s'il y a lieu, comme le proposent certains, d'exclure les anencéphales de l'application du critère de la mort

600. Rapport n° 15, *op. cit.*, note 1, p. 18.

601. *Re Quinlan*, 355 A. 2d 647 (N.J. 1976), cert. refusé, 429 U.S. 922. Dans la foulée de l'affaire *Quinlan*, une décision récente est déterminante : *Cruzan c. Missouri*, 110 S. Ct 2841 (1990).

602. Voir B. YOUNG, W. BLUME et A. LYNCH, « Brain Death and the Persistent Vegetative State: Similarities and Contracts » (1989), 16:4 *Can. J. Neurol. Sci.* 388 ; AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, COUNCIL ON SCIENTIFIC AFFAIRS AND COUNCIL ON ETHICAL AND JUDICIAL AFFAIRS, « Persistent Vegetative State and the Decision to Withdraw or Withhold Life Support » (1990), 263:3 *JAMA* 426 ; AMERICAN ACADEMY OF NEUROLOGY, « Position of the American Academy of Neurology on Certain Aspects of the Care and Management of the Persistent Vegetative State Patient » (1989), 39:1 *Neurology* 125.

603. Voir NYTF, *op. cit.*, note 594, p. 10.

604. Voir P. TAYLOR, *loc. cit.*, note 250. Voir également David Randolph SMITH, « Legal Recognition of Neocortical Death » (1986), 71 *Cornell L. Rev.* 850.

605. Voir Rapport n° 15, *op. cit.*, note 1, p. 13 ; Document de travail n° 23, *op. cit.*, note 596, p. 61.

cérébrale ou de modifier ce critère. De telles propositions portent atteinte au principe de la neutralité, parce qu'elles répondent directement au souci de favoriser le prélèvement des organes d'une catégorie de nouveau-nés gravement handicapés. On ne saurait justifier de telles modifications aux critères de détermination de la mort seulement par l'intérêt qu'elles présentent à l'égard de la transplantation d'organes, parce qu'au-delà de sa signification médicale, la mort est un concept théologique, moral et juridique⁶⁰⁶. Une nouvelle définition qui serait exclusivement fondée sur les besoins de la médecine en matière de transplantations pourrait, en outre, donner une impression d'arbitraire et de traitement inéquitable, parce que le droit risquerait alors de paraître troquer les intérêts des receveurs potentiels contre ceux d'enfants gravement handicapés et de leur famille⁶⁰⁷. Depuis des années, les textes médicaux faisant autorité qualifient de monstres les enfants anencéphales⁶⁰⁸. Comme on attache de plus en plus d'importance aux droits et à la protection des personnes atteintes de déficience légère ou grave, la modification des critères juridiques de la détermination de la mort pour une catégorie particulière de patients [TRADUCTION] « soulève des questions troublantes concernant l'évaluation de la qualité de la vie dans le processus de la détermination de la mort⁶⁰⁹. » À l'extrême, le fait d'envisager une telle modification nous force à nous demander si, en droit, certaines morts et certains cerveaux sont [TRADUCTION] « plus égaux que d'autres⁶¹⁰ », et si les anencéphales ne risquent pas alors d'être les victimes d'une discrimination injustifiée en raison de leur handicap physique⁶¹¹. On voit ainsi combien il importe que toute réforme se fasse dans le respect des droits fondamentaux de la personne.

Deuxièmement, l'adoption de ces propositions ne contribuerait vraisemblablement pas à dissiper l'incertitude qui persiste au sujet de l'application concrète du critère de la mort cérébrale actuellement en vigueur. On constate encore chez un nombre inquiétant de professionnels de la santé travaillant dans le domaine une certaine confusion quant au

606. NYTF, *op. cit.*, note 594, p. 6. Voir cependant Edward W. KEYSERLINGK, « A Legal Definition of Death: Can It Affect Supply of Tissue and Organs? » (1985), 17:6 (Suppl. 4) *Transplant. Proc.* 47, 48-49. ([TRADUCTION] « Il demeure que les transplantations d'organes constituent l'une des raisons d'être et des justifications les plus importantes de ces lois, sinon la plus importante. Rien ne justifie non plus la crainte souvent exprimée ou implicite que cela serait contraire à l'éthique. Après tout, comme on l'a fait remarquer, la préservation de la vie et de la santé sont les valeurs auxquelles notre société attache le plus grand prix, et la transplantation d'organes est l'un des moyens d'atteindre ces objectifs dans certains cas. »).

607. Voir « L'Association médicale mondiale adopte des déclarations sur des questions d'ordre bioéthique et autre » (1988), 39:1 *R.I.L.S.* 286, extraits cités à l'annexe A, *infra*, pp. 228-229. (« Un projet de transplantation d'organe ne justifie aucunement le relâchement des exigences en matière d'éthique médicale. Les mêmes exigences doivent être respectées, que le patient soit un donneur potentiel ou non. »).

608. Comparer J.A. PRITCHARD, P.C. MACDONALD et N.F. GRANT, *op. cit.*, note 571, p. 802 (« monster ») et F. Gary CUNNINGHAM, Paul C. MACDONALD et Norman F. GANT (dir.), *Williams Obstetrics*, 18^e éd., Norwalk (Conn.), Appleton & Lange, 1989, p. 575 (« child »). Voir en général James W. WALTERS, « Are Anencephalic Infants Monstrosities? » (1989), 2:28 *BioLaw S*:211.

609. NYTF, *op. cit.*, note 594, p. 10.

610. B. FREEDMAN, « The Anencephalic Organ Donor: Affect, Analysis, and Ethics » (1988), 20:4 (Suppl. 5) *Transplant. Proc.* 57, 61.

611. Voir *infra*, section IV.

diagnostic et à la détermination de la mort cérébrale⁶¹². En modifiant la définition de la mort pour la rendre applicable à un certain groupe de patients, on risquerait donc de nuire à l'uniformité, de donner le signal d'une prolifération des critères de la mort et de favoriser la confusion au sujet des critères qui s'appliquent et devraient s'appliquer à tel ou tel groupe de patients :

[TRADUCTION]

Comme la société envisage d'élargir le bassin de donneurs potentiels en y ajoutant d'autres patients souffrant de lésions cérébrales, qui sont clairement vivants au regard des critères juridiques et médicaux en vigueur actuellement, la confusion risque de s'accroître. Ceux qui ont accepté le critère de la mort cérébrale parce qu'ils ont une conception plus large du cerveau ou simplement parce qu'ils croient que les patients en état de mort cérébrale sont inéluctablement engagés dans le processus de la mort pourraient trouver acceptable qu'on prélève les organes de certains patients actuellement considérés comme vivants, par exemple, les anencéphales ou les personnes dans un état végétatif permanent, parce que ces patients présentent des caractéristiques cliniques compatibles avec une conception moins étroite de la mort. Certains pourraient essayer de faire modifier les critères juridiques de la mort, afin de supprimer tout obstacle s'opposant à l'utilisation comme donneurs d'autres types de patients souffrant de lésions cérébrales graves. Si l'on ne parvient pas à établir un consensus plus large sur le concept de la mort, ces « combines conceptuelles » seront simplement une autre source de confusion, voire de résistance, à l'égard du prélèvement d'organes⁶¹³.

Troisièmement, une modification du critère ne répondrait pas au principe de l'acceptabilité. Le fait que, dans la littérature spécialisée consacrée au cas des anencéphales, on utilise les notions d'absence d'encéphale, de mort cérébrale et d'enfants mort-nés incite à croire que la médecine, la bioéthique et le droit en sont encore aux premières étapes dans la recherche d'un consensus sur la situation des anencéphales aux points de vue juridique et moral. La diversité d'opinions, d'intérêts et de solutions est certes très saine, et nécessaire à un véritable débat, mais elle s'avère peu utile lorsqu'il s'agit d'élaborer un nouveau critère juridique. L'absence de consensus à cette étape signifie également que l'adoption de l'une ou l'autre des solutions actuellement proposées ne correspondrait pas « aux standards et aux critères généralement acceptés par l'ensemble du public canadien⁶¹⁴. » Car aussi bien suivant le critère traditionnel (cessation des fonctions cardiaque et respiratoire) que suivant le critère moderne (mort cérébrale), l'enfant qui naît anencéphale et se trouve ainsi gravement handicapé du point de vue neurologique, naît vivant :

[TRADUCTION]

Manipuler la définition de la mort — pour viser les enfants anencéphales qui, de façon spontanée, respirent, têtent, pleurent, etc., ce qui les distingue des êtres morts que la société est généralement disposée à qualifier de cadavres et à inhumer — pourrait saper la confiance

612. Stuart J. YOUNGER et autres, « "Brain Death" and Organ Retrieval: A Cross-sectional Survey of Knowledge and Concepts Among Health Professionals » (1989), 261:15 *JAMA* 2205 (des 195 professionnels de la santé interrogés, 35 % ont décrit correctement la mort cérébrale, 58 % n'ont pu utiliser un concept cohérent et constant de la mort, 19 % avaient de la mort une définition suivant laquelle le critère de la mort cérébrale serait modifié de telle sorte que les anencéphales et les patients en état végétatif permanent seraient considérés comme morts). Voir également ONT, *op. cit.*, note 29, p. 235.

613. S.J. YOUNGER et autres, *loc. cit.*, note 612, 2210.

614. Voir Rapport n° 15, *op. cit.*, note 1, p. 13 ; Document de travail n° 23, *op. cit.*, note 596, p. 60.

déjà faible du public à l'égard de la détermination de la mort fondée sur le critère de la mort cérébrale. Il en résulterait selon toute vraisemblance une diminution du nombre de dons d'organes provenant de toutes les catégories de donateurs potentiels, comme cela s'est produit en Angleterre à la suite d'une émission télévisée où l'on avait mis en doute la justesse des diagnostics de mort cérébrale⁶¹⁵.

Certains seront tentés de considérer qu'il s'agit là de propos exagérés. Pourtant, il est permis de croire que si les gens hésitent à s'engager dans le processus du don d'organes, c'est notamment parce qu'ils craignent un diagnostic prématuré de mort⁶¹⁶. L'établissement d'un critère de détermination de la mort est susceptible de favoriser les transplantations d'organes, mais l'existence d'un parti pris injustifié en la matière pourrait miner la confiance du public à l'égard du droit comme à l'égard du processus de don d'organes⁶¹⁷. Il est donc légitime de chercher à établir un lien entre la pratique médicale, la définition juridique de la mort et la confiance du public ainsi que sa volonté de participer au processus de don d'organes. La fragilité même de ce lien incite à la prudence et à la circonspection⁶¹⁸.

(2) Nouvelle définition de la personne

La possibilité d'un bienfait immédiat et concret pour le receveur éventuel et les parents du donneur, ainsi que l'apparente « absence de préjudice » pour les bébés anencéphales, poussent certaines personnes à préconiser l'application à l'égard de ces derniers de règles particulières :

[TRADUCTION]

[L]es bébés nés sans encéphale sont tellement différents des autres bébés vivants — et leur avenir est si radicalement limité — qu'il est permis, si les parents y consentent librement et en toute connaissance de cause, de prélever leurs organes en vue de transplantations. « [...] l'anencéphalie est une anomalie tellement spéciale, tellement différente de toutes les autres [...] que les bébés atteints de cette terrible malformation devraient être considérés comme formant une catégorie tout à fait à part, à l'égard de laquelle devraient s'appliquer des règles spéciales⁶¹⁹. »

Le prélèvement d'organes serait dès lors possible sur des anencéphales même si les critères de la mort cérébrale ne sont pas remplis.

615. D.A. SHEWMON et autres, *loc. cit.*, note 575, 1778.

616. Voir B.E. NOLAN et N.P. SPANOS, *loc. cit.*, note 225. Voir également USTF, *op. cit.*, note 29, et J. AREEN, *loc. cit.*, note 226, 562.

617. Indépendamment du fait que la détermination de la mort influe — parfois de manière choquante — sur d'autres intérêts juridiques légitimes, notamment les droits successoraux, les poursuites pénales, les actions civiles et le débranchement des appareils de soutien artificiel à d'autres fins que la transplantation. Voir E.W. KEYSERLINGK, *loc. cit.*, note 606, 47-48.

618. Accord, *Defining Death*, *op. cit.*, note 594, pp. 58-59.

619. ETHICS AND SOCIAL IMPACT COMMITTEE TRANSPLANT POLICY CENTER, « Anencephalic Infants as Sources of Transplantable Organs » (1988), 18:5 *Hast. Cent. Rep.* 28 [ci-après désigné ESIC].

Du point de vue du droit pénal, cette solution soulève plusieurs difficultés d'ordre général. D'une part, l'idée qu'il est parfois acceptable d'interrompre des soins « thérapeutiquement inutiles⁶²⁰ » et d'administrer des soins palliatifs ayant pour conséquence d'abrèger la vie⁶²¹ du mourant — idée défendue par la Commission — pourrait orienter les décisions relatives au traitement. Mais d'autre part, les réformes proposées par la Commission au chapitre du droit pénal n'ont pas encore été mises en œuvre. Par conséquent, tout traitement médical provoquant⁶²² ou hâtant la mort⁶²³ d'un être humain, ainsi que tout diagnostic prématuré de mort⁶²⁴ concernant un être humain risquent d'être contraires aux dispositions actuelles du *Code criminel*⁶²⁵.

Des auteurs ont avancé que, vu l'impuissance de la médecine face aux bébés anencéphales et vu l'objectif poursuivi (sauver des vies), le moyen de défense de la « nécessité » pourrait sans doute être invoqué dans ce contexte⁶²⁶. D'autres ne sont pas convaincus par l'argument⁶²⁷. La nature des difficultés touchant la responsabilité pénale et, d'une manière générale, la difficulté d'appliquer le critère de la mort cérébrale aux anencéphales et à d'autres nouveau-nés⁶²⁸, semblent conduire à la conclusion qu'il ne serait pas très utile d'élaborer et d'appliquer dans le domaine de la médecine la solution fondée sur l'établissement d'une catégorie spéciale d'être humains.

620. CRD, *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement*, Rapport n° 20, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1983, p. 29.

621. Rapport n° 31, *op. cit.*, note 116, p. 69.

622. Voir *Kitching*, précité, note 565. Voir également l'art. 269 du *Code criminel* (infliction illégale de lésions corporelles).

623. *Code criminel*, art. 226 : Hâter la mort :

Lorsqu'une personne cause à un être humain une blessure corporelle qui entraîne la mort, elle cause la mort de cet être humain, même si cette blessure n'a pour effet que de hâter sa mort par suite d'une maladie ou d'un désordre provenant de quelque autre cause.

624. Voir *Eulo*, précité, note 565 et *Kitching*, précité, note 565.

625. Certains de ces problèmes pourraient également se poser dans le cas de la solution consistant dans l'établissement de protocoles médicaux.

626. Voir M.J. TUTTLE, « Transplanting Organs from Anencephalic Infants » (lettre) (1987), 136:8 *Journal de l'Association médicale canadienne* 797. Voir également Diana BRAHAMS, « Fetal Spare Parts » (1988), 1:8582 *Lancet* 424. On trouvera une discussion sur les moyens de défense reposant sur la nécessité et l'ordre public dans le Document de travail n° 26, *op. cit.*, note 370, pp. 47, 70.

627. Voir B.M. DICKENS, *loc. cit.*, note 585, 51 ([TRADUCTION] « Il est douteux que l'homicide commis lorsqu'on hâte la mort d'un anencéphale pourrait être justifié ou excusé par la nécessité de sauver la vie du receveur. Le préjudice causé doit, objectivement, être peu important en comparaison des avantages espérés, mais même l'objectif de sauver la vie d'un enfant peut être insuffisant pour excuser le fait de mettre fin à celle d'un autre enfant, même d'un anencéphale qui mourra vraisemblablement peu de temps après. »).

628. Voir MFTA, *loc. cit.*, note 570, 672 ; CONGRÈS CANADIEN DES SCIENCES NEUROLOGIQUES, *loc. cit.*, note 194, 200B ([TRADUCTION] « La mort cérébrale n'a pas été assez bien étudiée chez les nouveau-nés, les bébés et les jeunes enfants pour qu'on soit en mesure de déterminer si les critères cliniques établis ci-dessus sont applicables à ces groupes »). Voir également TASK FORCE FOR THE DETERMINATION OF BRAIN DEATH IN CHILDREN, « Guidelines for the Determination of Brain Death in Children » (1987), 37 *Neurology* 1077 ; David L. COULTER, « Neurologic Uncertainty in Newborn Intensive Care » (1987), 316:14 *N. Engl. J. Med.* 840.

Cette solution soulève également des problèmes d'ordre éthique⁶²⁹ tenant au conflit qui surgit en l'occurrence entre les principe de bienfaisance et de non-malfaisance, ainsi qu'à des divergences de vues sur la relation entre le corps et la personne.

Par rapport au devoir éthique de faire du bien, l'établissement de règles spéciales à l'égard des anencéphales semble intéressant. Pour les receveurs potentiels, cela peut en effet signifier la vie, bien que le succès à long terme de la transplantation et la qualité de vie du bénéficiaire demeurent incertains⁶³⁰. Par ailleurs, le fait de pouvoir faire don des organes de leur enfant anencéphale mourant en vue de sauver des vies est susceptible d'apporter un réconfort aux parents et de donner un sens à la tragédie qui les frappe. Les avantages semblent donc de prime abord irrésistibles.

Mais ils ne sont peut-être pas déterminants, comme s'empressent de le signaler ceux qui défendent le point de vue opposé, en raison des préjudices susceptibles d'être causés. Cette possibilité de préjudices découle de l'incertitude médico-éthique, des inquiétudes relevant de la « pente glissante » et des torts moraux que pourrait entraîner le fait de considérer les nouveau-nés anencéphales comme des non-personnes. Premièrement, les affirmations suivant lesquelles⁶³¹ [TRADUCTION] « [l]es nouveau-nés anencéphales sont dépourvus de la capacité neurologique de ressentir la douleur⁶³² » et le diagnostic de l'anencéphalie est exact dans presque cent pour cent des cas⁶³³ ne sont pas à l'abri de toute contestation. Les autorités les plus en vue s'entendent pour dire que le diagnostic de l'anencéphalie n'est pas infaillible, mais qu'il doit être établi selon des critères précis⁶³⁴. De plus, la conclusion que les nouveau-nés anencéphales sont incapables de ressentir de la douleur repose sur une comparaison faite avec des patients plus âgés qui sont dans un état végétatif permanent⁶³⁵ — comparaison dont certains mettent en doute le bien-fondé⁶³⁶. Des auteurs prétendent en outre que parce que certains nouveau-nés anencéphales ont un tronc cérébral plus intact que d'autres, le degré de conscience ou d'inconscience peut varier⁶³⁷. Vu l'incertitude touchant ces prémisses médicales, le tort

629. Comme nous l'avons déjà mentionné, nous nous penchons ici sur les aspects éthiques du prélèvement d'organes sur des nouveau-nés anencéphales afin de favoriser la densité de l'analyse.

630. Voir Abbyann LYNCH, « Use of the Anencephalic Infant as Organ Donor: Some " Public " Questions » (1988), 1:2 *Westminster Aff.* 1, 3. Comparer T.C. FREWEN et autres, *loc. cit.*, note 579.

631. D. Alan SHEWMON, « Anencephaly: Selected Medical Aspects » (1988), 18:5 *Hast. Cent. Rep.* 11, 14.

632. Arthur L. CAPLAN, « Ethical Issues in the Use of Anencephalic Infants as a Source of Organs and Tissues for Transplantation » (1988), 20:4 (Suppl. 5) *Transplant. Proc.* 42, 47. Voir également Robert C. CEFALO et H. Tristram ENGELHARDT, « The Use of Fetal and Anencephalic Tissue for Transplantation » (1989), 14:1 *J. Med. Phil.* 25, 32.

633. A.L. CAPLAN, *loc. cit.*, note 632, 48 ; ESIC, *loc. cit.*, note 619, 29.

634. Voir MFTA, *loc. cit.*, note 570, 670 ; D.A. SHEWMON, *loc. cit.*, note 631, 15.

635. D.A. SHEWMON, *loc. cit.*, 631, 14.

636. Voir MFTA, *loc. cit.*, note 570, 672 ; D.A. SHEWMON, *loc. cit.*, note 631, 14 ; B. YOUNG, W. BLUME et A. LYNCH, *loc. cit.*, note 602 et K.J.S. ANAND et P.R. HICKEY, « Pain and Its Effects in the Human Neonate and Fetus » (1987), 317:21 *N. Engl. J. Med.* 1321. L'anesthésie n'est généralement pas utilisée dans le cas des personnes tenues pour cérébralement morte. Thomas LEGGANS, « Anencephalic Infants as Organ Donors » (1989), 9 *J. Legal Med.* 449, 460-461.

637. Voir D.A. SHEWMON, *loc. cit.*, note 631, 15.

susceptible d'être causé aux anencéphales est peut-être plus important que semblent l'admettre certains partisans enthousiastes de la solution consistant à établir des règles particulières à l'égard de ces nouveau-nés. Dans la mesure où les prémisses médicales en question ne sont pas sans susciter certains problèmes, l'analyse éthique risque de s'en trouver viciée⁶³⁸.

Deuxièmement, la solution de la « catégorie spéciale » soulève des craintes quant aux conséquences qu'elle pourrait éventuellement entraîner. Le fait de prélever les organes des nouveau-nés avant la mort de ces derniers ne risque-t-il pas d'ébranler la confiance du public dans le processus de prélèvement et de transplantation d'organes⁶³⁹ ? Les femmes à qui l'on apprend que le fœtus qu'elles portent est anencéphale verront-elles leur autonomie compromise par les pressions les incitant à mener le fœtus à terme en vue de la transplantation d'organes ? N'en viendra-t-on pas ainsi à la négation du respect normalement accordé aux enfants qui ne présentent pas de malformations et à leurs parents⁶⁴⁰ ? Si les nouveau-nés anencéphales sont considérées comme des « non-personnes », d'autres êtres ne risquent-ils pas également de subir le même sort, d'être rangés dans un bassin élargi de donneurs d'organes ? Pensons au cas des nouveau-nés atteints d'autres malformations neurologiques (spina-bifida, hydrocéphalie, par exemple), aux personnes atteintes d'une déficience mentale profonde⁶⁴¹ et aux patients hospitalisés se trouvant dans la même situation que Karen Anne Quinlan — à savoir, qui ne sont pas en état de mort cérébrale mais dans un état végétatif permanent⁶⁴².

Enfin, le simple fait d'établir des règles spéciales à l'égard des nouveau-nés anencéphales risque d'être contestable sur le plan moral, dans la mesure où l'on se trouve alors à battre en brèche un devoir éthique inspiré des principes kantien⁶⁴³. La maxime « Agis de manière à traiter autrui jamais simplement comme un moyen, mais toujours en même temps comme une fin » s'applique aux receveurs potentiels, aux professionnels de la santé, aux parents des nouveau-nés anencéphales et à la société en général. Ceux qui préconisent le prélèvement des organes des anencéphales affirment que le devoir de respecter les personnes ne s'applique pas à ces êtres en raison de leur situation incertaine sur le plan moral⁶⁴⁴. Ils estiment en effet que le respect moral est dû aux « personnes », non seulement parce qu'elles font partie du genre humain, mais également parce qu'elles sont douées de sensations, de conscience ou de conscience de soi⁶⁴⁵, et sont capables

638. *Id.*, 14.

639. Voir, par exemple, A.L. CAPLAN, *loc. cit.*, note 632, 43-44. Voir également *supra*, notes 225-227.

640. Voir T. LEGGANS, *loc. cit.*, note 636, 455.

641. *Id.*, 460 et A. LYNCH, *loc. cit.*, note 630, 2.

642. Voir « New Arguments Voiced Over Use of Anencephalics as Organ Donors » (mai-juin 1989), *Hosp. Ethics* 6 [ci-après New Arguments]. Si l'on estime que les fondements moraux du prélèvement de tissus sont les suivants : [TRADUCTION] « veiller au respect de la liberté de choix, de la volonté et d'une rationalité réfléchie, tout en évitant de causer un préjudice grave au donneur », on pourra difficilement résister à ce que la règle soit étendue à ces autres catégories de « donneurs ». Voir A.L. CAPLAN, *loc. cit.*, note 632, 46.

643. New Arguments, *loc. cit.*, note 642, 7. Voir également *supra*, ch. II.

644. A.L. CAPLAN, *loc. cit.*, note 632, 47.

645. *Id.*, 48 ; T. LEGGANS, *loc. cit.*, note 636, 455 ; New Arguments, *loc. cit.*, note 642, 6-7. Voir également ESIC, *loc. cit.*, note 619, 29.

d'autonomie et de discernement⁶⁴⁶. Leur thèse s'appuie aussi sur un autre argument : comme les nouveau-nés anencéphales sont dépourvus des capacités mentales dont découlent les intérêts, ils sont aussi dépourvus, entièrement ou presque, des intérêts qui appellent habituellement le respect :

[TRADUCTION]

[I] devient difficile de savoir comment interpréter le désir de respecter les intérêts de ces enfants. Ceux qui préconisent le respect de la dignité de tous les êtres humains doivent démontrer en quoi il y a atteinte à ce principe lorsqu'on ne l'applique pas aux enfants dépourvus de tout moyen susceptible de générer des intérêts⁶⁴⁷.

Le devoir de respecter les personnes est alors réduit au devoir de ne pas causer de préjudice à autrui en portant atteinte à ses intérêts⁶⁴⁸ — c'est-à-dire au devoir de non-malfaisance⁶⁴⁹.

À côté du débat éthique sur le point de savoir si les morts peuvent subir des préjudices, il semble y avoir entre les partisans et les adversaires de la solution de la « catégorie spéciale » ou de la « non-personne » une divergence de vues fondamentale sur la relation entre le corps et la personne⁶⁵⁰. Les partisans tendent à réduire les « personnes » à leurs sensations ou à leurs facultés cognitives, en assimilant la notion de personne à celle d'être rationnel. Dès lors, le corps tend à perdre toute importance sur le plan moral. Par contre, ceux qui s'opposent au prélèvement d'organes sur les nouveau-nés anencéphales semblent avoir davantage tendance à considérer les personnes comme des êtres incarnés dans un corps ; le respect moral est alors dû tant au corps qu'aux attributs de la sensibilité et de la rationalité. Cette conception⁶⁵¹ échappe peut-être à toute justification rationnelle, parce que le respect ainsi accordé au corps tient vraisemblablement à des sentiments fondamentaux qui transcendent tout argument rationnel⁶⁵².

En somme, le fait de rejeter l'établissement d'une catégorie spéciale de « non-personnes » et de refuser de modifier les critères de la mort cérébrale a pour conséquence

646. A.L. CAPLAN, *loc. cit.*, note 632, 48. Voir cependant B. FREEDMAN, *loc. cit.*, note 610, 57. ([TRADUCTION] « On tient que les être humains sont précieux ; et la qualité qui les distingue — l'un de l'autre, ou par rapport aux autres espèces — est l'activité mentale. Il ne s'ensuit pas toutefois que la valeur de l'homme tient exclusivement à l'activité mentale. Ce qui distingue une espèce ne caractérise pas nécessairement l'individu. Dans le cas des humains incapables d'activité mentale, d'autres fondements de la valeur passent au premier plan — des facteurs qui, dans le cas des personnes ayant des facultés normales, sont éclipsés par la lumière aveuglante de l'activité mentale. »).

647. A.L. CAPLAN, *loc. cit.*, note 632, 48.

648. Voir également R.C. CEFALO et H.T. ENGELHARDT, *loc. cit.*, note 632, 35-36.

649. Un rapprochement peut être établi avec l'argument suivant lequel les personnes mortes ne peuvent subir de préjudice parce que, n'étant plus douées de sensation, il ne peut être porté atteinte à leurs intérêts. Voir, *supra*, ch. II, section I.C. Si les nouveau-nés anencéphales ne sont, moralement parlant, pas différents des personnes décédées, pourquoi ne pas les traiter comme s'ils étaient morts ?

650. *Ibid.*

651. Pour A.L. Caplan, le fait de défendre cette conception semble équivaloir au fait de ne fonder, à tort, le respect moral que sur l'appartenance à la race humaine. *Loc. cit.*, note 632, 48. Voir également R.C. CEFALO et H.T. ENGELHARDT, *loc. cit.*, note 632, 38.

652. Voir, par exemple, B. FREEDMAN, *loc. cit.*, note 610, 57. Voir également, *supra*, ch. II, section I.B.

essentielle que les nouveau-nés anencéphales seront normalement traités de la même manière que les autres « donneurs » potentiels⁶⁵³. Rien n'empêche toutefois la médecine d'explorer les possibilités de transplantation de tissus et d'organes prélevés sur les nouveau-nés anencéphales dans le cadre des solutions fondées sur les soins habituels et sur l'élaboration de protocoles médicaux raisonnables⁶⁵⁴.

C. Donneurs décédés et infractions contre le cadavre

Le droit pénal, en ce qui concerne les personnes décédées, protège certains intérêts et définit certains devoirs. Depuis des siècles, il impose le respect des restes humains tout en permettant à la science médicale d'obtenir les cadavres dont elle a besoin. La disposition⁶⁵⁵ du *Code criminel* actuel interdisant à quiconque de commettre un outrage, une indécence ou une indignité envers un cadavre humain découle du reste de cette tradition. L'influence de celle-ci a déjà commencé à se faire sentir dans le contexte des prélèvements et transplantations d'organes, thérapie qui repose en grande partie sur la possibilité d'utiliser les organes de personnes qui viennent de mourir.

(1) Le don d'organes considéré comme une peine

Un médecin américain proposait récemment que les prisonniers condamnés à mort acquittent leur dette envers la société en faisant don de leurs organes au moment de leur exécution, en vue de transplantations⁶⁵⁶. L'idée n'est pas sans précédent historique. Au III^e ou au IV^e siècle av. J.-C., on remettait aux médecins de l'université d'Alexandrie les corps des criminels mis à mort, pour faire progresser l'anatomie⁶⁵⁷. On pratiquait même la vivisection sur des criminels condamnés à la peine capitale⁶⁵⁸.

Le recours au droit pénal en vue de fournir les cadavres nécessaires pour la dissection a éventuellement gagné l'Europe et l'Amérique du Nord. En 1376, le roi Louis d'Anjou

653. [TRADUCTION] « [I]l n'existe aucune raison valable de traiter les nouveau-nés anencéphales comme une exception qualitative en ce qui a trait aux pratiques de la transplantation. » B. FREEDMAN, *loc. cit.*, note 610, 63. Accord, COMITÉ DE BIOÉTHIQUE DE LA SOCIÉTÉ CANADIENNE DE PÉDIATRIE, « Transplantation of Organs from Newborns with Anencephaly », (1990) 142:7 *Journal de l'Association médicale canadienne* 715 ([TRADUCTION] « Les critères et les principes éthiques applicables aux transplantations d'organes mettant en cause des enfants et des adultes sont également applicables aux nouveau-nés, soit à titre de receveurs soit à titre de donneurs potentiels »).

654. Il semble que c'est la voie qui sera adoptée au Children's Hospital of Western Ontario. Voir Dahlia REICH « Organ Donations: Brain Death Guidelines to be Tested », *The London Free Press* (23 août 1989) A1.

655. L'alinéa 182b) du *Code criminel* est commenté *infra*, voir le texte accompagnant la note 675.

656. B.-J. C., « An Eye for an Eye » (1989), 19:2 *Hast. Cent. Rep.* 3.

657. Voir J. KEVORKIAN, *op. cit.*, note 17, pp. 20-22.

658. *Ibid.*

accordait à l'université de Montpellier la permission de recevoir chaque année le cadavre d'un criminel exécuté, pour en faire la dissection⁶⁵⁹. Lorsque la Guilde des barbiers-chirurgiens de Londres reçut sa charte royale en 1540, la loi unissant les deux métiers autorisait l'association à recevoir chaque année les corps de quatre criminels exécutés, à des fins de dissection et d'anatomie⁶⁶⁰. La loi accordait à la Guilde le droit exclusif de faire des démonstrations d'anatomie ; les barbiers-chirurgiens garderont jalousement ce privilège pendant quelque cent soixante-quinze ans⁶⁶¹. Quand la pratique de l'anatomie est devenue l'apanage des chirurgiens et des médecins, on a mis à la disposition de l'association les cadavres de tous les meurtriers exécutés à Londres et dans le Middlesex⁶⁶².

Ces lois semblent avoir eu un double but. Dans certains cas, on entendait vraisemblablement aggraver la peine infligée au meurtrier en y ajoutant l'infamie de la dissection⁶⁶³. L'idée a été exprimée en 1829 par le lord juge Clerk au moment du prononcé de la peine contre William Burke, reconnu coupable du meurtre de plusieurs personnes dont il avait vendu les corps à des anatomistes écossais, et exécuté :

[TRADUCTION]

William Burke, vous êtes reconnu coupable, par le verdict d'un jury respectable de votre pays, du meurtre atroce dont vous avez été accusé [...] s'il est un cas où, hors de tout doute possible, une peine infligée par une cour criminelle sera exécutée, en tout état de cause, le vôtre l'est [...] Je suis disposé à accepter que votre peine soit exécutée de la manière habituelle, mais elle sera accompagnée de la peine accessoire prévue par la loi en cas de meurtre, à savoir que votre corps sera disséqué publiquement. Et j'espère, s'il devient jamais habituel de préserver les squelettes, que le vôtre le sera, de sorte que la postérité se rappelle vos crimes abominables⁶⁶⁴.

Le chirurgien à qui Burke avait fourni bon nombre des cadavres a procédé à la dissection publique du condamné, dont on peut de nos jours voir le squelette à la faculté d'anatomie de l'Université d'Édimbourg. C'est une ironie de l'histoire que l'un des plus infâmes trafiquants de cadavres du XIX^e siècle ait finalement subi le châtiment prévu par les dispositions permettant la dissection des criminels exécutés pour meurtre. On retrouve cette notion de châtiment dans la récente proposition concernant l'utilisation, comme sources d'organes, des criminels exécutés aux États-Unis⁶⁶⁵.

Le deuxième but de ces dispositions pénales était de fournir à la science médicale les cadavres dont elle avait le plus grand besoin. Il n'est pas surprenant que certains pionniers du Nouveau-Monde aient apporté avec eux cette tradition juridique. Ainsi, une loi visant

659. A.M. LASSEK, *op. cit.*, note 15, p. 81.

660. *For Barbers and Surgeons* (R.-U.), 32 Hy. VIII, ch. 42.

661. J.M. BALL, *op. cit.*, note 19, p. 59.

662. Voir *An Act for Better Preventing the Horrid Crime of Murder*, (R.-U.), 1752, 25 Geo. II, ch. 37, abrogé par 9 Geo. IV, ch. 31, art. 99. Voir également J.M. BALL, *op. cit.*, note 19, p. 63.

663. Voir Frederick C. WAITE, « The Development of Anatomical Laws in the States of New England » (1945), 233:24 *N. Engl. J. Med.* 716, 717, où est cité le préambule de la Loi de 1752.

664. Voir D. William ROUGHEAD, *Burke and Hare*, Toronto, Canada Law Book, 1921, pp. 256-257.

665. Voir, *supra*, note 656.

à permettre la dissection des cadavres des criminels exécutés a été adoptée par la colonie de la baie du Massachusetts au milieu des années 1600⁶⁶⁶. L'usage a été consacré dans le droit pénal fédéral américain et est demeuré en vigueur jusqu'en 1987⁶⁶⁷. L'autorisation de cette pratique a également été envisagée au Canada⁶⁶⁸, mais il n'existe aucune preuve qu'on ait donné suite à ces projets⁶⁶⁹. L'objectif sous-tendant l'adoption de tels textes pourrait être pertinent au regard de la pénurie actuelle d'organes au Canada, mais vu l'abolition générale de la peine de mort en 1970, cette proposition n'est pas applicable concrètement dans la société canadienne⁶⁷⁰.

(2) Vols de cadavres, respect des restes humains

Le respect des cadavres et des restes humains est très ancien⁶⁷¹. Si dans certains cas ce respect n'a pas été accordé au corps de personnes considérées comme indésirables ou exclues de la cité⁶⁷², l'attitude générale se manifeste dans les coutumes funéraires, les pratiques religieuses et les coutumes morales de la civilisation occidentale. Le droit pénal n'a pas échappé à ces influences. Dans une affaire criminelle du XIX^e siècle concernant le cas d'un enfant qu'on n'avait pas inhumé, un juge canadien a évoqué ces sentiments en déclarant : [TRADUCTION] « [t]out cadavre humain a droit à une inhumation décente⁶⁷³. »

De nos jours, le *Code criminel* canadien exige que les défunts soient traités avec respect. Ces dispositions témoignent du fait que l'attitude de la société, s'agissant du respect des morts, est bien ancrée dans la tradition mais connaît une certaine évolution. Elle constitue

666. F.C. WAITE, *loc. cit.*, note 663, 717.

667. Voir 35 Stat. 1152, codifié à 18 USC 3567, abrogée par P.L. 98-473, Titre II, ch. II, al. 212(a)(1) et P.L. 99-217, art. 4, 99 Stat. 1728.

668. Voir Débats, *infra*, note 803, p. 467, n. 33, où il est question des débats relatifs à la *Loi sur l'anatomie*.

669. La première loi pénale fédérale du Canada, adoptée en 1869, prévoyait simplement que les criminels condamnés à mort devaient être exécutés « en la manière prescrite par la loi ». Leur corps devait être inhumé à l'intérieur des murs de la prison ; *Acte concernant la Procédure dans les causes criminelles ainsi que certaines autres matières relatives à la loi criminelle*, 32-33 Vict., ch. 29, art. 106, 117.

670. Voir *Loi modifiant le droit pénal (peine capitale)*, S.C. 1973-74, ch. 38, art. 2, 3 ; *Loi de 1976 modifiant le droit pénal n° 2*, S.C. 1974-75-76, ch. 105 (abolition de la peine capitale pour les infractions prévues au *Code criminel*). La peine de mort est théoriquement encore en vigueur en ce qui concerne le personnel militaire reconnu coupable de trahison ou de crimes semblables. Voir *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, notamment les art. 73, 74, 139, 203, 206.

671. Voir en général A.M. LASSEK, *op. cit.*, note 15, p. 20.

672. J. KEVORKIAN, *op. cit.*, note 17, p. 26 ([TRADUCTION] « Pour les Romains, les esclaves n'étaient pas différents des choses matérielles de leur environnement ; et la mise à mort d'un esclave n'était pas un meurtre mais simplement un dommage causé à un objet. Les esclaves et les prisonniers de guerre morts, étant souvent laissés sans sépulture, constituaient une bonne source de matériel pour les dissections pratiquées de temps à autre. »).

673. R. c. *Newcomb* (1898), 2 C.C.C. 255, 256 (C. comté N.-É.).

en particulier l'expression sociale de la tradition judéo-chrétienne ayant trait à l'inhumation décente des défunts, suivant laquelle le fait de ne pas accomplir ce devoir constitue une infraction, sauf excuse légitime⁶⁷⁴.

Le *Code criminel* punit également les outrages, indécences ou indignités envers le cadavre ou les restes humains :

Est coupable d'un acte criminel [...] quiconque [...] :

b) commet tout outrage, indécence ou indignité envers un cadavre ou des restes humains, inhumés ou non⁶⁷⁵.

Cette disposition vise plusieurs buts qui se recoupent. Premièrement, elle exprime la nécessité, reconnue depuis des temps immémoriaux, de respecter le cadavre de tout être humain. Deuxièmement, elle traduit également le respect des sentiments affectifs et religieux des proches parents et de la tranquillité morale de la société en général. D'un point de vue pratique, par ailleurs, la disposition vise à empêcher les outrages envers le cadavre, à protéger la santé publique et à combattre les nuisances publiques. L'examen de l'héritage de la common law au Canada, en Grande-Bretagne et aux États-Unis montre comment les tribunaux ont tenu compte de ces objectifs dans des causes relatives à la vente de parties du corps, à l'indécence sexuelle, au vol et même dans le contexte plus moderne de l'expérimentation médicale.

C'est traditionnellement sur le souci de préserver l'intégrité morale de la collectivité que l'on a fait reposer la définition des actes criminels envers les cadavre ou les restes humains. Les plus grands juristes britanniques et penseurs européens du XVIII^e et du XIX^e siècles considéraient l'outrage à la dépouille comme une grave infraction morale⁶⁷⁶. L'infraction figurant dans le code canadien découle directement du projet de code pénal britannique de 1879, jamais adopté, qui pour l'essentiel reprenait les règles dégagées par la common law britannique en ce qui concerne les infractions contre les cadavres⁶⁷⁷. Si

674. *Code criminel*, al. 182a). La Commission a proposé d'abroger les dispositions relatives à l'inhumation en raison de leur caractère archaïque. Voir Rapport n° 31, *op. cit.*, note 116, p. 116.

675. *Code criminel*, al. 182b).

676. Voir, James Fitzjames STEPHEN, *A Digest of the Criminal Law: Crimes and Punishments*, 4^e éd., Londres, Macmillan, 1887, art. 175 (infraction relative à la morale) ; William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England. Book the Fourth*, Oxford, Clarendon Press, 1779, p. 236. Comparer la *Criminal Code Act* de 1983, du Northern Territory of Australia, art. 140 (la mauvaise conduite envers un cadavre est une infraction morale) ; *New Zealand Crimes Act, 1961*, art. 150 (crimes contre les restes humains et crimes contre la personne) ; et les crimes contre les sépultures, art. 360 du Code pénal de la France. Comme il s'agit d'une infraction relative à la morale, l'art. 360 a été interprété d'une manière large, de sorte qu'il vise les monuments funéraires, les cadavres inhumés et les cadavres non encore inhumés, *Code pénal*, 88^e éd., Paris, Dalloz, 1991. Voir R. DIERKENS, *op. cit.*, note 382, par. 311. À cet égard, voir également les observations sur l'application possible des textes français portant sur les voies de fait et les coups et blessures, *infra*, note 717.

677. Voir GRANDE-BRETAGNE, CRIMINAL CODE BILL COMMISSION, *Report of the Royal Commission Appointed to Consider the Law Relating to Indictable Offences*, Londres, HMSO, 1879, p. 22. ([TRADUCTION] « [...] les articles 153 et 158 exposent les règles de la common law [...] » ; J.F. STEPHEN, *op. cit.*, note 676, pp. 117, 122 ; *Code criminel*, 1892, 55-56 Vict., ch. 29, art. 206. Pour une description générale des cent premières années du *Code criminel* canadien, voir A.W. MEWETT, « The Criminal Law, 1867-1967 » (1967), *R. du B. can.* 726.

la volonté d'interdire les actes tenant de la nécrophilie⁶⁷⁸ est le fondement moral le plus évident du texte actuel, c'est en fait à cause des problèmes suscités par les besoins de la science médicale en cadavres humains que le crime a été établi en common law⁶⁷⁹. Dans la cause datant de 1788 où la règle a été établie, un homme a été condamné à une amende de cinq *marks* pour avoir exhumé un cadavre qu'il entendait vendre à un médecin voulant faire une dissection anatomique⁶⁸⁰. À cause de la très ancienne règle selon laquelle le corps humain n'est pas susceptible d'appropriation, l'homme ne pouvait être reconnu coupable de vol de cadavre⁶⁸¹. Le tribunal a également estimé que le fait d'exhumer un cadavre en vue d'une dissection ne constituait pas d'une manière expresse une infraction à une loi interdisant d'exhumer les morts pour la pratique de la sorcellerie⁶⁸². Il a tout de même conclu que l'acte commis était très indécent, était contraire aux bonnes mœurs et constituait de ce fait une infraction criminelle. Cette affaire montre que la common law, pour combattre la vente des cadavres, allait emprunter la voie des infractions du type « actes indécents, outrages », plutôt que celle, plus directe, de l'infraction de vol. Sauf l'exception historique que constitue l'infraction de vol d'ossements dans les sépultures indiennes⁶⁸³, le législateur canadien semble avoir maintenu cette tradition en adoptant l'alinéa 182b) du *Code criminel*.

Avant l'adoption du *Code criminel* canadien, les tribunaux britanniques étendaient la portée du crime prévu en common law aux médecins qui acceptaient des cadavres qu'ils savaient avoir été illégalement exhumés⁶⁸⁴. On semble avoir fait de même au Canada au milieu du XIX^e siècle, avant l'adoption du *Code criminel* canadien. Les professeurs de médecine qui payaient entre 30 \$ et 50 \$ pour les cadavres provenant des cimetières locaux étaient condamnés à une amende de 50 \$ pour avoir commis une « infraction contre la décence⁶⁸⁵ ». Ces pratiques commerciales entraînaient apparemment des peines plus sévères aux États-Unis ; un entrepreneur de pompes funèbres a par exemple été condamné en 1900 à une amende de 750 \$ et à une peine d'emprisonnement de onze mois pour avoir vendu des cadavres à des médecins voulant pratiquer des dissections⁶⁸⁶. Il ressort de ces affaires⁶⁸⁷ — et du fondement juridique historique de l'infraction énoncée au code actuel —

678. *R. c. Ladue*, [1965] 4 C.C.C. 264 (C.A. T.Y.).

679. Comparer « W. German Universities Spark Furor Over Using Remains of Nazi Victims », *The [Toronto] Globe and Mail* (12 janvier 1989) A12.

680. *R. c. Lynn* (1788), 100 E.R. 394.

681. Voir *supra*, section I.A. Voir également A.T.H. SMITH, « Stealing the Body and Its Parts » [1976], *Crim. L. Rev.* 622.

682. Voir *Lynn*, précité, note 680, discutant de la *Withcraft Act of 1735*.

683. Voir *Acte du larcin*, S.R.C. 1886, ch. 164, art. 98, intégré au *Code criminel*, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 385, abrogé par *Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 745.

684. Voir *R. c. Cundick* (1822) ; *R. c. Davies* (1828) (assises de Lancaster), description dans *Select Committee on Anatomy, op. cit.*, note 22, pp. 6, 7.

685. Voir *infra*, le texte accompagnant la note 809.

686. Voir *Thompson c. State*, 58 S.W. 213 (Tenn. 1900).

687. Pour des décisions plus récentes concernant la vente de cadavres, voir *People c. Bullington*, 80 P. 2d 1030 (Cal. 1938) et *Commonwealth of Pennsylvania c. Spector* (28 octobre 1988), Philadelphia 87-01-2441-2445 (Court of Common Pleas). Voir également, *infra*, note 694.

que la vente de restes humains ou de cadavres est peut-être toujours visée par le texte d'incrimination en question⁶⁸⁸. Dans la mesure où la vente de cadavres humains, de parties du corps et de tissus corporels continue à être perçue comme portant atteinte à l'intégrité et à la dignité fondamentales de l'être humain⁶⁸⁹, ce texte concrétise le sentiment général selon lequel le respect s'impose à l'égard du cadavre humain.

Une telle infraction témoigne par ailleurs du souci de protéger l'hygiène publique et de lutter contre les nuisances. Le fait de laisser des cadavres dans des endroits publics ou de les jeter dans les cours d'eau est en effet susceptible d'exposer le public à des maladies ou de contaminer l'eau et est jugé inacceptable pour cette raison⁶⁹⁰. Une telle conduite pourrait également causer des problèmes d'ordre matériel et indisposer le public. Du reste, c'est toujours à la rubrique « nuisances » qu'ont été classées les infractions relatives aux cadavres, dans le *Code criminel* canadien⁶⁹¹.

Outre qu'elles protègent les intérêts et ménagent la sensibilité de la collectivité, les règles du droit pénal interdisant les outrages à l'égard des cadavres encouragent une conduite physique respectueuse envers le défunt. Elles assurent la protection de l'intégrité corporelle d'êtres réputés dignes de respect mais incapables de se protéger eux-mêmes. Voici un exemple. Dans certains États américains, on considère comme un acte criminel le fait de mutiler un cadavre ou de commettre un outrage à son égard⁶⁹². Les dispositions en cause interdisent le défigurement illégal et inutile ainsi que tout atteinte à l'intégrité des cadavres⁶⁹³. Elles ont récemment été invoquées dans une poursuite intentée contre un médecin, une maison funéraire et les employés de la morgue d'un hôpital, pour mutilation ou atteinte à l'intégrité de cadavres et trafic de parties du corps humain⁶⁹⁴.

Enfin, les textes en question protègent les intérêts affectifs et religieux des proches parents, qui peuvent s'opposer radicalement à toute atteinte au corps du défunt⁶⁹⁵. Ces

688. Voir l'art. 182 du *Code Criminel*, dans le texte accompagnant la note 675, *supra*.

689. Voir *supra*, section I.C et ch. II, section IV.B.

690. Voir *R. c. Clark* (1883), 15 Cox C.C. 171 ; *State c. Hartzler*, 433 P. 2d 231 (N.M. 1967) ; *Kanavan's Case*, 1 Me. 226 (1821).

691. Comparer J.F. STEPHEN, *op. cit.*, note 676, pp. 117, 122.

692. Voir, par exemple, *California Health & Safety Code*, art. 7052 (West 1988 Supp.) (mutilation d'un cadavre considérée comme une infraction criminelle). Voir également *Pennsylvania Cons. Stat. Ann.*, art. 5510 (Purden 1990 Supp.) (outrage à l'égard d'un cadavre).

693. Voir *Bullington*, précité, note 687 (l'extraction de deux couronnes en or, sans mutilation du corps ni des dents, ne constitue pas une mutilation criminelle d'un cadavre).

694. Voir *Spector*, précité, note 687 (médecin condamné à une amende de 35 000 \$ et à 16 000 heures de services médicaux dans des prisons municipales pour avoir vendu pendant 15 ans à des centres de recherches médicales des parties du corps obtenues de la morgue d'un hôpital universitaire). Voir également *People of California c. Sconce* (24 mai 1988), Los Angeles A5732891 (Sup. Ct) ; « Reward Offered in Case Against Mortician », *New York Times* (8 juin 1989) A 16 (employé d'un salon funéraire condamné à 5 ans de prison relativement à 21 chefs d'accusation, dont celui d'avoir mutilé volontairement des restes humains et enlevé des parties du corps, dans le but présumé de les vendre à des facultés de médecine). Voir également *infra*, note 717.

695. Voir *Kohn*, précité, note 404.

intérêts peuvent être violés par des atteintes à l'intégrité physique, des mutilations, des actes d'indécence sexuelle ou d'autres conduites du même genre qui outrageraient les sentiments familiaux normaux⁶⁹⁶. En ce sens, les protections établies par le droit pénal s'accordent avec les intérêts familiaux reconnus par la common law et le droit civil, et les renforcent⁶⁹⁷.

À de nombreux égards, donc, l'infraction relative aux cadavres qui figure actuellement au *Code criminel* traduit l'existence de valeurs constantes et fondamentales à l'égard de la mort et de la dignité humaine. Ce texte, dans la pratique, contribue à la protection des divers intérêts sociaux en cause. Il exige le simple respect du cadavre humain ; il encourage à tenir compte de la sensibilité et des intérêts affectifs des membres de la famille ; il aide à empêcher les nuisances publiques ; il s'oppose au défigUREMENT, à la mutilation et à toute atteinte illégale et inutile à l'intégrité du cadavre. D'un point de vue historique, la préoccupation morale ayant trait à l'indécence concernait à la fois les actes relevant de la nécrophilie et la vente des cadavres.

Dans la mesure où les préoccupations dont nous venons de faire état — et auxquelles l'infraction prévue au *Code criminel* répondait à l'origine — sont plus directement et plus clairement régies par des textes modernes, il est peut-être souhaitable de modifier la définition de cette infraction. Les devoirs relatifs à l'inhumation, le souci de l'hygiène publique et de la lutte contre les nuisances, les mécanismes suivant lesquels la science médicale peut obtenir les cadavres dont elle a besoin — toutes ces questions sont désormais régies par des lois provinciales concernant l'anatomie, l'hygiène publique et les cimetières⁶⁹⁸. Le trafic de cadavres pourrait sans doute également être régi, au moins en partie, par des textes relatifs à la vente⁶⁹⁹. Même alors, cependant, l'infraction conserverait son utilité, en ce qu'elle encourage les citoyens à se conduire d'une manière respectueuse à l'endroit des cadavres, et s'oppose aux atteintes à l'intégrité corporelle ainsi qu'aux préjudices moraux. En effet, si la mutilation, la profanation, les agressions sexuelles ou tout acte répréhensible à l'égard d'un cadavre ou des restes humains portent atteinte à l'intégrité corporelle du défunt, ils portent également atteinte à la dignité de ce dernier, aux valeurs humaines ainsi qu'aux valeurs morales fondamentales.

Enfin, lorsqu'on cherche à savoir comment et pourquoi l'infraction qui nous intéresse a depuis toujours rempli la fonction de dispositions qui auraient normalement pu être fondées sur les notions de vente et de vol, on constate inévitablement qu'une ambiguïté notable

696. Voir AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code and Commentaries : Part II*, Philadelphie (Pa.), The Institute, 1980, art. 250.10, commentaire 2, pp. 420-421 (Exploitation des cadavres : [TRADUCTION] « Sauf dans la mesure où la loi l'autorise, commet une infraction quiconque traite un cadavre d'une manière susceptible de heurter la sensibilité normale d'une famille »).

697. Voir, *supra*, le texte accompagnant les notes 386 à 395. Voir en général John S. HERBRAND, « Validity, Construction, and Application of Statutes Making It a Criminal Offense to Mistreat or Wrongfully Dispose of Dead Body », 81 A.L.R. 3d 1071.

698. Voir, par exemple, Alta. Reg. 298/86 ; O.C. 82/18 A. Gaz. 1918.II.991 ; *Cemeteries Act*, R.S.O. 1980, ch. 59. Voir également *infra*, section III.B(1).

699. Voir *infra*, section III.B.

s'est perpétuée au fil des siècles. Les squelettes et les spécimens anatomiques préparés à partir des parties de cadavres, ou qui proviennent de corps humains, peuvent-ils, en droit, faire l'objet d'un vol ? Les plus grands juristes britanniques et canadiens se posent la question depuis le XIX^e siècle⁷⁰⁰. Le fondement historique de l'infraction pourrait à première vue nous amener à conclure que même des restes humains ayant été légalement prélevés, puis transformés par le savoir-faire et le travail de spécialistes en momies ou en spécimens d'anatomie, ou d'autres tissus humains traités et préservés de façon similaire, ne sont nullement protégés à l'heure actuelle par les dispositions du droit pénal interdisant le vol : ce qui n'est pas susceptible d'appropriation ne pourrait être volé⁷⁰¹. Du reste, la logique du principe de common law vieux de trois cents ans voulant que le vol d'un cadavre soit une chose impossible (seul le linceul pouvant être dérobé⁷⁰²) semblerait de la même façon mener à la conclusion qu'il n'est pas possible de voler un squelette de laboratoire, mais seulement le fil qui maintient les parties en place⁷⁰³, ni de voler des substances corporelles, mais uniquement les fioles ou les éprouvettes qui les contiennent⁷⁰⁴. Mais de nos jours, cette conclusion semble contraire au bon sens, aux valeurs fondamentales du droit pénal et à la conception élargie de la propriété, suivant laquelle les dispositions relatives au vol s'appliquent à diverses choses qui auparavant n'étaient pas tenues pour des biens susceptibles d'appropriation : choses animées ou inanimées, services de télécommunication, animaux sauvages, voire électricité⁷⁰⁵.

(3) Respect dû aux personnes qui viennent de mourir

Un grand nombre des problèmes concernant le respect des morts, les souhaits et les croyances de la famille, ce qui est jugé acceptable par la collectivité, se posent tous ensemble dans le cas d'une nouvelle catégorie de patients : ceux qui sont en état de mort cérébrale⁷⁰⁶. La médecine moderne est en mesure de maintenir en « vie » ces personnes

700. Comparer J.F. STEPHEN, *op. cit.*, note 676, art. 292, G.W. BURBIDGE, *Digest of the Criminal Law of Canada: Founded by Permission on Sir James Fitzjames Stephen's Digest of the Criminal Law*, Toronto, Carswell, 1890, pp. 284, 288 (choses non susceptibles d'être volées) et P. MATTHEWS, *loc. cit.*, note 385, 219-220.

701. *Ibid.* Comparer *Doodward c. Spence* (1907), 7 S.R. 727 (N.S.W. Austr.) (même si l'on ne peut être propriétaire d'un cadavre, des droits de possession susceptibles de protection peuvent être établis si, par son savoir-faire et son travail, on modifie sensiblement l'état du corps) ; J.W. Cecil TURNER (dir.), *Kenny's Outlines of Criminal Law*, 19^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1966, pp. 294-295 ([TRADUCTION] « Il n'est pas entièrement certain que la règle soit " cadavre un jour, cadavre toujours " ; le cas échéant, la protection du droit pénal pourrait peut-être ne pas s'étendre aux squelettes et aux autres produits anatomiques ayant nécessité beaucoup de travail ni aux collections ethnologiques de crânes ou de momies — cela semblerait en effet déraisonnable. ») ; J.C. SMITH et Brian HOGAN, *Criminal Law*, Londres, Butterworths, 1983, pp. 490-491.

702. Voir l'affaire *Haynes*, précitée, note 384.

703. P.D.G. SKEGG, *loc. cit.*, note 412, 417-418, n. 35, 39.

704. Voir *R. c. Welsh*, [1974] R.T.R. 478 (C.A.) (échantillon d'urine) et *R. c. Rothery*, [1976] R.T.R. 550 (C.A.) (échantillon de sang).

705. Voir Rapport n° 31, *op. cit.*, note 116, ch. 1(2) ; *Code criminel*, art. 322.

706. Voir S.J. YOUNGER et autres, *loc. cit.*, note 266, 323.

pendant des heures ou des jours, en vue de la transplantation d'organes, voire pendant des semaines ou des mois, dans le cas d'une femme enceinte, pour que l'enfant puisse venir au monde⁷⁰⁷.

Qu'est-ce qui, dans ce contexte, pourrait être considéré comme une atteinte à l'intégrité du cadavre⁷⁰⁸ ? La question demeure épineuse, parce qu'il est difficile de caractériser sur le plan moral la situation de ces personnes. Devrait-on les traiter comme des cadavres, des « patients décédés⁷⁰⁹ » ou des cadavres qui respirent et dont le cœur bat⁷¹⁰, bien que suivant les critères traditionnels il soit difficile de déterminer si elles sont vivantes ou mortes ? À quelles conditions, le cas échéant, est-il acceptable de pratiquer sur ces patients des techniques à des fins de formation, de recherches ou d'expérience médicales ? Les dispositions du *Code criminel* relatives au cadavre rendent-elles nécessaire l'obtention d'un consentement avant que de telles interventions puissent être effectuées ? Il s'agit là de questions fascinantes et troublantes, qui en outre débordent les limites du droit pénal au sens strict du terme. Il ressort des articles qui y sont consacrés que, dans une large mesure, les réponses sont fonction de l'attitude adoptée à l'égard de deux autres problèmes : À quel respect et à quelle dignité le patient qui vient de mourir a-t-il droit ? Quels sont les avantages que présente pour la médecine l'utilisation du corps de ces patients ?

Les patients qui viennent de mourir peuvent faire progresser la science médicale, le traitement et la formation. Lorsqu'une personne meurt d'une crise cardiaque dans la salle d'urgence d'un hôpital, cela peut donner aux étudiants en médecine l'occasion de pratiquer les techniques de réanimation, d'administration de médicaments⁷¹¹ ou d'intubation⁷¹². On justifie ces pratiques en faisant valoir qu'elles sont efficaces au point de vue didactique, que la santé et la sécurité des citoyens sont favorisées par la formation médicale donnée au moyen de « non-personnes » qu'il faut seulement, par respect, éviter de défigurer ou de ridiculiser⁷¹³. On offre des arguments semblables pour justifier la recherche médicale et l'expérimentation sur les cadavres, du simple prélèvement d'échantillons de sang⁷¹⁴ aux essais relatifs à l'anesthésie pour la transplantation d'organes, aux respirateurs⁷¹⁵ et

707. Voir David R. FIELD et autres, « Maternal Brain Death During Pregnancy » (1988), 260:6 *JAMA* 816 (cas d'une femme en état de mort cérébrale qu'on a gardée branchée à un respirateur pendant neuf semaines au coût de 214 784 \$ afin de permettre la naissance d'un enfant de sexe masculin). Voir en général Note, « Incubating for the State: The Precarious Autonomy of Persistently Vegetative and Brain-Dead Pregnant Women » (1988), 22 *Ga L. Rev.* 1103.

708. Voir *Code criminel*, al. 182b), cité dans le texte qui accompagne la note 675, *supra*.

709. S.J. YOUNGER et autres, *loc. cit.*, note 266, 323.

710. Robert M. VEATCH, *The Patient as Partner*, Bloomington, Indiana University Press, 1987, p. 190 ; D.R. FIELD et autres, *loc. cit.*, note 707, 818-819.

711. Voir Kenneth V. ISESON et Charles M. CULVER, « Using a Cadaver to Practice and Teach » (1986), 16:3 *Hast. Cent. Rep.* 28.

712. J.P. ORLOWSKI, G.A. KANOTI et M.J. MEHLMAN, *loc. cit.*, note 279 et (1989) 320:6 *N. Engl. J. Med.* 396-397 (lettres).

713. J.P. ORLOWSKI, G.A. KANOTI et M.J. MEHLMAN, *loc. cit.*, note 279, 440-441.

714. Barry S. COLLIER et autres, « Inhibition of Human Platelet Function *In Vivo* with a Monoclonal Antibody: With Observations on the Newly Dead as Experimental Subjects » (1988), 109:8 *Ann. Intern. Med.* 635.

715. R.M. VEATCH, *op. cit.*, note 710.

aux cœurs⁷¹⁶ artificiels. Au cours des procédures judiciaires et du débat public relatifs à des accusations criminelles portées à la suite d'expériences réalisées sur un homme en état de mort cérébrale, qui avait été hospitalisé après avoir perdu la vie dans un accident d'automobile en France, on a ainsi fait valoir que la science médicale ne pourrait progresser sans la recherche clinique et l'expérimentation⁷¹⁷.

Les avantages médicaux et sociaux découlant de l'utilisation des patients qui viennent de mourir doivent être évalués en regard des préoccupations relatives au respect dû aux morts et à la signification de l'intégrité corporelle du cadavre. Au cours du débat sur le cas qui vient d'être évoqué, le Comité Consultatif National d'Éthique français a réclamé la primauté du respect de la personne et de ses restes ; le président de la République a emboîté le pas en demandant à la société de ne jamais oublier que l'être humain n'est pas un instrument⁷¹⁸. Ces observations semblent découler d'une conception suivant laquelle on accorde un grand respect aux morts parce qu'on attache au corps une dignité et un caractère humain qui relèvent du symbole. Les tenants de ce point de vue tendent à considérer le corps d'une personne qui est morte, mais qui respire et dont le cœur bat, comme une personne plutôt que comme un cadavre⁷¹⁹.

Ce qui ressort de ces diverses considérations — avantages médicaux, possibilité d'atteinte à l'intégrité corporelle, respect des morts, c'est un désaccord quant à l'opportunité d'exiger l'obtention d'un consentement afin de tenir compte des intérêts divergents en jeu. Les techniques utilisées à des fins d'expérimentation et de formation médicale n'ont pas nécessairement pour effet de défigurer ou de mutiler le corps du patient qui vient de mourir ni de porter atteinte de quelque façon à son intégrité corporelle. Toutefois, la simple intubation pourra être considérée comme une indignité ou un acte abusif par la famille dont on n'a pas demandé le consentement, et qui s'oppose à l'utilisation de telles techniques pour des raisons religieuses ou parce qu'elle les juge outrageantes⁷²⁰.

716. Voir Susan R. MARTYN, « Using the Brain Dead for Medical Research » (1986), *Utah L. Rev.* 1, 7, n. 37.

717. Voir « L'expérimentation sur les comateux », *Le Monde* (21 décembre 1988) 22. Voir également D. DICKSON, « Human Experiment Roils French Medicine » (1988), 239:4846 *Science* 1370. On aurait porté des accusations de voies de fait, en vertu de l'article 309 du Code pénal, pour « coups et blessures volontaires sur une personne hors d'état de se protéger elle-même, en raison de son état physique ou mental », *Code pénal*, *op. cit.*, note 676 ; Jean-Yves NAU, « Un texte sur les comas dépassés est à l'étude », *Le Monde* (8 mars 1988) 12.

718. « L'être humain n'est pas un instrument », *Le Monde* (27 février 1988) 17. Voir COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, *Avis sur l'expérimentation médicale et scientifique sur des sujets en état de mort cérébrale* (7 novembre 1988), dans *Éthique et recherche biomédicale : rapport 1988*, Paris, La Documentation française, 1989, p. 23 [ci-après Comité]. Voir également Frank NOUCHI, « Les expérimentations en cas de mort cérébrale autorisées sur les patients ayant fait don de leur corps à la science », *Le Monde* (8 novembre 1988) 32.

719. Voir *supra*, ch. II, sections I.C et IV. Voir également John LA PUMA, « Discovery and Disquiet: Research on the Brain-Dead » (1988), 109:8 *Ann. Intern. Med.* 606, 607 (la dignité humaine du corps ne devrait jamais être violée, même dans la poursuite de la connaissance scientifique la plus précieuse).

720. Comparer AMERICAN LAW INSTITUTE, *op. cit.*, note 696, J.P. ORLOWSKI, G.A. KANOTI et M.J. MEHLMAN, *loc. cit.*, note 279, 441 et *Strachan*, précité, note 394, 351 (en refusant d'accéder à la demande des membres de la famille, qui souhaitaient se voir remettre le corps de leur fils, l'hôpital avait porté atteinte à la dignité et à l'autonomie des intéressés et leur avait infligé une peine inutile).

Les médecins souhaitant utiliser un cadavre à des fins d'expérimentation ou de formation devraient-ils être tenus d'obtenir un consentement, ou y aurait-il lieu, au contraire, d'établir une présomption de consentement dans des limites raisonnables ? D'une part, il ne semble pas exister beaucoup de solutions satisfaisantes. Demander le consentement des membres de la famille peut sembler compliqué, inhumain, et cela risque de prendre beaucoup de temps. En outre, les interventions en cause, qui ne portent pas véritablement atteinte à l'intégrité corporelle, répondent au souci de favoriser la santé et la sécurité de la population. Tous ces éléments justifieraient, selon certains auteurs, une politique fondée sur une présomption de consentement, sauf en cas d'opposition manifeste de la part du défunt ou de ses proches parents⁷²¹.

D'autre part, d'autres considérations plaident en faveur d'une plus grande rigueur en matière de consentement. Premièrement, le médecin qui agit sans demander le consentement des proches parents risque de porter atteinte à leurs croyances religieuses et morales, ou à leurs simples préférences. Une telle attitude semble incompatible avec les attentes normales d'une famille affligée. En effet, même la signature d'un formulaire hospitalier de consentement général⁷²² ne répondrait vraisemblablement pas aux attentes normales du patient ou de ses proches, en ce qui a trait au sort réservé au corps après la constatation du décès. C'est pourquoi certains auteurs font valoir que la présomption de consentement repose sur une duperie injustifiée, susceptible de miner la confiance entre le médecin et son patient, entre l'hôpital et la collectivité qu'il sert⁷²³.

Deuxièmement, on pourrait estimer que le fait de ne pas informer la famille des interventions pratiquées contrevient au devoir général de loyauté que le médecin a envers son patient⁷²⁴. Celui-ci confie son corps à son médecin, lui accorde sa confiance, avec la conviction qu'il agira avec toute la compétence dont il est capable et pour le seul bien de son patient. Or, les interventions pratiquées sans qu'on se soit enquis de la volonté exprimée par le patient ou des souhaits de ses proches parents battent en brèche ce climat de confiance, cette notion de loyauté. Le caractère unilatéral de la décision dont elles découlent risque de déconsidérer ou de trahir les intérêts, les droits et la confiance de personnes qui sont profondément touchées. De ce point de vue, la mort ne transforme pas la possession légitime d'un patient pour l'application d'un traitement en un droit d'intervenir sur son corps, après son décès, à des fins non thérapeutiques.

Troisièmement, même si dans certains cas la présomption de consentement peut être justifiée en raison des bienfaits manifestes que présente l'utilisation par la science médicale du corps du patient qui vient de mourir, les avantages pouvant être tirés au chapitre de la formation et de la recherche médicales sont nettement moins immédiats et moins tangibles⁷²⁵. La présomption de consentement pourrait par exemple être tenue pour légitime lorsqu'on souhaite effectuer une transplantation d'organes ou de tissus, parce que

721. J.P. ORLOWSKI, G.A. KANOTI et M.J. MEHLMAN, *loc. cit.*, note 279, 441.

722. Voir E.I. PICARD, *op. cit.*, note 364, 43.

723. Voir K.V. ISESON et C.M. CULVER, *loc. cit.*, note 711, 29 (le commentaire de Culver).

724. Voir, *supra*, le texte accompagnant la note 445.

725. Voir J. LA PUMA, *loc. cit.*, note 719, 607.

le prélèvement a un effet favorable immédiat, probable et caractérisé : il permet de sauver des vies ou de guérir des malades⁷²⁶. Mais les avantages que procure la thérapie directe ne peuvent être mis sur le même pied, du point de vue moral, que ceux qui découlent de la recherche et de la formation⁷²⁷. C'est la conclusion à laquelle est arrivé le Comité d'éthique français en refusant d'appliquer à l'expérimentation sur les personnes en état de mort cérébrale les dispositions de la loi sur la transplantation de tissus humains qui établissent une présomption de consentement⁷²⁸. Le Comité recommandait que de telles expériences ne soient effectuées que si le patient a légué, par écrit, son corps à la science⁷²⁹.

Enfin, l'établissement d'une présomption de consentement concernant l'utilisation, à des fins médicales ou pour faire des expériences, du corps des patients en état de mort cérébrale semble contraire à l'éthique médico-juridique canadienne. Bien que cela ne soit pas un critère déterminant, la politique établie par les autorités consacre souvent les valeurs fondamentales qui animent le droit pénal⁷³⁰. Les lois régissant l'anatomie et le don de tissus⁷³¹ ainsi que les lignes directrices en matière d'expérimentation médicale⁷³² qui pourraient être applicables aux interventions sur les patients en état de mort cérébrale⁷³³ font en général reposer sur la notion de consentement le don d'un corps humain à la science, ce consentement pouvant être donné par le patient lui-même ou par ses proches parents. Ces règles découlent quant à elles des principes de common law suivant lesquels les exécuteurs et la famille de la personne décédée ont une sorte de droit de possession sur la dépouille⁷³⁴.

Il semblerait donc que les circonstances médicales et les avantages qu'est susceptible de procurer l'utilisation du corps des patients qui viennent de mourir ne sont ni uniques ni irrésistibles, et partant ne sauraient justifier une exception aux règles habituelles en matière de consentement — à moins que des textes autorisent sans équivoque de telles interventions. Normalement, c'est à la famille que le consentement est demandé. Le fait d'exiger l'obtention d'un consentement semble un moyen commode de tenir compte, à la fois, des besoins grandissants de la médecine et des préoccupations du droit pénal et

726. Voir *infra*, note 842.

727. Voir J. LA PUMA, *loc. cit.*, note 719, 407.

728. Voir Comité, *op. cit.*, note 718.

729. *Ibid.*

730. Voir CRD, *Notre droit pénal*, Rapport n° 3, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1976, pp. 5-9.

731. Voir *infra*, section III.B.

732. Voir Document de travail n° 61, *op. cit.*, note 295.

733. Voir M.A. SOMERVILLE, *op. cit.*, note 369, p. 78 (l'expérimentation médicale sur les cadavres pourrait être visée par les dispositions portant sur « l'objectif thérapeutique, l'enseignement médical ou la recherche scientifique » qui figurent dans les lois provinciales sur le don de tissus) ; PRESIDENT'S COMMISSION, *Implementing Human Research Regulations*, Washington (D.C.), la Commission, 1983, pp. 39, 41 (où l'on recommande que les comités d'éthique sur la recherche se penchent sur l'expérimentation sur les cadavres).

734. Voir, *supra*, section I.

de la morale au sujet du respect à l'égard des morts, des intérêts de la famille et de ceux de la collectivité. Des précisions pourraient être apportées par le législateur⁷³⁵ et les établissements hospitaliers quant aux modalités de ce consentement.

Dans cette perspective, la preuve d'un consentement valable à l'intervention médicale soulèverait une présomption de légalité au regard de l'infraction relative aux outrages envers un cadavre. Les difficultés qui se posent concernent notamment le moment où la demande est faite et la façon dont elle est présentée. La chose est en effet très délicate, comme en témoigne la citation suivante, qui a trait aux expériences faites sur les enfants en état de mort cérébrale :

[TRADUCTION]

Il serait essentiel que l'expérience respecte le corps maintenu en vie par des moyens mécaniques et le souvenir que les parents ont de la personne qui était (qui demeure — la mort n'est pas « la fin » pour les parents) leur enfant. Ce qui comptera sans doute le plus, ce sera l'attitude et le ton de voix de la personne chargée de demander aux parents leur consentement. Si elle se souvient qu'il s'agit d'une supplication à propos d'une chose précieuse, et si elle en tient compte dans la formulation de la demande, il n'y a aucune raison de ne pas présenter celle-ci. La décision appartient aux parents⁷³⁶.

Le problème consiste à savoir de quelle façon et à quel moment la demande devrait être présentée.

La confiance et la loyauté qui forment depuis longtemps le fondement de la relation entre le médecin et son patient sembleraient donc imposer des devoirs spéciaux aux professionnels de la santé, aux patients et à leur famille. Il incombe sans doute aux médecins et aux hôpitaux de mettre au point des mécanismes qui permettront de demander le consentement avec toute la compassion qui s'impose dans ces circonstances délicates, mécanismes qui devront être régulièrement revus et améliorés. Quant aux consommateurs de soins de santé, qui deviendront des patients tôt ou tard, ils ont peut-être le devoir moral de réfléchir à la possibilité de donner leur corps à la science, et d'en parler. On peut de toute évidence faire un parallèle avec le système de dons d'organes volontaires. Le recours aux patients en état de mort cérébrale en vue de la formation et de la recherche médicales semblerait acceptable [TRADUCTION] « lorsqu'il répond à un objectif social important, lorsque le consentement d'une personne compétente [un membre de la famille, par exemple] est obtenu et lorsqu'on tente, en pratiquant l'intervention, d'éviter la profanation et de préserver le respect dû au corps humain⁷³⁷ ».

735. Voir Document de travail n° 61, *op. cit.*, note 295, p. 13 (loi fédérale sur l'expérimentation sur des sujets humains).

736. R.M. VEATCH, *op. cit.*, note 710, p. 192, citant R.A. CARSON, J.L. FRIAS et R.J. MELKER, « Research with Brain-Dead Children » (1981), 3:1 *IRB : Rev. Human Subjects Res.* 5.

737. Norman FOST, « Research on the Brain Dead » (1980), 96:1 *J. Pediatr.* 54, 56. Accord K.V. ISESON et C.M. CULVER, *loc. cit.*, note 711, 29 (commentaire de Culver) ; B.S. COLLIER et autres, *loc. cit.*, note 714, 638 ; Comité, *op. cit.*, note 718 ; R.M. VEATCH, *op. cit.*, note 710, p. 190. Voir cependant J.P. ORLOWSKI, G.A. KANOTT et M.J. MEHLMAN, *loc. cit.*, note 279, 441 et K.V. ISESON et C.M. CULVER, *loc. cit.*, note 711 (commentaire d'Iseron).

III. Législation fédérale et provinciale

Depuis plus d'un siècle, les gouvernements fédéral et provinciaux se partagent la compétence législative pour la réglementation du prélèvement et de l'utilisation des tissus humains. En plus de l'élaboration des textes d'incrimination figurant au *Code criminel*, le Parlement fédéral est chargé de veiller à la sécurité et à l'efficacité des techniques de remplacement des tissus humains au moyen de la *Loi sur les aliments et drogues*⁷³⁸. D'autres lois, notamment celles relatives à la quarantaine, aux douanes, à l'immigration, à l'impôt sur le revenu et à la santé, confient au gouvernement fédéral, au nom de tous les Canadiens, diverses fonctions et responsabilités publiques qui ont une incidence sur les problèmes que suscite le don de tissus humains. À l'échelon provincial, les lois sur l'anatomie, sur la cornée et sur le don de tissus ont fortement contribué à l'établissement des règles applicables au Canada en la matière.

A. Législation fédérale

(1) Textes sur les médicaments et les instruments médicaux

La *Loi sur les aliments et drogues* (LAD) vise à assurer la sécurité et l'efficacité des médicaments ou des instruments médicaux en usage au Canada. Cette loi, dont l'application relève de Santé et Bien-être social Canada, est fondée sur la compétence législative du gouvernement fédéral en matière de droit criminel⁷³⁹. Son adoption répondait au souci d'interdire ou de réglementer la fabrication ou la vente d'aliments, de médicaments, d'appareils médicaux ou autres produits semblables falsifiés ou mal étiquetés, susceptibles de causer un préjudice à la santé du public ou à sa sécurité⁷⁴⁰. Les cosmétiques et les appareils médicaux sont régis par cette loi depuis 1939⁷⁴¹. Le fait que les appareils médicaux et les médicaments soient destinés à être utilisés à des fins thérapeutiques (et, dans le cas des médicaments, à être dans bien des cas administrés de façon interne), pour le traitement de maladies et de blessures, semble nécessiter des contrôles plus sévères que dans le cas des cosmétiques :

[TRADUCTION]

Il est évident [...] qu'à mesure que s'accroissent les risques pour la santé suscités par les médicaments, que ce soit en raison de leurs ingrédients ou des propriétés qu'on leur attribue, il faut, dans l'intérêt des consommateurs, exercer des contrôles plus systématiques et plus sévères que dans le cas des aliments ou des cosmétiques⁷⁴².

738. L.R.C. (1985), ch. F-27 [ci-après LAD].

739. Voir *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284 (où la Cour suprême a confirmé que l'infraction d'étiquetage frauduleux des drogues prévue à la LAD relève de la compétence en matière de droit criminel).

740. Voir Robert Emmett CURRAN, *Canada's Food and Drug Laws*, New York, Commerce Clearing House, 1953, pp. 137, 146 (observations relatives à l'Acte de la falsification des substances alimentaires de 1884).

741. Voir *Loi modifiant la Loi des aliments et drogues*, S.C. 1939, ch. 3, analysée par R.E. CURRAN, *op. cit.*, note 740, pp. 180, 289. Voir également les art. 16 et 17 de la LAD actuelle, précitée, note 738.

742. R.E. CURRAN, *op. cit.*, note 740, p. 1071.

En pratique, la LAD établit des normes nationales minimales uniformes relativement aux techniques utilisées pour remplacer des tissus humains (recours à d'autres tissus humains, à des tissus synthétiques ou à des organes mécaniques). Les techniques plus anciennes — celles qui concernent les produits sanguins, par exemple — sont régies par des dispositions de la LAD, en vigueur depuis longtemps déjà, qui ont trait à la réglementation des substances biologiques. Le terme « substances biologiques » se rapporte à une catégorie spéciale de produits, notamment les vaccins contre la poliomyélite ou les facteurs de coagulation du sang, obtenus à partir de tissus humains et animaux⁷⁴³. Ainsi, le Bureau des produits biologiques de Santé et Bien-être social Canada est chargé de l'application des règlements pris en vertu de la LAD qui portent sur diverses questions liées à l'utilisation des produits sanguins au Canada : consentement et sélection des donneurs, fréquence des dons, traitement, étiquetage et vente, attribution de licences⁷⁴⁴. Depuis des dizaines d'années, du reste, la LAD exige que le placenta utilisé à des fins thérapeutiques soit exempt de toute contamination⁷⁴⁵. Ces dispositions ont contribué à garantir l'innocuité de l'albumine, un dérivé du sang obtenu à partir des placentas et utilisé dans le traitement des chocs, des brûlures et des hémorragies⁷⁴⁶. Par ailleurs, la sécurité et l'efficacité des méthodes offertes par la biotechnologie, grâce auxquelles on fabrique notamment l'hormone de croissance et l'insuline, tiennent en partie au fait qu'elles doivent satisfaire aux normes applicables aux nouveaux médicaments. Les techniques de transplantation d'organes, plus récentes, peuvent quant à elles faire l'objet d'une réglementation indirecte, dans la mesure où les organes en question sont conservés dans des solutions renfermant des substances ou des médicaments visés par les règlements pris en vertu de la LAD.

La LAD impose également, par l'entremise du Bureau des instruments médicaux, des responsabilités en matière de santé et de sécurité en ce qui a trait aux instruments médicaux utilisés pour remplacer certains tissus humains⁷⁴⁷. Le rein et le cœur artificiels

743. Voir Regulations under the *Food and Drugs Act*, C.P. 1942-9056, *Gaz. C.*, 1942.I.2151, 2172 [ci-après C.P. 9056].

744. Voir SANTÉ ET BIEN-ÊTRE SOCIAL CANADA, *Codification ministérielle de la Loi des aliments et drogues et du Règlement sur les aliments et drogues* (et leurs modifications jusqu'au 3 mai 1990), Ottawa, SBEC, 1981 [ci-après règl. LAD], art. C.04.400 et suiv. (règlement relatif au don de sang pour plasmaphérèse). Voir également *Loi des aliments et drogues — Modification* (Annexe n° 671), *Gaz. C.* 1988.I.3360 (3 septembre 1988) (où l'on propose que les règlements concernant les dérivés du sang s'appliquent aussi au sang entier). Voir en général Sanda RODGERS, « The Canadian Blood Delivery System : Liability for Blood Related Injuries » (1989), 21 *Rev. d'Ottawa* 311, 322 ; D.W. BOUCHER et J. FÜRESZ, « Regulatory Control of Blood Products in Canada » (1987), 67 *Dev. Biol. Stand.* 221.

745. « Un fabricant ne doit se procurer les placentas et les cordons employés à la fabrication de préparations de provenance humaine que de femmes accouchées dans des hôpitaux publics ; les donneuses desdits placentas et cordons doivent avoir été exemptes de toxémies de la grossesse et les placentas et les cordons ne doivent présenter aucun indice macroscopique de quelque état pathologique que ce soit. », règl. LAD, précité, note 744, art. C.04.234. Le règlement remonte au moins au début des années quarante. Voir C.P. 9056, précité, note 743, 2179.

746. P.J. HAGEN, *op. cit.*, note 38, p. 93. L'Institut Mérieux, établissement français qui a récemment acheté Connaught Laboratories de Toronto, est spécialisé dans les dérivés du sang placentaire. De nos jours, au Canada, l'albumine est dérivée du plasma fractionné.

747. Voir LAD, précitée, note 738, art. 19-21. Voir également *Règlement sur les instruments médicaux*, C.R.C., ch. 871 [ci-après désigné « Instruments »].

sont peut-être les exemples les plus familiers⁷⁴⁸. Par exemple, la décision prise récemment par Santé et Bien-être social Canada de continuer à autoriser l'utilisation du cœur artificiel Jarvick-7 de fabrication américaine — après que les autorités américaines en eurent suspendu l'usage en raison de l'insuffisance du contrôle de la qualité — a un effet direct sur la recherche, les pratiques médicales et les patients des hôpitaux canadiens où l'on a recours à l'appareil en question⁷⁴⁹. Le *Règlement sur les instruments* vise aussi les « implants ». On entend par là les instruments destinés à être implantés dans le corps humain pour une période de trente jours ou plus⁷⁵⁰ : stimulateurs cardiaques, pompes à infusion, sutures de nylon, implants mammaires en silicone, vaisseaux sanguins synthétiques, etc. Pour être autorisée à vendre des implants au Canada, une société doit normalement démontrer que la fabrication du produit répond à des contrôles adéquats d'efficacité et de qualité, que le produit est efficace, qu'il ne présente aucun risque exagéré lorsqu'il est utilisé de la façon prescrite et qu'il est bien étiqueté⁷⁵¹. Au cours des dernières années, c'est notamment sur le rôle qui lui est confié à l'égard de la sécurité des implants que Santé et Bien-être social Canada s'est appuyé pour surveiller le rappel par les fabricants de valves cardiaques mécaniques et d'implants de tissu cérébral qui s'étaient avérés défectueux⁷⁵².

En ce qui concerne l'application de la LAD aux autres techniques de remplacement de tissus, la situation est moins claire. La moelle osseuse, les tissus, les valves cardiaques humaines ou le sperme (qui peuvent être conservés, congelés, traités) sont-ils visés par les dispositions de la LAD ? Ces substances et tissus sont-ils des « drogues » ou des « instruments médicaux » dans la mesure où ils sont destinés à être utilisés dans le traitement de maladies ou d'affections, ou pour corriger des fonctions corporelles ou organiques⁷⁵³ ? La réponse semble fonction de l'utilisation du tissu ou de la substance en particulier, et de l'interprétation donnée à la loi.

748. Voir *supra*, ch. I, section II.C.

749. Voir Christie McLAREN, « Canada Allows Jarvik Heart After U.S. Ban », *The [Toronto] Globe and Mail* (12 janvier 1990) A8.

750. Voir *Règlement sur les instruments médicaux — Modification*, DORS 82-914 (modifiant la partie V).

751. Voir *Instruments*, précité, note 747, art. 33-41.

752. Voir *ibid.*, art. 29. Voir également *infra*, pp. 185-86.

753. Selon l'art. 2 de la LAD, précitée, note 738,

Sont compris parmi les drogues les substances ou mélanges de substances fabriqués, vendus ou présentés comme pouvant servir :

- a) au diagnostic, au traitement, à l'atténuation ou à la prévention d'une maladie, d'un désordre, d'un état physique anormal, ou de leurs symptômes, chez l'homme ou les animaux ;
- b) à la restauration, à la correction ou à la modification des fonctions organiques chez l'homme ou les animaux.

L'art. 2 définit également « instrument » :

Tout article, instrument, appareil ou dispositif [...] fabriqué ou vendu pour servir, ou présenté comme pouvant servir :

- a) au diagnostic, au traitement, à l'atténuation ou à la prévention d'une maladie, d'un désordre, d'un état physique anormal [...]
- b) à la restauration, à la correction ou à la modification d'une fonction organique ou de la structure corporelle de l'homme [...].

D'une part, on pourrait faire valoir que la rédaction, la structure et l'esprit de la loi indiquent que le champ d'application de celle-ci embrasse ces tissus et substances. Tous servent à traiter des maladies ou des dysfonctionnements touchant des tissus humains ; la loi n'exige pas une utilisation curative. Certains de ces tissus, notamment les produits sanguins et le sperme, font l'objet de ventes au sens normal du terme. Par ailleurs, presque tous sont vendus, si l'on se fonde sur la définition de la « vente » figurant dans la LAD, qui assimile à la vente le fait d'avoir la chose en sa possession pour la vente ou de la distribuer, pour une contrepartie ou non⁷⁵⁴. On utilise couramment, avec efficacité et sans risques, de plus en plus de types de tissus humains dans le traitement des troubles corporels, grâce à des techniques complexes de conservation, de traitement et de préparation qui, au bout de multiples opérations, permettent d'obtenir des agents thérapeutiques « fabriqués » assez semblables aux agents thérapeutiques produits selon les méthodes traditionnelles. Exemple classique : les facteurs de coagulation fabriqués par l'industrie internationale de plasmaphérèse ; autre exemple, moins connu celui-là : les lentilles cornéennes vivantes, produites à partir d'yeux humains prélevés, traités et stockés, et adaptées au patient avant l'implantation⁷⁵⁵. De ce point de vue, donc, le grand objectif de la Loi — protéger la santé publique — et le caractère des définitions y figurant (elles ne prétendent aucunement à l'exhaustivité) indiqueraient que le Parlement entendait donner à ce texte un champ d'application très large et souhaitait voir ses définitions interprétées en ce sens⁷⁵⁶.

D'autre part, on pourrait estimer au contraire que la LAD a une portée plus restreinte. À l'appui de cette thèse, on dira que les tissus ne peuvent être assimilés aux agents thérapeutiques traditionnels, qui ont un effet direct sur la physiologie humaine et sont généralement reconnus par l'industrie pharmaceutique et le public comme des médicaments ou des instruments médicaux au sens traditionnel de ces termes. En outre, certains tissus sont traités mais seul un petit nombre sont « fabriqués », au sens commercial normalement attribué à ce terme⁷⁵⁷. Une controverse a opposé certains tribunaux américains, au cours des années soixante, sur la question de savoir si certains tissus étaient visés par des dispositions presque identiques à celles que l'on trouve dans la LAD⁷⁵⁸. On trouvera au tableau 2, ci-dessous, une liste de techniques régies (ou vraisemblablement régies) par la LAD.

754. Voir *ibid.*, définition du mot « vente ».

755. Voir Jonathan M. FRANTZ, Marguerite B. McDONALD et Herbert E. KAUFMAN, « Results of Penetrating Keratoplasty after Epikeratophakia for Keratoconus in the Nationwide Study » (1989), 96:8 *Ophthalmology* 1151.

756. Cette interprétation a été retenue dans *United States c. Bacto-Unidisk*, 394 U.S. 784 (1969) (le tribunal a conclu qu'un disque d'antibiogramme était soumis à la réglementation fédérale sur les aliments et les médicaments).

757. La loi ne contient aucune définition du terme « fabriquer », mais dans les *Bonnes pratiques de fabrication* établies en vertu de la loi, le terme « produire » est défini de la façon suivante : « fabriquer, préparer, conserver, emballer, étiqueter, analyser ou entreposer une drogue en vue de la vendre ». Voir règl. LAD, précité, note 744, art. C.02002.

758. Comparer *United States c. Calise*, 217 F. Supp. 705 (1962) (le sang entier est un médicament) ; *United States c. Steinschreiber*, 219 F. Supp. 373, 383 (1963) (le plasma sanguin humain est un médicament), confirmé par 326 F. 2d 759 (2d Cir.) ; *Blank c. United States*, 400 F. 2d 302, 303-304 (5th Cir. 1968) (le sang entier citraté et les concentrés de globules rouges ne sont pas des médicaments). À la suite de l'affaire *Blank*, la loi américaine sur les médicaments a été modifiée. Voir Pub. L. n° 91-515, 84 Stat. 1297, 1308 (1970).

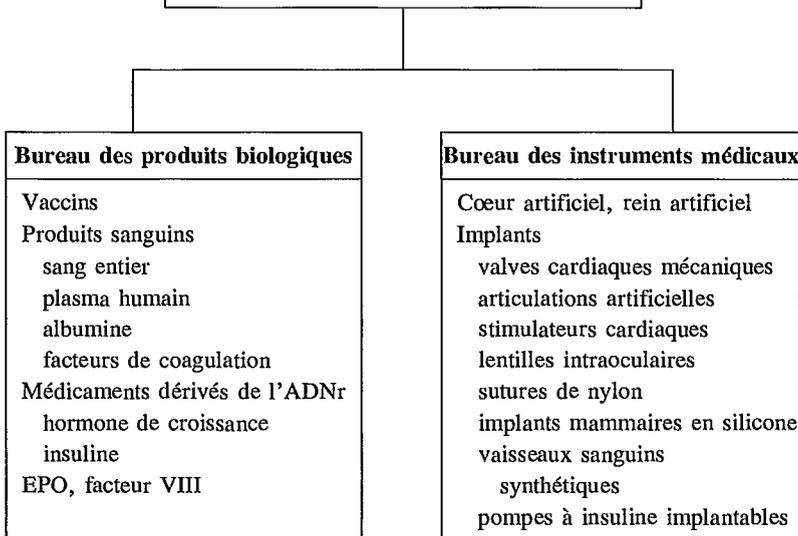
TABLEAU 2

Santé et Bien-être social canada :
Responsabilité quant à la sécurité des techniques de remplacement des tissus

**Contrôles avant et après la mise sur le marché
des médicaments et des instruments médicaux**

licences : délivrance, suspension, révocation

- normes de sécurité et d'efficacité
- saisie des marchandises falsifiées
 - restrictions publicitaires
- essais avant la mise en marché
 - poursuites
 - inspections
 - étiquetage
 - rappels



Produits biologiques ? Instruments ? Implants ?

- bioprothèses cardiaques traitées, conservés, implantées
- veines ombilicales bioprothétiques traitées, implantées
 - lentilles oculaires traitées, cryogénées, implantées
 - moelle osseuse traitée, conservée
 - sperme traité, conservé
 - dure-mère traitée

Les progrès de la biotechnologie réalisés au cours des dernières décennies ont accru et accéléré la tendance à utiliser des tissus synthétiques et biosynthétiques plutôt que des tissus naturels, dans le cadre des techniques de remplacement. La transformation et le stockage de tissus humains thérapeutiques devenant de plus en plus courants, la question de savoir si la LAD s'applique à tel ou tel produit tissulaire se posera sans doute avec plus d'acuité, et la nécessité d'établir des normes minimales uniformes et d'application nationale deviendra plus évidente. Si le champ d'application de la LAD s'étend aux valves cardiaques⁷⁵⁹, à la moelle osseuse et au sperme⁷⁶⁰ traités et stockés, ainsi qu'aux tissus oculaires cryogénés, cela signifie que les citoyens de toutes les régions géographiques du Canada sont protégés par les mêmes normes minimales de sécurité⁷⁶¹. Dans le cas contraire, l'existence de normes nationales dépend de l'uniformité des lois provinciales pertinentes et des normes et pratiques de la profession médicale. La fréquence et l'importance des échanges interprovinciaux et internationaux de tissus destinés à être utilisés comme agents thérapeutiques implantables justifie-t-elle moins, du point de vue de la santé publique et dans une perspective historique, la protection du public consommateur, que l'utilisation des cosmétiques, régis par la loi depuis une cinquantaine d'années ? Ces considérations sembleraient plaider en faveur de la réglementation des tissus thérapeutiques et des substances préservés ou traités qui ne sont peut-être pas à proprement parler régis par la LAD. Si, pour conclure que la LAD s'applique à ces tissus, il faut exagérément forcer ses définitions, sa fonction et l'objectif poursuivi par le législateur, mieux vaudrait peut-être, pour veiller le mieux possible à la santé et à la sécurité des Canadiens, clarifier les choses par l'adoption de nouvelles dispositions législatives.

(2) Textes sur l'importation et l'exportation

En principe, la LAD exige que les produits importés servant au remplacement de tissus humains répondent aux mêmes normes de sécurité et d'efficacité que les produits canadiens⁷⁶². Ici encore, les produits qui ne sont pas expressément visés par la LAD — par exemple les valves cardiaques humaines actuellement importées, traitées et stockées⁷⁶³ — échappent vraisemblablement à ces normes et à ces garanties. L'exemption générale établie dans la LAD au sujet des exportations, dont il est question plus loin dans ce document, soulève des questions fondamentales ressortissant aux obligations du Canada envers les États importateurs et les consommateurs étrangers⁷⁶⁴.

Aux contrôles prévus par la LAD viennent s'ajouter ceux établis dans la *Loi sur la quarantaine* et le *Tarif des douanes*. Fondée sur la compétence législative du Parlement

759. Voir le texte accompagnant la note 1027, *infra*.

760. *Ibid.*

761. L'article 30 de la LAD, précitée, note 738, confère au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements concernant l'importation des drogues (par. 30(2)) et des instruments médicaux (al. 30(1)d).

762. *Id.*, al. 30(1d) ; Instruments, précité, note 747, art. 14, 16-22 ; Règl. LAD, précité, note 744, art. G.002.008.

763. Voir le texte accompagnant la note 1027, *infra*.

764. Voir, *infra*, la discussion concernant le commerce international, ch. IV.

du Canada en la matière⁷⁶⁵, la *Loi sur la quarantaine* confère à Santé et Bien-être social Canada le droit d'inspecter et de retenir les marchandises importées susceptibles de menacer la santé publique⁷⁶⁶. Ainsi, les règlements pris en vertu de la *Loi sur la quarantaine* prévoient actuellement que les éléments du corps humain importés ne peuvent entrer au Canada que s'ils sont accompagnés d'un certificat médical indiquant qu'ils ne présentent aucune infection⁷⁶⁷. Les règlements sur les douanes favorisent par ailleurs l'entrée rapide d'organes humains au Canada⁷⁶⁸. Les règlements adoptés en vertu du *Tarif des douanes*⁷⁶⁹ imposent des droits de douane sur les marchandises importées et établissent les dispositions tarifaires applicables aux partenaires commerciaux du Canada. En vertu des annexes, par exemple, le plasma sanguin, les os, les organes et d'autres tissus humains destinés à la transplantation entrent au Canada en franchise, mais les hormones extraites des glandes humaines sont assujetties à des droits de douane⁷⁷⁰. De la même manière, les règlements sur l'immigration prévoient que les équipes médicales accompagnant les corps de personnes en état de mort cérébrale maintenues en vie par des moyens mécaniques, ainsi que les équipes de prélèvement d'organes, peuvent passer rapidement aux douanes⁷⁷¹.

(3) *Loi sur les brevets*

La loi fédérale sur les brevets vise à encourager l'ingéniosité, en accordant en principe aux inventeurs le droit exclusif, pendant vingt ans, de fabriquer, d'utiliser ou de vendre leur invention au Canada⁷⁷². En théorie, ce droit exclusif a pour effet de stimuler la recherche sur des inventions pouvant exiger des années de labeur intellectuel et de nombreux investissements financiers. La loi sur les brevets peut également contribuer à la mise au point d'autres inventions, les titulaires de brevets étant tenus de divulguer les renseignements techniques sur lesquels leur invention est fondée⁷⁷³.

Les inventeurs des valves cardiaques mécaniques, des nouvelles solutions de conservation prolongée des organes⁷⁷⁴, des hormones de croissance humaine (HCH) dérivées de l'ADN recombinant ayant remplacé l'HCH prélevée sur les glandes pituitaires des cadavres, se sont prévalus de ces mesures d'incitation et de ces protections pour la mise en marché de ces techniques de remplacement de tissus humains. Des brevets ont

765. Voir *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 506, par. 91(11).

766. Voir L.R.C. (1985), ch. Q-1, art. 5.

767. Voir REVENU CANADA, DOUANES ET ACCISE, Memorandum D19-9-3, « Dépouilles mortelles et parties du corps humain devant être enterrées au Canada » (1^{er} juin 1986).

768. REVENU CANADA, DOUANES ET ACCISE, Memorandum R19-9-4, « Expédition d'organes humaines » (1^{er} juin 1986).

769. L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.).

770. Voir Numéros tarifaires 3001.90.20, 3001.90.90 de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada — États-Unis*, S.C. 1988, ch. 65, art. 106 (partie B de l'Annexe).

771. Voir *Règlement sur l'immigration de 1978*, al. 19(1)f), mod. par, DORS/84-849, Ann., par. (1).

772. *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, modifiée par L.R.C. 1985, ch. 33 (3^e suppl.), art. 2, 44, 46.

773. Voir *Pioneer Hi-Bred*, *infra*, note 777.

774. Voir *supra*, note 137.

également été délivrés aux États-Unis et le seront vraisemblablement au Canada, en ce qui a trait au sang synthétique et à des hormones fabriquées génétiquement qui favorisent la croissance des cartilages et des os⁷⁷⁵. On constate donc que le régime en vigueur en matière de brevets a contribué à la santé publique.

Des difficultés se posent néanmoins. Au moment où Santé et Bien-être social Canada se préparait à délivrer une licence à l'égard de l'érythropoïétine — cette substance, fabriquée grâce au génie génétique, qui stimule la production de globules rouges et aide à diminuer le nombre de transfusions sanguines nécessaires dans le cas des patients en dialyse et des patients ayant reçu une transplantation rénale —, des sociétés américaines de biotechnologie se disputaient devant les tribunaux les droits d'exploitation des brevets relatifs à l'EPO, dont les ventes annuelles atteignent les 300 millions de dollars⁷⁷⁶. Si de tels différends sont monnaie courante en matière de brevets, la biotechnologie suscite de nouvelles questions. Par exemple, le fait de breveter la vie⁷⁷⁷, particulièrement les formes de vie humaine, ne pourrait-il, jusqu'à un certain point, être jugé répréhensible en soi ? Comme les lignées cellulaires peuvent officiellement être brevetées au Canada depuis le début des années quatre-vingt, on est porté à répondre par la négative⁷⁷⁸. Quoi qu'il en soit, l'affaire *Moore*⁷⁷⁹ montre qu'il est indispensable de se pencher sur les conséquences qu'entraîne la possibilité de délivrer des brevets à l'égard de certaines formes de vie humaine. Comment peut-on protéger l'intégrité corporelle et la dignité des patients dont proviennent les tissus en cause, tout en offrant les encouragements et la protection nécessaires aux biotechnologues qui, dans un but lucratif, tentent de mettre au point des substances thérapeutiques dont les travaux sont susceptibles de profiter au public ?

(4) *Loi sur la santé*

Le législateur a jugé que l'accès à des soins de santé de qualité était « déterminant » pour la conservation et l'amélioration de la santé et du bien-être de tous les Canadiens⁷⁸⁰.

775. Voir Edmund L. ANDREWS, « Patents : Synthetic Blood », *New York Times* (21 octobre 1989) ; Edmund L. ANDREWS, « Patents : Gains on Interleukin 3 and Formation of Bone », *New York Times* (4 novembre 1989) 34.

776. *Amgen Inc. c. Chugai Pharmaceutical Co.*, 927 F. 2d 1200 (Fed. 1991), cert. refusé. Voir également OTA, *Recombinant Erythropoietin: Payment Options for Medicare*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1990. Pour des précisions médicales sur l'EPO, voir *supra*, ch. I, section II.C(3).

777. Les formes de vie microbienne simples semblent être brevetables en Amérique du Nord. Comparer *Pioneer Hi-Bred c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1989] 1 R.C.S. 1623, 1643 et *Diamond c. Chakrabarty*, 477 U.S. 303 (1980). Voir en général OTA, *New Developments in Biotechnology: Patenting Life*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1989 ; Rachel E. FISHMAN, « Patenting Human Beings: Do Sub-Human Creatures Deserve Constitutional Protection? » (1989), 15 *Am. J.L. Med.* 461 ; Michèle RIVET, « Patenting Life-Forms and Owning Human Tissue », allocution devant l'Institut canadien d'administration de la justice, Vancouver, août 1990.

778. Comparer *Application of Abitibi Co.* (1982), 62 C.P.R. (2^e) 81, 89 (Pat App. Bd. et Commissaire des brevets), *Pioneer Hi-Bred*, précité, note 777 et brevet n° 999, 546 du 9 novembre 1976 (« human liver cell live »). Voir également BUREAU DES BREVETS, *Recueil des pratiques du Bureau des Brevets*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1979, art. 12.03.02 (révision 1/90) (« les inventions portant sur de nouvelles formes de vie microbienne, telles les bactéries, levures [...] souches de cellules [...] peuvent être brevetés. »).

779. Voir *Moore* (1990), précité, note 426.

780. Voir le préambule de la *Loi sur la santé*, L.R.C. (1985), ch. C-6.

Il a donc proclamé que l'« accès satisfaisant » aux services de santé, « sans obstacles d'ordre financier ou autre » constituait le premier objectif de la politique canadienne de la santé⁷⁸¹. Or dans le contexte des greffes et transplantations de tissus humains, il semble y avoir deux cas où des obstacles financiers ou autres peuvent empêcher l'accès aux services de santé.

Premièrement, la pénurie de tissus humains peut constituer un obstacle non financier⁷⁸². Pour les patients inscrits sur les listes d'attente au Canada, le manque d'organes représente bien sûr une terrible menace. Cependant, si la demande nationale à l'égard des produits sanguins, des tissus cornéens ou des reins est régulièrement supérieure à l'offre, au point où la pénurie devient constante et grave, c'est à la fois la vie d'individus et la réalisation des objectifs nationaux qui sont mis en péril. Cette pénurie peut ainsi constituer un obstacle important à la conservation de la santé. Selon certains spécialistes, le problème ne revêt pas encore une dimension nationale au Canada, mais il n'en reste pas moins que dans une situation analogue, quelques États ont décidé de procéder à des réformes législatives⁷⁸³. De telles réformes, lorsqu'elles contrecarrent efficacement la pénurie, peuvent sauver des vies et favoriser la politique nationale de la santé.

Deuxièmement, l'insuffisance de crédits peut également poser des obstacles à l'accès. Dans la *Loi sur la santé* nationale ainsi que dans les régimes provinciaux d'assurance maladie adoptés en conformité avec elle, l'État s'est engagé à réduire le plus possible les obstacles financiers grâce à l'adoption d'un régime universel d'assurance maladie. La loi fédérale oblige expressément les provinces à fournir de façon uniforme un « accès satisfaisant » aux hôpitaux et aux services de santé « médicalement nécessaires »⁷⁸⁴. Toutefois, l'accès satisfaisant n'est pas synonyme d'accès absolu. Du reste, des litiges récents au sujet du financement des transplantations aux États-Unis portent à croire que le terme « médicalement nécessaire » prête à interprétation⁷⁸⁵. Il n'en demeure pas moins que la province qui déciderait, par exemple, de ne plus financer les transplantations rénales, et se trouverait ainsi à entraver ou à interdire l'accès « satisfaisant » à des transplantations jugées médicalement nécessaires, s'exposerait à se voir priver de crédits fédéraux⁷⁸⁶.

Il n'est pas étonnant, à la lumière de ces préoccupations touchant la pénurie et les coûts, que les comités fédéro-provinciaux chargés d'étudier l'application de la *Loi sur*

781. *Id.*, art. 3.

782. Voir *supra*, ch. I, particulièrement le Tableau 1, à la p. 11, et section V.

783. Voir, par exemple, les États-Unis et l'Australie, *infra*, ch. IV.

784. Voir *Loi sur la santé*, précitée, note 780, art. 12, 2 (la loi énonce que tout régime provincial d'assurance maladie « offre les services de santé assurés selon des modalités uniformes et ne [fait] pas obstacle [...] à un accès satisfaisant [...] à ces services ». Le terme « services de santé assurés » s'entend des services hospitaliers et le terme « services hospitaliers », « des services fournis dans un hôpital [...] si ces services sont médicalement nécessaires pour le maintien de la santé, la prévention des maladies ou le diagnostic ou le traitement des blessures, maladies ou invalidités [...] ». On trouvera des observations sur l'attribution de ressources insuffisantes, dans ce contexte, *supra*, ch. I, section IV.C.

785. Voir les causes citées à la note 1001, *infra*.

786. Voir *Loi sur la santé*, précitée, note 780, art. 14-17.

la santé se soient intéressés au cours des dernières années aux questions suivantes : données concernant le coût des transplantations, établissement d'une liste d'attente nationale pour les transplantations, offre et demande canadiennes en matière de techniques de remplacement de tissus et d'organes⁷⁸⁷.

(5) Textes sur les services de santé

Le gouvernement du Canada a certaines responsabilités à l'égard des soins médicaux fournis aux personnes non couvertes par les régimes provinciaux d'assurance maladie⁷⁸⁸ et à certains groupes particuliers au sein de la société canadienne. On peut citer le personnel militaire en service actif, les personnes appartenant à la Gendarmerie royale du Canada⁷⁸⁹, les prisonniers détenus dans des établissements fédéraux⁷⁹⁰, les anciens combattants⁷⁹¹, les autochtones⁷⁹². Certaines de ces responsabilités sont expressément énoncées dans les lois fédérales.

La *Loi sur les pénitenciers*⁷⁹³ et le *Code criminel*⁷⁹⁴, par exemple, exigent que Service correctionnel Canada offre les soins médicaux nécessaires ou essentiels aux quelque 10 000 détenus dont il a la charge. Cette obligation législative, sans doute renforcée par des obligations tenant aux droits fondamentaux de la personne⁷⁹⁵, s'étend aux techniques de

787. Voir FEDS, *op. cit.*, note 29. Voir également SBSC, *Loi canadienne sur la santé, rapport annuel*, Ottawa, SBSC (pour les années 1984 à 1989).

788. La *Loi canadienne sur la santé* exclut spécifiquement de la responsabilité des provinces, les membres des Forces armées canadiennes, de la Gendarmerie royale du Canada, les prisonniers détenus dans des établissements fédéraux et les individus n'ayant pas résidé suffisamment longtemps dans une province pour être admissibles à l'assurance maladie. Voir la définition d'« assuré » dans la *Loi sur la santé*, précitée, note 780, art. 2.

789. *Ibid.*

790. *Ibid.*

791. Voir le *Règlement sur le traitement des anciens combattants*, C.R.C., ch. 1585 et le *Règlement sur les soins de santé pour anciens combattants*, DORS 90-594, pris en vertu de la *Loi sur le ministère des Anciens combattants*, L.R.C. (1985), ch. V-1, par. 5(1).

792. Un traité datant de 1876, par exemple, oblige le gouvernement du Canada à offrir des services médicaux aux autochtones sur les réserves dans certaines parties de l'Ouest canadien. Voir *Traité n° 6 entre Sa Majesté la Reine et les Cris de la Plaine et des Bois et d'autres tribus indiennes*, étudié dans R. c. *Swimmer* (1970), 17 D.L.R. (3^e) 476 (C.A. Sask.). Le *Règlement sur la santé des Indiens* (C.R.C., ch. 955) a été adopté en vertu de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, al. 73(1g), conformément à la compétence législative fédérale stipulée au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 506. Voir également *Loi sur le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social*, L.R.C. (1985), ch. N-10 (responsabilités du gouvernement fédéral en matière de santé). La tendance est au transfert de la responsabilité en matière de santé et d'hôpitaux aux peuples autochtones, mais Santé et Bien-être social administre encore sept hôpitaux autochtones, dont le seul centre de soins intensifs du Yukon, l'hôpital général de Whitehorse.

793. L.R.C. (1985), ch. P-5, art. 37. L'article 16 du *Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C., ch. 1251, dispose : « Tout détenu doit bénéficier, conformément aux directives, des soins médicaux et dentaires essentiels dont il a besoin ».

794. Alinéa 215(1)c). Voir également *Attorney General of British Columbia c. Astaforoff* (1983), 6 C.C.C. (3^e) 498 (C.A.).

795. Voir *infra*, section IV.B.

remplacement de tissus humains nécessaires du point de vue médical, notamment la dialyse, les transfusions sanguines, les transplantations de moelle osseuse, etc.⁷⁹⁶. De la même manière, le ministère de la Défense nationale, en raison de la responsabilité qui lui incombe à l'égard des quelque 100 000 Canadiens dans les Forces, a supervisé deux douzaines environ de transplantations de tissus ou d'organes pratiquées sur son personnel au cours des dernières années⁷⁹⁷. Lorsque le recours à de telles techniques est souhaitable du point de vue médical, mais impossible dans les centres de santé relevant de l'administration fédérale, on procède habituellement par ententes contractuelles ou demandes de consultation auprès d'autres hôpitaux. C'est ainsi que les militaires ayant besoin d'une transplantation cardiaque sont parfois dirigés du Centre médical de la Défense nationale à l'Institut de cardiologie d'Ottawa.

(6) *Loi de l'impôt sur le revenu*

La *Loi de l'impôt sur le revenu* a une incidence sur les greffes et transplantations de tissus humains parce qu'elle est susceptible d'offrir des encouragements fiscaux aux donateurs potentiels :

[TRADUCTION]

Le paiement offert par l'État pourrait prendre la forme, non pas d'un versement d'argent liquide ou de crédits, mais d'une disposition portant que les offres confirmées de don posthume sont considérées par le fisc comme des dons de charité. Le contribuable qui présenterait une carte de donneur dûment remplie pourrait se voir remettre un reçu qui, joint à la déclaration d'impôt sur le revenu de l'année suivante, lui donnerait le droit de déduire une certaine somme de son revenu⁷⁹⁸.

Il est difficile de savoir, au regard des dispositions actuelles de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, si le don d'un organe ou d'un tissu peut satisfaire aux exigences ayant trait aux dons de charité ou aux déductions⁷⁹⁹. Aux États-Unis, la question a été abordée par le législateur⁸⁰⁰. Si les encouragements fiscaux sont susceptibles d'améliorer la situation dans le cas de tissus et d'organes dont l'« offre » est insuffisante, les avantages économiques d'une telle politique risquent toutefois de profiter surtout aux contribuables à revenus

796. Voir SERVICE CORRECTIONNEL CANADA, « Directive du commissaire 800 : Services médicaux, dentaires et de santé » (1^{er} janvier 1987, par. 26) (chirurgie majeure) ; SERVICE CORRECTIONNEL CANADA, « Directive du commissaire 830 : Prothèses et appareils médicaux » (1^{er} janvier 1987), par. 1 (« Veiller à ce que l'on fournisse aux délinquants les prothèses et appareils médicaux nécessaires pour corriger des déficiences d'ordre physique. »).

797. Les transplantations suivantes ont été pratiquées sur des membres du personnel de la Défense nationale, de 1984 à 1988 : moelle osseuse (9), cornée (7), reins (2), cœur/poumon (1), cœur (2), en plus d'une dialyse. Source : Ministère de la Défense nationale, Bureau du directeur général des services de santé, 1990.

798. B.M. DICKENS, *loc. cit.*, note 459, 21.

799. Voir *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148; S.C. 1970-71-72, ch. 63, al. 118.1(1)a), ajouté par S.C. 1988, ch. 55, par. 77(1), 92(1) (remplacement de la déduction pour dons de charité par un crédit). Comparer Garber, précité, note 434.

800. Voir H.R. 540, 98th Cong., 1st Sess. (1983). Voir en général Note, « Tax Consequences of Transfers of Bodily Parts » (1973), 73 *Colum. L. Rev.* 842.

élevés. En outre, elle pourrait battre en brèche les sentiments profonds des citoyens à l'égard de la notion d'altruisme⁸⁰¹.

B. Lois provinciales relatives aux prélèvements et aux greffes

Tandis que le droit fédéral, dans le domaine qui nous occupe, s'intéresse en général aux questions liées à la sécurité et au commerce, les lois provinciales établissent les mécanismes régissant les dons, les greffes et les transplantations de tissus, d'organes et d'éléments du corps humain. Elles sont le résultat de trois vagues législatives dont la première remonte au milieu du XIX^e siècle.

(1) Lois sur l'anatomie

Le mouvement a en effet été déclenché en 1849, par l'adoption d'une loi au moyen de laquelle on voulait que les facultés de médecine puissent obtenir des cadavres à des fins de dissection et de formation médicale. Lorsque le Conseil médical de Montréal déposa une requête à l'Assemblée Législative de la Province du Canada en 1843, il cherchait une solution législative à un problème médical et social dont on trouve un résumé dans le préambule de la loi :

Attendu qu'il est impossible d'acquérir une connaissance suffisante de la Chirurgie ou de la Médecine, sans avoir une connaissance exacte et pratique de la structure et des fonctions respectives de toutes les parties de l'économie animale de l'homme, qui ne peut s'acquérir que par des cours de dissection longtemps et diligemment suivis : Et attendu qu'il est maintenant très difficile sinon impossible d'acquérir ces connaissances, et que vu l'importance progressive des Écoles de Médecine de cette Province, et pour le soulagement de l'humanité souffrante, il est devenu nécessaire de faire des dispositions législatives en vertu desquelles les Professeurs d'Anatomie ou de Chirurgie à ce dûment autorisés pourront être pourvus des sujets qui leur seront nécessaires pour instruire les étudiants confiés à leurs soins [...] ⁸⁰².

Suivant les partisans de ce texte législatif, la pratique de l'anatomie était « légalement impossible »⁸⁰³. Pour recevoir leur licence, les étudiants en médecine devaient avoir pratiqué une « chirurgie sur un cadavre ». Or, les cadavres se faisaient rares, ce qui incitait les étudiants à en dérober dans les cimetières locaux, s'exposant ainsi à des accusations criminelles (profanation de restes humains)⁸⁰⁴. Les opposants, pour leur part, prétendaient que l'adoption de cette loi légaliserait le trafic des cadavres, qu'elle ferait de certains défunts des biens publics, et des criminels exécutés une source d'approvisionnement privilégiée⁸⁰⁵.

801. Voir B.M. DICKENS, *loc. cit.*, note 459, 21.

802. *Loi sur l'anatomie*, précitée, note 8 (préambule).

803. Voir *Debates of the Legislative Assembly of United Canada 1841-1867 : Volume III*, Montréal, Presses de l'École des hautes études commerciales, 1972, p. 464 [ci-après *Débats*]. Voir également *Journaux de l'Assemblée Législative de la Province du Canada*, Session du 28 septembre au 9 décembre 1843, p. 200.

804. Voir D.G. LAWRENCE, *loc. cit.*, note 4, 409. Voir également *Lynn*, précité, note 680 (le vol de tombeaux est une infraction criminelle en common law).

805. Voir *Débats*, *op. cit.*, note 803, pp. 464-466.

Le législateur a fini par conclure que l'adoption du texte allait aider la médecine à sauver des vies et permettre de venir à bout du viol des sépultures ainsi que du marché noir qui en découlait. La loi reconnaissait le principe selon lequel les cadavres non réclamés exposés publiquement ou se trouvant dans des établissements publics — hôpitaux, prisons, etc. — devaient être mis à la disposition des facultés de médecine⁸⁰⁶. Ce principe découlait directement d'une pratique élaborée à Paris⁸⁰⁷ au XIX^e siècle, et dont l'idée avait du reste été reprise une dizaine d'années plus tôt dans des lois sur l'anatomie adoptées en Grande-Bretagne et au Massachusetts⁸⁰⁸.

À en juger par le nombre de vols de cadavres commis après 1843, les effets des dispositions adoptées par le législateur canadien semblent avoir tardé à se faire sentir. Bien plus tard, dans les années 1870, un démonstrateur d'anatomie à la Faculté de médecine de l'Université McGill sera par exemple condamné à une amende pour avoir obtenu des cadavres sur le marché noir :

[TRADUCTION]

À l'occasion, ils m'accusaient d'avoir reçu des cadavres. Mais comme il n'y a aucun droit de propriété sur un cadavre et qu'aucun vêtement n'avait été pris, le seul chef d'accusation possible était celui d'« infraction contre la décence », et j'étais habituellement condamné à une amende de 50 \$. Le juge, un certain M. Coursol, convenait de la nécessité d'obtenir du matériel pour la dissection ; il me condamnait à l'amende, sans rien dire de plus⁸⁰⁹.

Peut-être de telles poursuites étaient-elles chose rare, mais ce n'était apparemment pas le cas de la pratique elle-même. On rapporte que des cadavres étaient même obtenus en fraude aux États-Unis⁸¹⁰. L'augmentation du nombre de facultés de médecine et d'étudiants entraînait un accroissement de la demande. Au Québec, les municipalités prenaient des moyens extraordinaires afin de protéger les cimetières locaux contre les vols

806. « Qu'il soit en conséquence statué [...] que les cadavres des personnes trouvées mortes, et exposées publiquement, ou de celles qui immédiatement avant leur décès auront été dans et à la charge de quelque Institution Publique recevant quelques secours pécuniaires du Gouvernement Provincial, seront délivrés aux personnes désignées comme ci-dessous mentionné, à moins que la personne ainsi décédée ne l'ait autrement voulu : Pourvu toujours, que si tels cadavres sont réclamés dans le temps ordinaire de l'inhumation, par des amis ou parents, *de bonne foi*, ou si les personnes ont déclaré leur volonté à cet égard comme susdit, les cadavres seront livrés à leurs parents ou amis, ou décentement inhumés. » *Loi sur l'anatomie*, précitée, note 8 (préambule).

807. Voir *Débats*, *op. cit.*, note 803, p. 466. Voir également *Select Committee on Anatomy*, *op. cit.*, note 22, pp. 9-10, 137.

808. *Anatomy Act, 1832* (R.-U.), 2 & 3 Will. IV, ch. 95 ; *An Act more effectively to Protect the Sepulchres of the Dead and to Legalize the Study of Anatomy in Certain Cases*, 1831 Laws of the commonwealth of Massachusetts, ch. 57. Voir également *Report of the Select Committee of the House of Representatives, on Legalizing the Study of Anatomy*, Boston, Dutton and Wentworth, 1831.

809. Francis J. SHEPHERD, *Reminiscences of Student Days and Dissecting Room*, Montréal, 1919, p. 25. Voir également Edward Dagge WORTHINGTON, *Reminiscences of Student Life and Practice*, Sherbrooke (Qc), Walton, 1897.

810. Voir D.G. LAWRENCE, *loc. cit.*, note 4, 414.

de cadavres⁸¹¹. Plusieurs facteurs semblent avoir affaibli la portée des dispositions législatives adoptées : la loi n'a pas été appliquée, les hôpitaux n'ont pas voulu s'y conformer, la loi était ambiguë quant au délai devant s'écouler avant qu'un cadavre soit déclaré « non réclamé », il n'était pas expressément interdit aux facultés de médecine de recevoir des cadavres provenant du « marché noir »⁸¹².

De nos jours, les lois provinciales sur l'anatomie — ou leurs équivalents — permettent aux facultés de médecine d'obtenir quelque six cents cadavres par an aux fins d'enseignement et de recherche⁸¹³. Les modifications apportées depuis le XIX^e siècle ont permis de dissiper les ambiguïtés et de remédier aux lacunes du texte initial. La plupart des lois fixent ainsi une période d'attente de vingt-quatre à quarante-huit heures à l'issue de laquelle le cadavre est réputé non réclamé⁸¹⁴. L'introduction du principe du legs dans les textes régissant le don de tissus permet à chacun de donner son corps à la science médicale⁸¹⁵. C'est du reste par ce truchement que les facultés de médecine se procurent la très grande majorité des cadavres qu'elles utilisent.

(2) Lois sur les greffes de la cornée

Un siècle après l'adoption au Canada, en Grande-Bretagne et aux États-Unis de lois visant à répondre aux besoins des facultés de médecine en matière d'anatomie, on allait assister à une deuxième vague de textes législatifs. Dans les années cinquante, la science médicale a commencé à traiter certaines formes de cécité et de troubles graves de la vue par la transplantation chirurgicale de tissus oculaires prélevés sur des cadavres⁸¹⁶. Comme les dispositions des lois sur l'anatomie qui établissaient la possibilité de faire don de son corps à la science ne prévoyaient ni n'autorisaient le prélèvement de tissus aux fins de transplantation, une réforme législative s'imposait⁸¹⁷. C'est ce qui a amené le législateur britannique à adopter le *Corneal Grafting Act*, en 1952, pour autoriser le prélèvement de cornées sur les cadavres, à des fins thérapeutiques⁸¹⁸. Cinq ans plus tard, le Nouveau-

811. L'avis suivant a paru dans un journal montréalais en 1871 :

[TRADUCTION]

Nous avons vu aujourd'hui l'arme formidable qui vient d'être fabriquée pour le gardien du cimetière de la Côte-des-Neiges. Le fusil est énorme et il sera chargé de huit onces de chevrotine. Ceux qui pensent faire une raffe dans le cimetière feront bien de se rappeler l'arme formidable qui se trouve désormais entre les mains du gardien, lequel aura les yeux bien ouverts. Un coup tiré en direction d'une bande de profanateurs fournirait vraisemblablement à la salle de dissection des sujets pour plusieurs semaines.

Voir D.G. LAWRENCE, *loc. cit.*, note 4, 415, où l'on cite le *Montreal Evening Star*, 11 février 1871.

812. Voir D.G. LAWRENCE, *loc. cit.*, note 4.

813. Voir *supra*, ch. I.

814. Voir, par exemple, *Anatomy Act*, R.S.O. 1980, ch. 21, art. 3 et *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q., ch. P-35, art. 57.

815. Voir, par exemple, la loi uniforme de 1971, art. 4, dont il est question *infra*, à la section III.B(3).

816. Voir *supra*, ch. I, section I.B(1).

817. Voir W.A.J. FARNSDALE, *Law on Human Transplants and Bequests of Bodies*, Beckerman, Ravenswood, 1970, p. 16.

818. 15 & 16 Geo. VI & 1 Eliz. II, ch. 28.

Brunswick adoptait une loi s'inspirant largement du modèle britannique⁸¹⁹. La Conférence des Commissaires pour l'uniformité de la législation au Canada proposait, par la suite, le *Uniform Cornea Transplant Act*⁸²⁰, dont le texte fut ultérieurement adopté par huit provinces et deux territoires⁸²¹.

Le *Uniform Cornea Transplant Act* s'inspirait et s'écartait tout à la fois du principe des cadavres non réclamés. Le principe du don était instauré, chacun se voyant autorisé à indiquer de son vivant son intention de faire don de ses yeux après sa mort⁸²². On en étendait l'application aux cas où la personne n'a pas exprimé son intention à cet égard, en énonçant que le conjoint du défunt, ses enfants, ses parents ou ses frères et sœurs pouvaient autoriser le prélèvement⁸²³. Lorsque les membres de la famille ne pouvaient être retrouvés, une personne étant [TRADUCTION] « légalement en possession du corps » pouvait donner cette autorisation — règle inspirée du principe relatif à l'utilisation par les facultés de médecine de cadavres non réclamés⁸²⁴.

Il était précisé dans la loi que l'expression « légalement en possession du corps » ne pouvait s'appliquer aux médecins légistes ni aux entrepreneurs de pompes funèbres⁸²⁵. Elle visait l'exécuteur testamentaire du défunt ou, à défaut, un membre de la famille. Le libellé de cette disposition signifiait également que lorsqu'un hôpital était « légalement en possession » d'un cadavre non réclamé, le directeur de cet hôpital ou un médecin avait, théoriquement, le pouvoir de consentir au prélèvement du tissu cornéen. Dans ce sens, la loi adoptait, dans un sens étroit, la notion de présomption de consentement. Dans les cas peu fréquents où un donneur non déclaré mourait dans un hôpital sans qu'on parvienne à trouver un membre de la famille légalement susceptible de réclamer le corps, la société présumait le consentement au prélèvement de la cornée⁸²⁶. Cette disposition semble avoir modifié les droits et obligations traditionnellement prévus en droit privé relativement au droit de possession des proches parents⁸²⁷.

(3) Lois sur les greffes de tissus humains

Une troisième vague de réformes législatives a été suscitée par les transplantations d'organes. Au début des années soixante, on avait recours depuis près d'une dizaine

819. *Corneal Grafting Act*, S.N.B. 1957, ch. 7.

820. *1959 Proceedings of the Forty-First Annual Meeting of the Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada*, Victoria (C.-B.), la Conférence, 1959, p. 77.

821. Voir J.-G. CASTEL, « Some Legal Aspects of Human Organ Transplantation in Canada » (1968), 46:3 *R. du B. can.* 345, 394.

822. *Uniform Cornea Transplant Act*, précité, note 820, art. 4, par. 4.

823. *Id.*, art. 5.

824. *Ibid.*

825. *Id.*, art. 2.

826. Il convient également de signaler qu'une disposition de la loi, qui supprimait la présomption de consentement lorsque les personnes habilitées à consentir avaient des raisons de croire que le défunt se serait opposé au prélèvement (par ex. pour des motifs d'ordre religieux), ne s'étendait apparemment pas au cas des cadavres non réclamés. Voir *Uniform Cornea Transplant Act*, précité, note 820, art. 6, 2.

827. Voir *supra*, section I.

d'années déjà à la transplantation rénale pour traiter des malades en phase terminale⁸²⁸. Encore une fois, c'est en partie dans des textes étrangers qu'on trouve l'origine des dispositions législatives adoptées au Canada pour régir le prélèvement et le don d'organes. En 1961, la Grande-Bretagne a étendu la portée du *Corneal Grafting Act, 1952* pour le rendre applicable à la totalité des tissus humains, en adoptant le *Human Tissue Act, 1961*⁸²⁹. L'Ontario a suivi, en 1963, en remplaçant le *Cornea Transplant Act* par le *Human Tissue Act*⁸³⁰. Une loi uniforme canadienne a été proposée en 1963, adoptée en 1965, puis révisée en 1971 et en 1989⁸³¹.

Aujourd'hui, les principales sources du droit provincial régissant le prélèvement de parties du corps et de tissus humains consistent dans des versions provinciales du *Uniform Human Tissue Gift Act* de 1971⁸³². Étant donné que la dernière révision par la Conférence sur l'uniformisation des lois est très récente (1989), elle n'a pas encore donné lieu à beaucoup de modifications législatives⁸³³. Le texte de 1989 comporte des précisions et des modifications importantes, mais d'une façon générale on continue à fonder sur les notions de consentement et d'altruisme les prélèvements de tissus sur des personnes vivantes ou mortes.

En ce qui a trait aux donneurs vivants, les textes de 1989 et de 1971 font tous deux reposer le don sur le consentement préalable. La loi uniforme de 1989 propose en outre une évaluation indépendante par un groupe composé de trois personnes pour le don de tissus non susceptibles de régénération et, dans le cas de mineurs, pour le don de tous tissus⁸³⁴. Pour ce qui est du don après la mort, les deux textes exigent la constatation du décès avant la transplantation ; le texte de 1989 dispose clairement que le terme « mort » désigne notamment « la mort cérébrale telle que déterminée conformément aux pratiques médicales actuelles⁸³⁵. » Dans les deux cas, on fonde d'une façon générale le prélèvement sur le consentement donné avant le décès. Si la personne n'a donné aucune directive, on a recours à la place au consentement de la « famille » du défunt⁸³⁶ ; lorsqu'on ne parvient

828. Voir *supra*, ch. I, section II.C(1).

829. (R.-U.), 9 & 10 Eliz. II, ch. 54 (abrogeant le *Corneal Grafting Act, 1952*, précité, note 818).

830. S.O. 1962-63, ch. 59.

831. Pour une description de ce processus durant les années soixante-dix, voir J.-G. CASTEL, *loc. cit.*, note 821, 397-399.

832. *1971 Proceedings of the Fifty-Third Annual Meeting of the Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada*, Jasper (Alb.), la Conférence, 1971, p. 152 [ci-après désignée « loi uniforme de 1971 »].

833. *Loi uniforme sur le don de tissus humains* (1989) [ci-après désignée « loi uniforme de 1989 »] (abrogeant la loi uniforme de 1971, précitée, note 832), CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA, *Consolidation of Uniform Acts*, Fredericton (N.-B.), la Conférence, 1990, p. 22-1. La loi uniforme de 1989 est reproduite à l'annexe B, *infra*, pp. 237-242. Voir également « Report of the Alberta Commissioners : Uniform Human Tissue Act », dans CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA, *Proceedings of the Sixty-Ninth Annual Meeting*, Victoria (C.-B.), la Conférence, 1987, p. 199.

834. Comparer loi uniforme de 1989, précitée, note 833, art. 5-7 et loi uniforme de 1971, précitée, note 832, art. 2-4. Il convient de noter que la loi de 1989 élimine l'exigence du consentement écrit.

835. Comparer loi uniforme de 1989, précitée, note 833, art. 1, 11 et loi uniforme de 1971, précitée, note 832, art. 7.

836. Comparer loi uniforme de 1989, précitée, note 833, art. 3, 4 et loi uniforme de 1971, précitée, note 832, art. 4, 5.

à retracer aucun membre de la famille, le texte de 1989 autorise le coroner à consentir au prélèvement ; le texte de 1971, en revanche, dispose que le consentement ne peut être donné ni par les coroners ni par les administrateurs d'hôpitaux, mais permet d'une manière générale aux personnes « légalement en possession de corps⁸³⁷ » de le donner. Enfin, les deux lois interdisent la vente de tissus, d'organes et de parties du corps, mais pas celle du sang⁸³⁸. On s'attend que les neuf provinces et les deux territoires qui ont fondé sur le texte de 1971 leurs lois sur le don de tissus humains étudient la loi de 1989 en vue de procéder à d'éventuelles modifications législatives⁸³⁹.

Au Québec, le *Code civil* établit un processus de don de tissus humains qui, sauf quelques exceptions notables, est similaire à la « loi uniforme ». Le majeur peut consentir « à l'aliénation [...] d'une partie de son corps [...] pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut en espérer⁸⁴⁰ ». On peut également donner des directives quant à la disposition de ses restes après sa mort ; à défaut de telles directives, le consentement peut être donné par le conjoint ou le parent le plus rapproché⁸⁴¹. Le *Code civil* prévoit une exception restreinte à ces règles — dans les situations urgentes, le médecin est autorisé à prélever les organes ou les tissus d'une personne qui vient de mourir sans obtenir le consentement normalement requis :

Ce consentement n'est pas nécessaire lorsque deux médecins attestent par écrit l'impossibilité de l'obtenir en temps utile, l'urgence de l'intervention et l'espoir sérieux de sauver une vie humaine⁸⁴².

837. Comparer loi uniforme de 1989, précitée, note 833, par. 4(4) et loi uniforme de 1971, précitée, note 832, art. 5.

838. Comparer loi uniforme de 1989, précitée, note 833, art. 15, 1 et loi uniforme de 1971, précitée, note 832, art. 10, 1.

839. Voir *Human Tissue Gift Act*, R.S.A. 1980, ch. H-12 ; *Human Tissue Gift Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 187 ; *Loi sur les tissus humains*, L.M. 1987-88, ch. 39 [ci-après LTHM] ; *Loi sur les tissus humains*, L.R.N.-B. 1973, ch. H-12 ; *The Human Tissue Act, 1971*, S.N. 1971, No 66 ; *Human Tissue Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, ch. H-4 ; *Human Tissue Gift Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 215 ; *Human Tissue Gift Act*, R.S.O. 1980, ch. 210 ; *Human Tissue Gift Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-13 ; *The Human Tissue Gift Act*, R.S.S. 1978, ch. H-15 ; *Human Tissue Gift Act*, R.S.Y.T. 1986, ch. 89. Voir également « Report of the Alberta Commissioners », *loc. cit.*, note 833.

840. C.c., art. 20.

841. C.c., art. 21, 22. L'article 21 est ainsi rédigé :

Le majeur peut par écrit régler les conditions de ses funérailles et le mode de disposition de son cadavre. Le mineur doué de discernement le peut également avec le consentement de son père ou de sa mère. Le consentement doit être donné par écrit ; il peut être pareillement révoqué. À défaut de directives du défunt, on s'en remet à l'usage.

842. C.c., art. 22 :

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. Ce consentement n'est pas nécessaire lorsque deux médecins attestent par écrit l'impossibilité de l'obtenir en temps utile, l'urgence de l'intervention et l'espoir sérieux de sauver une vie humaine. La mort du donneur doit être constatée par deux médecins qui ne participent en aucune manière à ce prélèvement ni à une transplantation.

Enfin, le Code exige que tout don de tissus humains fait par des donneurs vivants soit gratuit, sauf s'il s'agit d'un tissu susceptible de régénération⁸⁴³.

Considérés comme un tout, le *Code civil* du Québec et les « lois uniformes » établissent d'une manière générale le régime en vigueur au Canada, en ce qui a trait au don et au prélèvement de tissus et d'organes humains au Canada. Premièrement, ce régime est d'une manière générale fondé sur le consentement du donneur, ou de sa famille lorsqu'il n'a pas exprimé sa volonté. Il existe des exceptions. Le *Code civil* autorise les médecins à effectuer, sans le consentement normalement requis, des prélèvements sur un cadavre lorsque l'intervention est urgente. Les lois sur l'anatomie établissent, quant au prélèvement, une présomption de consentement dans le cas de cadavres non réclamés. La loi uniforme de 1989 semble proposer une règle semblable en ce qui a trait au prélèvement de tissus et d'organes sur les cadavres non réclamés⁸⁴⁴. En Alberta, au Manitoba, en Ontario, à l'Île-du-Prince-Édouard et en Nouvelle-Écosse, le législateur a établi une présomption de consentement à l'égard du prélèvement de l'hypophyse sur les cadavres confiés au coroner ou au médecin légiste, si ces derniers ne sont informés d'aucune objection à ce prélèvement⁸⁴⁵. Des dispositions semblables ont été adoptées, au sujet des tissus cornéens, en Saskatchewan, à l'Île-du-Prince-Édouard et au Manitoba⁸⁴⁶. Si les présomptions de consentement qui existent dans plusieurs provinces sont limitées à certains tissus et à certaines circonstances, on pourrait néanmoins s'en inspirer pour effectuer des réformes législatives de large portée visant à réduire la pénurie qui existe en ce qui concerne certains tissus et organes⁸⁴⁷.

Deuxièmement, l'importance attachée à la notion de consentement montre que la société canadienne a su, jusqu'à présent, concilier l'intérêt des donneurs et de leur famille, et celui des receveurs potentiels. Par ailleurs, les dispositions législatives en vigueur sont en grande partie compatibles avec l'attribution des intérêts, des droits et des obligations

843. C.c., art. 20 :

Le majeur peut consentir par écrit à l'aliénation entre vifs d'une partie de son corps ou à se soumettre à une expérimentation, pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut en espérer. Le mineur doué de discernement le peut également avec l'autorisation d'un juge de la Cour supérieure et le consentement du titulaire de l'autorité parentale à condition qu'il n'en résulte pas un risque sérieux pour sa santé. *L'aliénation doit être gratuite à moins que son objet ne soit une partie du corps susceptible de régénération. Le consentement doit être donné par écrit ; il peut être pareillement révoqué.* [Mis en italiques par nos soins].

Comparer projet de loi 125, précité, notes 380, 473.

844. Voir, *supra*, le texte accompagnant la note 837. Cette disposition est le pendant de la présomption de consentement établie récemment à l'égard des médecins légistes dans des modifications apportées à des lois américaines portant sur le prélèvement d'organes sur des cadavres. Voir *infra*, notes 1004 et 1007.

845. Voir *Fatality Inquiries Act*, R.S.A. 1980, ch. F-6, art. 27 ; LTHM, précitée, note 839, art. 6.1 ; *Coroners Act*, R.S.O. 1980, ch. 93, art. 29 ; *Human Tissue Gift Act*, S.P.E.I. 1980, ch. 27 ; *Fatality Inquiries Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 164, art. 20. La mise au point de l'hormone de croissance humaine à partir de l'ADN recombinant semble remettre en question l'utilité de ces dispositions. Voir *supra*, pp. 20-21.

846. Voir *Coroners Amendment Act*, 1984, S.S. 1983-84, ch. 32 ; LTHM, précitée, note 839, par. 7(2) ; *Cornea Transplant Act*, R.S.P.E.I. 1974, ch. C-22.

847. Voir Margaret A. SOMERVILLE, « "Procurement" vs. "Donation" — Access to Tissues and Organs for Transplantation » (1985), 17:6 (Suppl. 4) *Transplant. Proc.* 53.

prévue par les règles de droit civil régissant la possession. La pénurie d'organes et de tissus s'accroissant ou devenant critique⁸⁴⁸, la possibilité de sauver des vies grâce à l'augmentation du nombre d'organes disponibles tend à prendre le pas sur certains des principes qui sous-tendent le système actuel : autonomie de l'être humain, caractère volontaire de l'aliénation de tissus et d'organes, respect dû aux morts. Durant les deux décennies qui se sont écoulées depuis l'instauration officielle de ce régime, les progrès de la science médicale ont entraîné une augmentation de la demande d'organes et de tissus humains. Les transplantations du cœur et du foie sont devenues des thérapies efficaces, au même titre que les transplantations rénales et cornéennes. Plus de deux mille cinq cents personnes étaient inscrites sur les diverses listes d'attente à la fin de 1989, ce qui semble indiquer l'existence d'une pénurie nationale. Si l'on conclut que ces chiffres traduisent les limites du système actuel, l'intérêt de la société à l'égard de la préservation de la vie et de la santé nous forcera à repenser ce système, voire à le réformer. On aura ainsi l'occasion de réaffirmer certains principes, certains droits et certaines valeurs déjà établis, de les modifier, ou d'en revoir l'importance relative.

Troisièmement, le régime actuel de prélèvement de tissus et d'organes repose dans une large mesure sur l'éthique du don. La vente des organes et des tissus humains est, en règle générale, interdite au Canada. Toutefois, si la pénurie actuelle tient en partie au respect absolu du principe de l'altruisme, des mesures incitatives non altruistes, notamment le versement d'argent ou des avantages fiscaux, pourraient faire augmenter l'offre⁸⁴⁹. Étant donné les valeurs et les intérêts en cause, toute réforme du régime actuel revêtirait sans doute une importance nationale.

Le régime en vigueur comporte par ailleurs certaines ambiguïtés sur les plans pratique et juridique. Si la famille d'une personne qui vient de mourir s'oppose au prélèvement d'organes envisagé par les médecins, bien que la personne en question ait signé sa carte de donneur, la volonté de la famille doit-elle, en droit, prévaloir⁸⁵⁰ ? Le respect de l'autonomie de l'être humain porte sans doute à conclure que les directives données par le défunt devraient l'emporter⁸⁵¹ ; des précisions législatives visant à dissiper cette incertitude donneraient aux donateurs et aux équipes de transplantation une plus grande certitude quant à la portée du consentement donné expressément par l'intéressé⁸⁵². Pourtant, même si le législateur permettait ainsi aux médecins d'agir en conformité avec la volonté du défunt, les objections persistantes de la famille n'auront-elles ou ne devraient-elles pas avoir pour conséquence de dissuader l'hôpital de le faire ? Les établissements désireux d'éviter de tels conflits pourraient en effet refuser d'agir en dépit du pouvoir qui leur serait conféré. Le droit a ses limites.

Certaines ambiguïtés existent aussi dans le domaine de la vente des tissus. Les dispositions du *Code civil* du Québec exigeant l'aliénation gratuite des tissus non susceptibles

848. Voir *supra*, ch. I.

849. Voir R.D. ROBERTS et M.J. WOLKOFF, *loc. cit.*, note 492.

850. Voir Bill TRENT, « An Old Woman, Prepared to Die: What Should the ER Doctors Do? » (1989), 141:5 *Journal de l'Association médicale canadienne* 456.

851. Voir *supra*, notes 268, 325.

852. Voir loi uniforme de 1989, précité, note 833, art. 9.

de régénération par des donneurs *vivants* ont-elles une incidence sur la vente d'organes prélevés sur des donneurs *décédés* ? Celles qui portent sur la nullité sont-elles, autant que les sanctions pénales prévues à la loi uniforme de 1971, susceptibles d'empêcher la vente d'organes ? Doit-on interdire la publicité concernant l'achat ou l'offre d'organes ? Ni le *Code civil* ni la loi uniforme de 1971 ne traitent de cette question.

Quel est le sens juridique précis du mot « vente » dans la loi uniforme ? Par exemple, le texte uniforme de 1989 propose d'interdire et de punir (amende de 100 000 \$ ou un an de prison, ou les deux) la vente des tissus :

Nul ne peut acheter ou vendre, directement ou indirectement, un tissu, un corps ou une partie de corps humain, ou en faire le commerce à des fins de transplantation, d'enseignement médical, de recherche scientifique ou à des fins thérapeutiques⁸⁵³.

Le texte de 1989 supprime la définition de la vente établie en common law (échange « à titre onéreux »). Comme il ne contient aucune définition, il semble confier aux tribunaux le soin de déterminer la signification juridique précise du concept de la vente, s'agissant de tissus humains. Le Manitoba et de nombreux pays étrangers se sont écartés de cette voie en définissant expressément la vente dans le cadre de la réforme effectuée.

La loi uniforme de 1989 apporte par ailleurs des précisions sur la portée de l'interdiction de la vente. La nouvelle définition donnée au mot « tissu » exclut expressément du champ d'application de la loi le sperme et les autres substances reproductives humaines⁸⁵⁴. Le législateur est par le fait même invité, soit à adopter un texte spécifique sur la vente des tissus reproductifs humains, soit à laisser les principes de common law régir la question⁸⁵⁵. Il semble également que la nouvelle définition du mot « tissu » abolisse les ambiguïtés touchant la vente des tissus susceptibles de régénération⁸⁵⁶, parce que le texte de 1989 interdit la vente de tous les tissus humains et de toutes les parties du corps, sauf le sang, les gamètes ou les produits de la conception⁸⁵⁷.

Toutefois, même ces précisions n'empêcheront sans doute pas les progrès de la médecine de susciter des interrogations sur le sens et la portée de l'interdiction de la vente

853. *Id.*, par. 15(1).

854. Voir loi uniforme de 1971, précitée, note 832, art. 1.

855. Voir loi uniforme de 1989, précitée, note 833, art. 1.

856. Les dispositions pertinentes de la loi uniforme de 1971 concernant l'interdiction de la vente sont reproduites, à l'annexe B, *infra*, p. 235. Certains estiment que la prohibition figurant à l'art. 10 ne s'applique qu'aux tissus non susceptibles de régénération, vu la définition du mot « tissu » figurant à l'article 1 (de laquelle est exclu tout « tissu se renouvelant par un processus naturel de régénération »). Ils en concluent que la peau, la moelle osseuse, les os et les autres tissus similaires échappent à l'interdiction. D'autres pensent en revanche que les termes utilisés à l'art. 10 prohibent la vente des tissus susceptibles de régénération comme des autres. On peut faire valoir que les mots « un tissu destiné à une transplantation » renvoient aux tissus susceptibles ou non de régénération, et que la portée de cette disposition n'est pas restreinte par la définition du mot tissu. Si les rédacteurs entendaient exclure tous les tissus susceptibles de régénération, la disposition n'aurait pas exclu, de manière explicite et redondante, le sang. On estimera alors que l'expression « à l'exception du sang et ses composants », vu les termes utilisés et la structure, indique une intention large. Loi uniforme de 1971, précitée, note 832.

857. Loi uniforme de 1989, précitée, note 833, art. 1, 15.

des tissus. Un État américain a décidé de soustraire les lignées cellulaires à cette interdiction, ce qui amène à se demander si la prohibition de la vente des tissus figurant dans la « loi uniforme » s'applique aux entités cellulaires ou infra-cellulaires⁸⁵⁸. En outre, comme les textes de 1971 et de 1989 n'interdisent expressément que la vente à « des fins thérapeutiques, pour l'enseignement de la médecine ou pour la recherche scientifique », ne pourrait-on conclure qu'elles ne s'opposent pas à la vente à des fins plus commerciales, comme la préparation de cosmétiques⁸⁵⁹ ? Une province canadienne, notamment, a préféré interdire la vente des tissus « pour quelque fin que ce soit⁸⁶⁰ ».

(4) Réformes législatives provinciales

On a tenté par des initiatives législatives récentes de remédier à certains des problèmes et des lacunes dont il vient d'être fait état. Outre l'élaboration de la loi uniforme de 1989, des actions ont été prises par le législateur en Ontario, au Manitoba et au Québec⁸⁶¹. Par exemple, l'Ontario et le Manitoba ont établi des dispositions législatives et réglementaires correspondant à la réforme réalisée aux États-Unis en matière de don d'organes. En 1990, l'Ontario a commencé à obliger les hôpitaux à mettre sur pied des mécanismes susceptibles d'encourager le don de tissus et d'organes humains, notamment des protocoles permettant de repérer les donateurs potentiels et de les sensibiliser, ainsi que les membres de leur famille, à la possibilité de tels dons⁸⁶².

En 1987, le Manitoba modifiait sa *Loi sur les tissus humains*, à la suite d'un rapport présenté par la Commission de réforme du droit du Manitoba⁸⁶³. Une des principales recommandations de la Commission concernait l'adoption du principe de l'encouragement au don volontaire et le rejet de la vente d'organes. Se fondant sur des données montrant que 72 % des proches parents des donateurs potentiels consentent au prélèvement lorsqu'on leur demande, la Commission recommandait aux hôpitaux d'adopter des mécanismes propres à garantir que cette demande soit automatique, de façon que les familles aient dans tous les cas l'occasion de donner ce consentement⁸⁶⁴. Pour la Commission, cette solution semblait moins susceptible de porter atteinte aux intérêts affectifs et religieux des familles des donateurs potentiels que, par exemple, la présomption de consentement⁸⁶⁵.

En outre, réaffirmant l'interdiction frappant la vente de tissus et d'organes humains, la Commission de réforme du droit du Manitoba recommandait que soit reconnue, dans

858. Comparer Minn. Stat. Ann. art. 145.422 (West 1988 Supp.) et loi uniforme de 1989, précitée, note 833, art. 15, 1.

859. Voir loi uniforme de 1971, précitée, note 832, art. 10 ; loi uniforme de 1989, précitée, note 833, art. 12 ; et B.M. DICKENS, *loc. cit.*, note 414, 166.

860. Pour un examen des réformes législatives du Manitoba, voir *infra*, section III.B(4).

861. Voir loi uniforme de 1989, précitée, note 833. Pendant la préparation du présent document, la Nouvelle-Écosse a modifié sa loi sur le don de tissus humains, voir S.N.S. 1991, ch. 13.

862. O. Reg. 34/90 (modifiant le règlement 518/88 de la *Loi sur les hôpitaux publics*).

863. Voir LTHM, précitée, note 839. Voir également CRDM, *op. cit.*, note 491.

864. Voir CRDM, *op. cit.*, note 491, pp. 28, 54-57.

865. Voir *id.*, p. 35, où l'on analyse les contestations fondées sur la Charte en ce qui concerne les présomptions de consentement établies dans la loi.

la définition du mot « vente », la distinction entre le fait d'interdire l'échange de tissus humains et le fait d'interdire le remboursement des dépenses connexes raisonnables⁸⁶⁶. En effet, même si la société trouve répugnant le fait que des personnes puissent tirer un profit pécuniaire de l'échange de parties du corps et de substances corporelles, une interdiction absolue des « échanges à titre onéreux » risquerait d'entraver les dons qui entraînent des frais importants liés au déplacement, au prélèvement, à la conservation⁸⁶⁷. Une définition où l'on distingue contrepartie pécuniaire et remboursement des frais raisonnables nuirait sans doute moins aux dons entraînant des frais. C'est pourquoi la loi adoptée dans la foulée du rapport exclut de la définition des termes « vendre ou acheter » le remboursement des frais connexes raisonnables⁸⁶⁸. Elle interdit par contre la vente de tissus humains « pour quelque fin que ce soit⁸⁶⁹ ».

Certaines modifications aux dispositions du *Code civil* relatives à la transplantation d'organes ont été proposées⁸⁷⁰.

IV. Droit constitutionnel et droits de la personne

Depuis l'entrée en vigueur, en 1982, de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁸⁷¹, les mesures prises par les autorités publiques pour réglementer le prélèvement des tissus humains doivent satisfaire à une nouvelle exigence : elles doivent s'accorder avec les droits et libertés de la personne qui font l'objet d'une protection constitutionnelle.

L'adoption de la Charte étant récente, on commence seulement à en saisir l'incidence sur de nombreux aspects de la vie sociale au Canada. C'est ce qui se passe dans le cas du prélèvement de tissus humains, où d'épineux problèmes se posent à propos des droits de la personne. Peut-on dire que les droits fondamentaux, et notamment le droit à la liberté, comportent le droit, constitutionnellement protégé, de ne pas se voir imposer par l'État la mutilation du corps d'un proche parent qui vient de mourir⁸⁷² ? La liberté embrasse-t-elle le droit constitutionnel de vendre des substances corporelles⁸⁷³ ? L'interdiction de la publicité concernant la vente d'organes porte-t-elle atteinte au droit à la liberté

866. Voir CRDM, *op. cit.*, note 491, pp. 111-112.

867. Voir *supra*, section I.C, « Vente de produits du corps humain ».

868. LTHM, précitée, note 839, par. 15(2), 15(3), 15(4).

869. *Id.*, par. 15(2).

870. Voir projet de loi 125, précité, note 380.

871. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., ch. 11)] [ci-après désignée Charte].

872. Voir *Arnaud c. Odom*, 870 F. 2d 304 (5th Cir. 1989) (le fait qu'un médecin légiste procède, sans permission, à des expériences sur les cadavres de nouveau-nés ne porte pas atteinte aux droits constitutionnels des parents). Comparer *Kirker*, précité, note 403.

873. Voir Karen L. JOHNSON, « The Sale of Human Organs: Implicating a Privacy Right » (1987), 21 *Val. U. L. Rev.* 741. À cet égard, il convient de signaler que dans certains pays on restreindrait l'interdiction aux ventes faites après le décès. Voir, par exemple, UAGA, *infra*, note 1004, art. 10.

d'expression⁸⁷⁴ ? Le corps d'un patient qui vient de mourir est-il visé par les garanties énoncées dans la Charte ? Les droits constitutionnels s'éteignent-ils au moment du décès ?

C'est dans la jurisprudence relative à la Charte que s'élaborent les réponses à ces questions. Les techniques de remplacement de tissus ont été traitées dans certaines causes récentes⁸⁷⁵, mais jusqu'ici les tribunaux n'ont pas été appelés à se pencher directement sur les aspects constitutionnels de la transplantation d'organes au Canada. La situation semble être la même en ce qui concerne les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme⁸⁷⁶. Néanmoins, il est possible d'examiner certains principes fondamentaux de la Charte pour voir comment ils peuvent s'appliquer aux textes régissant le prélèvement et l'aliénation des tissus humains. En outre, les mesures prises aux États-Unis pour remédier à la pénurie d'organes et de tissus ont suscité ces dernières années plusieurs litiges où il était question des dispositions établissant une présomption de consentement. On peut, en s'inspirant des décisions en cause, préciser la portée des principes énoncés dans la Charte. Comme on pouvait s'y attendre, l'analyse révèle l'existence de fréquentes tensions entre, d'une part, des droits individuels — liberté religieuse, protection de la vie privée et de l'intégrité corporelle, droit d'être traité d'une manière équitable, et, d'autre part, les intérêts de l'État ou de la société au chapitre de la préservation de la vie et de la protection de la santé publique.

A. Mesures prises par les pouvoirs publics

La Charte s'applique d'une manière générale aux actes des pouvoirs publics⁸⁷⁷, soit à l'exercice du pouvoir législatif, exécutif et administratif à l'échelon fédéral comme à l'échelon provincial⁸⁷⁸. Ainsi, les dispositions législatives sur les dons d'organes doivent être conformes à la Charte, tout comme les actes des coroners et des médecins légistes provinciaux. Une récente décision de la Cour suprême donne à penser que la politique interne des hôpitaux canadiens n'est d'une manière générale pas visée par la Charte, mais elle n'en doit pas moins être compatible avec les lois provinciales sur les droits de la personne⁸⁷⁹. La politique des hôpitaux en matière de prélèvement d'organes et les mesures

874. Voir *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232.

875. Voir par exemple, *Dyment*, précité, note 424 et *Re L.D.K. c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, *infra*, note 883.

876. Pour des précisions sur la Convention européenne, voir *infra*, note 964.

877. Voir le paragraphe 32(1) de la Charte :

32.(1) La présente charte s'applique :

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest ;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

878. Voir *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.

879. Voir *Staffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, 533-548. Voir également *Peters c. University Hospital Board*, [1983] 5 W.W.R. 193 (C.A. Sask.) et *Code des droits de la personne (1981)*, L.O. 1981, ch. 53, art. 1.

qu'ils prennent à cet égard doivent donc tout de même répondre aux impératifs fondamentaux des droits de la personne.

B. Intégrité corporelle et protection de la vie privée

La Charte protège l'intégrité physique et la vie privée, en consacrant le droit de chacun « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne⁸⁸⁰ », et en interdisant « les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives⁸⁸¹ » ainsi que les « traitements [...] cruels et inusités⁸⁸² ». Par exemple, un tribunal a jugé qu'une transfusion de sang, pratiquée sans autorisation, avait porté atteinte à l'intégrité physique et à la sécurité de la personne d'un enfant de 12 ans⁸⁸³. Et dans le contexte du droit pénal, la Cour suprême du Canada s'est appuyée sur la disposition de la Charte relative aux fouilles, perquisitions et saisies pour conclure que le prélèvement d'un échantillon de sang sur un patient inconscient, sans son consentement, avait constitué une atteinte à sa vie privée et à la dignité de sa personne⁸⁸⁴. La Cour a déjà jugé que le droit de chacun à la sécurité de sa personne comprend la protection de son intégrité physique et mentale⁸⁸⁵. D'autres tribunaux canadiens ont déclaré que le fait pour l'État d'incarcérer une personne et de lui refuser par la suite l'accès aux services de santé essentiels constituait un traitement cruel et inusité ou portait atteinte au droit à la sécurité de sa personne⁸⁸⁶. Ces principes pourraient s'appliquer aux techniques de remplacement des tissus lorsque leur utilisation s'avère indiquée du point de vue médical⁸⁸⁷.

880. Voir l'art. 7 de la Charte.

881. *Id.*, art. 8 et par. 24(2).

882. *Id.*, art. 12.

883. *Re L.D.K. c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1986), 48 R.F.L. (2^e) 164 (C. famille, Ont.).

884. Voir *Dyment*, précité, note 424 et le texte l'accompagnant.

885. Voir *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 53.

886. Voir *R. c. Downey* (1990), 42 C.R.R. 286 (C. distr. Ont.) (où le tribunal a conclu que le fait de priver un détenu atteint du SIDA d'un traitement médical essentiel constituait un traitement cruel et inusité) ; *McNamra c. Caros*, [1978] 1 C.F. 451 (Sect. 1^{re} inst.) ; *Collin c. Lussier*, [1983] 1 C.F. 218, 236-238 (le droit d'un prisonnier à la sécurité de la personne comporte le droit à la protection de son intégrité physique et le droit aux services médicaux et aux choses nécessaires à la vie) ; décision infirmée en partie pour d'autres motifs, [1985] 1 C.F. 124 (Sect. d'app.). La loi donne aussi aux détenus fédéraux le droit de recevoir les « soins [...] médicaux essentiels ». Voir *Règlement sur le service des pénitenciers*, précité, note 793, art. 16. Aux États-Unis, la clause relative au *due process*, pendant de la clause canadienne sur le droit de chacun à la sécurité de la personne, garantit aux prévenus les soins médicaux nécessaires. Voir *City of Revere c. Massachusetts General Hospital*, 463 U.S. 239 (1983). Voir également *Thompson c. City of Portland*, 620 F. Supp. 482 (D.C. Me. 1985). En ce qui concerne, toujours aux États-Unis, les individus reconnus coupables et incarcérés, [TRADUCTION] « une indifférence délibérée quant aux besoins médicaux sérieux d'un prisonnier [constitue] une peine cruelle et inusitée. ». *Estelle c. Gamble*, 429 U.S. 97 (1976), 103-104 ([TRADUCTION] « Un détenu ne peut que s'en remettre aux autorités carcérales pour ses besoins médicaux ; si les autorités négligent de s'en occuper, ces besoins ne seront pas comblés. Dans les pires cas, un tel refus d'agir peut réellement causer une "torture physique ou une mort lente" [...] Dans les cas moins sérieux, le refus de prodiguer les soins médicaux peut causer des douleurs et des souffrances, et personne ne prétend que celles-ci auraient une quelconque utilité du point de vue de la pénologie. [...] Le fait de causer de telles souffrances inutiles ne peut s'accorder avec les normes contemporaines de la décence »). Pour des observations générales sur les droits des prisonniers au regard de la Charte, voir A. Wayne MacKAY, « Inmates Rights: Lost in the Maze of Prison Bureaucracy » (1987-88), 11 *Dalhousie L.J.* 698.

887. *Thompson c. City of Portland*, précité, note 886 (le refus de fournir les soins médicaux nécessaires à une personne ayant subi une greffe qui est détenue par la police contrevient à la disposition constitutionnelle relative au *due process*).

Le droit de chacun à la sécurité de sa personne protège aussi bien les donneurs vivants que les receveurs potentiels. Certains auteurs se demandent s'il s'applique également aux donneurs décédés ou, autrement dit, si le prélèvement non autorisé d'organes sur un cadavre y porte atteinte⁸⁸⁸. La question peut se poser avec une acuité particulière à propos de l'exclusion, du champ d'application des présomptions légales de consentement, des mineurs ou des personnes atteintes de déficience mentale. En effet, ces présomptions ne sont en général pas absolues, toute personne pouvant manifester son opposition au prélèvement de ses organes après son décès. Mais l'application de telles dispositions aux personnes incapables de véritablement exprimer leur volonté risquerait de les priver de la possibilité, accordée aux autres personnes, de veiller à la protection de leur intégrité physique ou de la sécurité de leur personne après la mort⁸⁸⁹.

Même à supposer que le droit de chacun à la sécurité de sa personne s'applique à la fois aux donneurs vivants et aux donneurs décédés, les atteintes portées à ce droit par une loi ou une politique de l'État ne sont pas nécessairement contraires à la Charte. Car si la société attache beaucoup de prix au droit à l'intégrité corporelle⁸⁹⁰, il ne s'agit pas d'un droit absolu. Il peut être y être porté atteinte en conformité avec les principes de la justice fondamentale, ou dans des limites raisonnables « dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique⁸⁹¹ ». L'équilibre entre les droits de la personne et les besoins fondamentaux de la démocratie exige, selon la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, que le gouvernement démontre : (1) l'existence d'un objectif législatif important se rapportant à « des préoccupations urgentes et réelles » ; (2) la proportionnalité — les moyens choisis pour promouvoir l'objectif du gouvernement doivent avoir un lien rationnel avec celui-ci, porter le moins possible atteinte au droit en question et témoigner d'une proportionnalité entre l'objectif du gouvernement et les effets réels des moyens choisis pour promouvoir cet objectif⁸⁹². Il s'agit de faire en sorte que toute atteinte aux droits constitutionnellement garantis se fasse de la façon qui restreint le moins les libertés fondamentales⁸⁹³.

Des principes analogues ont orienté l'analyse des tribunaux américains appelés à déterminer si les pratiques et les dispositions législatives ayant trait à la présomption de consentement portaient atteinte aux droits de la personne. Dans les quelques affaires où le problème s'est directement posé, les autorités judiciaires ont confirmé la constitutionnalité de la pratique ou des dispositions en cause. Certains tribunaux ont divergé d'opinion sur la question de savoir si le droit sous-jacent concerné — par exemple, dans le cas d'une atteinte au droit de possession attribué aux proches parents en ce qui a trait à l'inhumation —

888. Voir E.I. PICARD, *op. cit.*, note 364, p. 132, n. 649.

889. En Belgique, les règles relatives à la présomption de consentement sont applicables aux mineurs, en France elles ne le sont pas ; à ce sujet, voir le texte accompagnant les notes 961-962, *infra*.

890. Voir *Eve*, précité, note 362.

891. Voir les art. 7, 1 de la Charte.

892. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 139. Voir en général Peter W. HOGG, « Section 1 Revisited » (1990), 1 *Nat'l J. Const. L.* 1.

893. Voir Peter W. HOGG, *Canadian Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1985, pp. 686-687. Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2^e éd., Mineola (N.Y.), Foundation, 1988, pp. 1032, 1256, 1377.

bénéficiait bel et bien d'une protection constitutionnelle⁸⁹⁴. D'autres tribunaux ont souligné que les dispositions dont le champ d'application est clairement circonscrit répondent d'une manière raisonnable au souci de l'État de promouvoir la santé et la préservation de la vie :

[TRADUCTION]

L'étude de l'article 732.9185 révèle l'existence de certaines garanties qui visent apparemment à limiter le prélèvement des cornées aux cas où l'intérêt du public est le plus grand et où les répercussions sur les proches parents sont les moindres : on ne peut prélever les cornées que si la personne décédée relève de la compétence du médecin légiste. [...]

En conclusion, nous croyons que l'article 732.9185 est conforme à la Constitution parce qu'il favorise de façon rationnelle un objectif légitime de l'État, celui de redonner la vue à des personnes aveugles. En arrivant à cette conclusion, nous signalons que les règles régissant le prélèvement de tissus humains effectué en vue d'une transplantation soulèvent des problèmes d'ordre moral, éthique, théologique, philosophique et économique qu'il n'est pas facile d'analyser dans le cadre juridique traditionnel⁸⁹⁵.

C. Liberté de conscience et de religion

Cette nécessité de veiller à ce que les moyens utilisés soient circonscrits, et proportionnés à l'objectif poursuivi, est sans doute tout aussi grande lorsque les mesures prises par l'État pour favoriser les transplantations portent atteinte à des croyances religieuses. La Charte⁸⁹⁶ protège le libre exercice de la religion :

La liberté doit sûrement reposer sur le respect de la dignité et des droits inviolables de l'être humain. Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation⁸⁹⁷.

Ainsi, le fait de forcer un Témoin de Jéhovah à recevoir une transfusion sanguine, ce que sa religion lui interdit, peut constituer une atteinte à ses croyances religieuses⁸⁹⁸. La religion juive orthodoxe interdit quant à elle la dissection des cadavres et les

894. Voir *Brotherton c. Cleveland*, 923 F. 2d 477 (6th Cir. 1991) ; *Georgia Lions Eye Bank c. Lavant*, 335 S.E. 2d 127 (Ga. 1985), cert. refusé 475 U.S. 1084 (1986) ; *Tillman c. Detroit Receiving Hospital*, 360 N.W. 2d 275 (Mich. App. 1984). Comparer Erik S. JAFFE, « She's Got Bette Davis [']s Eyes : Assessing the Nonconsensual Removal of Cadaver Organs Under the Takings and Due Process Clauses » (1990), 90 *Colum. L. Rev.* 528 et Donald R. McNEIL, « The Constitutionality of "Presumed Consent" for Organ Donation » (1989), 9 *Hamline J. Pub. L. & Pol'y* 343.

895. *State c. Powell*, 497 So. 2d 1188, 1191, 1193-1194 (Fla. 1986), cert. refusé 481 U.S. 1059.

896. Alinéa 2a).

897. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 336.

898. Voir *L.D.K.*, précité, note 883. Voir également *Malette*, précité, note 363. Une cause américaine récente : *Public Health Trust of Dade County c. Wons*, 541 So. 2d. 96, 102 (Fla. 1989) ([TRADUCTION] « M^{me} Wons ne voulait pas mourir, et ne veut pas mourir si sa maladie devait la frapper de nouveau. Cependant, en

interventions semblables⁸⁹⁹. La doctrine de certaines religions de l'Extrême-Orient s'oppose rigoureusement à toute mutilation du cadavre, notamment au prélèvement d'organes et à l'autopsie⁹⁰⁰. Chez certains peuples autochtones, ainsi que dans l'islam orthodoxe et le shintoïsme, on interdit le prélèvement des organes après la mort ou la greffe de tissus prélevés sur des cadavres⁹⁰¹.

De telles croyances ne sont sans doute pas très répandues au Canada. Faut-il pour cela refuser à la minorité de personnes convaincues que l'intégrité du cadavre est indispensable au passage dans l'autre vie, le droit de voir cette conviction respectée par la société⁹⁰² ? Certainement pas, car la Charte vise notamment à assurer à tous — qu'ils appartiennent à la majorité ou à la minorité — la liberté de conscience et de religion⁹⁰³. En fait, il y aurait sans doute lieu d'accorder une plus grande protection aux personnes dont les croyances religieuses sont peu répandues dans la société, pour combattre la contrainte et favoriser une véritable égalité sur le plan de l'autonomie religieuse⁹⁰⁴. C'est ce qui, semble-t-il, a incité le Bureau du médecin légiste en chef de l'Alberta à exclure diverses minorités religieuses — Hindous, adeptes de la Science chrétienne, juifs orthodoxes, musulmans, Indiens du Canada, métis, peuples inuit — de l'application d'une politique, en vigueur depuis cinq ans, suivant laquelle on demande automatiquement aux membres de la famille s'ils souhaitent que les tissus du défunt soient prélevés⁹⁰⁵. On a voulu, selon toute vraisemblance, répondre aux exigences de la Charte et favoriser le libre exercice de la religion⁹⁰⁶.

raison de ses fortes convictions religieuses, elle a choisi d'affronter la mort plutôt que d'accepter une transfusion de sang. [. . .] Toutefois, en tant que parent, elle doit également penser à l'exemple qu'elle donne à ses enfants, se demander comment elle pourrait leur apprendre à suivre ce qu'elle croit être la loi de Dieu, si elle-même ne le fait pas. Son choix n'est pas facile, mais c'est son choix. La Cour n'a pas à juger du caractère raisonnable ou de la validité de ses croyances. En l'absence d'un intérêt contraire réellement irrésistible de l'État, la loi doit protéger son droit de faire ce choix. »).

899. *Atkins c. Medical Examiner*, 418 N.Y.S. 2d 839 (1979) ; *Kohn*, précité, note 404. Voir également D.W. WEISS, « Organ Transplantation, Medical Ethics, and Jewish Law » (1988), 20:1 (Suppl. 1) *Transplant. Proc.* 1071.

900. Voir *You Vang Yang c. Sturner*, 728 F. Supp. 845, 846 (D.R.I. 1990) (au sujet de la loi sur les autopsies et des pratiques religieuses des Hmong) désistement, 750 F. Supp. 558.

901. Voir *Begay c. State*, 723 P. 2d 252 (N.M. App. 1985) (les lois sur les autopsies s'opposent aux croyances religieuses des autochtones américains). Pour les musulmans orthodoxes, le Coran, traditionnellement reconnu comme la parole même de Dieu et une source majeure du droit islamique, interdit le prélèvement d'organes sur des cadavres ou leur transplantation. Voir T.K.K. IYER, *loc. cit.*, note 319 ; Claude JACQUINOT, « Sur les prélèvements d'organes », *Gaz. Pal.* 1979. 1^{ère} sem. Doctr.57.

902. Voir John Dwight INGRAM, « State Interference with Religiously Motivated Decisions on Medical Treatment » (1988), 93 *Dick. L. Rev.* 41, 65 ([TRADUCTION] « L'essence même de la plupart des croyances religieuses est la relation entre une personne et un être suprême et la détermination de la valeur relative de la vie physique d'une personne sur terre et d'une éventuelle vie spirituelle dans l'au-delà »).

903. *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, note 897, 337.

904. Voir *ibid.* Voir également Note, « Burdens on the Free Exercise of Religion: A Subjective Alternative » (1988-1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1258, 1277.

905. Voir ALBERTA ATTORNEY GENERAL, OFFICE OF THE CHIEF MEDICAL EXAMINER, *Protocol for Making Request for Donation of Tissue*, avril 1987.

906. Voir *Oakes*, précité, note 892, 136 et P.W. HOGG, *op. cit.*, note 893, p. 712.

Il faut toutefois se garder de conclure que, dans une société pluraliste et démocratique, la liberté de religion est absolue et ne souffre aucune restriction :

La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience⁹⁰⁷.

Par exemple, une autopsie peut être justifiée, malgré les croyances religieuses du défunt ou de sa famille, lorsque la détermination des causes d'une mort inhabituelle s'avère impérieuse pour la société, que ce soit pour l'administration de la justice pénale ou pour la protection de la santé publique⁹⁰⁸. La responsabilité de l'État quant à la préservation de la vie et à la protection de la santé, surtout lorsqu'il s'agit de la santé de ceux qui sont incapables de se protéger eux-mêmes, a motivé des poursuites engagées contre des scientifiques chrétiens qui n'avaient pas fourni à des mineurs à leur charge des traitements médicaux normaux et indispensables — poursuites ayant abouti à des condamnations⁹⁰⁹. Pour la même raison, des tribunaux ont reconnu à l'État le pouvoir de pratiquer des transfusions de sang sur des enfants, en dépit des objections religieuses des parents, lorsque leur vie était en jeu⁹¹⁰.

Essentiellement, donc, c'est la réalisation d'un équilibre dynamique qui est visée par la Charte dans le domaine de la liberté religieuse. Quand des intérêts collectifs de toute première importance sont en jeu et qu'il n'existe pas d'autres solutions, l'objectif et les moyens choisis par l'État peuvent nécessiter des atteintes plus ou moins graves à des convictions religieuses individuelles. Mais normalement, l'importance accordée par la société à la liberté religieuse, en tant que droit fondamental de la personne, suppose l'obligation de respecter les croyances personnelles et les actes dictés par la conscience. Dans des cas particuliers, la mise en balance des valeurs en cause peut dépendre du degré et des effets de l'atteinte à la liberté de religion, ainsi que du poids de l'objectif poursuivi par l'État, des moyens qu'il entend prendre et de la prise en considération des convictions religieuses. Ainsi, dans la jurisprudence américaine portant sur la constitutionnalité des transplantations et des autopsies, on a attribué de l'importance à la mesure dans laquelle les dispositions législatives adoptées par un État briment l'exercice de la religion ou cherchent au contraire à le protéger. Dans le cas d'une femme estimant que ses croyances

907. *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, 758, citant *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, note 897.

908. Voir *Snyder c. Holy Cross Hospital*, 352 A. 2d 334 (Md. App. 1976). Voir cependant *Atkins*, précité, note 899 et *You Vang Yang*, précité, note 900. Après la décision *Snyder*, la loi du Maryland a été modifiée de manière à tenir davantage compte des objections d'ordre religieux. Voir William J. CURRAN, « Religious Objection to a Medicolegal Autopsy: Case and a Statute » (1977), 297:5 *N. Engl. J. Med.* 260. Comparer *Époux Camara*, *infra*, note 950.

909. Voir *R. c. Lewis* (1903), 7 C.C.C. 261 (C.A. Ont.) (la Cour a confirmé la condamnation pour homicide involontaire d'un adepte de la Science chrétienne ; il avait refusé de fournir les soins médicaux nécessaires à son fils, qui est mort de diphtérie). Voir également *Tutton*, précité, note 529.

910. *Re McTavish and Director, Child Welfare Act* (1986), 32 D.L.R. (4^e) 394 (C.B.R. Alb.). Voir cependant *B (R.) c. Children's Aid Society of Metro Toronto* (1988), 47 D.L.R. (4^e) 388 (C.A. Ont.).

religieuses avaient été violées parce que le médecin légiste avait prélevé les organes de son mari à la suite d'une autopsie, le tribunal a confirmé la validité de la loi en cause, jugeant que le législateur avait tenu compte des croyances religieuses en donnant aux familles l'occasion de s'opposer à l'avance à un tel prélèvement⁹¹¹. Plus récemment, un tribunal concluait qu'une loi sur les autopsies portait atteinte aux croyances religieuses, en partie parce qu'il existait des façons moins radicales de parvenir au but visé par le législateur⁹¹².

D. Non-discrimination et égalité

Les dispositions de la Charte consacrées aux droits à l'égalité établissent une protection contre la discrimination de la part des pouvoirs publics, en posant l'égalité de tous pour ce qui concerne l'application de la loi :

La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques⁹¹³.

Celui qui se prétend victime de discrimination doit prouver qu'il fait l'objet d'un traitement inégal ou que la mesure prise par les autorités a des répercussions discriminatoires, au regard des types de discrimination énumérés ci-dessus ou d'un type analogue⁹¹⁴. La Cour suprême du Canada s'est montrée disposée à favoriser une interprétation large de ces dispositions⁹¹⁵.

Les pouvoirs publics sont donc tenus d'agir d'une manière impartiale et d'éviter toute classification et toute action arbitraires ou abusives à l'égard de particuliers. Ainsi, les décisions de l'État concernant le financement de certaines transplantations pourraient être une source de discrimination, si elles sont arbitraires et irrationnelles au point d'être incompatibles avec le droit à l'égalité devant la loi⁹¹⁶. Si les hôpitaux sont tenus de se conformer à la Charte ou aux dispositions législatives adoptées au chapitre des droits de la personne, les critères de sélection des patients inscrits sur les listes d'attente dressées

911. *Fuller c. Marx*, 724 F. 2d 717 (8th Cir. 1984).

912. *You Vang Yang*, précité, note 900, 857.

913. Article 15.

914. Voir *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 182. Voir également *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, 1330-1335.

915. *Ibid.*

916. Voir *Brillo c. Schaller*, (13 juin 1986) Arizona 233587 (Sup. Ct) (le tribunal a ordonné à l'État de financer les transplantations du foie chez les adultes, après avoir conclu que le refus de le faire était irrationnel et portait atteinte au principe de l'égalité). Cet argument a également été soumis au cours d'un procès qui a contribué à persuader l'État du Vermont de modifier sa politique de non-financement des transplantations du foie chez les adultes. Le receveur potentiel concerné en l'espèce est mort avant de pouvoir profiter de la volte-face des autorités. Voir *Schmokol c. Secretary of State* (6 décembre 1988), Washington S-578-88 (Sup. Ct). Voir également Sally JOHNSON, « Vermont Case May Upset Transplant Policy », *New York Times* (15 janvier 1989) 34.

pour les transplantations doivent être conformes aux grands principes régissant les droits fondamentaux⁹¹⁷. Ainsi, des critères qui fixent l'ordre de priorité en fonction de l'origine nationale ou ethnique, ou des critères « médicaux » ambigus qui, dans les faits, écartent certaines catégories de receveurs handicapés, ne résisteront à une contestation judiciaire que s'ils sont fondés sur des raisonnements inattaquables⁹¹⁸. Le même principe s'applique sans doute à l'égard de l'éventuel recours à un critère de détermination de la mort particulier dans le cas des nouveau-nés anencéphales, dans la mesure où l'on se trouverait à exercer une discrimination abusive et démesurée contre eux en raison de leur état. Si, pour favoriser la préservation de la vie, l'État peut établir, en ce qui a trait au prélèvement d'organes, des principes qui soient mieux conciliables avec le droit de chacun à la vie et à la sécurité de sa personne, la Charte lui imposera probablement de donner préférence à ces principes.

Du reste, c'est peut-être dans cette optique qu'il y aurait lieu d'aborder toutes les mesures prises par les pouvoirs publics en matière de prélèvements et de transplantations, ainsi que les propositions faites en vue d'une réforme du droit applicable en la matière. Car dans le cas où une mesure porte atteinte aux droits à l'égalité, et une autre à la liberté de religion ou au droit de chacun à la sécurité de sa personne, la Charte paraît imposer à tous le respect d'au moins un principe, qui est le suivant. Lorsque, dans le cadre de la réforme du droit, il faut faire un choix entre plusieurs solutions, on devrait normalement retenir, du point de vue constitutionnel, celle qui répond à trois critères : (1) elle porte le moins atteinte aux droits fondamentaux de la personne ; (2) elle permettra vraisemblablement mieux d'assurer la protection de ces droits ; (3) sa mise en œuvre est fondée sur des moyens rationnels, clairement circonscrits, qui favorisent réellement la réalisation d'un objectif important et urgent.

917. Par exemple, des mécanismes d'établissement de listes d'attente qui ne semblent pas être discriminatoires au regard des motifs énumérés à l'art. 15 ou de motifs analogues, pourraient tout de même s'opposer à la protection de la vie et au droit de chacun à la sécurité de sa personne prévus à l'art. 7, en privant certaines personnes de chances égales de vie, d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale. Comparer *Stoffman*, précité, note 879 et *Turpin*, précité, note 914, 1334-1335. Voir également, *supra*, le texte accompagnant les notes 221 à 224.

918. Voir *Brillo*, précité, note 916 et Note, « Patient Selection for Artificial and Transplanted Organs » (1969), 82 *Harv. L. Rev.* 1322, 1338. Comparer, note 221, *supra*, et note 1001, *infra*.

CHAPITRE QUATRE

Droit comparé et droit international

Dans la mesure où l'on conclut à l'opportunité d'apporter des réformes à la législation canadienne sur le prélèvement de tissus humains, les solutions les plus intéressantes adoptées à l'étranger — ou les recommandations qui y ont été faites — pourraient servir de modèle ou tout au moins alimenter la réflexion. En étudiant les dispositions adoptées en Australie, en Grande-Bretagne, en France, en Belgique, aux États-Unis et par le Conseil de l'Europe en ce qui concerne le prélèvement d'organes sur des donneurs après leur mort, on constate que d'une manière générale, c'est l'une ou l'autre des trois solutions suivantes qui y a été retenue, avec des variantes : consentement exprès, présomption de consentement, demande obligatoire. Dans tous ces pays, les autorités ont eu du mal à définir le rôle juridique précis devant être joué par les membres de la famille. Des litiges ont parfois surgi au sujet de la protection des receveurs, ou sur des problèmes liés à la propriété de tissus déposés. On a partout veillé d'une façon particulière à réglementer les paiements associés au don de tissus et à interdire la vente d'organes. Dans une perspective plus large, nous pouvons nous inspirer de ces régimes pour tenter de décrire à grands traits l'évolution des règles applicables à propos des échanges de tissus à l'échelle internationale.

I. Grande-Bretagne : consentement exprès — « opting in »

Les lois sur l'anatomie, la cornée et les dons de tissus adoptées en Grande-Bretagne exercent depuis un siècle une influence énorme sur la législation canadienne⁹¹⁹. En Grande-Bretagne, la loi subordonne le prélèvement d'organes sur des cadavres au consentement exprimé par le donneur avant son décès ou à celui de la famille par la suite⁹²⁰. Cette solution favorisant le consentement exprès a été décrite par l'expression « opting in »⁹²¹. En l'absence de la preuve que le défunt, ou sa famille, a expressément consenti au prélèvement, la société n'autorise pas le prélèvement de tissus humains ou d'organes sur le cadavre. La règle semble conforme aux traditions de la common law et du droit civil concernant les cadavres⁹²², mais on pourrait lui reprocher de ne pas prendre

919. Voir *supra*, pp. 148-158.

920. *Human Tissue Act, 1961*, précité, note 829.

921. Voir M.A. SOMERVILLE, *loc. cit.*, note 847.

922. Voir *supra*, pp. 77-81.

en considération la nécessité de promouvoir, par le droit, l'objectif de la préservation de la vie ; car à moins d'un consentement exprès, la médecine se trouve à perdre des organes qui auraient pu servir à des transplantations.

Au cours des dernières années, du reste, le manque d'organes à l'échelle tant nationale qu'internationale a exercé une pression sur le système établi en Grande-Bretagne et a suscité des réformes législatives. Environ trois mille cinq cents personnes étaient inscrites sur les listes d'attente pour une greffe rénale en 1988⁹²³. Les raisons qui expliquent cette pénurie d'organes semblent être à peu près les mêmes qu'en Amérique du Nord, d'après certaines études : absence de diagnostic de mort cérébrale à l'égard de donneurs potentiels, réticences de la part des professionnels à demander le consentement au prélèvement d'organes, refus des donneurs potentiels ou des membres de la famille⁹²⁴. C'est pourquoi le ministère de la Santé a récemment obligé les autorités hospitalières à établir des directives écrites concernant le repérage des donneurs potentiels, l'établissement du diagnostic de mort cérébrale et la procédure concernant la demande de consentement adressée à la famille⁹²⁵. D'autres mesures sont également envisagées, notamment l'amélioration de la formation professionnelle ainsi que l'établissement de dispositions législatives suivant lesquelles des professionnels de la santé devraient, avec délicatesse, aborder la famille des patients qui viennent de mourir et sont considérés comme des donneurs potentiels, afin de lui offrir la possibilité de consentir au prélèvement d'organes au nom du défunt⁹²⁶. De telles dispositions ont été adoptées dans des pays où l'on a traditionnellement préféré la solution du consentement exprès, comme le Canada et les États-Unis : il s'agit de favoriser l'obtention d'un consentement lorsqu'un donneur potentiel est mort sans faire connaître ses volontés quant au prélèvement d'organes⁹²⁷.

De récentes rumeurs concernant la participation de médecins britanniques à un commerce international d'organes ont alimenté le débat sur les diverses mesures envisageables pour augmenter le nombre de dons d'organes. Si la vente de cadavres humains pour les besoins de l'anatomie a été qualifiée de délit criminel au XVIII^e siècle, les textes britanniques adoptés au XIX^e et au XX^e siècles en matière de transplantations ont établi des régimes ne prévoyant aucune sanction pénale relativement à la vente d'organes⁹²⁸. Le législateur est intervenu en 1989, lorsque des allégations selon lesquelles des Turcs démunis avaient reçu de 2 000 à 3 000 £ pour le « don » d'un rein à des compatriotes sans le sou habitant à Londres⁹²⁹ ont poussé le Parlement britannique à interdire explicitement

923. John WARDEN, «Kidneys not for Sale» (1989), 298:6689 *Br. Med. J.* 1670.

924. Sheila M. GORE, Charles J. HINDS et Annabel J. RUTHERFORD, « Organ Donation from Intensive Care Units in England » (1989), 299:6709 *Br. Med. J.* 1193. Voir cependant A. BODENHAM, J.C. BERRIALGE et G.R. PARK, « Brain Stem Death and Organ Donation » (1989), 299:6706 *Br. Med. J.* 1009. Voir également Pamela E. BUCKLEY, « The Delicate Question of the Donor Family » (1989), 21:1 *Transplant. Proc.* 1411.

925. Circulaire 88(63) du ministère de la Santé (prélèvement d'organes en vue de transplantations). Voir également (février 1989), 47 *I.M.E. Bull.* 6.

926. J. WALLWORK, « Organs for Transplantation » (1989), 299:6711 *Br. Med. J.* 1291.

927. Voir *supra*, ch. III.

928. Voir *supra*, p. 127 et notes 808, 818 et 829.

929. Voir D. BRAHAMS, *loc. cit.* note 477 ; Richard BEESTON, « Mother Tells of Selling Kidney », *The [London] Times* (26 janvier 1989) 1. La loi turque pénalise la vente d'organes. Voir « Loi N° 2238 du 29 mai 1979 relative au prélèvement, au stockage, au transfert et à la greffe d'organes et de tissus » (*T.C. Resmî Gazete*, 3 juin 1979, N° 16655, pp. 1-4), reproduite dans (1980) 31:4 *R.I.L.S.* 1015.

la vente d'organes⁹³⁰. Le *Human Organ Transplants Act 1989* (loi de 1989 sur les transplantations d'organes humains) punit d'une amende maximale de 2 000 £ ou de trois mois d'emprisonnement (ou les deux) le fait d'offrir, de solliciter, d'acquérir ou de vendre un organe. La loi n'interdit pas le remboursement des frais engagés pour le prélèvement, le transport ou la conservation des organes, ni celui des frais directs ou de la perte de salaire raisonnables du donneur⁹³¹. À cet égard, elle est semblable à la loi adoptée récemment au Manitoba pour interdire la vente de tissus humains⁹³². En outre, elle restreint considérablement les transplantations entre des personnes qui ne sont pas liées du point de vue génétique, parce que les motifs auxquels répondent de telles interventions doivent faire l'objet d'un examen attentif. Cette loi interdit aussi la publicité relative à la vente d'organes, ce qui n'a pas été fait jusqu'ici au Canada⁹³³.

II. France, Belgique et Conseil de l'Europe : présomption de consentement — « opting out »

Les législations française et belge sur le prélèvement d'organes sont à certains égards semblables à la législation britannique, mais elles en diffèrent sous d'autres aspects. Dans les trois cas, on a interdit la vente d'organes. Et en Belgique comme en France, on prohibe tout paiement autre que le remboursement des frais⁹³⁴, ce qui s'accorde avec les textes britanniques et français établissant le caractère non lucratif des banques de lait humain et de sang⁹³⁵. En revanche, la Belgique, la France et beaucoup d'États de tradition civiliste⁹³⁶ n'ont pas retenu, quant au prélèvement d'organes sur des personnes décédées, la solution du consentement exprès adoptée en Grande-Bretagne. La loi française, vieille d'une quinzaine d'années, et la loi belge, adoptée il y a quatre ans, sont toutes deux fondées sur la présomption de consentement, qu'elles permettent de mieux comprendre. Des mesures connexes prises en France traduisent par ailleurs les efforts de la société pour préciser et comprendre le statut moral et juridique du corps humain à notre époque.

A. France

Depuis 1976, les Français fondent sur la présomption de consentement le prélèvement d'organes sur des cadavres. La loi autorise la conservation, à des fins thérapeutiques et

930. *Human Organ Transplants Act 1989*, précité, note 526.

931. *Ibid.*

932. Voir LTHM, précitée, note 839, art. 15.

933. Voir *supra*, pp. 148-158.

934. Comparer : art. 3 de la *Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976*, J.O., 23 décembre 1976, p. 7365, reproduite dans (1977) 28:2 *R.I.L.S.* 341 et art. 4 de la *Loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes* (Belgique) (1987), 38:3 *R.I.L.S.* 562 [ci-après *Loi du 13 juin 1986*].

935. Au sujet de la réglementation des banques de lait françaises, voir *Loi n° 89-899 du 18 décembre 1989*, J.C.P. 1990. III.15736 et *Arrêté du 15 juillet 1987*, J.O., 4 août 1987, p. 8769. Au sujet de la réglementation des banques de sang françaises, voir *Codes de la santé publique, de la famille et de l'aide sociale*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 1989, art. L-673 et L-674.

936. Voir M.A. SOMERVILLE, *loc. cit.*, note 847, 58. Voir en général A. CANTALUPPI, A. SCALAMOGNA et C. PONTICELLI, « Legal Aspects of Organ Procurement in Different Countries » (1984), 16:1 *Transplant. Proc.* 102.

scientifiques, des organes et des tissus d'une personne après sa mort, sauf si, de son vivant, cette personne s'est opposée à un tel usage⁹³⁷. Ainsi, lorsqu'un médecin repère un donneur potentiel, il est tenu de consulter le registre de l'hôpital afin de s'assurer qu'aucune opposition n'a été inscrite⁹³⁸.

En vigueur depuis plus de dix ans, la présomption de consentement ne semble pas avoir contribué beaucoup à atténuer la rareté des organes⁹³⁹ :

[TRADUCTION]

Les résultats du régime de la présomption de consentement adopté en France se sont avérés décevants. Quoique le nombre d'organes disponibles ait un peu augmenté, la croissance de la demande a été de beaucoup supérieure à cette augmentation. En 1984, on a pratiqué près de 1 000 greffes rénales en France, mais près de 3 000 personnes étaient inscrites sur les listes d'attente⁹⁴⁰.

Ces résultats sont peut-être attribuables à certaines tensions caractérisant la théorie de la présomption de consentement. Ils pourraient également tenir aux problèmes que pose l'application concrète de celle-ci.

La théorie de la présomption de consentement repose sur l'idée que la société peut raisonnablement présumer — en raison de la nécessité de sauver des vies et de l'altruisme de la collectivité — qu'une personne consent au prélèvement de ses organes après sa mort, sauf si elle s'y est opposée de son vivant. Autrement dit, « qui ne dit mot consent ». On estime que cette présomption permet à des patients d'obtenir une transplantation susceptible de leur sauver la vie, et qu'elle épargne aux familles des donneurs potentiels les tourments que peut occasionner une demande parfois présentée sans beaucoup de tact⁹⁴¹. La présomption du consentement n'est pas absolue, cependant, car elle ne s'applique pas si l'opposition au prélèvement est établie. La preuve de cette opposition peut revêtir diverses formes : déclaration écrite, simple correspondance, comportement, déclarations verbales rapportées par un témoin. Se pose alors, sur le plan pratique, la question suivante : d'une manière générale, comment l'opposition au prélèvement devrait-elle être manifestée, comment la preuve devrait-elle en être obtenue ? Si l'on conclut que c'est principalement par l'établissement d'un registre qu'il faut permettre aux gens de faire connaître leur opposition au prélèvement (comme en France), le contenu de ce registre devrait-il être tenu pour péremptoire ?

937. *Loi n° 76-1181*, précitée, note 934, art. 1.

938. Voir *Décret n° 78-501 du 31 mars 1978*, J.O., 4 avril 1978, p. 1497, art. 10, modifié par *Décret n° 90-844 du 24 septembre 1990*, J.O., 25 septembre 1990, p. 11606. Voir également *Circulaire du 3 avril 1978*, J.O., 5 avril 1978, p. 1530.

939. Voir ONT, *op. cit.*, note 29, p. 98.

940. Note, « Refining the Law of Organ Donation: Lessons from the French Law of Presumed Consent » (1987), 19 *N.Y.U. J. Int'l. L. & Pol.* 1013, 1024-1025.

941. CONSEIL D'ÉTAT, *Sciences de la vie : De l'éthique au droit*, 2^e éd., Paris, La Documentation française, 1988, p. 36. Voir également Jesse DUKEMINIER et David SANDERS, « Organ Transplantation: A Proposal for Routine Salvaging of Cadaver Organs » (1968), 279:8 *N. Engl. J. Med.* 413, 416.

Les sociétés qui optent pour cette solution favorisent vraisemblablement l'efficacité, en limitant le nombre de sources que les professionnels de la santé doivent consulter avant de procéder au prélèvement. Mais on risque alors, dans certains cas, d'écarter des éléments de preuve qui permettraient de déduire d'une façon plus certaine et plus juste la volonté de l'intéressé. Les sociétés qui font preuve d'une plus grande prudence à l'égard de la présomption de consentement pourront tenir compte d'autres indications de cette volonté, surtout lorsqu'elles ne contredisent pas le contenu du registre. Les membres de la famille sont parfois en mesure de donner de telles indications, à cause des liens qui les unissaient au donneur potentiel, du fait qu'ils ont vécu avec lui. Aussi peut-on se poser cette question : si l'équipe médicale ne trouve aucune opposition au prélèvement dans le registre, devrait-elle consulter la famille afin de confirmer l'absence d'opposition de la part du défunt ?

La France a cherché à résoudre ces tensions en encourageant les professionnels de la santé à donner aux familles la possibilité de fournir des indications touchant la volonté du défunt :

La loi veut qu'il soit tenu compte des seules volontés exprimées par la personne elle-même avant son décès, et non pas de celles de sa famille. La famille reste cependant, le plus souvent, le dépositaire privilégié des volontés exprimées par le défunt, soit que ce dernier en ait fait part verbalement à l'un ou plusieurs de ses parents, soit que ceux-ci détiennent des documents ou autres éléments de preuve du refus ou de l'acceptation du prélèvement. En outre, même si elle n'en est pas le dépositaire direct, la famille est souvent la mieux placée pour connaître ou découvrir ces justifications et les porter à la connaissance de l'établissement ou du médecin.

Le rôle de la famille dans la transmission des volontés du défunt est particulièrement important si celui-ci, lors de son hospitalisation, était hors d'état de manifester sa volonté⁹⁴².

On ne peut pas savoir, à la lecture de ce texte, si l'équipe médicale est tenue de consulter la famille des patients qui n'avaient pas inscrit leur opposition dans le registre⁹⁴³. L'existence d'une telle obligation pourrait constituer une façon pratique de tenir compte des différents moyens de preuve qui semblent être envisagés dans la législation française sur la présomption de consentement⁹⁴⁴. La confirmation donnée par la famille favoriserait dès lors la certitude. En revanche, cette solution risque de battre en brèche l'objectif de la présomption, qui est de réduire le plus possible le rôle de la famille. Elle risquerait ainsi de nuire à l'efficacité du système.

En pratique, les équipes médicales françaises continuent à solliciter le consentement des familles des donneurs potentiels en état de mort cérébrale⁹⁴⁵. Cela peut s'expliquer par plusieurs raisons : coutume, tensions inhérentes à la théorie de la présomption de consentement, ambiguïtés correspondantes dans la loi et les règlements d'application,

942. *Circulaire du 3 avril 1978*, précitée, note 938, p. 1532.

943. Voir *Décret n° 78-501 du 31 mars 1978*, précité, note 938, art. 10.

944. Voir *id.*, art. 8-10.

945. CONSEIL D'ÉTAT, *op. cit.*, note 941, p. 39.

nécessité clinique et psychologique de faire preuve de délicatesse à l'endroit des familles éprouvées⁹⁴⁶. Dans les cas où l'on consulte la famille, la loi indique clairement les motifs pour lesquels elle peut s'opposer au prélèvement. Dans une affaire tranchée sept ans après l'adoption des dispositions relatives à la présomption de consentement, on a fermement établi que la loi n'accorde pas à la famille le droit de refuser le prélèvement en raison de ses propres objections⁹⁴⁷. Ainsi, les pratiques religieuses du défunt peuvent constituer un motif légal pour refuser le prélèvement, mais pas la répugnance d'un parent à l'égard des atteintes à l'intégrité corporelle qu'entraîne le recours à la haute technologie médicale.

Après une longue réflexion sur l'opportunité de maintenir la présomption de consentement, un comité gouvernemental a récemment proposé des modifications mineures à la législation française sur les transplantations d'organes, dans le cadre d'une proposition législative globale visant à définir le statut juridique et bioéthique du corps humain devant les changements rapides que connaît la science médicale⁹⁴⁸. La loi proposée réaffirme la présomption de consentement ainsi que la notion de don, et insiste sur le rôle des familles dans le prélèvement d'organes sur des personnes en état de mort cérébrale⁹⁴⁹. Alors même que s'élabore cette proposition, la société française s'intéressait de plus en plus à la réglementation du développement, de la diffusion et des coûts de la technologie des transplantations.

On constate donc que si la proposition législative française se distingue par son caractère global, les choix qui s'offrent à la collectivité sont semblables à ceux auxquels doivent faire face les sociétés de l'Amérique du Nord. Les parents d'un enfant musulman, sur qui l'on avait pratiqué, après sa mort, des interventions médicales qui violaient des préceptes religieux de l'islam, ont récemment intenté une poursuite judiciaire qui a permis de préciser les limites de la présomption de consentement dans le cas des enfants mineurs⁹⁵⁰. Par ailleurs, l'innocuité des tissus humains est une préoccupation constante, comme le montrent les dommages-intérêts récemment accordés par un juge à la famille d'une personne morte de la rage, qu'elle avait contractée en raison d'une négligence dans l'examen des tissus cornéens implantés sur elle⁹⁵¹. La définition de la mort a également suscité certaines

946. Voir *ibid.*

947. Voir Cons. d'État, 18 mars 1983, *M^{me} Nguyen Ti Nam, épouse Trans Van Oanh*, J.C.P. 1983.II.20111 ; Ruth REDMOND-COOPER, « Transplants Opting Out or In — The Implications » (1984), 134 *New L.J.* 648.

948. Voir CONSEIL D'ÉTAT, *Avant-projet de loi sur les sciences de la vie et les droit de l'homme*, Paris, 1988. Voir également Jean Michel DUBERNARD et Jean-François MATTÉI « Bioéthique : l'urgence d'un débat au Parlement », *Le Monde* (18 avril 1990) 15. La loi proposée s'inspire d'un long rapport du gouvernement. Voir CONSEIL D'ÉTAT, *op. cit.*, note 941.

949. Voir *Décret n° 90-844 du 24 septembre 1990*, précité, note 938 ; *Décret n° 90-845 du 24 septembre 1990*, J.O., 25 septembre 1990, p. 11607, ainsi que six arrêtés concernant les listes d'attente, le nombre de centres de transplantation, etc. dans J.O., 25 septembre 1990, pp. 16607-16610.

950. Voir Conseil d'État, 17 février 1988, *Époux Camara*, J.C.P. 1990.II.21421 (décision : la loi française sur les transplantations subordonne les prélèvements en vue de transplantations au consentement exprès du tuteur du mineur décédé).

951. Cour d'appel de Paris, 19 juin 1989, *Zanne c. Banque française des Yeux/Hôpital Lariboisière* [inédit] ; Monique RAUX, « Un chercheur nancéien était mort de la rage après une greffe de la cornée », *Le Monde* (20 juin 1989) 34.

inquiétudes et certains conflits. Peu de temps après que l'Académie nationale de Médecine eut privilégié le terme de « mort cérébrale » pour définir la mort dans le contexte des transplantations⁹⁵², des accusations criminelles de voies de fait ont été portées dans le cas d'un patient âgé de vingt-quatre ans, déclaré en état de mort cérébrale et branché à un respirateur, sur lequel des expériences avaient été faites sans le consentement de la famille par un médecin d'un hôpital⁹⁵³. Alors que les commentateurs français débattent la question de savoir si une nouvelle loi relative à l'expérimentation sur des sujets humains s'applique aux patients se trouvant dans un tel état⁹⁵⁴, le Comité consultatif national d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé a recommandé de ne pas appliquer dans ce cas la présomption de consentement⁹⁵⁵. Le comité a également entrepris l'étude de certains problèmes ressortissant à la propriété et au droit de disposer des tissus⁹⁵⁶, dans la foulée de certains litiges très particuliers, et troublants, intéressant des banques de tissus humains et des déposants⁹⁵⁷.

B. Belgique

En 1986, la Belgique a adopté une loi fondée sur la présomption de consentement qui, malgré des similitudes avec le texte français, en diffère du point de vue de la portée et des effets⁹⁵⁸. D'abord, les données préliminaires recueillies indiquent que les prélèvements d'organes ont presque doublé depuis l'entrée en vigueur de la loi, ce qui ne correspond pas du tout avec ce qui s'est passé en France, comme nous l'avons vu⁹⁵⁹.

952. « L'Académie nationale de Médecine en France adopte un vœu à propos de la "mort cérébrale" » (1988), 39:3 *R.I.L.S.* 822 (rejet du terme traditionnel « coma dépassé », jugé ambigu).

953. Voir *supra*, ch. III, section II.C(3).

954. Comparer « L'expérimentation sur les comateux », *loc. cit.*, note 717 et Jean-Marie AUBY, « La Loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales », *J.C.P.* 1989.I.3384, par. 14.

955. Voir *supra*, note 718.

956. COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, « Avis sur les problèmes posés par le développement des méthodes d'utilisation de cellules humaines et de leurs dérivés », dans *Éthique et recherche biomédicale : Rapport 1987*, Paris, La Documentation française, 1988, pp. 18-21 (conclusions provisoires : (1) on peut présumer que les patients consentent, implicitement, à l'exploitation et à l'utilisation commerciales des cellules contenues dans des tissus malades ; (2) il est néanmoins préférable de les informer de la possibilité d'un tel usage ; (3) le patient dont proviennent des cellules cultivées et exploitées commercialement n'a aucun droit commercial sur le produit dérivé ; (4) la vente de lignées cellulaires par des chercheurs ne constitue pas une commercialisation du corps humain). Comparer Moore (1990), précité, note 426.

957. Comparer Parpalaix, précité, note 417. Jean-Yves NAU, « Engendrer après la mort », *Le Monde* (17 janvier 1990) 17 (cas d'une veuve ayant poursuivi une banque de sperme française pour se faire remettre du sperme congelé déposé par son mari alors qu'il était traité pour un cancer du testicule — le mari était mort du SIDA par la suite) et « Rejet d'une demande d'insémination post-mortem », *Le Monde* (27 mars 1991) 24.

958. *Loi du 13 juin 1986*, précitée, note 934 ; voir « Arrêté royal du 15 avril 1988 relatif aux banques de tissus et du prélèvement, de la conservation, de la préparation, de l'importation, du transport, de la distribution et de la délivrance des tissus » reproduit dans (1990) 41:1 *R.I.L.S.* 38.

959. Georges BINAMÉ, « Le prélèvement d'organes : chronique d'une loi annoncée » (1990), 41:2 *R.I.L.S.* 363, 365 ; L. RAELS et autres, « Effect of Presumed Consent Law on Organ Retrieval in Belgium » (1990), 22:4 *Transplant. Proc.* 2078.

Ces résultats positifs concordent plutôt avec l'impact de la présomption de consentement récemment établie aux États-Unis dans le cas des prélèvements de cornées⁹⁶⁰.

Ensuite, la loi belge diffère de la loi française sous l'angle du champ d'application. Celle-ci précise que la présomption de consentement ne s'applique pas à l'égard des mineurs, des personnes atteintes de déficience mentale et des autres personnes jugées inaptes à manifester leur volonté⁹⁶¹. La loi belge ne semble pas contenir de dispositions spécifiques à l'égard des déficients mentaux, mais la présomption de consentement est déclarée applicable aux mineurs⁹⁶². La situation est donc la suivante : tandis qu'en France, le prélèvement d'organes sur le cadavre d'un mineur ne peut avoir lieu sans le consentement du tuteur, il peut en Belgique être effectué à moins que le tuteur s'y oppose. Enfin, le texte belge, à l'instar du texte français, permet à la famille du défunt de refuser de consentir au prélèvement, pourvu que ce refus ne s'oppose pas à la volonté exprimée par le donneur⁹⁶³.

C. Conseil de l'Europe

On ne sera sans doute pas étonné, après cette description des législations belge et française, que la définition du rôle de la famille dans les prélèvements se soit avérée tout aussi délicate dans d'autres pays de l'Europe de l'Ouest dont plusieurs font partie du Conseil de l'Europe. Constitué après la Seconde Guerre mondiale en vue de promouvoir les droits de la personne⁹⁶⁴, le Conseil de l'Europe a formulé des recommandations sur les transplantations d'organes ainsi que sur le transport et l'échange internationaux de tissus humains. Le Conseil a recommandé certains textes en vue d'harmoniser les législations et les politiques des vingt-deux États membres. On y trouve notamment exprimés les quatre grands principes suivants : (1) consentement exprès pour les prélèvements sur des personnes en vie ; (2) reconnaissance du critère de la mort cérébrale ; (3) présomption de consentement pour les prélèvements sur des cadavres ; (4) interdiction de toute contrepartie pécuniaire dans l'échange de tissus et d'organes, à l'exception du remboursement de la perte de revenu ou des frais occasionnés par le prélèvement, lorsque celui-ci est

960. Voir, *infra*, le texte accompagnant la note 1008.

961. Voir *Époux Camara*, précité, note 950. Voir également CONSEIL D'ÉTAT, *op. cit.*, note 941, p. 36.

962. Voir art. 10.2 de la *Loi du 13 juin 1986*, précitée, note 934. Une telle présomption pourrait donner lieu à un litige fondé sur la Charte au Canada.

963. Voir *id.*, art. 10. Les règles établissant une quasi-présomption de consentement, suivant lesquelles le défunt ou sa famille ont le droit de manifester une opposition en toute connaissance de cause, ont été qualifiées de règles autorisant les « prélèvements de routine ». Voir Arthur J. MATAS, John ARRAS, James MUYSKENS, Vivian TELLIS et Frank J. VEITH, « A Proposal for Cadaver Organ Procurement: Routine Removal With Right of Informed Refusal » (1985), 10 *J. Health Pol. Pol'y L.* 231.

964. Voir *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950 (1955), 213 *R.T.N.U.* 233 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953). Les pays signataires sont l'Allemagne de l'Ouest, l'Autriche, la Belgique, Chypre, le Danemark, l'Espagne, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Liechtenstein, le Luxembourg, Malte, la Norvège, le Portugal, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, Saint-Marin, la Suède, la Suisse et la Turquie.

pratiqué sur une personne vivante⁹⁶⁵. Le Conseil a également proposé une entente sur l'échange et le transport internationaux des substances thérapeutiques d'origine humaine, afin de faciliter les échanges entre les États membres⁹⁶⁶.

En tant que tribune européenne des droits de la personne, le Conseil a déclaré qu'il y avait lieu de faciliter les prélèvements d'organes en Europe, tout en respectant les « droits et libertés individuels »⁹⁶⁷. Soulignons à cet égard que treize des vingt-deux États membres ont emprunté la voie de la présomption de consentement, en ce qui a trait au prélèvement d'organes sur les cadavres⁹⁶⁸. Cette présomption est fondée sur la pénurie d'organes, le nombre de vies susceptibles d'être sauvées grâce à une augmentation de l'offre, ainsi que l'opinion selon laquelle le cadavre n'a pas de droits, hormis le droit au respect⁹⁶⁹ :

Aussi, lorsque le droit à la vie et à la santé du malade attendant une transplantation entre en conflit avec le « droit » supposé d'un cadavre qui n'est plus une personne, le droit du receveur vivant l'emporte certainement sur celui du donneur décédé. L'intérêt de la communauté prévaut sur celui du corps mort⁹⁷⁰.

En reconnaissant ainsi la prépondérance du droit à la vie, ne fait-on pas preuve d'indifférence à l'égard des sentiments de la famille ? En vertu des dispositions sur la présomption de consentement en vigueur en Autriche et au Luxembourg, par exemple, le point de vue de la famille ou des proches n'est pas pris en compte⁹⁷¹. L'analyse du Conseil a toutefois révélé qu'en pratique, beaucoup d'États membres hésitent à appliquer d'une façon rigoureuse cette présomption⁹⁷² — ce qui donne à penser que l'attitude adoptée en Belgique et en France reflète sans doute la politique suivie en général par les États membres du Conseil de l'Europe : « [La] pratique dans la plupart des États montre que l'on consulte la famille et, quoique dans la plupart des cas son opinion ne l'emporte pas en droit, personne n'oserait aller à l'encontre du refus exprimé par la famille⁹⁷³ ». Le Conseil a recommandé qu'on étudie plus à fond le rôle de la famille dans la décision finale concernant le prélèvement d'organes sur le défunt⁹⁷⁴. Il reste à savoir si une telle

965. CONSEIL DE L'EUROPE, « 3^e Conférence des Ministres européens de la Santé (Paris, 16-17 novembre 1987) » (Texte final sur la transplantation d'organes) (1988), 39:1 R.I.L.S. 294. [ci-après Texte final] et *infra*, note 971. Voir également CONSEIL DE L'EUROPE, « Résolution (78) 29 sur l'harmonisation des législations des États membres relatives aux prélèvements, greffes et transplantations de substances d'origine humaine » (1978), 29:4 R.I.L.S. 1172.

966. CONSEIL DE L'EUROPE, « Recommandation N^o R (79) du Comité des Ministres aux États membres concernant le transport et l'échange internationaux de substances d'origine humaine » (1979), 30:4 R.I.L.S. 1071.

967. Voir Texte final, *loc. cit.*, note 965, 295.

968. Voir CONSEIL DE L'EUROPE, CONFÉRENCE DES MINISTRES EUROPÉENS DE LA SANTÉ, *La transplantation d'organes — Troisième rapport : Mesures législatives relatives à la transplantation d'organes et à la coopération européenne*, Strasbourg, le Conseil, 1987, p. 7.

969. *Ibid.*

970. *Ibid.*

971. CONSEIL DE L'EUROPE, CONFÉRENCE DES MINISTRES EUROPÉENS DE LA SANTÉ, *Organ Transplantation: Current Legislation in Council of Europe Member States and Finland and Results of European Co-operation*, Strasbourg, le Conseil, 1987, pp. 27, 29.

972. CONSEIL DE L'EUROPE, *op. cit.*, note 968, p. 7.

973. CONSEIL DE L'EUROPE, *op. cit.*, note 971, p. 26.

974. CONSEIL DE L'EUROPE, *op. cit.*, note 968, p. 9.

étude amènera des changements qui feront augmenter le nombre d'organes prélevés en Europe. Pour l'instant, les listes d'attente continuent de s'allonger, tout comme en Amérique du Nord⁹⁷⁵.

III. États-Unis : demande obligatoire et mécanismes de sensibilisation

Ces dernières années, un consensus s'est dégagé aux États-Unis, tant dans la législation que dans la politique officielle, en matière de prélèvement de tissus et d'organes. On s'accorde en effet pour dire que la pénurie d'organes est criante, que la vente d'organes est inacceptable et devrait être interdite, et que les remèdes envisagés face à la pénurie devraient être à la fois pratiques et fondés sur l'encouragement à l'altruisme. Ce consensus s'est exprimé par une vague de textes législatifs qui a balayé les États-Unis au cours des cinq dernières années.

Un auteur a décrit dans les termes suivants l'approche législative retenue aux États-Unis :

[TRADUCTION]

Les lois favorisent le repérage des donneurs potentiels et exigent qu'on demande à la famille de consentir au prélèvement des organes du patient qui est mourant ou est déjà mort, ou qu'on l'informe des possibilités de dons d'organes. [...] [U]ne politique de sensibilisation systématique n'oblige personne à demander un consentement contre son gré, et elle n'exige pas non plus qu'une demande soit faite à la famille. Elle consiste simplement à obliger les hôpitaux à mettre sur pied des mécanismes propres à garantir que la famille se voie offrir la possibilité de consentir au prélèvement⁹⁷⁶.

Plus de quarante-quatre États américains ont adopté des lois de ce genre depuis l'adoption des premières en Oregon, en Californie et dans l'État de New York en 1985⁹⁷⁷. Comme l'indique la citation ci-dessus, le législateur a habituellement retenu soit la « demande obligatoire », soit l'établissement de « mécanismes de sensibilisation ». La seconde solution est considérée comme la plus douce. Elle consiste à forcer les hôpitaux à mettre sur pied des mécanismes propres à garantir que la famille du donneur potentiel n'ayant pas exprimé sa volonté soit informée de la possibilité du don d'organes⁹⁷⁸. Les

975. Voir B. COHEN, « Rapid Changes in the Work of an International Exchange Organization: Eurotransplant » (1988), 20:5 *Transplant. Proc.* 817, 818 et Conseil de l'Europe (novembre 1990), 2 *Transplant* 161. Voir également Jeffrey PROTAS, « Organ Procurement in Europe and the United States » (1985), 63 *Milbank Mem. Fund. Q.* 94.

976. Daphne SIPES, « Requesting Organ Donations: A New State Approach to Organ Transplant » (1987), 8:2 *Health L. Can.* 39, 40.

977. Kathleen S. ANDERSEN et Daniel M. FOX, « The Impact of Routine Inquiry Laws and Organ Donation » (1988), 7 *Health Aff.* 65.

978. AMERICAN HOSPITAL ASSOCIATION, AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION et UNITED NETWORK FOR ORGAN SHARING, *Required Request Legislation: A Guide for Hospitals on Organ & Tissue Donation*, AHA, AMA, UNOS, 1988, p. 1.

textes axés sur la « demande obligatoire » sont quant à eux rédigés en termes plus impératifs. Ils forcent les hôpitaux à prendre les moyens nécessaires pour que la famille se voie demander dans tous les cas si elle consent au prélèvement⁹⁷⁹.

Pourquoi cette solution a-t-elle été retenue par l'immense majorité des États américains ? Ce fait témoigne d'un consensus sur les causes principales de la pénurie d'organes et de tissus humains, et sur les méthodes à privilégier pour y remédier. Le moyen adopté — soit l'obligation légale d'offrir à la famille la possibilité de consentir au prélèvement — est centré sur l'un des aspects les plus délicats et les plus pénibles, du point de vue psychologique, du processus de don d'organes : le moment où il faut s'adresser à la famille d'une personne qui vient de mourir et qui est considérée comme un donneur potentiel. Il vise à résoudre un problème reconnu. Des études et des rapports réalisés aux États-Unis comme au Canada font en effet état de la forte réticence des professionnels de la santé à aborder la famille dans de telles situations⁹⁸⁰. Des groupes de travail canadiens, tant fédéraux que provinciaux, ont conclu que cette réticence est un obstacle majeur à l'augmentation des prélèvements⁹⁸¹. Ce point de vue est partagé par des spécialistes américains. En 1985, un rapport spécial du Hastings Center concluait que l'un des principaux freins au don d'organes résidait dans le refus de demander le consentement de la famille, de reconnaître le rôle clé joué par les proches parents⁹⁸². Le rapport recommandait l'adoption de lois portant sur la demande obligatoire ou l'établissement de mécanismes de sensibilisation⁹⁸³. Les conclusions du Hastings Center et des rapports canadiens ont été renforcées deux ans plus tard par un groupe de travail américain sur les transplantations d'organes :

[TRADUCTION]

Le groupe de travail conclut que le principal problème du système actuel fondé sur le don volontaire d'organes tient à ce que souvent, les familles ne sont pas informées de la possibilité d'un tel don après la constatation de la mort cérébrale. Comme beaucoup de familles ne sont pas au courant, on pourrait vraisemblablement prélever plus d'organes, dans le respect du principe juridique du consentement volontaire, si elles étaient systématiquement informées de la possibilité du don d'organes et de tissus lors de la mort d'un parent. [...]

Le groupe de travail recommande que tous les professionnels de la santé participant aux soins donnés à des donneurs potentiels d'organes et de tissus acceptent volontairement la responsabilité de désigner ces donneurs et de les confier aux organismes de prélèvement d'organes appropriés. [...]

Le groupe de travail recommande que les hôpitaux adoptent des lignes de conduite et des mécanismes du type « demande obligatoire » ou « sensibilisation systématique » permettant de repérer les donneurs potentiels et d'offrir à la famille des possibilités adéquates quant au don d'organes. [...]

979. *Ibid.*

980. Voir, *supra*, le texte accompagnant les notes 228-233.

981. *Ibid.*

982. THE HASTINGS CENTER, *Ethical, Legal and Policy Issues Pertaining to Solid Organ Procurement*, Hastings-on-Hudson (N.Y.), The Hastings Center, 1985, p. 15.

983. *Id.*, pp. 21-22.

Même si l'on utilise souvent l'expression « demande obligatoire », une politique de sensibilisation systématique n'oblige personne à demander un consentement contre son gré, et elle n'exige pas non plus qu'une *demande* soit faite à la famille. Elle consiste simplement à obliger les hôpitaux à mettre sur pied des mécanismes propres à garantir que la famille se voie *offrir* la possibilité de consentir au prélèvement. La distinction est importante parce que les personnes réagissent plus positivement lorsqu'on leur offre un choix⁹⁸⁴.

À l'appui de sa recommandation, le groupe de travail faisait valoir que, dans la plupart des cas, la famille du donneur potentiel ne s'oppose pas à ce qu'on lui parle de la possibilité du don d'organes ; elle considère même parfois que cela s'inscrit dans le processus du deuil⁹⁸⁵.

La faveur dont jouissent aux États-unis les solutions axées sur la demande obligatoire et sur les mécanismes de sensibilisation tient aussi au fait qu'elles sont les plus satisfaisantes sur le plan des principes. Par rapport à la vente d'organes (libre ou réglementée)⁹⁸⁶ et à la présomption de consentement, elles sont jugées plus respectueuses de l'altruisme, des sentiments de la famille et des convictions religieuses⁹⁸⁷. Si, d'une façon générale, ces solutions rendent obligatoire une démarche auprès de la famille, celle-ci conserve le droit de rejeter la possibilité d'un don d'organes⁹⁸⁸. Elles reposent sur l'idée que la difficulté ne consiste pas à susciter l'altruisme, mais à aider les gens à concrétiser leurs bonnes intentions⁹⁸⁹.

La nouveauté de cette législation empêche l'appréciation de son efficacité. En effet, les données ayant trait à ses effets sur le prélèvement d'organes demeurent peu concluantes. D'une part, certains médecins ont reproché à ces dispositions de porter atteinte à l'indispensable discrétion professionnelle, ainsi qu'à l'autonomie et à la vie privée des familles, et de constituer une étape vers l'adoption de mesures plus coercitives⁹⁹⁰. D'autre part, on a enregistré des progrès au chapitre du nombre des prélèvements : hausse de 135 %

984. USTF, *op. cit.*, note 29, pp. 31, 33, 32 [mis en italiques par nos soins].

985. *Id.*, p. 32 ([TRADUCTION] « Le don d'organes et de tissus est presque toujours une source profonde de consolation pour les familles des patients qui meurent d'une manière inattendue et prématurée »). Voir également H. LEVINE BATTEN et J.M. PROTAS, *loc. cit.*, note 227, 38 (ce qui motivait 86 % des familles ayant consenti à des prélèvements qui ont été interrogées, c'était la volonté de [TRADUCTION] « voir quelque chose de positif être tiré de la mort »).

986. Voir en général Note, « Regulating the Sale of Human Organs » (1985), 71 *Va L. Rev.* 1015.

987. Voir Arthur L. CAPLAN, « Ethical and Policy Issues in the Procurement of Cadaver Organs for Transplantation » (1984), 311:15 *N. Engl. J. Med.* 981, 982.

988. Voir *ibid.*

989. Voir Jeffrey M. PROTAS, « Encouraging Altruism: Public Attitudes and the Marketing of Organ Donation » (1983), 61 *Milbank Mem. Fund Q.* 278, 279.

990. Voir, par exemple, Susan MARTYN, Richard WRIGHT et Leo CLARK, « Required Request for Organ Donation: Moral, Clinical, and Legal Problems » (1988), 18:2 *Hast. Cent. Rep.* 27. Voir cependant A.L. CAPLAN, « Professional Arrogance and Public Misunderstanding » (1988), 18:2 *Hast. Cent. Rep.* 34.

pour les banques d'yeux de l'Oregon⁹⁹¹, de 180 % pour une banque de peau de l'État de New York⁹⁹² ; le phénomène a aussi été constaté en Californie⁹⁹³ et au Michigan⁹⁹⁴.

Si, au départ, c'est dans un petit nombre d'États que s'est concrétisée l'idée de dispositions sur la demande obligatoire, des modifications à la législation « uniforme » et à la loi fédérale ont encouragé les autres États à en adopter de semblables. Le *National Organ Transplantation Act* (NOTA) de 1984⁹⁹⁵ a été adopté par le Congrès des États-Unis en vue de faciliter et d'améliorer les prélèvements d'organes et leur attribution à l'échelle nationale. Par ce texte, le législateur accomplissait diverses choses : (1) formation d'un groupe de travail national chargé d'étudier la question du prélèvement et de la transplantation d'organes ; (2) constitution d'un registre national informatisé permettant l'échange de données sur les prélèvements d'organes ; (3) aide relative aux activités régionales liées au prélèvement d'organes ; (4) mise sur pied d'un registre national de donneurs de moelle osseuse⁹⁹⁶ ; (5) interdiction, sous peine d'une amende de 50 000 \$ ou de cinq ans de prison (ou les deux), du transfert (fait sciemment) entre États et à titre onéreux, d'un organe (rein, foie, cœur, poumon, pancréas, moelle osseuse, cornée, œil, os ou peau, le sang étant toutefois exclu) ; (6) obligation des hôpitaux subventionnés par l'administration fédérale d'adopter des lignes de conduite écrites visant le repérage des donneurs d'organes potentiels (suivant les recommandations du groupe de travail américain)⁹⁹⁷.

Plusieurs autres aspects de la loi méritent d'être mentionnés. Premièrement, l'interdiction de la vente d'« organes » humains et la définition donnée à ce terme ne visent pas, d'une manière générale, les tissus susceptibles de régénération, et dont le prélèvement

991. Voir Terry E. BURRIS et autres, « Impact of Routine Inquiry Legislation in Oregon on Eye Donations » (1987), 6:3 *The Cornea* 226.

992. Voir NEW YORK STATE TASK FORCE ON LIFE AND THE LAW, *Transplantation in New York State: The Procurement and Distribution of Organs and Tissues*, New York, The Task Force, 1988, p. 155.

993. Voir K.S. ANDERSEN et D.M. FOX, *loc. cit.*, note 977, 76-77.

994. Voir Beverly MERZ, « The Organ Procurement Problem: Many Causes, No Easy Solutions » (1985), 254:23 *JAMA* 3285, 3287. Voir cependant Arthur L. CAPLAN et Beth VERNING, « Is Altruism Enough? Required Request and the Donation of Cadaver Organs and Tissues in the United States » (1990), 6:4 *Critical Care Clinics* 1007, 1011.

995. Pub. L. No. 98-507, 98 Stat. 2339, codifiée à 42 U.S.C. art. 273, 274, 1320b-8 [ci-après NOTA].

996. On semble près d'atteindre l'objectif fixé (100 000 donneurs inscrits au registre), mais cela risque fort de ne pas répondre aux besoins existant aux États-Unis. Voir « Programs to Find Marrow Donors in Falling Short », *New York Times* (11 décembre 1989) A18. Voir également « Transplant Reward Offer Raises Furor », *New York Times* (23 juin 1989) A6 (Offre de 5 000 \$ dans le but d'attirer un donneur de moelle osseuse compatible) ; « Girl Born to Couple Who Seek Marrow Donor », *New York Times* (7 avril 1990) 8 (cas d'un couple ayant conçu un enfant en vue de prélever sur lui de la moelle osseuse pour la greffer à sa sœur adolescente qui se mourait de leucémie). Voir également *Transplant Amendments Act of 1990*, Pub. L. No. 101-616, 104 Stat. 3279 (figurera à 42 U.S.C.S. art. 301); ces modifications visent à l'enrichissement du registre de donneurs de moelle osseuse.

997. Voir 53 *Fed. Reg.* 6526, 6527, 6544 (1^{er} mars 1988) (figure à 42 C.F.R.).

ne comporte aucun risque physique pour le donneur⁹⁹⁸. De récentes modifications à la loi précisent que l'interdiction de vente s'applique aux organes foetaux et aux parties (« subparts ») d'organes⁹⁹⁹. Deuxièmement, l'interdiction de la « vente » ne vise pas le versement d'une somme pour les frais ayant trait au prélèvement, au traitement, à la conservation et au transport des organes, ni aux frais supportés par le donneur (déplacement, hébergement, perte de salaire — ce qui s'accorde avec les récentes dispositions adoptées en Grande-Bretagne et au Manitoba, ainsi qu'à la recommandation du Conseil de l'Europe¹⁰⁰⁰. Troisièmement, la législation américaine connexe a apparemment conféré aux États toute latitude pour financer ou non les transplantations, et ces décisions d'ordre financier ont donné lieu à des litiges¹⁰⁰¹.

Enfin, un réseau national de prélèvement et de transplantation d'organes a été constitué en vertu des règlements d'application de la NOTA. Ce réseau regroupe quelque soixante-dix agences accréditées de prélèvement d'organes dans onze régions désignées du territoire des États-Unis. Le système national de prélèvement d'organes est géré par le United Network for Organ Sharing (UNOS), un organisme privé lié contractuellement au Department of Health and Human Services, qui surveille son fonctionnement¹⁰⁰². Sous les auspices de ce dernier, le UNOS élabore des lignes de conduite nationales, à la lumière des commentaires reçus du public et en s'appuyant sur la réflexion de divers comités nationaux. Par exemple, les délibérations du comité des relations étrangères de l'UNOS ont contribué à la conception de la politique américaine en matière d'échanges internationaux d'organes, par le truchement des principes dégagés par l'UNOS, qui, d'une manière générale : (1) interdisent l'exportation, à l'extérieur de l'Amérique du Nord, d'organes

998. Voir *U.S. Code Cong. & Ad. News*, précité, note 481, 3982 (« Le comité est d'avis qu'aucun particulier et aucun organisme ne devrait tirer profit de la vente d'organes humains destinés à des transplantations. Ne sont visés ni le sang ni les dérivés du sang, qui sont susceptibles de régénération et dont le prélèvement ne compromet pas la santé du donneur. »). La distinction est d'autant plus logique que la nature des greffes de moelle osseuse ou de peau, et les risques qu'elles comportent, rapprochent davantage ces interventions des transplantations d'organes vitaux que du don de sang ou de sperme. D'où leur inclusion dans la définition du terme « organe », pour l'application des dispositions interdisant la vente. Soulignons en outre que si les dispositions fédérales interdisant la vente d'organes s'appliquent aux tissus prélevés sur des « donneurs » vivants et morts, l'interdiction prévue dans la loi « uniforme » ne s'applique qu'aux tissus prélevés sur des cadavres. Comparer NOTA, précité, note 995, art. 274e et UAGA, *infra*, note 1004, art. 10.

999. *Organ Transplant Amendments Act of 1988*, Pub. L. No. 100-607, art. 407, 102 Stat. 3114 (1988) (modifiant 42 U.S.C.S. 274(e)(c)(1)).

1000. Voir 42 U.S.C.S., al. 274e).

1001. Comparer *Ellis c. Patterson*, 859 F. 2d 52 (8th Cir. 1988) (le tribunal a conclu que les modifications de 1986 au régime de l'assurance maladie des É.-U., 42 U.S.C., al. 1396b(i), confèrent aux États toute latitude pour subventionner, ne pas subventionner ou subventionner partiellement les transplantations d'organes, et exigent que les plafonds ne soient ni arbitraires ni déraisonnables) ; *Todd c. Sorrell*, 841 F. 2d 87 (4th Cir. 1988) (obligation pour l'État de payer les frais d'un patient ayant subi une transplantation du foie) ; *Montoya c. Johnston*, 654 F. Supp. 511 (W.D. Tex. 1987) (le plafond fixé à 50 000 \$ quant au remboursement par l'État des frais hospitaliers privait d'une façon abusive et déraisonnable de la protection du régime public un enfant dont l'état nécessitait une transplantation du foie coûtant entre 100 000 \$ et 200 000 \$). Pour une étude sur les raisons motivant le remboursement des transplantations du foie aux États-Unis, voir 56 *Fed. Reg.* 15,006 (12 avril 1991). Les assureurs privés non plus ne sont pas à l'abri de poursuites dans ce domaine. Voir *Dozsa c. Crum & Forster Insurance Co.*, 716 F. Supp. 131 (D. N.J. 1989) (compagnie d'assurance se faisant ordonner de rembourser les frais entraînés par des transplantations de moelle osseuse).

1002. Voir John C. McDONALD, « The National Organ Procurement and Transplantation Network » (1988), 259:5 *JAMA* 725.

prélevés aux États-Unis, sauf s'il est impossible de trouver un receveur américain ; (2) autorisent les centres de transplantations américains à conclure des protocoles formels d'échange d'organes avec des centres étrangers de transplantation reconnus par l'UNOS ; (3) interdisent l'importation *ad hoc* d'organes, sauf si elle est coordonnée ou approuvée par l'UNOS ; (4) soumettent à des vérifications les centres où plus de 10 % des transplantations annuelles sont pratiquées sur des étrangers non résidents¹⁰⁰³.

Des dispositions législatives semblables à celles de la NOTA ont été adoptées à l'occasion de récentes modifications apportées à la loi type sur les dons anatomiques. En 1987, la loi type sur les dons de tissus humains, vieille de vingt ans, a été modifiée¹⁰⁰⁴. La nouvelle « loi uniforme », axée sur les mécanismes de sensibilisation¹⁰⁰⁵, comporte aussi une quasi-présomption de consentement. Elle donne au coroner ou au médecin légiste le pouvoir d'autoriser tous prélèvements sur un cadavre dont il a légalement la garde, pourvu que des efforts raisonnables, compte tenu de la vie utile des organes en cause, aient été faits pour contacter les parents du défunt¹⁰⁰⁶. Cette condition devrait permettre d'éviter les contestations civiles et constitutionnelles instituées dans certains États américains à l'égard de textes et de pratiques fondées sur la présomption de consentement, en ce qui a trait au prélèvement des tissus oculaires¹⁰⁰⁷. La disposition de la loi type élargit considérablement le champ d'application de cette présomption de consentement, qu'elle rend applicable aux autres prélèvements. On estimait en effet que de telles dispositions répondent aux intérêts légitimes de l'État à l'égard de la protection de la santé et de la préservation de la vie, et l'on se fondait sur des données indiquant qu'elles faisaient augmenter le nombre de transplantations (en Floride, par exemple, les greffes de la cornée

1003. Voir *UNOS Policy on Transplantation of Foreign Nationals* (6.0-6.6) (en vigueur en juillet 1991). Voir également *UNOS Policies: Changes as of December 6, 1988* (3.14) (l'entente temporaire de partage des organes entre les É.-U. et le Canada est expirée). Pour des précisions sur les dispositions qui restreignent l'accès de patients étrangers aux listes d'attente américaines, voir *USTF, op. cit.*, note 29, pp. 93-95. Voir également « Medicare Program; Payment for Kidneys Sent to Foreign Countries or Transplanted in Patients Other than Medicare Beneficiaries », 42 C.F.R., art. 413.179.

1004. Voir *Uniform Anatomical Gift Act (1987)*, 8A U.L.A. (1990 Supp.) [ci-après UAGA], discuté dans A. MCINTOSH, « Regulating the "Gift of Life" — The 1987 Uniform Anatomical Gift Act » (1990), 65:1 *Wash. L. Rev.* 171. Voir également *Uniform Determination of Death Act* (1980), 12 U.L.A. 320 (1990 Supp.) (adopté dans la plupart des États).

1005. UAGA, précité, note 1004, art. 5.

1006. *Id.*, art. 4.

1007. Certains États, notamment la Floride, le Michigan, le Texas, le Tennessee et le Kentucky, se sont inspirés de la loi adoptée au Maryland en 1975, en autorisant le prélèvement de tissus oculaires lorsque les conditions suivantes sont réunies : (1) un cadavre a été confié au coroner en vue d'une autopsie ; (2) il n'y a aucune « objection connue » au prélèvement des tissus cornéens ; (3) le prélèvement n'occasionnera aucun défigurement ni aucune mutilation du corps et ne nuira pas à l'autopsie. Voir *Md Est. & Trusts Code Ann.*, art. 4-509.1 (1989 Supp.). Des actions ont été intentées au sujet de prélèvements effectués en l'absence de quelque « objection connue » sans qu'on ait véritablement donné à la famille du défunt l'occasion de s'y opposer. Voir *Brotherton*, précité, note 894 ; *Kirker*, précité, note 403 ; *Powell*, précité, note 895 ; *Georgia Lions Eye Bank*, précité, note 894 ; *Tillman*, précité, note 894. Comparer l'obligation de tenter de « bonne foi » de contacter la famille, prévue dans la loi du Massachusetts sur le prélèvement des tissus oculaires, *Mass. Gen. Laws Ann.*, ch. 113, art. 14 (1989 Supp.), et les récentes modifications législatives apportées au Rhode Island — R.I. Gen Laws, ch. 4, art. 23-4-4.1 (Michie 1990 Supp.) — celles-ci ont été suscitées par l'affaire *You Vang Yang*, précitée, note 900.

étaient passées de 500 à 3 000)¹⁰⁰⁸. Ce nouveau texte a jusqu'ici été adopté par un certain nombre d'États américains¹⁰⁰⁹.

IV. Australie : présomption de consentement, sous réserve de l'opposition de la famille

C'est par suite de recommandations de la Commission de réforme du droit de l'Australie (CRDA)¹⁰¹⁰ que la plupart des hôpitaux du pays appliquent les mêmes règles à l'égard des donneurs potentiels ayant autorisé les prélèvements sur leur cadavre et de ceux qui ne l'ont pas fait. La CRDA a recommandé, premièrement, que les hôpitaux soient autorisés à prélever les tissus et les organes des donneurs ayant donné un consentement explicite, malgré les éventuelles objections des membres de la famille¹⁰¹¹. Cette recommandation est fondée sur les principes éthiques de l'autonomie et de la bienfaisance : il s'agit de respecter les volontés du défunt tout en répondant aux besoins médicaux des receveurs¹⁰¹². Deuxièmement, la commission a recommandé que les hôpitaux soient autorisés à faire des prélèvements sur les donneurs potentiels n'ayant pas exprimé leur volonté, à condition de procéder tout d'abord à des vérifications raisonnables :

[TRADUCTION]

Lorsqu'une personne meurt dans un hôpital ou que son corps y est amené, l'hôpital lui-même, par l'entremise d'un agent désigné, devrait avoir le pouvoir d'autoriser des prélèvements en vue de transplantations ou pour les autres motifs énoncés ci-dessus, après avoir tout d'abord vérifié si le défunt a exprimé un consentement ou une objection ou, lorsqu'il ne l'a pas fait ou qu'il est impossible de le savoir, s'il existe des objections de la part des membres de la famille. Tout consentement ou opposition exprimé par le défunt sera déterminant. L'obligation de l'hôpital devrait être d'effectuer « les vérifications raisonnables dans les circonstances »¹⁰¹³.

La proposition de la CRDA semblerait constituer un moyen terme, pour les cas où le donneur potentiel n'a pas exprimé ses volontés, entre la solution retenue aux États-Unis (demande obligatoire, mécanismes de sensibilisation) et la présomption de consentement établie dans les pays de l'Europe de l'Ouest. Elle se rapproche en gros de la solution américaine, dans la mesure où l'on est tenu de tenter de consulter la famille avant de procéder au prélèvement, et d'agir conformément à sa volonté. Mais elle s'en écarte aussi, puisque le consentement est présumé dans le cas où il n'est pas raisonnablement possible de communiquer avec les proches parents — ce qui correspond à un point de vue minoritaire

1008. Voir UAGA, précité, note 1004, art. 4, commentaires.

1009. Voir UAGA, précité, note 1004.

1010. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DE L'AUSTRALIE, *Human Tissue Transplants*, Rapport n° 7, Brisbane, Watson Ferguson and Co., 1977 [ci-après CRDA].

1011. *Id.*, par. 144, pp. 65-66.

1012. *Id.*, par. 140, p. 64. Voir également *supra*, ch. III.

1013. *Id.*, par. 144, p. 66.

en Amérique du Nord¹⁰¹⁴. Par cette présomption de consentement, le régime proposé par la CRDA se rapproche de la solution retenue en Europe de l'Ouest. Cependant, il en diffère sous un autre rapport, puisqu'il oblige l'hôpital à tenter de consulter la famille, dont l'opposition est déterminante, peu importe les raisons qui la motivent¹⁰¹⁵.

Les recommandations de la CRDA ont déclenché des réformes législatives. Entre 1978 et 1985, les huit États de l'Australie ont adopté pour l'essentiel les recommandations de la CRDA ; la majorité d'entre eux ont expressément établi, à l'égard des donneurs potentiels n'ayant pas exprimé leur volonté, la règle de la présomption de consentement sous réserve de l'opposition de la famille¹⁰¹⁶. Comme, dans la plupart des cas, la famille doit être consultée, on a voulu veiller à ce que les hôpitaux s'acquittent de cette fonction sociale en faisant preuve à la fois de délicatesse et d'efficacité¹⁰¹⁷. La recommandation de la CRDA concernant la vente des tissus humains — interdiction de contreparties financières pour l'obtention de tissus humains, mais possibilité de remboursement des frais liés au traitement des tissus et des dépenses du donneur — a également été mise en œuvre¹⁰¹⁸.

V. Problèmes internationaux

Les progrès de la technologie de remplacement des tissus humains, qui ont entraîné récemment des réformes législatives dans plusieurs pays, ont également eu des répercussions

1014. Comparer la section IV et le texte accompagnant la note 1007, *supra*.

1015. Comparer la section III et le texte accompagnant les notes 970 à 973, *supra*.

1016. *Transplantation and Anatomy Ordinance 1978*, 1978 L. Austr. Cap. Terr., n° 44, art. 27 ; *Transplantation and Anatomy Act 1979*, 1979 S. Qld, n° 74, art. 26 ; *Human Tissue Act, 1982*, 1982 A. Vic., n° 9860, art. 26 ; *Human Tissue Transplant Act 1979*, 1979 N. Terr., n° 121, art. 18 ; *Human Tissue and Transplant Act, 1982*, 1982, S. W. Austr., n° 116, art. 22 ; *Anatomy (Human Tissue) Amendment Act, 1983*, 1983 S. N.S.W., n° 165, art. 3 ; *Transplantation and Anatomy Act, 1983*, 1983 S.L. S. Austr., n° 11, art. 21 ; *Loi de 1985 relative aux tissus humains*, 1985-86, S.L. Tasm., n° 118, art. 23 ; (1987) 38:3 R.I.L.S. 549. Contrairement à la quasi-présomption de consentement retenue dans la plupart des États de la fédération australienne, il semble ressortir du libellé des lois de l'Australie de l'Ouest et de la Tasmanie que si l'hôpital n'est pas en mesure de retracer les membres de la famille d'un patient n'ayant pas exprimé sa volonté pour s'assurer de l'absence d'opposition de leur part, le prélèvement des tissus n'est pas possible. Voir les lois de l'Australie de l'Ouest et de la Tasmanie, précitées, par. 22(3) et 23(2), respectivement.

1017. Voir NATIONAL HEALTH AND MEDICAL RESEARCH COUNCIL, *A Code of Practice for Transplantation of Cadaveric Organs*, Canberra, le Conseil, 1982, pp. 8-9 ([TRADUCTION] « Toute demande devrait être présentée avec la délicatesse requise et en pensant au désarroi des parents. Dans la mesure du possible, on devrait les rencontrer pour leur demander leur avis, mais dans certains cas il faudra se résoudre à discuter de la question au téléphone. [. . .] On a constaté, dans la pratique, que parfois les parents refusent la première fois qu'on les aborde, mais changent d'idée par la suite, après y avoir pensé et s'être faits à l'idée. Il convient de se rappeler que lorsque l'autorisation est donnée par les parents, il s'agit d'un don de la part non seulement du défunt, mais également de leur part à eux. Il faudrait également songer à venir en aide aux familles frappées par le deuil, car il est bien établi maintenant que le taux de maladie et de mortalité augmente dans l'année suivant la perte non acceptée d'un être cher.»).

1018. Comparer CRDA, *op. cit.*, note 1010, par. 178, p. 87 (la Commission a recommandé que la loi interdise le versement d'argent pour le prélèvement de tissus, sauf le remboursement des frais connexes, ou des frais du fournisseur ayant procédé à la transformation ou à la préparation des tissus donnés, en vue d'une utilisation médicale) et les interdictions relatives à la vente des tissus figurant dans les lois citées à la note 1016, *supra*.

sur le plan des rapports entre les nations. En effet, certaines craintes concernant divers aspects de l'application de cette technologie (protection des receveurs, commercialisation, surveillance) ont déclenché des initiatives qui traduisent l'évolution du droit international et des principes sous-jacents.

A. Échanges internationaux

Les variations des besoins nationaux en matière de tissus humains peuvent nécessiter le recours aux échanges internationaux. Au début du XIX^e siècle, par exemple, le manque de cadavres aux fins d'anatomie a parfois été pallié par des échanges entre pays (Canada et États-Unis ; Irlande, Écosse et Angleterre¹⁰¹⁹). L'apparition de nouveaux besoins médicaux a donné lieu à de nouvelles pratiques d'importation et d'exportation. En 1987, un bébé anencéphale moribond né en Ontario (bébé Gabriel) a contribué à élargir le bassin américain de donneurs, lorsque certains de ses organes ont été transplantés dans le corps d'un nouveau-né en Californie (bébé Paul)¹⁰²⁰. En 1988, neuf pour cent des os fournis par la banque d'os de l'Université de Toronto pendant une période de six mois ont été exportés vers d'autres pays, dont l'Australie¹⁰²¹. En deux ans, soit en 1988 et en 1989, plus de quatre-vingt-dix reins, cœurs et foies ont par ailleurs traversé la frontière canado-américaine¹⁰²². Depuis des années, on importe du sperme humain au Canada pour traiter l'infertilité¹⁰²³. La collaboration internationale, en outre, est désormais jugée « essentielle » pour satisfaire les besoins canadiens en matière de transplantation de la moelle osseuse¹⁰²⁴. En résumé, le transport international d'organes vise notamment à établir un bassin élargi de donneurs et de receveurs pour mieux répondre à la situation nationale de l'offre et de la demande.

Dans certains cas, c'est parce que la technologie nationale ne permet pas de répondre aux besoins médicaux qu'il faut s'adresser à l'étranger. Par exemple, avant que l'on commence à pratiquer la transplantation du foie sur des enfants au Canada, les médecins dirigeaient les enfants vers les centres américains rapidement accessibles par avion. Et des chirurgiens canadiens ont récemment pratiqué des transplantations sur des patients venant du Japon, où les interdits religieux concernant les cadavres ont apparemment mis un frein au développement de la technique¹⁰²⁵. Les contraintes tenant à la technologie

1019. Comparer D.G. LAWRENCE, *loc. cit.*, note 4, 414 et « On the Exportation of Dead Bodies from Ireland to England and Scotland » (1828-1929), 1 *Lancet* 775 (lettre).

1020. Voir A.K. SCOTT, *loc. cit.*, note 579.

1021. « Bone Bank in Desperate Search for New "Depositors" », *The Medical Post* (21 mars 1989) 39.

1022. SBSC, *supra*, note 59.

1023. Voir Christie McLAREN, « Large Ethnic Market in U.S. Creates High Interest in Toronto Sperm Bank », *The [Toronto] Globe and Mail* (19 mai 1990) A1, A2 (commerce de sperme entre le Canada et les É.-U.). Voir également SBSC, *op. cit.*, note 161, p. 15 (le Comité préconise que l'importation de sperme soit interdite jusqu'à l'élaboration de normes fédérales).

1024. Voir Noël A. BUSKARD, « The Canadian Unrelated Bone Marrow Donor Registry » (1990), 7 *Transplantation/Implantation Today* 42.

1025. David HELWIG, « Canadian Doctors and Japanese Tot Help Change Japanese Attitudes on Transplants » (1989), 139:1 *Journal de l'Association médicale canadienne* 1088.

peuvent également rendre nécessaire l'importation de tissus humains. Par exemple, le sort des hémophiles canadiens demeure étroitement lié à l'importation de facteurs de coagulation du sang fabriqués aux États-Unis, surtout en raison du fait que la technologie du fractionnement du sang est insuffisamment développée au Canada¹⁰²⁶. De même, des spécialistes canadiens ont envoyé, de 1988 jusqu'à la fin de 1989, plus de deux cents valves cardiaques humaines à une banque américaine de tissus, chargée de leur faire subir des transformations complexes et de les entreposer jusqu'à leur utilisation par des chirurgiens du cœur au Canada¹⁰²⁷. L'amélioration des techniques de conservation et de transport, ainsi que de la coordination internationale, pourraient bien accroître la fréquence des transports internationaux de tissus. Comme l'état de la technique continuera à varier selon les pays, certains d'entre eux seront, au total, tantôt des importateurs, tantôt des exportateurs, en ce qui concerne d'une part les tissus, d'autre part les bénéficiaires de transplantations.

B. Protection des receveurs

Si les échanges internationaux aident à répondre aux besoins thérapeutiques globaux, les risques qu'ils comportent se trouvent du même coup à être étendus à l'extérieur du pays exportateur. Par exemple, on a relié des facteurs de coagulation transformés aux États-Unis à la transmission des virus de l'hépatite¹⁰²⁸ et du sida¹⁰²⁹ à des hémophiles canadiens. Des règlements amiables ont également commencé à être conclus à l'égard de poursuites judiciaires intentées par des Canadiens contre le fabricant californien de valves cardiaques mécaniques défectueuses, implantées sur 8 900 patients au Canada et 39 000 autres à l'extérieur des États-Unis¹⁰³⁰. Ces chiffres montrent bien quels problèmes peuvent présenter, sur le plan de l'innocuité, des techniques de remplacement de tissus dont on veut faire bénéficier des patients de par le monde, lorsque les techniques en question ne sont pas au point.

Bien entendu, les risques de maladie, de blessures et de mort découlant de l'exportation de telles techniques ne se limitent pas à l'Amérique du Nord. En 1987, des mises en garde ont été faites à l'échelle internationale à la suite de la mort d'un Américain sur qui l'on

1026. Voir CCS, *op. cit.*, note 35, p. 17.

1027. SBSC, *supra*, note 59.

1028. *Kitchen c. McMullen* (1989), 62 D.L.R. (4^e) 481 (C.A. N.-B.).

1029. U.S. CENTERS FOR DISEASE CONTROL, « Safety of Therapeutic Products Used for Haemophilia Patients » (1988), 37:29 *Morbidity Mortality Wkly Rptr* 441, 442.

1030. Voir Christie McLAREN, « Canadian Gets Settlement for Implant Worry », *The [Toronto] Globe and Mail* (13 décembre 1989) A1 ; « F.D.A. is Faulted on a Heart Valve », *New York Times* (26 février 1990) B8. Voir également, *Staugvik c. Shiley Inc.*, 273 Cal. Rptr. 179 (App. 4th Dist. 1990) (receveurs norvégiens et suédois), rév. accordée 800 P. 2d 858 ; *Corrigan c. Bjork Shiley Corporation*, 227 Cal. Rptr 247 (App. 2d Dist. 1986) (receveur australien), cert. refusé, 479 U.S. 1049. Voir en général U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, STAFF REPORT OF THE SUBCOMMITTEE ON OVERSIGHT AND INVESTIGATIONS OF THE COMMITTEE ON ENERGY AND COMMERCE, *The Bjork-Shiley Heart Valve: "Earn as You Learn"*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1990.

avait greffé un tissu infecté, prélevé et transformé en Allemagne en vue de la commercialisation, et exporté au Canada puis, de là, aux États-Unis¹⁰³¹. Le tissu en cause était une dure-mère prélevée sur un cadavre (la dure-mère est la membrane solide qui recouvre et protège le cerveau), qu'on avait utilisée pour une chirurgie reconstructive du cerveau. Malgré le rappel international des tissus suspects, d'autres décès ont récemment été signalés en Nouvelle-Zélande et en Italie¹⁰³².

C. Vente

L'attitude de la communauté internationale en ce qui a trait à la vente de tissus semble en partie fonction de la nature du tissu en cause, du fait qu'il a ou non subi des transformations. La vente de produits sûrs et efficaces servant à remplacer des tissus humains — valves cardiaques mécaniques, par exemple — semble être jugée acceptable dans le cadre du commerce international. En revanche, la vente de dérivés du sang produits commercialement pourrait soulever plus d'objections, dans la mesure où l'on juge préférable l'utilisation de dérivés obtenus par le recours à l'altruisme ou à des transformations dénuées de tout caractère commercial. La vente de ces produits semble néanmoins être admise pour des raisons de nécessité¹⁰³³.

Ce sont — et de loin — les ventes d'organes, et d'une manière générale l'obtention de tissus humains moyennant une contrepartie pécuniaire, qui soulèvent les plus vives réticences au sein de la communauté internationale. Lorsqu'une augmentation du coût ne peut être justifiée par l'augmentation des frais afférents à la coordination du transport international d'organes, la transaction risque de sembler suspecte¹⁰³⁴. Des allégations concernant la vente de reins entre des Turcs et des Britanniques ont provoqué en Grande-Bretagne l'adoption, en 1989, d'une nouvelle loi sur les transplantations d'organes¹⁰³⁵. En Floride, d'anciens employés d'une banque d'yeux ont été reconnus coupables en 1989 de vol pour avoir fourni des cornées à des intérêts saoudiens, au prix de 650 \$ chacune¹⁰³⁶. Par ailleurs, il a récemment été fait état d'allégations concernant des ventes

1031. Voir U.S. CENTERS FOR DISEASE CONTROL, « Update: Creutzfeldt-Jakob Disease in a Patient Receiving a Cadaveric Dura Mater Graft » (1987), 36:21 *Morbidity Mortality Wkly Rptr* 324. Voir également Vijay THADANI et autres, « Creutzfeldt-Jakob Disease Probably Acquired from a Cadaveric Dura Mater Graft » (1988), 69:5 *J. Neurosurg.* 766.

1032. Voir U.S. CENTERS FOR DISEASE CONTROL, « Creutzfeldt-Jakob Disease in a Second Patient Who Received a Cadaveric Dura Mater Graft » (1989), 261:8 *JAMA* 1118 ; Carlo MASULLO et autres, « Transmission of Creutzfeldt-Jakob Disease by Dural Cadaveric Graft » (1989), 71:6 *J. Neurosurg.* 954.

1033. Comparer CCS, *op. cit.*, note 35, et A.F.H. BRITTEN, *loc. cit.*, note 203, ainsi que le texte accompagnant les notes.

1034. Voir U.S. CONGRESS, Hearings before the Subcommittee on Investigations and Oversight of the Committee on Science and Technology, *Procurement and Allocation of Human Organs for Transplantation* (7, 9 novembre 1983) Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1984 (frais Japon-États-Unis).

1035. Voir *Human Organ Transplants Act 1989*, précité, note 526.

1036. Voir *State of Florida c. Grant* (19 janvier 1989), Hillsborough Cnty 87-4613 (Cir. Ct). Voir également « 5 Accused of Selling Corneas », *New York Times* (12 janvier 1989) A24.

d'organes entre le Canada et les États-Unis, entre la France et les Pays-Bas, entre le Mexique et le Canada¹⁰³⁷.

La difficulté de mettre au jour les cas de ventes internationales d'organes et d'en établir l'existence n'a pas dissuadé les États ni les organisations internationales d'adopter des textes sur ce problème. Depuis 1980, en effet, la Grande-Bretagne¹⁰³⁸, l'Australie¹⁰³⁹, les États-Unis¹⁰⁴⁰, le Conseil de l'Europe¹⁰⁴¹, les gouvernements provinciaux canadiens¹⁰⁴², l'Association médicale mondiale¹⁰⁴³, des associations panaméricaines¹⁰⁴⁴ et internationales s'intéressant aux transplantations d'organes¹⁰⁴⁵ et au droit pénal international¹⁰⁴⁶, etc., ont soit déclaré la vente d'organes odieuse du point de vue moral, soit adopté des textes d'incrimination pour décourager cette pratique et punir ceux qui s'y livrent.

Faut-il voir dans ces mesures et ces prises de position le signe avant-coureur d'une règle de droit international public ? Chose certaine, en tout cas, cette réprobation de la vente d'organes est partagée par l'Organisation mondiale de la santé (OMS). En 1989, le Canada a joué un rôle de premier plan en parrainant avec d'autres une résolution de l'OMS concernant la vente d'organes, qui a finalement été appuyée par plus de cent cinquante et un pays. Le texte appelle les États membres à un effort commun en vue de mettre fin au trafic d'organes :

La Quarante-Deuxième Assemblée mondiale de la Santé,

Préoccupée par le trafic commercial d'organes de donneurs sains, qui exploite la détresse humaine et constitue un risque accru pour la santé des donneurs ;

Consciente des transactions commerciales dont les transplantations d'organes font néanmoins l'objet [...]

Désireuse d'empêcher l'exploitation de la détresse humaine [...]

1. DEMANDE aux États membres de prendre des mesures appropriées pour empêcher l'achat et la vente d'organes humains en vue de leur transplantation [...]¹⁰⁴⁷

1037. Voir, *supra*, le texte accompagnant les notes 461 à 463 ; Paul TAYLOR, « Kidneys Sold by Poor for Transplants, MD says », *The [Toronto] Globe and Mail* (22 août 1989) A1 ; Alexander DOROZYNSKI, « European Kidney Market » (1989), 299:6709 *Br. Med. J.* 1182.

1038. Voir *Human Organ Transplants Act 1989*, précité, note 526.

1039. Voir *supra*, note 1018.

1040. Voir NOTA, précité, note 995, al. 274e).

1041. Voir *supra*, note 965.

1042. Voir, par exemple, LTHM, précitée, note 839, art. 15.

1043. Voir annexe A, *infra*, pp. 228-229.

1044. PAN AMERICAN SOCIETY FOR DIALYSIS AND TRANSPLANTATION, « Document on Transplant Ethics » (1989), 5:2 *UNOS Update* 7.

1045. Voir THE COUNCIL OF THE TRANSPLANTATION SOCIETY, « Commercialisation in Transplantation: The Problems and Some Guidelines for Practice » (1985), 2:8457 *Lancet* 715.

1046. Voir ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PÉNAL, *XIV Congrès international de droit pénal*, Vienne, l'Association, 1989, projet de résolution 3.10 (transplantation d'organes et organes artificiels).

1047. « Adoption par l'Assemblée mondiale de la Santé d'une résolution pour l'interdiction de l'achat et de la vente d'organes humains » (1989), 40:3 *R.I.L.S.* 783, extraits reproduits à l'annexe A, *infra*, p. 231.

D. Contrôles internationaux

Outre les résolutions officielles, la communauté internationale peut recourir à d'autres mesures (traités, législation nationale, codes de déontologie) pour veiller à ce que les prélèvements nécessaires pour répondre aux besoins thérapeutiques globaux se fassent de manière sûre, adéquate, rapide et acceptable du point de vue de l'éthique. Par exemple, les déclarations du Conseil international sur les transplantations et de l'Association médicale mondiale pourraient servir de base à l'élaboration d'un code de déontologie international à l'intention des médecins qui font des transplantations. Il faut aussi mentionner à cet égard les principes devant être adoptés par l'Organisation mondiale de la santé en 1991¹⁰⁴⁸. Certes, de telles déclarations n'ont pas force de loi, mais elles peuvent néanmoins avoir un effet juridique si elles deviennent des règles de déontologie sur lesquelles se fondent des poursuites disciplinaires à l'échelle nationale, comme celles engagées par le General Medical Council de la Grande-Bretagne, à l'issue desquelles des médecins impliqués dans la vente d'organes entre la Grande-Bretagne et la Turquie ont récemment été déclarés coupables de faute professionnelle grave¹⁰⁴⁹.

Par ailleurs, les ententes internationales permettent d'agir directement sur les plans de l'offre, de la protection des patients, de la répartition des organes et de la diffusion de l'information technique, tout en veillant à la mise en œuvre de principes éthiques. Ces ententes peuvent revêtir la forme de contrats internationaux. Par exemple, le Comité canadien du sang a conclu un contrat avec des intérêts américains en vue de la transformation et de la livraison de substances sanguines utilisées pour traiter l'hémophilie¹⁰⁵⁰. Il peut également s'agir de traités officiels. Pensons au texte adopté par le Conseil de l'Europe, qui soustrait les substances thérapeutiques humaines aux droits d'import-export, d'une part parce que, sur le plan pratique, cela favorise les échanges internationaux et, d'autre part, parce qu'on estime que de telles substances n'ont pas de prix¹⁰⁵¹. Alors que les autorités américaines et canadiennes ont envisagé la systématisation des transports d'organes entre les deux pays¹⁰⁵², les pays de l'Europe de l'Est ont déjà conclu un traité sur l'échange d'organes¹⁰⁵³. Sur le plan de la protection des patients, un traité peut reconnaître aux États contractants le droit de refuser l'importation de substances qui présentent un trop grand risque pour la santé¹⁰⁵⁴, ainsi qu'un droit d'inspection correspondant à l'obligation pour les pays exportateurs de fournir les documents propres à établir que les contrôles de qualité prévus ont bien été effectués¹⁰⁵⁵.

1048. Voir annexe A, *infra*, pp. 229-231.

1049. Diana BRAHAMS, « Kidney Sales » (1990), 335:8964 *Lancet* 906.

1050. Voir CCS, *op. cit.*, note 35.

1051. Voir CONSEIL DE L'EUROPE, *loc. cit.*, note 966.

1052. Voir UNOS *Policies: Changes as of December 6, 1988*, *op. cit.*, note 1003.

1053. Voir CONSEIL D'ASSISTANCE ÉCONOMIQUE MUTUELLE (CAEM), « Accord sur le système international de coopération dans le domaine de la transplantation rénale dénommé "Intertransplant" » (1982), 33:1 *R.I.L.S.* 24.

1054. Voir art. 20, *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 55-61 *R.T.N.U.* 195 et (1947) T.I.A.S. n° 1700 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1948).

1055. Voir COMMUNAUTÉS ÉCONOMIQUES EUROPÉENNES, Directive du Conseil N° 89/381/CEE du 14 juin 1989 (concernant les dérivés du sang), *Journal officiel des Communautés européennes*, 28 juin 1989, reproduit dans (1989), 40:4 *R.I.L.S.* 943, art. 3, par. 3.

Enfin, les lois et les usages des États formant la communauté internationale contribuent, par définition, à façonner les règles et les orientations que celle-ci se donne. Nous pensons en particulier à la mesure dans laquelle la législation nationale impose des normes de sécurité à l'égard des techniques de remplacement de tissus destinées à l'étranger. Par exemple, la législation canadienne et américaine autorise l'exportation d'appareils médicaux non conformes aux normes nationales, pourvu qu'il soient adéquatement étiquetés et ne contreviennent pas aux lois du pays importateur¹⁰⁵⁶. Cela veut dire que si des valves cardiaques de fabrication canadienne sont implantées à des patients en Europe de l'Est, les risques de défektivité sont uniquement limités par la mise en garde sur l'étiquette apposée pour l'exportation, les normes de fabrication ou les normes professionnelles en vigueur au Canada, les normes législatives du pays importateur et la faible menace de poursuites judiciaires¹⁰⁵⁷. Or, la protection des patients serait sans doute mieux garantie par l'adoption de normes minimales rigoureuses à l'échelle internationale, qui seraient reprises dans le droit interne des pays exportateurs et importateurs. Et cela ne vaut pas seulement pour le problème de la sécurité. À défaut de l'établissement de règles de droit internationale précises, on luttera sans doute plus efficacement contre le trafic d'organes par l'établissement d'interdictions complémentaires dans les États concernés¹⁰⁵⁸, surtout si ces interdictions s'appliquent aussi à l'extérieur de leur territoire.

VI. Tendances internationales

D'une manière générale, la perspective du droit comparé et du droit international permet de considérer sous un jour plus large les problèmes que suscitent les prélèvements et les transplantations à l'échelle nationale. Par ailleurs, on est à élaborer des mesures législatives, tant sur le plan national que sur le plan international, en vue de garantir que ces interventions se font d'une manière sûre, adéquate, rapide et acceptable sur le plan éthique.

La cadence de l'activité législative porte à croire que le cadre juridique dans lequel s'inscrivent les prélèvements et les transplantations de tissus humains est en train de se transformer quelque peu. Au cours de la dernière décennie, plusieurs États ont modifié les textes régissant ce domaine. Ces modifications, dans une large mesure, visaient à faciliter et à réglementer le processus, devant l'augmentation phénoménale du nombre de transplantations et la pénurie de tissus qui en a résulté. Dans certains pays, on a commencé à évaluer les conséquences des techniques de remplacement des tissus humains sur la biotechnologie.

Il semble que, dans les États sur lesquels a porté notre étude, les objectifs poursuivis soient les mêmes, les différences ayant surtout trait aux détails d'application. La Grande-Bretagne, la France, l'Australie, le Conseil de l'Europe et les États-Unis semblent tous

1056. Voir LAD, précitée, note 738, art. 37. Voir également 21 U.S.C., al. 381e), discuté dans OTA, *Federal Policies and the Medical Devices Industry*, Washington (D.C.), OTA, 1984, pp. 216, 219.

1057. Voir *Stangvik* et *Corrigan*, précités, note 1030 et *Kitchen*, précité, note 1028.

1058. Voir, *supra*, note 929 et le texte l'accompagnant.

d'opinion que la vente d'organes est si odieuse du point de vue de l'éthique qu'elle doit être interdite par le droit pénal. Si la teneur exacte des règles peut différer, on insiste presque partout sur le fait que, tout en poursuivant l'objectif de la préservation de la vie au moyen des greffes et des transplantations, il importe de respecter les droits de la personne, les dépouilles, les croyances religieuses et les attentes de la famille. Dans la plupart de ces pays, on a adopté le critère de la mort cérébrale et l'on exige de plus en plus que les hôpitaux mettent sur pied des mécanismes propres à faciliter le don de tissus humains.

Les différences les plus marquées concernent les prélèvements sur des patients morts sans avoir exprimé leur volonté, et en particulier le rôle attribué à la famille par le droit. Les lois axées sur les notions de consentement exprès et de demande obligatoire en vigueur en Australie, en Grande-Bretagne et aux États-Unis exigent généralement la participation de la famille, contrairement aux régimes fondés sur la présomption de consentement instaurés dans les pays de l'Europe de l'Ouest. Mais dans ce dernier cas, il semble que dans la pratique, la famille soit consultée, ce qui remet peut-être en cause l'intérêt des régimes reposant strictement sur la présomption de consentement. De telles différences, si légères soient-elles, n'en sont pas moins indicatrices des tensions et des valeurs qui sous-tendent ces choix législatifs délicats.

Elles nous enseignent par ailleurs un grand principe, tout simple au demeurant : quelle que soit la politique ou le régime législatif retenu, il demeure sujet aux croyances, aux coutumes et aux attitudes relatives au corps humain, qui — constantes mais ayant aussi connu une certaine évolution — ont influé sur la condition humaine, depuis l'ère de l'anatomie jusqu'à celles des transplantations et de la biotechnologie.

CHAPITRE CINQ

Options et recommandations en vue d'une réforme

I. Forces et limites du droit

Nous avons exposé dans les chapitres précédents les forces, les limites et le rôle du droit par rapport à la demande de la médecine quant à l'utilisation du corps humain. Cette demande, pour sa part, évolue au fil des innovations de la technologie et de la transformation des besoins thérapeutiques. Le droit et la médecine ont parfois suivi, parfois précédé l'évolution des conceptions sur le corps humain, pendant que la société passait de l'ère de l'anatomie, au XIX^e siècle, à l'ère des transplantations et de la biotechnologie où nous nous trouvons maintenant.

Dans une perspective historique, bon nombre des questions soulevées au cours des débats concernant la *Loi sur l'anatomie* (1843) de la Province du Canada¹⁰⁵⁹ demeurent actuelles. En effet, la société s'interroge encore aujourd'hui sur les enjeux touchant la vente et la propriété des éléments du corps humain, le respect du cadavre, le fondement et l'équité des dispositions législatives visant à répondre à la rareté des tissus, la façon dont le droit pourrait aider la médecine à sauver des vies, et non entraver ses efforts. Mais les problèmes diffèrent du point de vue de leur importance, de leurs implications et du contexte dans lequel ils s'inscrivent.

En fait, un siècle et demi après les premiers débats ayant eu lieu au Canada sur des textes régissant les prélèvements, les interrogations et la clameur internationale suscitées par l'affaire *Moore*¹⁰⁶⁰ semblent pouvoir être assimilées à des rites de passage marquant l'entrée dans un nouvel âge. La première phase de ce passage semble être transitoire. Au moment où elle s'engage dans l'ère de la biotechnologie, la société se voit obligée de tenter de définir les règles et les modalités d'application précises d'au moins trois régimes juridiques appelés selon toute vraisemblance à orienter, dans l'avenir prévisible, les pratiques touchant les prélèvements de tissus et d'organes et le recours à des solutions mécaniques ou synthétiques pour remplacer des organes ou des tissus humains. Le tableau 3, ci-dessous, expose les grands traits de ces trois régimes juridiques.

Comme l'indique le tableau 3, le régime « naturel » vise le prélèvement et l'utilisation de tissus naturels, comme le sang et les organes. Ce régime est fondé sur le don, comme

1059. Voir *supra*, pp. 2-3, 148-150.

1060. Voir *supra*, note 426.

TABLEAU 3. Prélèvement de tissus et techniques de remplacement : régimes juridiques

Régimes	Tissus et substances	Modalités	Stockage	Normes de sécurité	Éthique et principes	Marché
« naturel »	Tissus et substances <ul style="list-style-type: none"> • lait • sang • peau • organes • placenta • gamètes 	Consentement <ul style="list-style-type: none"> • donneur et receveur Exceptions <ul style="list-style-type: none"> • cadavres non réclamés • autopsies par médecin légiste • urgence (Québec) Abandonnés <ul style="list-style-type: none"> • recherche et destruction 	Conservation <ul style="list-style-type: none"> • sang • substances reproductives • moelle osseuse • cellules Conservation pour <ul style="list-style-type: none"> • la société, et • le donneur et sa famille = déposants 	Normes professionnelles <ul style="list-style-type: none"> • lait Poursuites privées (peu nombreuses)	<ul style="list-style-type: none"> • Don • Pas de commercialisation • Pas de droit de propriété 	<ul style="list-style-type: none"> • Pas de profit (avec certaines exceptions)
« mixte » — substances biologiques et biotechnologiques	Tissus, substances et produits <ul style="list-style-type: none"> • hormones — traitées, synthétiques, obtenues par l'ADN recombinant • valves cardiaques (prothèses biologiques) • lignées cellulaires et cellules cultivées • équivalents de la peau et d'organes, obtenus par l'ADN recombinant • transplantations génétiques — ADN recombinant 	Consentement <ul style="list-style-type: none"> • donneur/source ? et receveur Abandonnés et commercialisés <ul style="list-style-type: none"> • affaire <i>Moore</i> 	Traitement et conservation <ul style="list-style-type: none"> • ADN • veines (prothèses biologiques) • sperme : affaire <i>Parpalax</i> • valves cardiaques Conservation pour <ul style="list-style-type: none"> • la société, et • le donneur et sa famille = déposants 	Normes professionnelles Législation fédérale : médicaments, substances biologiques et instruments médicaux <ul style="list-style-type: none"> • règlements sur le sang et le plasma • médicaments fabriqués grâce à l'ADN recombinant (insuline, hormone de croissance) • sperme traité et congelé ? • moelle osseuse et cartilages traités ? • valves cardiaques (prothèses biologiques) ? • dure-mère traitée ? 	<ul style="list-style-type: none"> • Don/pas de commercialisation ? • Fabrication/ventes ? • Droit de propriété/pas de droit de propriété 	<ul style="list-style-type: none"> • Profit, avec certaines limites • Quelques brevets
« artificiel » et mécanique	Produits <ul style="list-style-type: none"> • rein artificiel • valves cardiaques mécaniques • sang synthétique • veines (prothèses biologiques) • verres de contact 	Consentement <ul style="list-style-type: none"> • receveur • pas de donneur 	Traitement-fabrication <ul style="list-style-type: none"> • plasma • produits dérivés du sang • veines • verres de contact « vivants » 	Législation fédérale sur les instruments médicaux <ul style="list-style-type: none"> • sécurité et efficacité des appareils et produits médicaux, par ex. : <ul style="list-style-type: none"> • stimulateurs cardiaques • cœurs et reins artificiels • pompes à insuline • vaisseaux sanguins synthétiques • verres de contact synthétiques 	Fabrication/traitement et ventes Commerce Droit de propriété	Profit <ul style="list-style-type: none"> • recherche • brevets • marketing • ventes

le suggère l'emploi du mot « donneur ». Il se caractérise, sur le plan éthique et sur le plan des principes, par l'exclusion de toute notion de commerce, de profit et de propriété.

Le cœur et le rein artificiels sont les éléments types du deuxième régime juridique, celui de l'utilisation d'appareils mécaniques ou de tissus synthétiques. Ici, pas de « donneur » : sont visés des produits inventés, conçus, fabriqués, mis en marché et vendus suivant les règles prévues par les lois fédérales sur les brevets et les instruments médicaux, qui régissent aussi l'attribution de licences¹⁰⁶¹. Dans le cadre de ce régime, ni le discours éthique, ni le discours politique ne s'opposent aux investissements, à la commercialisation et aux bénéfices, du reste monnaie courante.

Pendant plusieurs années, la société canadienne s'est fondée sur des éléments de ces deux régimes pour en définir un troisième, une sorte de régime « mixte ». Celui-ci, qui fonctionne parallèlement aux deux autres, concerne des tissus humains transformés en produits thérapeutiques. Les sociétés pharmaceutiques, et désormais les entreprises de biotechnologie, transforment du sang, des tissus et des substances humaines en médicaments, en succédanés de la peau, en veines bioprothétiques, en plasma sanguin congelé, etc. Un grand nombre de ces produits « biologiques » et biotechnologiques sont brevetés, réglementés et vendus en conformité avec des lois fédérales. Les termes « don », « commerce », « substances humaines » et « produits bio-synthétiques » sont utilisés dans le discours éthique et politique relatif à ce régime mixte.

Il existe une tendance manifeste et croissante à recourir aux techniques biosynthétiques et bioprothétiques de remplacement des tissus¹⁰⁶². Les progrès de la biotechnologie et de la médecine entraînent une multiplication du nombre de tissus thérapeutiques paraissant s'inscrire dans ce régime mixte, mais il n'est pas toujours facile de déterminer si ces produits devraient obéir aux règles particulières applicables à un régime ou à l'autre. En conséquence, la société observe, dans des litiges semblables à l'affaire *Moore*¹⁰⁶³, les parties se fonder, qui sur le régime « naturel », qui sur le régime « artificiel », pour débattre la nature et les conséquences juridiques précises de l'utilisation de tissus. De tels conflits sont le reflet d'un débat plus large au sein de la société, débat qu'elles contribuent du reste à alimenter. Le dialogue entre le droit, la médecine, et désormais la bioéthique, se poursuit ; il n'est sans doute pas près de prendre fin.

La teneur du dialogue, son caractère, portent également à croire que la pénurie actuelle de tissus humains est autant une abstraction sociale qu'un fait empirique¹⁰⁶⁴. Les besoins médicaux trouvent leur origine dans la maladie et les blessures ; mais il n'en est pas moins vrai que l'existence de techniques chirurgicales ultra-perfectionnées, d'une médecine de haute technologie, contribuent à amplifier ces besoins, à les transformer en une demande

1061. Voir *supra*, pp. 24-26, 137 et 143.

1062. Voir *supra*, pp. 26, 137-142.

1063. Voir *Moore* (1990), précité, note 426.

1064. Sur la pénurie d'organes considérée comme un concept arbitraire, voir George J. ANNAS, « The Paradoxes of Organ Transplantation » (1988), 78:6 *Am. J. Pub. Health* 621.

sociale. Du point de vue de l'offre, le nombre de décès par année amène à conclure qu'on pourrait théoriquement prélever sur des cadavres un nombre suffisant de tissus et d'organes pour répondre aux besoins. Qu'est-ce qui empêche alors la société de procéder, d'une façon simple et efficace, à ces prélèvements qui permettraient de sauver des vies humaines ?

Quand on tente de puiser dans cette réserve, toutefois, on se heurte inévitablement à des obstacles d'ordre technologique et d'ordre éthique-juridique. La société ne dispose pas actuellement des moyens techniques qui permettraient d'entreposer ou de conserver à long terme les cœurs, les reins ou les poumons prélevés¹⁰⁶⁵. Le prélèvement d'organes, contrairement à celui de simples tissus, doit donc s'effectuer dans des situations d'urgence, ou presque, sur un patient qui vient de mourir. Et même si cette difficulté technique s'estompait, il faudrait encore compter avec des considérations d'ordre éthique-juridique.

Il s'agit de considérations à la fois simples et complexes, qui transcendent tout dualisme analytique. Car le prélèvement d'organes, de tissus, n'est pas une simple compétition entre la vie et la mort (entre un vivant et un mort), entre la science pure et dure et les sentiments, entre la médecine et la mythologie de la mort. La société veille à la protection d'une gamme de plus en plus large de valeurs et de droits fondamentaux. Le respect de la vie privée, de l'autonomie, de la dignité humaine, du principe de bienfaisance, des pratiques et croyances religieuses, des différents points de vue sur l'éventuelle obligation de respecter comme toute autre personne le donneur potentiel agonisant mais encore en vie, le souci de préserver la vie et la santé — tout cela contribue à l'élaboration du processus complexe dans le cadre duquel les tissus et les organes prélevés sur des cadavres peuvent être utilisés pour répondre aux besoins thérapeutiques de personnes vivantes¹⁰⁶⁶. La nature et l'importance relative de ces valeurs et de ces principes ne sont pas toujours faciles à déterminer de façon précise, et elles sont parfois contestées. Certaines des valeurs en question font l'objet de garanties juridiques, les autres sont fondées sur un principe éthique. Prises comme un tout, elles définissent et informent le cadre éthique-juridique dans lequel s'inscrivent les prélèvements de tissus et d'organes.

Ce cadre éthique-juridique et les valeurs contradictoires qui le sous-tendent montrent — de façon un peu trop brutale, parfois — que si le souci de préserver la vie et la santé l'emporte la plupart du temps, il n'est pas absolument déterminant¹⁰⁶⁷. S'il en était autrement, le système de prélèvement de tissus humains serait peut-être plus efficace, et l'existence humaine serait sans doute plus simple, mais en même temps moins riche. La complexité de ce cadre, les valeurs entremêlées et dans certains cas contradictoires qui le constituent, font qu'il est indissociable de notre identité personnelle et collective, ne fût-ce que parce qu'il reflète et organise la réflexion et les choix.

Ce cadre met donc également en lumière le rôle utile mais nécessairement limité du droit dans l'élaboration de solutions juridiques à la pénurie de tissus humains. Le droit

1065. Voir *supra*, pp. 27-32.

1066. Voir *supra*, pp. 71-72, 158-166.

1067. Voir *supra*, pp. 71-72.

est dépourvu des outils qui lui permettraient de résoudre les dilemmes techniques de la médecine, les conflits philosophiques de l'éthique¹⁰⁶⁸. Il est plutôt apte à définir les obligations et les droits minimaux au chapitre des prélèvements et des transplantations, et d'ainsi nous aider à élaborer les grands principes applicables en la matière.

Le droit peut tendre à exprimer les attitudes et les valeurs traditionnelles à l'égard du corps humain, lesquelles peuvent — et devraient peut-être — être remises en question par les idées et les valeurs différentes défendues par la science médicale. Car si les difficultés et les interrogations engendrent de la confusion et de l'incertitude, elles nous donnent du même coup l'occasion de repenser, de modifier ou de réaffirmer les règles, les pratiques et les valeurs actuelles.

C'est dans cet esprit — celui d'une remise en question des fondements juridiques et éthiques des régimes de prélèvement traditionnels et en voie d'élaboration dans divers pays, des grands principes qui les sous-tendent — que nous proposons des recommandations sur certains des problèmes étudiés ci-dessus. Nous savons par ailleurs que des travaux importants sont en cours, dans le même domaine, à l'Organisation mondiale de la santé¹⁰⁶⁹, dans des pays voisins et éloignés et dans les provinces du Canada¹⁰⁷⁰.

Notre étude nous a également persuadés que la recherche de solutions universelles est malheureusement illusoire. En effet, le caractère profondément philosophique de bon nombre de ces enjeux concernant la vie et la mort — surtout dans le cas du régime de prélèvement de tissus naturels — amène à conclure que, pour une bonne part, les divers intérêts, valeurs et approches en présence ne se prêtent pas à l'élaboration d'une formule universelle. Cela ne veut pas dire que le droit ne soit pas en mesure d'offrir des options et des solutions acceptables. Bien au contraire, il peut même offrir les meilleures solutions. Mais il est indispensable, à notre sens, que ces solutions découlent de valeurs dont le caractère fondamental est reconnu de longue date, ainsi que de principes et d'objectifs existant d'une façon permanente au sein de la société canadienne.

II. Objectifs et principes généraux — élaboration d'un régime sûr, adéquat, juste et efficace

RECOMMANDATION

1. L'établissement d'un régime de prélèvement et d'offre de tissus humains qui soit à la fois sûr, adéquat, équitable et efficace devrait constituer un objectif national commun, pour l'élaboration de la législation comme de la politique à ce chapitre.

1068. Voir *supra*, pp. 39-41, 71-72.

1069. Voir *supra*, pp. 187-188.

1070. Voir *supra*, pp. 157-158.

La Commission est d'avis que tous ceux qui jouent un rôle au Canada dans le domaine de l'utilisation thérapeutique de tissus devraient travailler à la réalisation de ces objectifs nationaux communs — qu'ils appartiennent au secteur public ou au secteur privé. Un engagement à l'égard de l'un ou l'autre de ces grands objectifs n'impose pas, en soi, la mise en œuvre de lignes de conduite précises. Dans une large mesure, cela s'explique par le fait que bien peu (voire aucune) des valeurs s'inscrivant dans notre cadre éthique-juridique sont absolues ou déterminantes par essence. Il faudrait plutôt parler d'une tension dynamique, saine et souvent conflictuelle entre les objectifs, les principes et les valeurs sous-jacentes. La recherche d'une offre « adéquate » de tissus, par exemple, doit tenir compte de diverses autres préoccupations — protection des patients, droits de la personne, efficacité.

De la même manière, l'objectif d'efficacité doit être défini au regard de notions de justice, ancestrales et contemporaines, concernant la répartition de ressources médicales insuffisantes¹⁰⁷¹. L'efficacité suppose l'établissement d'un système de prélèvements efficace à l'échelon régional comme à l'échelon national. Elle implique en outre la nécessité de veiller à la « rentabilité » des interventions médicales. En ce sens, la société doit intensifier le débat public et éthique, se doter de meilleurs outils d'analyse économique et d'évaluation des techniques médicales, afin d'apprécier la rentabilité et la répartition entre générations des coûts et des avantages des greffes et transplantations et d'autres interventions relevant de la haute technologie médicale, ainsi que les conséquences sur le plan de la recherche¹⁰⁷². Ces outils permettront de définir et de préciser le rôle du droit.

RECOMMANDATION

2. L'élaboration et la réforme de la législation touchant les régimes de prélèvement et de remplacement de tissus humains devraient être fondées sur les principes suivants :

- a) l'autonomie de la personne, l'inviolabilité et l'intégrité du corps humain ;**
- b) l'altruisme et l'encouragement aux prélèvements librement consentis ;**
- c) la gratuité et l'universalité ;**
- d) la préservation et la protection de la vie ;**
- e) le respect dû aux mourants, aux morts et à leur famille.**

La Commission est convaincue que ces cinq principes de base favoriseront la réalisation de l'objectif énoncé à la recommandation 1, et orienteront l'élaboration et la réforme de la législation touchant les régimes de prélèvement et de remplacement de tissus humains. Ils sont pour la plupart déjà enchâssés dans le droit actuel ainsi que dans la politique officielle. Dans certains cas, il s'agit de prolongements ou de perfectionnements par rapport

1071. Voir *supra*, pp. 37-39, et les observations sur les recherches à effectuer, *infra*, p. 217.

1072. Voir *supra*, pp. 37-39.

à des valeurs ancestrales ou à des mesures adoptées par le passé dans ce domaine, avec les adaptations nécessaires vu l'évolution de la société. Ici encore, il existe une tension aussi marquée que saine entre certains d'entre eux — une tension qui oblige la société à déterminer leur importance relative, voire à choisir l'un au détriment de l'autre.

A. Autonomie de la personne, inviolabilité et intégrité du corps humain

Le *Code criminel*, le droit civil, la législation provinciale et la *Charte canadienne des droits et libertés* donnent effet au principe éthique de l'autonomie de l'être humain. Le droit de ne subir aucun contact physique auquel on n'a pas consenti protège l'intégrité corporelle et l'intimité, tout en favorisant le respect de la qualité de personne et la dignité humaine. Le droit, la médecine et la société se doivent tout particulièrement de protéger les enfants, les handicapés mentaux, les patients privés de la capacité juridique et toutes les autres personnes incapables de refuser une atteinte à leur intégrité corporelle ou d'y consentir ; ils doivent également veiller à ce que ces personnes reçoivent les soins requis et soient traitées avec respect.

B. Altruisme et encouragement aux prélèvements librement consentis

Le don désintéressé est un idéal public louable. Le don de sang, d'organes ou d'autres tissus susceptibles de sauver des vies est depuis longtemps considéré comme la solution à privilégier du point de vue de l'intérêt public, et il devrait continuer d'en être ainsi¹⁰⁷³. L'altruisme et le don volontaire devraient être encouragés et pratiqués. On peut les concrétiser par un recours accru à des initiatives imaginatives et éducatives s'adressant à la fois au public et aux professionnels de la santé.

C. Gratuité et universalité

Dans ce contexte, le mot « gratuité » revêt une signification spéciale. Depuis près de dix ans, l'organisme responsable de l'application de la politique nationale du sang entend par « gratuité » le principe suivant lequel les patients recevant des produits sanguins ne devraient pas avoir à verser de l'argent¹⁰⁷⁴. Il ressort en effet des choix faits par la société canadienne — respect des principes de justice fondamentale, accès universel aux services de santé — que la capacité individuelle de payer ne devrait pas déterminer l'accès à des ressources thérapeutiques insuffisantes, qu'il s'agisse de tissus et d'organes humains ou de produits dérivés. Ces choix ont également une incidence en ce qui a trait aux donateurs.

1073. Voir *supra*, pp. 45-48.

1074. Voir le *Rapport annuel du Comité canadien du sang présenté à la Conférence provinciale-territoriale des ministres de la Santé*, *op. cit.*, note 38, annexe A (Résumé des principes) (« Ce principe [la gratuité] suppose que les personnes qui reçoivent du sang, des produits sanguins et des fractions plasmatiques n'aient pas à payer pour ces produits dispensés au Canada dans le cadre des régimes d'assurance-maladie. »).

Le principe voulant que le don n'entraîne pour eux ni profit ni perte sur le plan financier signifie que tout donneur potentiel, peu importe sa situation socio-économique, devrait se voir donner l'occasion de donner libre cours à son altruisme. Ainsi, le remboursement des frais supportés par le donneur, en vertu d'une quelconque assurance¹⁰⁷⁵ ou par d'autres mécanismes, est un moyen légitime de veiller à ce que tous, riches et pauvres, soient traités sur le même pied. Une politique de don, si elle est bien établie et appuyée par des mesures pratiques, réduit le risque que le corps humain soit assimilé à une simple marchandise.

D. Préservation et protection de la vie

La législation et la politique relatives aux prélèvements sont axées sur le souci de préserver et de protéger la vie humaine, et devraient continuer de l'être.

E. Respect dû aux mourants, aux morts et à leur famille

Il y a lieu de respecter les mourants et les morts, ainsi que les réactions affectives et les croyances religieuses de l'entourage familial. Cette obligation juridique s'accorde avec les principes hippocratiques, suivant lesquels il faut traiter le mourant avec dignité, respecter l'intégrité de la forme humaine après la mort et réconforter la famille, en répondant aux besoins et aux souhaits de ceux qui viennent de perdre un être cher.

III. Prélèvements sur des personnes vivantes

A. Maintien des principes actuellement suivis

RECOMMANDATION

3. Il y aurait lieu, d'une manière générale, de maintenir les principes régissant actuellement les prélèvements de tissus et d'organes sur des personnes vivantes — consentement libre et éclairé, proportionnalité du risque couru et des avantages attendus.

D'une manière générale, la législation et la politique relatives aux prélèvements sur des personnes vivantes sont axées sur l'obligation d'obtenir un consentement libre et éclairé et la nécessité d'une proportionnalité entre le risque de préjudice et les avantages attendus, surtout dans le cas des interventions chirurgicales portant atteinte à l'intégrité corporelle. Dans l'ensemble, ces règles s'accordent avec les principes énoncés ci-dessus, et favorisent leur application.

1075. Voir *supra*, le texte accompagnant la note 489.

B. Prélèvements et atteintes à l'intégrité corporelle

RECOMMANDATION

4. Le *Code criminel* devrait être modifié par l'adjonction d'une clause précisant que les dispositions sur les atteintes à l'intégrité corporelle sont inapplicables à l'égard des prélèvements de tissus ou d'organes auxquels le donneur a consenti librement et en pleine connaissance de cause, pourvu que le risque ne soit pas hors de proportion avec les avantages attendus.

Un rapprochement peut être fait entre la nécessité de protéger, par le droit pénal, la vie et l'intégrité corporelle des donneurs de tissus ou d'organes, et les cas où la recherche médicale et l'expérimentation sur l'être humain ne comportent aucun bienfait pour le sujet. La Commission a déjà exprimé son point de vue sur ce dernier problème¹⁰⁷⁶, et elle estime de même que les dispositions du *Code criminel* portant sur l'atteinte intentionnelle à l'intégrité corporelle¹⁰⁷⁷ ne devraient pas être applicables aux prélèvements de tissus et d'organes si les deux conditions suivantes sont remplies : (1) le donneur a consenti en toute connaissance de cause à l'intervention ; (2) le risque n'est pas hors de proportion avec les avantages attendus. L'appréciation du rapport risque-avantages devrait être fondée à la fois sur des éléments physiques et sur des éléments psychologiques¹⁰⁷⁸. Le don de tissus et d'organes constitue une intervention médicale entreprise à des fins thérapeutiques et, à ce titre, il est visé par l'exception de l'« acte médical » figurant au chapitre des infractions contre l'intégrité du corps humain proposées récemment par la Commission dans le document de travail n° 61¹⁰⁷⁹.

RECOMMANDATION

5. Les prélèvements effectués sur des personnes incapables de donner un consentement devraient être considérés comme légitimes pourvu qu'un tiers indépendant (tribunal, comité, ombudsman, etc.) se soit, dans chaque cas, assuré que les conditions suivantes sont remplies :

- a) dans le cas de la moelle osseuse et des tissus non susceptibles de régénération, le donneur et le receveur doivent être apparentés ;**
- b) on a épuisé toutes les autres possibilités de prélèvements et de traitements médicaux ;**

1076. Voir Document de travail n° 61, *op. cit.*, note 295 ; Rapport n° 31, *op. cit.*, note 116, p. 72 ; Document de travail n° 26, *op. cit.*, note 370, pp. 66-69.

1077. Comparer le par. 7(1) et les al. 7(2)a) et b) du Rapport n° 31, *op. cit.*, note 116, pp. 69, 71 et les dispositions actuelles du *Code criminel* concernant les voies de fait ayant pour effet de mutiler ou de défigurer une personne (art. 244, 265, 266), discutées, *supra*, pp. 101-109.

1078. Voir Rapport n° 31, *op. cit.*, note 116, p. 72 ; Document de travail n° 26, *op. cit.*, note 370, pp. 66-69.

1079. Document de travail n° 61, *op. cit.*, note 295, p. 39.

- c) l'intervention ne comporte aucun risque sérieux pour le donneur ;
- d) le risque n'est pas hors de proportion avec les avantages attendus ;
- e) le consentement du tuteur a été obtenu ;
- f) le consentement du donneur a été obtenu lorsque la chose est possible, et son refus doit toujours être respecté.

Le don d'organes par des mineurs et des personnes atteintes de déficience mentale pose des problèmes délicats. Le cas du mineur doué de discernement et de la capacité de comprendre et d'apprécier le risque, les avantages et les conséquences d'un don de tissus ou d'organes, est semblable à celui de l'adulte dans les mêmes circonstances¹⁰⁸⁰. Par ailleurs, dans le cas de donneurs potentiels incapables de donner un consentement, et donc de veiller à leur propre protection, de telles interventions peuvent s'accorder avec l'intérêt public et se justifier par des motifs de nécessité¹⁰⁸¹, dans des circonstances exceptionnelles, pourvu que certaines conditions soient remplies. En premier lieu, le principe de l'inviolabilité et de l'intégrité du corps humain — et son corollaire éthique, la nécessité de ne pas causer de préjudice — supposent que l'intervention ne doit pas comporter de risques sérieux pour le donneur¹⁰⁸². Ces risques varient en fonction de l'atteinte à l'intégrité corporelle et du caractère irréversible de l'intervention : il y a par exemple de grandes différences, sur ce plan, entre le prélèvement de sang, de moelle osseuse et d'un rein. C'est pourquoi il faut en deuxième lieu, pour veiller à l'entière protection des personnes incapables, s'assurer que des prélèvements ne sont effectués sur elles qu'en dernier recours — autrement dit, après avoir épuisé toutes les autres possibilités de prélèvement ou de traitement. En troisième lieu, les principes du respect de l'intégrité du corps humain et de la préservation de la vie, qui se reflètent dans le corollaire éthique de la bienfaisance¹⁰⁸³, incitent à conclure que les transplantations peuvent parfois être justifiées par les avantages du don. Ce serait le cas lorsque l'intervention ne comporte aucun risque sérieux pour le donneur et que la personne incapable est en mesure d'apprécier les avantages psychologiques potentiels du don¹⁰⁸⁴ ainsi que le caractère vital de la transplantation pour le receveur. C'est dans le cas des dons entre parents que la possibilité de bienfaits psychologiques semblerait la plus grande. En quatrième lieu, le fait d'exiger le consentement du tuteur et l'absence d'opposition de la part du donneur potentiel contribue à garantir le respect des volontés de la personne incapable et des personnes ayant le droit de s'exprimer en son nom. Ces règles correspondent, à peu de choses près, à celles énoncées par la Commission de réforme du droit de l'Australie¹⁰⁸⁵ et le Conseil de l'Europe¹⁰⁸⁶ — les

1080. Voir *supra*, pp. 75-76, 101-110.

1081. Voir *supra*, note 552.

1082. Voir T.L. BEAUCHAMP et J.F. CHILDRESS, *op. cit.*, note 236, p. 120, dans la perspective de la non-malfaisance, et pp. 55-56 et 108, *supra*.

1083. Voir *supra*, note 285 et pp. 43, 56-59 et 108.

1084. *Ibid.*

1085. Voir les recommandations de la Commission de réforme du droit de l'Australie, résumées, *supra*, note 555.

1086. Voir les recommandations du Conseil de l'Europe, résumées, *supra*, note 556.

deux organismes ont proposé d'interdire d'une manière générale les prélèvements sur des personnes incapables, avec des exceptions bien précises assorties de garanties rigoureuses. La Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada a également proposé récemment des règles allant dans le même sens¹⁰⁸⁷.

IV. Définition de la mort cérébrale — nouveau-nés anencéphales

RECOMMANDATION

6. Le critère de la « cessation irréversible de l'ensemble des fonctions cérébrales », proposé par la Commission il y a dix ans dans son rapport n° 15, ne devrait pas être modifié en vue de faciliter les prélèvements d'organes sur des nouveau-nés anencéphales mourants ou sur tout autre patient ne satisfaisant pas pleinement à ce critère.

Au Canada, l'anencéphalie entraîne la mort d'environ cinquante nouveau-nés par an¹⁰⁸⁸. Cette malformation est caractérisée par l'absence d'encéphale à la naissance. Les nouveau-nés qui en sont atteints et qui naissent vivants meurent habituellement dans les soixante-douze heures de la naissance. Dans le but de faciliter le prélèvement des organes de ces nouveaux-nés avant leur décès, d'aucuns ont proposé de les considérer comme « morts à la naissance », « en état de mort cérébrale », « morts-nés », ou de les exclure de quelque autre manière de l'application du critère moderne de la mort¹⁰⁸⁹. Pour les raisons exposées dans le présent document, la Commission n'est pas convaincue de l'opportunité de modifier la définition de la mort fondée sur la cessation de l'ensemble des fonctions cérébrales afin de faciliter le prélèvement d'organes sur les nouveau-nés anencéphales. Elle persiste à croire que la définition légale de la mort ne devrait pas être déterminée « par référence seulement ou principalement à la transplantation d'organes »¹⁰⁹⁰.

V. Prélèvements sur des personnes mortes

Les solutions envisageables pour la réglementation du prélèvement, à des fins thérapeutiques, de tissus et d'organes sur des personnes mortes vont de l'obligation du consentement exprès au prélèvement discrétionnaire effectué sans égard au consentement ou à une opposition. La Commission préconise en ce moment le maintien du régime fondé sur le consentement exprès, pour plusieurs raisons. Premièrement, le cadre technique et éthique décrit plus haut attribue au droit un rôle nécessairement limité dans la recherche de remèdes à la pénurie de tissus et d'organes. Deuxièmement, la Commission estime

1087. Voir la loi uniforme de 1989, précitée, note 833, art. 6, 7.

1088. Voir le texte accompagnant la note 574, *supra*.

1089. Voir *supra*, pp. 112-113.

1090. Voir *supra*, p. 116.

que des réformes modestes visant à remédier à des problèmes bien précis s'avèreront suffisantes, et qu'il n'y a donc pas lieu pour l'heure de recommander des mesures qui s'écarteraient sensiblement du régime actuel. Troisièmement, cette attitude semble également de mise du point de vue des droits de la personne, lequel incite le législateur à porter atteinte le moins possible aux droits en cause dans la poursuite de ses objectifs¹⁰⁹¹.

Quatrièmement, si la Commission est d'une manière générale acquise au principe de l'efficacité comme objectif national, elle estime néanmoins qu'il serait très imprudent de ne pas se limiter, sur le plan juridique, à supprimer les ambiguïtés du droit et à appuyer les efforts visant à favoriser les transplantations relevant de la haute technologie médicale. Si, par exemple, on tentait par des moyens législatifs d'accroître radicalement le nombre d'organes disponibles, on risquerait d'escamoter d'importantes priorités concernant la répartition, sur le plan global, des soins de santé. En effet, un tel accroissement serait susceptible d'entraîner une augmentation de la demande à l'égard des transplantations, au détriment d'autres interventions médicales, moins complexes et d'une rentabilité démontrée, qui mériteraient d'être prises en considération¹⁰⁹². La Commission et la société ont un urgent besoin d'information additionnelle pour prendre des décisions éclairées sur de tels problèmes. Aussi recommandons-nous avec insistance que des recherches plus approfondies soient faites à ce chapitre.

Enfin, de nombreux spécialistes de la bioéthique consultés par la Commission sont d'avis que des solutions comme la présomption de consentement sont acceptables du point de vue de l'éthique, mais ne jouissent vraisemblablement pas encore d'un appui important dans la société canadienne. Si c'est exact, tout changement marqué par rapport au régime du consentement exprès actuellement en vigueur devrait être précédé de mesures éducatives persistantes et de large portée susceptibles de faciliter l'établissement d'une présomption générale de consentement, celle-ci dût-elle s'avérer nécessaire. La Commission est d'avis que lorsque la société disposera de données sur les résultats des correctifs apportés au régime du consentement exprès et sur la répartition des ressources, elle sera mieux en mesure de décider de l'opportunité d'instaurer un régime fondé sur la présomption de consentement.

A. Régime du consentement exprès — « opting in »

(1) Principe général

RECOMMANDATION

7. (1) Il y aurait lieu de maintenir et de renforcer, à l'égard des prélèvements sur des personnes décédées, le régime du consentement exprès, qui est préférable du point de vue de l'intérêt public.

1091. Voir *supra*, le texte accompagnant la note 893.

1092. Voir *supra*, ch. I, section IV.C.

(2) Il y aurait lieu de respecter légalement la volonté des personnes ayant exprimé le souhait que l'on effectue des prélèvements sur leur cadavre.

C'est le régime prédominant au Canada en ce qui concerne les prélèvements sur des personnes décédées¹⁰⁹³. D'une part, il encourage le libre consentement et l'altruisme. D'autre part, il permet de tenir compte des convictions religieuses de la famille, et aussi de sa volonté, dans la mesure où elle peut autoriser les prélèvements au nom du défunt dans certaines circonstances. En revanche, des possibilités de prélèvements risquent d'être perdues, à cause des faiblesses particulières de ce régime¹⁰⁹⁴. Il existe également une incertitude juridique regrettable sur le point de savoir si la volonté des membres de la famille peut l'emporter sur celle exprimée par le défunt.

(2) Cas spéciaux : donneurs potentiels n'ayant pas exprimé leur volonté, cadavres non réclamés — mécanismes de sensibilisation

RECOMMANDATION

8. (1) Les hôpitaux devraient établir par écrit des protocoles et des lignes de conduite, et envisager l'application de mécanismes de sensibilisation, afin de résoudre le problème des donneurs potentiels n'ayant pas exprimé leur volonté.

(2) Santé et Bien-être social Canada devrait élaborer et diriger un projet pilote dans des hôpitaux désignés relevant de la compétence fédérale, afin de mettre en application des mécanismes de sensibilisation et d'en déterminer les effets.

(3) Santé et Bien-être social Canada devrait encourager les autres hôpitaux et les provinces à participer à ce projet pilote, en mettant des crédits fédéraux à la disposition des autres hôpitaux disposés à mettre en application des mécanismes de sensibilisation et à rendre compte des résultats.

Dans bien des pays, l'application du régime du consentement exprès a suscité d'importantes difficultés. La plupart des donneurs potentiels ne signent pas les cartes autorisant les prélèvements, même si les sondages d'opinion indiquent qu'une grande partie de la population est en faveur du don d'organes et de tissus¹⁰⁹⁵. C'est ainsi que trop

1093. Voir *supra*, pp. 154-155.

1094. Comparer pp. 39-41 et 176-182, *supra*.

1095. Voir *supra*, note 225. Voir également pp. 40-41, 157, 176-182, *supra*.

souvent, les hôpitaux se trouvent dans la situation où une personne qui vient de mourir et est considérée comme un donneur potentiel n'a aucunement manifesté sa volonté à l'égard d'éventuels prélèvements¹⁰⁹⁶.

Pour essayer de remédier à ce problème, il nous semble opportun de proposer des perfectionnements au régime du consentement exprès. Ces perfectionnements, appliqués dans divers pays ces dernières années, consistent dans l'instauration de mécanismes de sensibilisation¹⁰⁹⁷. Ils sont fondés sur les textes régissant les dons de tissus qui autorisent la famille du défunt à consentir à des prélèvements au nom de ce dernier. Dans tous les cas, il s'agit essentiellement d'obliger les hôpitaux, d'une part, à établir des protocoles concernant la désignation des donneurs ayant exprimé leur volonté et des donneurs potentiels ne l'ayant pas fait, et, d'autre part, à établir des mécanismes par lesquels les familles des donneurs potentiels sont informées, d'une manière générale, de la possibilité du don de tissus ou se voient offrir l'occasion d'autoriser les prélèvements. Nous utilisons ici l'expression « mécanismes de sensibilisation » pour décrire les dispositions ou les lignes de conduite qui présentent ces deux caractéristiques. On a retenu des variantes de cette solution en Australie et en Grande-Bretagne, ainsi qu'aux États-Unis (droit fédéral, lois « uniformes » et législation de la plupart des États)¹⁰⁹⁸.

Une fois reconnu l'intérêt de la solution en question, il reste à savoir de quelle manière elle peut être mise en œuvre. Les hôpitaux ou les professionnels de la santé devraient-ils être tenus, d'une manière générale ou même en vertu de la loi, de désigner les donneurs potentiels et de sonder la famille ? Comme il ne nous paraît pas nécessaire, pour le moment, d'adopter un texte législatif d'application nationale au sujet des prélèvements, ainsi que cela a été fait aux États-Unis¹⁰⁹⁹, la question peut être laissée aux provinces. La Commission juge tout de même bon de faire connaître son analyse, vu les dimensions nationales et internationales que tendent à prendre les régimes de prélèvement, le petit nombre d'hôpitaux fédéraux concernés par la question et les discussions en cours à l'échelon provincial.

Ceux qui s'opposent à ce que la loi oblige les médecins à s'adresser à la famille font habituellement valoir les arguments suivants : (1) une telle obligation serait une ingérence injustifiée dans les prérogatives professionnelles et la vie privée des familles ; (2) le législateur chercherait ainsi à régler non pas un problème d'ordre juridique, mais un problème d'ordre administratif et éducatif ; (3) cela entraînerait une augmentation des coûts pour les hôpitaux et le système des soins de santé ; (4) les manquements à cette obligation pourraient entraîner des sanctions ou des poursuites.

Les partisans de l'approche législative, par contre, invoquent les arguments suivants : (1) la pénurie de tissus est principalement imputable au fait qu'on se refuse à aborder les familles des donneurs potentiels n'ayant pas exprimé leur volonté, même si tout indique

1096. Voir *supra*, pp. 40-41.

1097. Voir *supra*, pp. 157-158, 176-182 et *infra*, pp. 227-228.

1098. Voir *supra*, note 925 et pp. 176-182.

1099. Voir *supra*, note 995.

que dans la plupart des cas elles ne s'opposeraient aucunement à ce qu'on leur donne l'occasion, dans de telles circonstances, de consentir à des prélèvements, cette démarche s'inscrivant dans le processus du deuil¹¹⁰⁰ ; (2) le fait d'imposer aux hôpitaux une telle obligation entraînerait vraisemblablement une hausse du nombre de prélèvements ; (3) on pourrait formuler cette obligation légale de manière à permettre l'exercice du jugement professionnel et la prise en considération des circonstances. Il conviendrait en effet de laisser aux professionnels toute latitude pour ne pas présenter la demande de consentement dans les cas où cela causerait manifestement un préjudice démesuré, ou serait inopportun pour quelque autre raison.

À la lumière de ces considérations, trois raisons nous convainquent que la solution des mécanismes de sensibilisation décrite ci-dessus mérite d'être examinée dans le contexte canadien. Premièrement, elle semble favoriser l'éducation du public et des professionnels, ainsi qu'une réforme centrée d'une façon particulière sur un aspect essentiel qui, pour tous les analystes canadiens, constitue un obstacle à l'augmentation du nombre de prélèvements¹¹⁰¹. En effet, le difficile n'est pas tant, semble-t-il, de susciter l'altruisme que de fournir aux patients et à leur famille l'occasion concrète de donner suite à leurs bonnes intentions. Deuxièmement, elle se distingue du prélèvement obligatoire et de la vente de tissus humains sous deux aspects importants : elle favorise la pratique de l'altruisme et le libre consentement. Troisièmement, elle semble moins apte à provoquer des contestations judiciaires pour atteinte à la liberté de religion, à l'autonomie de l'individu et à l'intimité de la vie privée. En encourageant le libre consentement et en permettant la prise en considération directe des volontés de la famille, en outre, elle est vraisemblablement moins susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne, constitutionnellement garantis ou non. Tout cela incite à conclure que la solution reposant sur l'instauration de mécanismes de sensibilisation est la plus indiquée, pour les cas où le donneur potentiel n'a pas fait connaître ses volontés.

Mais la meilleure solution ne comporte pas nécessairement une garantie de résultats. Il y a une certaine controverse sur la question de savoir s'il est opportun que le législateur impose une telle obligation aux professionnels de la santé ou, d'une manière plus générale, aux hôpitaux. Chose certaine, les chirurgiens, les coordonnateurs des transplantations, les neurologues, les infirmiers et infirmières, les aumôniers des hôpitaux joueraient tous un rôle essentiel dans la mise en œuvre d'un tel régime. Un bon nombre de professionnels de la santé estiment sans doute déjà qu'il est de leur devoir, éthique et professionnel, de sonder la famille. Pourtant, leur répugnance ou leur réticence à le faire pourrait influencer sur le succès ou l'échec de cette solution. Personne ne devrait être contraint à demander à autrui de consentir à des prélèvements. Mais d'autre part, il n'est pas non plus dans l'intérêt public que des organes soient perdus simplement parce que le patient ou la famille n'a pas pensé, au moment critique, à la possibilité de consentir à des prélèvements utiles.

Des considérations d'ordre pratique contribuent sans doute, toutefois, à atténuer ces préoccupations. Puisque de nombreux donneurs potentiels n'ayant pas exprimé leur volonté

1100. Voir *supra*, note 985.

1101. Voir *supra*, pp. 40-41.

meurent à l'hôpital, il semblerait opportun d'imposer à celui-ci l'obligation de sonder la famille, comme l'a suggéré l'Association du Barreau canadien (voir annexe A). Cela permettrait sans doute aussi à l'hôpital de faire preuve d'imagination sur le plan administratif en déléguant cette obligation à des professionnels, qui s'en acquitteraient avec tact, efficacité et à peu de frais.

Santé et Bien-être social Canada pourrait contribuer à l'évaluation des effets des mécanismes mis sur pied par les hôpitaux, en élaborant et en coordonnant un programme pilote, conforme aux principes de la méthodologie, à l'intention de certains hôpitaux de compétence fédérale. En mettant des crédits à la disposition des hôpitaux désireux de se lancer dans des projets pilotes axés sur l'instauration et l'application de mécanismes de sensibilisation, le Ministère pourrait également encourager la participation d'autres hôpitaux. Les données fournies par les hôpitaux participants pourront aider la société à apprécier les avantages des perfectionnements apportés au régime du consentement exprès.

Dans cette perspective, le protocole présenté ci-dessous pourrait s'avérer utile face au problème des donneurs potentiels n'ayant pas exprimé leur volonté. Il s'inspire des recommandations de la Commission de réforme du droit de l'Australie, qui ont été retenues dans la plupart des États australiens¹¹⁰².

(1) Les hôpitaux devraient établir par écrit des protocoles et des marches à suivre visant à la désignation des donneurs potentiels, et portant notamment sur la formation des professionnels ;

(2) Les hôpitaux dotés de tels protocoles devraient, d'une manière générale, avoir le pouvoir d'effectuer des prélèvements sur les donneurs potentiels n'ayant pas exprimé leur volonté, une fois que l'on s'est acquitté de deux obligations. Il faut faire de bonne foi des efforts diligents :

a) pour vérifier s'il existe des documents indiquant que le défunt avait consenti à des prélèvements sur son cadavre ;

et, si l'on n'en trouve aucun,

b) communiquer avec les membres de la famille et leur donner l'occasion de consentir aux prélèvements, en les informant de cette possibilité. Le non-consentement de la famille serait, en droit, déterminant. Les efforts en vue de retracer les membres de la famille et de communiquer avec eux, directement ou par l'intermédiaire des autorités publiques, devraient être poursuivis durant un temps raisonnable (par exemple, quarante-huit heures, ou le délai que justifie le temps de survie raisonnable des tissus en cause). Les personnes chargées d'établir le diagnostic de mort cérébrale ou de désigner les donneurs potentiels ne devraient pas participer à ces tentatives.

(3) Lorsque, malgré des efforts diligents faits de bonne foi, on ne réussit pas à retracer la famille ou à communiquer avec elle, aucun prélèvement ne devrait être effectué.

1102. Voir *supra*, pp. 182-183.

Certaines précisions sont de mise au sujet du paragraphe (3) de ce protocole, relatif aux prélèvements sur des donneurs potentiels n'ayant pas exprimé leur volonté et dont on ne parvient à retracer aucun parent sur le moment. L'exclusion de tout prélèvement dans de tels cas est fondée sur le principe du consentement exprès. Or, certains analystes préconisent plutôt, à ce sujet, l'application d'une présomption restreinte de consentement, et certains États ont adopté des dispositions en ce sens. Les législations australienne et américaine autorisent, dans des circonstances restreintes, les prélèvements sur des donneurs potentiels n'ayant pas exprimé leur volonté, quand on n'a pu retracer aucun parent¹¹⁰³. La *Loi uniforme sur les dons de tissus humains* (1989) de la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada semble également comporter une présomption de consentement limitée à l'égard des prélèvements sur des donneurs potentiels confiés à un médecin légiste¹¹⁰⁴. Cette règle n'est pas sans précédent historique au Canada où, dès le XIX^e siècle, les cadavres non réclamés étaient en vertu des lois provinciales sur l'anatomie offerts en premier lieu aux facultés de médecine¹¹⁰⁵.

B. Présomption de consentement — « opting out »

Suivant la théorie de la présomption de consentement, la société peut raisonnablement présumer l'existence d'un consentement aux prélèvements effectués après la mort, à moins qu'il y ait des indices d'une opposition. Cette présomption, comme le régime du consentement exprès, est centrée sur la volonté du défunt, et elle s'accorde davantage avec les notions d'altruisme que le prélèvement obligatoire. On la tient pour raisonnable au nom de l'altruisme de la collectivité, et elle est justifiée au surplus par le fait que l'accroissement potentiel du nombre d'organes et de tissus disponibles contribue à sauver des vies. On pense aussi que les demandes de consentement présentées d'une façon brutale peuvent exacerber la douleur de la famille, et que la présomption permet d'éviter cet écueil.

En revanche, plusieurs arguments semblent militer contre l'application immédiate et systématique de la présomption de consentement. Premièrement, les données recueillies en France et dans d'autres pays européens ayant retenu cette solution portent à conclure qu'elle n'entraîne pas toujours un accroissement des prélèvements¹¹⁰⁶. Deuxièmement, les objectifs auxquels répond la présomption de consentement peuvent être contrecarrés par les difficultés pratiques que suscite la nécessité de déterminer si le défunt avait manifesté son opposition aux prélèvements, ainsi que par les implications cliniques et psychologiques des rapports avec la mort et avec la famille éprouvée¹¹⁰⁷. Les textes adoptés dans les pays de l'Europe de l'Ouest ayant établi une présomption de consentement diffèrent en ce qui a trait au rôle accordé à la famille dans la recherche de la volonté du défunt¹¹⁰⁸. Malgré

1103. Voir *supra*, ch. IV.

1104. Voir *supra*, note 837.

1105. Voir *supra*, pp. 2-3, 148-150.

1106. Voir *supra*, pp. 169-176.

1107. *Ibid.*

1108. Voir *supra*, pp. 169-176 et 190.

la lettre de la loi, on consulte en pratique la famille dans la plupart des cas, ce qui semble remettre en question l'utilité d'une présomption de consentement rigoureuse. Troisièmement, certaines lois américaines établissant une présomption de consentement ont été contestées au motif qu'elles porteraient atteinte aux droits fondamentaux de la personne¹¹⁰⁹. Enfin, la présomption de consentement est susceptible de nuire à la communication entre le médecin, le patient et la famille, à un moment où le dialogue et la compréhension prennent une importance toute particulière. Dans la mesure où l'on peut échapper à ces possibles inconvénients en ayant recours à d'autres solutions tout aussi efficaces sur le plan thérapeutique, la présomption de consentement paraît moins intéressante¹¹¹⁰. Cela nous amène à conclure qu'il n'y a pas lieu d'étendre la portée des dispositions qui établissent déjà une certaine présomption de consentement au Canada¹¹¹¹. Nous pensons que la valeur relative d'une présomption de consentement systématique pourra mieux être appréciée lorsqu'on disposera de données sur les effets de la solution fondée sur les mécanismes de sensibilisation.

C. Consentement non requis — prélèvement discrétionnaire

Au regard de différentes conceptions de l'autonomie, le prélèvement discrétionnaire de tissus et d'organes sur des donneurs décédés, effectué sans tenir compte de la volonté qu'ils auraient pu exprimer de leur vivant, pourrait heurter deux principes éthiques : autonomie du donneur potentiel vivant, respect à l'égard des morts. Cette approche semble également plus susceptible de porter atteinte aux croyances et aux pratiques religieuses et d'exclure la prise en compte des préoccupations légitimes de la famille. Le prélèvement discrétionnaire irait par ailleurs directement à l'encontre de la politique actuellement appliquée au Canada à l'égard des prélèvements sur des personnes mortes. La Commission ne souscrit pas à cette solution, comme en témoigne son appui au régime du consentement exprès¹¹¹².

D. Respect à l'égard des morts

RECOMMANDATION

9. (1) L'article 182 du *Code criminel* devrait être remplacé par une disposition incriminant le fait de manquer de respect à l'égard d'un cadavre humain ou de restes humains.

(2) Le Rapport n° 31 de la Commission devrait être modifié par l'adjonction, aux crimes contre l'ordre public proposés (chapitre 22), de la disposition suivante :

1109. Voir *supra*, pp. 160-165.

1110. Voir *supra*, le texte accompagnant la note 893.

1111. Voir *supra*, le texte accompagnant les notes 845 à 848.

1112. Conformément à la COMMISSION MANITOBAINE DE RÉFORME DU DROIT, *op. cit.*, note 157, pp. 30-31.

Manque de respect à l'égard d'un cadavre. Commet un crime quiconque, à dessein ou par témérité, manque de respect à l'égard d'un cadavre humain ou de restes humains.

L'obligation de respect à l'égard du cadavre est l'obligation de ne pas porter atteinte à sa dignité et à son caractère humain intrinsèques. Elle comporte aussi l'obligation de tenir compte des attentes de la famille, ainsi que de ses sentiments moraux et religieux. À la limite, le manque de respect à l'égard du cadavre peut heurter des convictions morales partagées par la collectivité. L'utilisation médicale, non autorisée par la famille, d'un patient qui vient de mourir ou qui est en état de mort cérébrale et est branché à un respirateur, peut n'entraîner aucune défiguration, aucune mutilation, ni porter sérieusement atteinte à l'intégrité physique du corps. Elle est malgré cela susceptible de blesser les proches parents, dans la mesure où se trouve battue en brèche la relation de confiance si importante pour les médecins, les patients, les familles et les hôpitaux¹¹¹³.

Dans le contexte du droit pénal, il paraît important que la disposition centenaire du *Code criminel* relative aux crimes contre les cadavres — l'article 182 — soit cohérente et claire. Elle concerne à la fois le devoir d'inhumer les morts et les actes irrespectueux envers les cadavres. Dans son rapport n° 31, la Commission a qualifié cette disposition générale d'archaïque. En effet, comme de nos jours l'inhumation des cadavres est régie par des lois provinciales, l'alinéa 182a) du *Code criminel*, consacré à cette question, n'est plus nécessaire¹¹¹⁴.

Il n'en va pas de même en ce qui concerne l'alinéa 182b), relatif aux actes irrespectueux à l'égard de cadavres. La plupart des textes provinciaux sur l'inhumation ne concernent que la conduite dans les cimetières, tandis que les dispositions consacrées aux infractions d'ordre sexuel concernent, pour la plupart, des cas où la victime est vivante. Par conséquent, ni ces dispositions ni aucune infraction criminelle proposée ne visent clairement ou suffisamment la mutilation illégale et intentionnelle de cadavres humains, les actes sexuels à leur égard, ni d'une manière générale le manque de respect illégal envers eux. Or à notre avis, de tels actes causent des préjudices universels assimilables à des crimes contre l'humanité, relativement à la dignité du défunt et de la société tout à la fois. Les codes criminels anciens comme les codes plus récents, des textes en vigueur dans des pays comme la France, l'Australie, les États-Unis et la Nouvelle-Zélande, expriment la condamnation sociale de tels actes par des sanctions pénales¹¹¹⁵. Les termes utilisés dans le texte ici proposé, fondé sur la disposition du *Model Penal Code* américain, sont suffisamment larges pour viser toute une gamme d'infractions¹¹¹⁶. Suivant le paragraphe 3(13) des recommandations faites dans le rapport n° 31, qui met à l'abri de la responsabilité pénale les personnes agissant en vertu de la loi, l'infraction ne pourrait être imputée à l'égard d'interventions légales sur les cadavres (autopsies, transplantations d'organes, embaumement, etc.).

1113. Voir *supra*, pp. 131-136.

1114. Voir *supra*, pp. 126-131, particulièrement la note 698.

1115. Voir *ibid.*, particulièrement les notes 676 et 696.

1116. Voir *supra*, pp. 126-131, particulièrement les notes 692 et 696.

VI. Considération générales

A. Innocuité des techniques de remplacement des tissus humains

RECOMMANDATION

10. (1) Il y aurait lieu d'établir clairement par des dispositions législatives que les dispositions de la *Loi sur les aliments et drogues* fédérale consacrées à la « protection des patients » s'appliquent à toutes les techniques de remplacement de tissus humains, de façon que celles-ci soient soumises à des normes de sécurité nationales minimales et uniformes.

(2) Par conséquent, la *Loi sur les aliments et drogues* devrait être modifiée par l'adjonction d'une nouvelle partie consacrée à la réglementation des techniques de remplacement de tissus humains, définies de façon large.

Les progrès des sciences biomédicales et biotechnologiques modernes ont commencé à brouiller la distinction entre certains tissus thérapeutiques humains, substances humaines et produits dérivés de tissus humains utilisés dans les divers régimes. À mesure que s'accroît la tendance à utiliser des tissus transformés, biosynthétiques et bioprothétiques, les ambiguïtés des dispositions législatives régissant ces régimes deviennent plus accusées. Suivant le droit actuel, il n'est pas toujours possible de savoir avec certitude si certains tissus, substances corporelles et techniques biosynthétiques de remplacement des tissus — cryogénéisation et implant de lentilles oculaires, bioprothèses cardiaques, moelle osseuse ou sperme traités et conservés, etc. — sont visés par les mêmes normes nationales minimales que d'autres techniques de remplacement concernant des tissus comme le plasma sanguin et les lentilles intraoculaires¹¹¹⁷. Étant donné que la *Loi sur les aliments et drogues* s'applique également aux produits importés au Canada, l'adoption de dispositions énonçant clairement que les techniques thérapeutiques de remplacement de tissus humains sont régies par ce texte améliorerait la protection nationale et internationale¹¹¹⁸.

Les modifications législatives proposées mettraient fin à ces ambiguïtés. Une autre solution consisterait à modifier la *Loi sur les aliments et drogues* afin de conférer à Santé et Bien-être social Canada le pouvoir d'assimiler, par des textes réglementaires, un tissu humain à un médicament biologique, un instrument médical ou un implant. Comme cette solution consisterait essentiellement à soumettre à la réglementation actuelle certaines techniques de remplacement de tissus, elle risque de ne pas permettre une latitude législative suffisante pour la réglementation des techniques en préparation et futures. Aussi la Commission préconise-t-elle l'adjonction à la *Loi sur les aliments et drogues* d'une partie consacrée aux techniques de remplacement de tissus, de façon que Santé et Bien-être Canada dispose d'un pouvoir étendu et exprès correspondant à celui qui lui est conféré pour la réglementation des médicaments, des instruments médicaux et des cosmétiques.

1117. Voir *supra*, pp. 137-142.

1118. Voir *ibid.*, particulièrement la note 761.

B. Réglementation ou interdiction de la vente

RECOMMANDATION

11. (1) Il y aurait lieu d'établir une infraction au *Code criminel* à l'égard de l'achat et de la vente de cadavres humains, d'organes humains ou d'autres tissus humains non susceptibles de régénération.

(2) Dans la détermination de la portée de cette disposition, le législateur devrait exclure de la définition du terme « vente » le remboursement des frais raisonnables de déplacement ou d'hébergement engagés par le donneur, les pertes de salaire raisonnables subies par lui, ainsi que les paiements raisonnables liés au prélèvement, au transport, au traitement, à la conservation et à l'utilisation thérapeutique des tissus.

Ceux qui s'opposent à la vente des tissus invoquent d'ordinaire deux arguments d'ordre éthique et deux voies de réglementation. Selon le point de vue « formaliste », la vente est en soi condamnable du point de vue moral, et doit donc impérativement être interdite. Selon le point de vue « utilitariste », en revanche, il peut s'avérer opportun de l'interdire après avoir soupesé l'importance relative des conséquences bonnes ou néfastes, mais on admet la possibilité d'une autorisation. En fait, le véritable « utilitariste » souscrira à la non-interdiction si les bienfaits probables de la vente l'emportent sur les inconvénients vraisemblables, ou si le risque d'inconvénients est jugé insuffisant pour justifier l'interdiction législative. Par exemple, les lois provinciales sur les prélèvements adoptées au cours des deux dernières décennies sont dans l'ensemble davantage axées sur le point de vue « utilitariste », dans la mesure où l'on a choisi d'interdire la vente des tissus non susceptibles de régénération¹¹¹⁹.

L'achat et la vente de cadavres humains, d'organes et de tissus non susceptibles de régénération peuvent donc être interdits tant du point de vue formaliste que du point de vue utilitariste. Suivant la thèse formaliste, la vente de cadavres est contraire à des principes moraux, bien ancrés dans la collectivité, concernant le respect à l'égard des morts, à l'égard d'un être humain décédé. C'est le fondement historique de l'article 182 du *Code criminel*. La vente d'un corps humain vivant viole le droit intrinsèque et inaliénable de tout être humain de ne pas être traité comme une marchandise. Cette idée est actuellement exprimée dans les lois provinciales sur l'adoption. La vente d'organes humains heurte elle aussi la dignité humaine, comme le font valoir les nombreuses personnes qui manifestent leur inquiétude devant la perspective de voir le corps humain considéré comme une simple marchandise.

Le versement d'argent en contrepartie d'organes et de cadavres humains soulève également des inquiétudes légitimes du point de vue utilitariste. Par exemple, les incitations financières pourraient amener des gens à mettre en péril leur santé et leur sécurité en s'exposant à des risques physiques exagérés. Autre crainte, celle de voir l'attribution des

1119. Voir *supra*, pp. 151-158, particulièrement les notes 843 et 856.

tissus être déterminée selon la capacité de payer, ce qui risquerait de faire passer au second plan des critères plus importants, tel celui des besoins médicaux¹¹²⁰. Ces préoccupations d'ordre formaliste et utilitariste valent peut-être pour la vente de tissus et de substances susceptibles de régénération, mais c'est avant tout au sujet des cadavres, des organes et des tissus non susceptibles de régénération qu'elle acquièrent tout leur poids, toute leur portée¹¹²¹.

Ces divers arguments ont une incidence directe sur la question de savoir s'il y a lieu d'interdire expressément les ventes d'organes humains au moyen d'une disposition du *Code criminel*. Pour apprécier d'une manière générale l'opportunité de créer une infraction criminelle, la Commission a établi quatre critères¹¹²². Pour le problème qui nous intéresse ici, ils se présentent sous la forme suivante. (1) La vente d'organes cause-t-elle un préjudice sérieux ? (2) Ou contrevient-elle sérieusement à des valeurs fondamentales ? (3) Dans l'affirmative, l'adoption de mesures à l'encontre de tels actes porterait-elle atteinte à des valeurs fondamentales ? (4) Le droit pénal contribuerait-il de façon importante à la solution du problème ?

L'application de ces critères au cas traité ici fait ressortir que l'opportunité de créer une infraction criminelle tient dans une large mesure à la question de savoir si le droit criminel est susceptible de contribuer sensiblement à éliminer les maux associés à la vente d'organes. En ce qui a trait au préjudice causé à autrui, le versement d'argent pourrait inciter certaines personnes à prendre des risques physiques injustifiés, amener les vendeurs à cacher des éléments de leur dossier médical (relatifs à une maladie transmissible ou d'ordre génétique) susceptibles de constituer une menace pour le receveur, par crainte qu'on refuse de payer pour des tissus malades ou présentant quelque anomalie ; à l'extrême, les fortes sommes offertes pour certains organes pourraient pousser au meurtre¹¹²³. Par ailleurs, si l'altruisme est considéré comme une valeur fondamentale, la vente d'organes risque de battre en brèche le principe éthique du « don de la vie ». On pourrait faire valoir aussi qu'elle porte atteinte à la dignité humaine dans la mesure où elle équivaut à exploiter la misère économique et médicale, et réduit à de simples marchandises le corps humain et ses éléments constitutifs — tout cela influant sur notre conception du corps et de la personne, sur la valeur que nous leur attribuons¹¹²⁴. L'application d'une disposition sur la vente d'organes ne constituerait pas une atteinte à la liberté personnelle ni à la vie privée, à moins que, par une interprétation large, on soit amené à conclure que celles-ci comprennent

1120. Voir *supra*, pp. 95-97.

1121. Si, par suite des progrès de la technologie médicale, il est devenu plus difficile d'établir dans certains cas une distinction entre les tissus et organes susceptibles de régénération et ceux qui ne le sont pas, cette distinction s'avère néanmoins toujours utile pour établir des catégories concernant la nature générale des risques physiques, l'atteinte à l'intégrité corporelle et l'irréversibilité, s'agissant des prélèvements et des transplantations. Voir *supra*, note 85 et pp. 23-24.

1122. Voir Rapport n° 3, *op. cit.*, note 730, pp. 33-34. Voir également CRD, *Les crimes contre le fœtus*, Document de travail n° 58, Ottawa, la Commission, 1989, p. 33.

1123. Voir D.W. ROUGHEAD, *op. cit.*, note 664 et le texte l'accompagnant.

1124. Voir *supra*, pp. 62-70, 90-99.

le droit d'aliéner, contre de l'argent, des parties vitales du corps humain. Son application risquerait alors d'avoir un impact disproportionné sur les personnes économiquement défavorisées et susceptibles de vouloir améliorer leur sort par la vente de parties de leurs corps. Par ailleurs, l'établissement d'une telle disposition n'aurait vraisemblablement pas pour effet de diminuer la valeur attribuée à l'objectif de sauver des vies, puisque d'autres solutions, préférables du point de vue de l'éthique, peuvent accroître la quantité de tissus humains thérapeutiques.

La création d'une infraction criminelle contribuerait-elle de façon importante à résoudre les problèmes associés à la vente d'organes ? Certains feront valoir que le droit pénal est un instrument trop radical pour ce genre de problèmes, que la réglementation est un moyen plus adéquat en l'occurrence, ou que la vente est déjà interdite en vertu de la plupart des lois provinciales. En revanche, d'autres estimeront que le préjudice moral causé aux valeurs fondamentales — dignité humaine, altruisme —, le risque de préjudices physiques ainsi que la protection des personnes justifient sans réserve le recours à l'effet dissuasif du droit pénal, à l'opprobre de la condamnation criminelle. Selon les tenants de cette thèse, l'existence d'une telle infraction établirait une responsabilité pénale minimale uniforme sur l'ensemble du territoire canadien en ce qui a trait aux échanges interprovinciaux de tissus, de plus en plus nombreux, et aurait un effet dans les provinces où la vente n'est pas interdite, ou encore l'est de façon imparfaite. En présentant notre recommandation sur l'interdiction de la vente, nous tenons compte du fait que les provinces étudient sérieusement la possibilité d'adopter la nouvelle *Loi uniforme sur le don de tissus humains* proposée en 1989¹¹²⁵. Dans le cadre des délibérations nationales sur la réforme des lois relatives aux prélèvements de tissus humains, il faut s'intéresser tout particulièrement à la portée et à la définition des interdictions de vente figurant dans des lois existantes et des lois proposées, ainsi qu'aux solutions retenues dans des dispositions législatives récemment adoptées aux États-Unis, en Grande-Bretagne, en Australie et en Europe¹¹²⁶.

Enfin, le fait d'interdire la vente par des dispositions pénales est sans doute indiqué au regard de l'évolution de la situation sur le plan international¹¹²⁷. On a récemment signalé une recrudescence des inquiétudes au sein de la communauté internationale en ce qui a trait aux ventes d'organes nord-sud ou est-ouest¹¹²⁸. L'établissement d'une interdiction dans le *Code criminel* répondrait aux appels récents et répétés lancés par la communauté internationale et l'Organisation mondiale de la santé pour la lutte contre le trafic d'organes, appels dans lesquels le Canada a du reste joué un rôle clé¹¹²⁹.

C'est pourquoi notre recommandation donne effet aux principes de la gratuité et de l'inviolabilité du corps humain. Nous avons rejeté les propositions visant à établir des

1125. Voir, *supra*, le texte accompagnant les notes 853 à 857.

1126. Voir *supra*, ch. IV.

1127. Voir *supra*, pp. 186-187.

1128. *Ibid.*

1129. Voir *supra*, pp. 186-189.

marchés d'organes, les jugeant prématurées et directement contraires à l'altruisme. Les lacunes de l'altruisme, en effet, n'obligent pas la société à adhérer à la commercialisation des organes. Il est possible de favoriser l'accroissement de l'offre, et d'ainsi promouvoir la valeur de la vie humaine, en ayant recours à des mécanismes davantage conformes aux principes fondamentaux auxquels adhère la collectivité canadienne. Afin d'éviter que le remboursement des frais légitimes associés aux prélèvements ne soit pas visé par l'interdiction, la recommandation précise que la définition du mot « vente » exclut le remboursement des frais liés au transport, au traitement, à la conservation, etc. On veille aussi, par ce moyen, à ce que le remboursement des frais raisonnables supportés par le donneur ne soit pas puni. De cette manière, l'exercice de l'altruisme par les donneurs n'entraînerait pour eux ni perte ni gain financiers¹¹³⁰.

C. Droit de propriété et vol

RECOMMANDATION

12. Il y aurait lieu de considérer comme des biens visés par les dispositions du droit pénal relatives au vol les restes humains ou les substances corporelles humaines qui sont en la possession légitime d'une personne ou qu'une personne s'est légalement procurés et a transformés, par son savoir-faire et son travail, en spécimens anatomiques, tissus traités et conservés, pièces de musée, etc.

Notre recherche a mis en lumière une ambiguïté notable qui n'a pas été supprimée par l'adoption, il y a une centaine d'années, de la disposition du *Code criminel* relative au manque de respect à l'endroit des cadavres. Le fondement historique de l'infraction donne à penser que les restes humains qu'on s'est procurés légalement et dont, par son savoir-faire et son travail, on a fait des momies exposées dans des musées, des spécimens anatomiques ou des tissus humains traités et conservés, ne sont peut-être pas protégés par les dispositions du droit pénal relatives au vol, étant donné la répugnance de la common law à considérer les cadavres comme des choses susceptibles d'appropriation¹¹³¹. Cette répugnance porte à croire qu'on peut être poursuivi pour le vol d'un linceul, mais pas de la dépouille qu'il recouvre ; pour le vol du fil qui maintient en place les parties d'un squelette, mais pas du squelette lui-même ; pour le vol des fioles ou des éprouvettes qui contiennent des tissus ou des substances corporelles, mais pas des tissus ou des substances en question¹¹³². Cette situation a été critiquée¹¹³³ ; elle semble à la fois anormale et contraire aux principes fondamentaux du droit pénal et à la notion de propriété ayant cours de nos jours. Car suivant l'analyse juridique moderne, qui dit « propriété » ne dit pas nécessairement « commerce ». La Commission est donc d'avis que les valeurs qui sous-tendent le droit pénal seront mieux respectées par la suppression de cette vieille ambiguïté.

1130. Voir *supra*, pp. 97-99.

1131. Voir *supra*, pp. 76-81, 126-131 et particulièrement la note 701.

1132. *Ibid.*

1133. *Ibid.*, particulièrement la note 701.

RECOMMANDATION

13. (1) Lorsque des professionnels de la santé, des hôpitaux ou des chercheurs acquièrent un intérêt commercial dans les tissus ou les cellules d'un patient, ou lorsque l'existence d'un tel intérêt est raisonnablement prévisible, ils devraient être tenus d'en informer le patient.

(2) Lorsqu'il devient raisonnablement clair que l'existence d'un tel intérêt commercial risque d'empêcher le professionnel de la santé d'exercer son jugement professionnel en tenant compte uniquement du bien de son patient, ce professionnel devrait être tenu de confier ce dernier à un confrère ou à un consoeur.

(3) Lorsque le professionnel de la santé a informé son patient d'un tel intérêt commercial, on devrait donner au patient l'occasion de refuser la poursuite de son concours ou la continuation du traitement ; et dans le cas d'un tel refus, le professionnel de la santé devrait être tenu de confier le patient à un confrère ou à une consoeur.

À l'heure actuelle, il est impossible de savoir d'une manière certaine si la réforme de la *Loi sur les brevets*, l'élaboration de lignes directrices plus explicites en matière de recherche médicale, ou la simple extension des principes de common law, permettraient de répondre à certaines des nouvelles énigmes suscitées par les progrès de la biotechnologie¹¹³⁴. Comment la société peut-elle, à la fois, protéger l'intégrité corporelle, l'autonomie et la dignité des sources de tissus humains — les patients, notamment —, tout en encourageant et en protégeant le génie créateur des spécialistes de la biotechnologie qui mettent au point des produits thérapeutiques potentiellement lucratifs dont le public peut profiter ? Vu les progrès réalisés, la maxime « la loi ne s'occupe pas des choses sans importance » ne paraît plus applicable à l'égard de tissus ou de substances, prélevés sur le corps humain, que l'on a longtemps jugé dénués de quelque valeur¹¹³⁵.

D'aucuns ont soutenu que la reconnaissance d'un droit de propriété restreint — et non pas d'intérêts commerciaux — pourra protéger les patients contre les atteintes à leur intégrité corporelle ou l'exploitation commerciale, sans leur consentement, de tissus prélevés sur eux¹¹³⁶. Il reste à savoir si cela aidera à préciser les droits des donneurs et les devoirs correspondants des professionnels de la santé, à l'égard des substances humaines.

D'ici là, certains principes traditionnels du droit médical peuvent nous guider. Lorsqu'un médecin, un hôpital ou un chercheur a un intérêt commercial dans les cellules ou les tissus d'un patient, ou que l'apparition d'un tel intérêt est raisonnablement prévisible, le patient devrait vraisemblablement en être informé, suivant les principes touchant le consentement éclairé. Le critère de la prévisibilité est un critère objectif. Cette obligation

1134. Voir *supra*, pp. 36-37, 84-90 et 143.

1135. Voir *supra*, p. 87.

1136. Voir *supra*, pp. 76-90.

d'information est renforcée par le devoir de loyauté, de confiance et de bonne foi que le médecin a envers son patient. Lorsque le médecin a un intérêt commercial ou autre qui risque d'être incompatible avec son obligation d'exercer son jugement professionnel en toute impartialité et de n'agir qu'en fonction du bien du patient, il devrait être tenu d'une manière générale d'expliquer à son patient les tenants et les aboutissants de la situation. Il serait alors loisible au patient de consentir à la poursuite du traitement ou de décider de continuer à prêter son concours. Dans le cas où il refuserait de donner ce consentement, ou s'il s'avérait raisonnablement clair que le conflit d'intérêts nuit à la capacité du médecin d'administrer un traitement désintéressé et professionnel, ce dernier serait tenu de confier son patient à quelqu'un d'autre. La surveillance exercée par les comités de recherche et d'éthique formés dans les hôpitaux pourrait également réduire les risques d'abus.

Les principes énoncés ci-dessus peuvent sans doute limiter les possibilités de conflits entre patients et médecins, lorsque les seconds, à partir de tissus des premiers, mettent au point des substances susceptibles d'exploitation commerciale. Peut-être toutefois ne rendent-ils pas compte de la complexité des intérêts en jeu et des problèmes qui se posent. Des recherches plus poussées s'imposent donc dans ce domaine en pleine évolution, comme nous le précisons ci-après.

D. Mesures d'incitation fiscales ?

RECOMMANDATION

14. Pour l'instant, le législateur devrait s'abstenir de permettre, par des modifications à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des déductions ou des crédits fiscaux pour le don de tissus ou d'organes.

Y aurait-il lieu de donner au concept de don, d'intention charitable, un effet pratique ou financier par le truchement du droit fiscal ? Si des dispositions législatives ont été proposées à l'étranger pour permettre les déductions ou les crédits fiscaux pour le don de tissus ou d'organes à des fins thérapeutiques, elles n'ont à notre connaissance jamais été adoptées¹¹³⁷. On ne sait pas vraiment si cet encouragement ferait augmenter le nombre de dons de tissus disponibles, mais il est probable que de telles déductions favoriseraient surtout les contribuables à revenu élevé. Dans le cadre des régimes actuellement en vigueur, en outre, de telles règles fiscales risqueraient de donner une valeur pécuniaire aux tissus naturels, et de laisser croire qu'un prix peut leur être attribué, comme à tout autre bien¹¹³⁸. Or, tout cela constitue une menace pour la notion d'altruisme sur laquelle reposent ces régimes publics.

1137. Voir *supra*, note 800.

1138. Voir I. KANT, *op. cit.*, note 352 et l'extrait cité.

VII. Questions sur lesquelles des recherches s'imposent

Le domaine en pleine évolution des prélèvements et des techniques de remplacement des tissus humains suscite un certain nombre de questions connexes d'intérêt national qui méritent une réflexion plus approfondie : attribution de ressources insuffisantes et listes d'attente pour des transplantations ; prélèvement, transformation et commercialisation de cellules et de tissus humains ; prélèvement de tissus foetaux ; échanges internationaux de tissus et d'organes ; situation, sur le plan éthique, des patients en état de mort cérébrale.

A. Attribution de ressources insuffisantes¹¹³⁹

Quel est l'investissement optimal de la société en matière de transplantation de tissus et d'organes, en matière de soins primaires et préventifs ? En vue de faire progresser le débat public et éthique sur de telles questions, des recherches s'imposent sur la rentabilité des techniques de transplantation, dans le cadre d'un effort global visant à soumettre la médecine de haute technologie à une évaluation critique permanente. Le temps est peut-être venu, du reste, de faire de la rentabilité un critère national, s'agissant de l'engagement inscrit dans la *Loi sur la santé* canadienne quant à la nécessité d'assurer aux Canadiens les services de santé « médicalement nécessaires »¹¹⁴⁰. L'initiative fédérale-provinciale qui a abouti récemment à la formation de l'Office canadien de coordination de l'évaluation des technologies de la santé (OCCETS) est un pas opportun et digne de mention dans cette direction. Les techniques de remplacement des tissus et des organes semblent être un sujet tout indiqué pour les premiers travaux de cet organisme. La société pourrait tirer un profit inestimable de l'existence d'un tel centre de recherches, qui lui fournirait une information compétente et objective à propos des bienfaits et des risques des nouvelles techniques et de leurs effets sur les plans biologique, économique, juridique et éthique.

L'investissement de ressources dans les techniques de remplacement des tissus impose des choix difficiles sur le plan de la micro-attribution également. Selon quels critères médicaux, éthiques et juridiques procédera-t-on à l'attribution des organes, à l'établissement des cas prioritaires pour les personnes sur les listes d'attente en vue d'une transplantation ? Et peu importe les critères retenus — besoins médicaux, date d'inscription sur la liste, hasard, âge, situation sociale — il faudra vérifier s'ils répondent aux notions fondamentales d'équité. Le fait de considérer les tissus et les organes prélevés comme une ressource nationale précieuse peut accentuer la nécessité de les répartir de façon équitable et efficace. Cette façon de voir peut en outre nous inciter à partager nos ressources, dans ce domaine, avec les nations qui en sont dépourvues. Ces questions mettent en jeu des valeurs fondamentales et des problèmes urgents touchant la justice distributive ; aussi méritent-elles une attention immédiate et soutenue de la part des pouvoirs publics, des professionnels de la santé, des universitaires et du public.

1139. Voir également *supra*, pp. 37-39.

1140. Voir A. LEAF, « Cost Effectiveness as a Criterion for Medicare Coverage » (1989), 321:13 *N. Engl. J. Med.* 898.

B. Prélèvement, transformation et commercialisation de cellules et de tissus humains

Qui est — ou qui devrait être — titulaire des droits d'usage de brevets et d'exploitation commerciale à l'égard de produits thérapeutiques mis au point à partir de cellules et de tissus humains grâce à la biotechnologie ? Le droit actuel ne fournit pas de réponses claires aux patients, aux personnes qui prêtent leur concours à des recherches, aux chercheurs ou à l'industrie de la biotechnologie. Cette incertitude est susceptible d'augmenter les possibilités de litiges. Une étude multidisciplinaire des problèmes qui se posent et des solutions possibles permettrait sans doute jusqu'à un certain point de clarifier les choses sur les plans du droit et de l'éthique.

C. Prélèvement de tissus foetaux

Des études préliminaires permettent de croire que l'utilisation de tissus foetaux peut s'avérer utile pour le traitement de certaines affections telle la maladie de Parkinson, caractérisée par de graves troubles neurologiques. Dans quelles circonstances, le cas échéant, devrait-il être possible sur les plans éthique et juridique d'utiliser pour des transplantations thérapeutiques des cellules foetales obtenues par suite d'interruptions volontaires et involontaires de grossesses ? Qui devrait décider ? Quelle importance faut-il accorder au fait que, par le passé, on a déjà utilisé de telles cellules pour la mise au point de vaccins ?

D. Échanges internationaux de tissus et d'organes

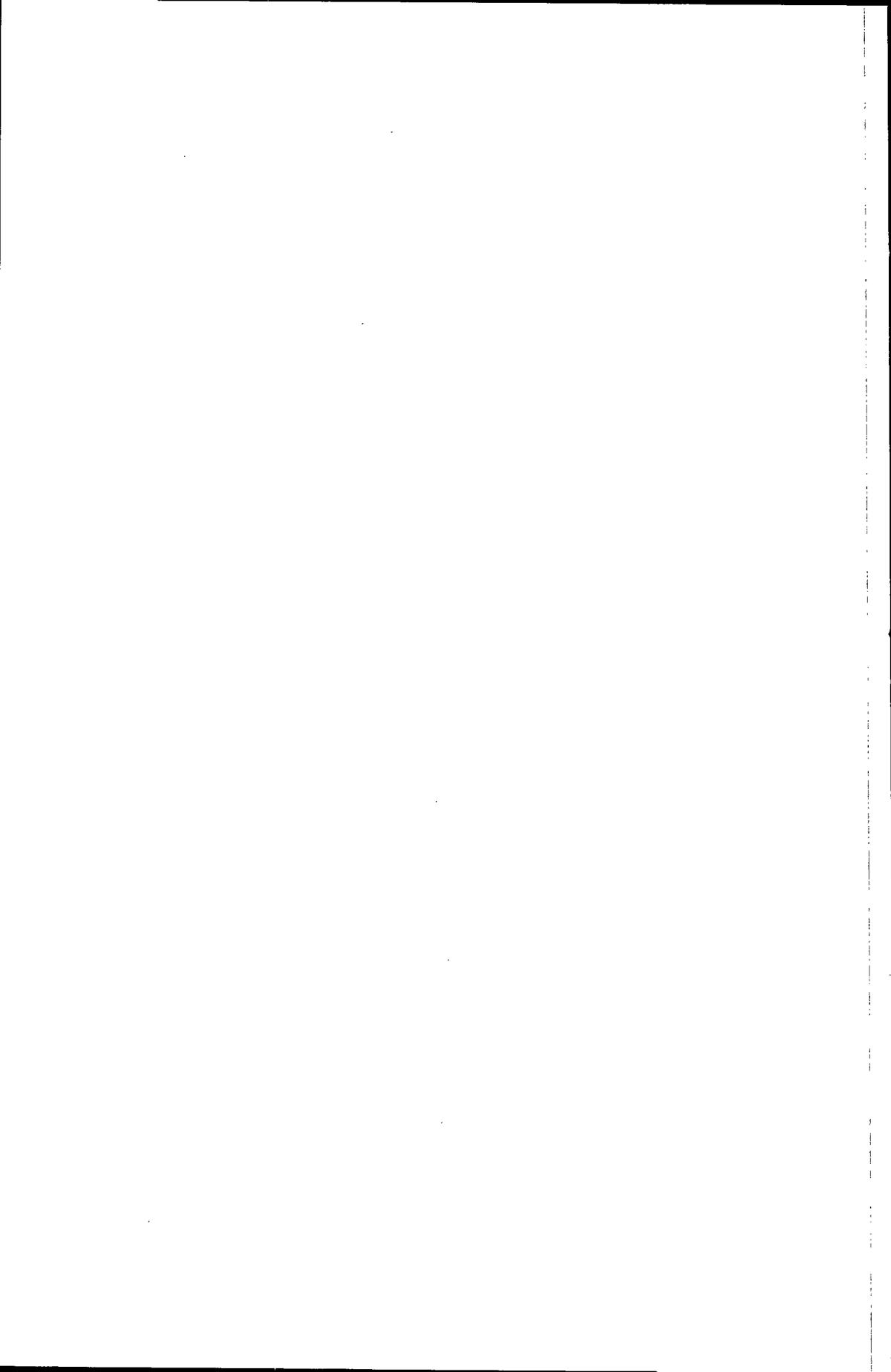
Dans quelle mesure y a-t-il lieu d'établir des réseaux globaux régionaux pour les échanges internationaux de tissus ? Bien que les régimes de soins de santé américain et canadien soient distincts, les deux pays partagent régulièrement des ressources médicales, notamment des organes et des tissus humains. Alors que se développent des systèmes nationaux d'attribution et de partage d'organes et de tissus, il conviendrait de se soucier davantage du partage efficace et équitable des tissus en Amérique du Nord. S'il est parfois plus efficace sur le plan médical d'expédier des organes dans l'axe nord-sud que dans l'axe est-ouest, dans quelle mesure les préoccupations d'ordre médical devraient-elles l'emporter sur le souci d'auto-suffisance nationale ? Faudrait-il, à l'instar de certains pays européens, conclure des accords pour régir les questions touchant la protection des receveurs et l'échange de substances thérapeutiques ?

E. Patients en état de mort cérébrale

Quelle est la situation, sur le plan éthique, de la personne en état de mort cérébrale qui est branchée à un respirateur ? Les protocoles hospitaliers régissant les patients devraient-ils s'appliquer jusqu'au retrait du support mécanique et jusqu'à ce que le corps de la personne décédée ressemble à un cadavre au sens traditionnel du terme ? De tels protocoles pourraient peut-être résoudre les problèmes éthiques que suscite le cas des

femmes enceintes en état de mort cérébrale que l'on maintient branchées à des appareils jusqu'à la naissance de l'enfant, ou l'utilisation de patients en état de mort cérébrale aux fins de recherche ou de formation médicale¹¹⁴¹. La situation éthique de ces patients décédés doit être précisée.

1141. Voir *supra*, pp. 131-136.



Sommaire des recommandations

1. L'établissement d'un régime de prélèvement et d'offre de tissus humains qui soit à la fois sûr, adéquat, équitable et efficace devrait constituer un objectif national commun, pour l'élaboration de la législation comme de la politique à ce chapitre.

2. L'élaboration et la réforme de la législation touchant les régimes de prélèvement et de remplacement de tissus humains devraient être fondées sur les principes suivants :

- a) l'autonomie de la personne, l'inviolabilité et l'intégrité du corps humain ;
- b) l'altruisme et l'encouragement aux prélèvements librement consentis ;
- c) la gratuité et l'universalité ;
- d) la préservation et la protection de la vie ;
- e) le respect dû aux mourants, aux morts et à leur famille.

3. Il y aurait lieu, d'une manière générale, de maintenir les principes régissant actuellement les prélèvements de tissus et d'organes sur des personnes vivantes — consentement libre et éclairé, proportionnalité du risque couru et des avantages attendus.

4. Le *Code criminel* devrait être modifié par l'adjonction d'une clause précisant que les dispositions sur les atteintes à l'intégrité corporelle sont inapplicables à l'égard des prélèvements de tissus ou d'organes auxquels le donneur a consenti librement et en pleine connaissance de cause, pourvu que le risque ne soit pas hors de proportion avec les avantages attendus.

5. Les prélèvements effectués sur des personnes incapables de donner un consentement devraient être considérés comme légitimes pourvu qu'un tiers indépendant (tribunal, comité, ombudsman, etc.) se soit, dans chaque cas, assuré que les conditions suivantes sont remplies :

- a) dans le cas de la moelle osseuse et des tissus non susceptibles de régénération, le donneur et le receveur doivent être apparentés ;
- b) on a épuisé toutes les autres possibilités de prélèvements et de traitements médicaux ;
- c) l'intervention ne comporte aucun risque sérieux pour le donneur ;

- d) le risque n'est pas hors de proportion avec les avantages attendus ;
- e) le consentement du tuteur a été obtenu ;
- f) le consentement du donneur a été obtenu lorsque la chose est possible, et son refus doit toujours être respecté.

6. Le critère de la « cessation irréversible de l'ensemble des fonctions cérébrales », proposé par la Commission il y a dix ans dans son rapport n° 15, ne devrait pas être modifié en vue de faciliter les prélèvements d'organes sur des nouveau-nés anencéphales mourants ou sur tout autre patient ne satisfaisant pas pleinement à ce critère.

7. (1) Il y aurait lieu de maintenir et de renforcer, à l'égard des prélèvements sur des personnes décédées, le régime du consentement exprès, qui est préférable du point de vue de l'intérêt public.

(2) Il y aurait lieu de respecter légalement la volonté des personnes ayant exprimé le souhait que l'on effectue des prélèvements sur leur cadavre.

8. (1) Les hôpitaux devraient établir par écrit des protocoles et des lignes de conduite, et envisager l'application de mécanismes de sensibilisation, afin de résoudre le problème des donneurs potentiels n'ayant pas exprimé leur volonté.

(2) Santé et Bien-être social Canada devrait élaborer et diriger un projet pilote dans des hôpitaux désignés relevant de la compétence fédérale, afin de mettre en application des mécanismes de sensibilisation et d'en déterminer les effets.

(3) Santé et Bien-être social Canada devrait encourager les autres hôpitaux et les provinces à participer à ce projet pilote, en mettant des crédits fédéraux à la disposition des autres hôpitaux disposés à mettre en application des mécanismes de sensibilisation et à rendre compte des résultats.

9. (1) L'article 182 du *Code criminel* devrait être remplacé par une disposition incriminant le fait de manquer de respect à l'égard d'un cadavre humain ou de restes humains.

(2) Le Rapport n° 31 de la Commission devrait être modifié par l'adjonction, aux crimes contre l'ordre public proposés (chapitre 22), de la disposition suivante :

Manque de respect à l'égard d'un cadavre. Commet un crime quiconque, à dessein ou par témérité, manque de respect à l'égard d'un cadavre humain ou de restes humains.

10. (1) Il y aurait lieu d'établir clairement par des dispositions législatives que les dispositions de la *Loi sur les aliments et drogues* fédérale consacrées à la « protection des patients » s'appliquent à toutes les techniques de remplacement de tissus humains, de façon que celles-ci soient soumises à des normes de sécurité nationales minimales et uniformes.

(2) Par conséquent, la *Loi sur les aliments et drogues* devrait être modifiée par l'adjonction d'une nouvelle partie consacrée à la réglementation des techniques de remplacement de tissus humains, définies de façon large.

11. (1) Il y aurait lieu d'établir une infraction au *Code criminel* à l'égard de l'achat et de la vente de cadavres humains, d'organes humains ou d'autres tissus humains non susceptibles de régénération.

(2) Dans la détermination de la portée de cette disposition, le législateur devrait exclure de la définition du terme « vente » le remboursement des frais raisonnables de déplacement ou d'hébergement engagés par le donneur, les pertes de salaire raisonnables subies par lui, ainsi que les paiements raisonnables liés au prélèvement, au transport, au traitement, à la conservation et à l'utilisation thérapeutique des tissus.

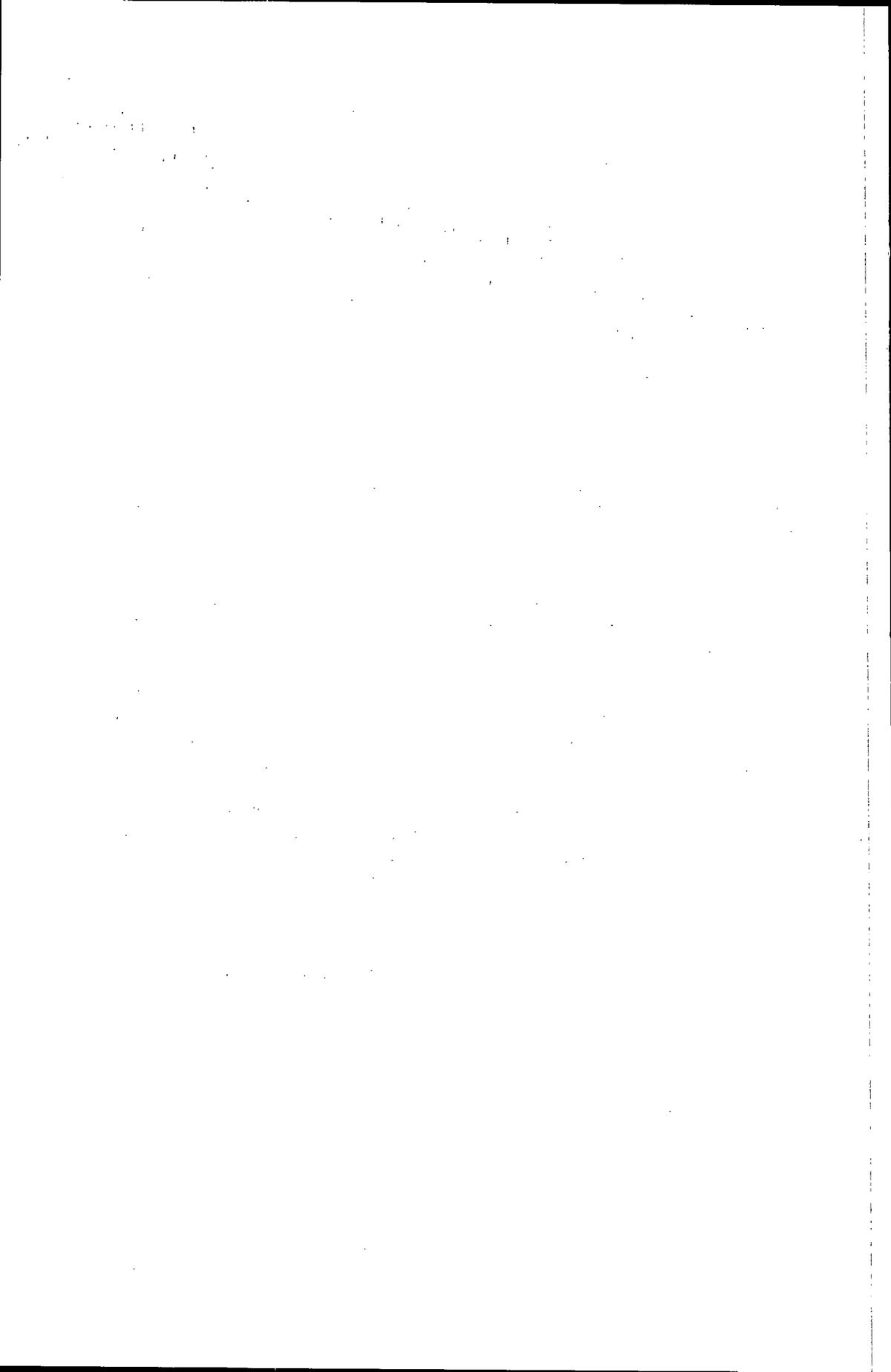
12. Il y aurait lieu de considérer comme des biens visés par les dispositions du droit pénal relatives au vol les restes humains ou les substances corporelles humaines qui sont en la possession légitime d'une personne ou qu'une personne s'est légalement procurés et a transformés, par son savoir-faire et son travail, en spécimens anatomiques, tissus traités et conservés, pièces de musée, etc.

13. (1) Lorsque des professionnels de la santé, des hôpitaux ou des chercheurs acquièrent un intérêt commercial dans les tissus ou les cellules d'un patient, ou lorsque l'existence d'un tel intérêt est raisonnablement prévisible, ils devraient être tenus d'en informer le patient.

(2) Lorsqu'il devient raisonnablement clair que l'existence d'un tel intérêt commercial risque d'empêcher le professionnel de la santé d'exercer son jugement professionnel en tenant compte uniquement du bien de son patient, ce professionnel devrait être tenu de confier ce dernier à un confrère ou à un consoeur.

(3) Lorsque le professionnel de la santé a informé son patient d'un tel intérêt commercial, on devrait donner au patient l'occasion de refuser la poursuite de son concours ou la continuation du traitement ; et dans le cas d'un tel refus, le professionnel de la santé devrait être tenu de confier le patient à un confrère ou à un consoeur.

14. Pour l'instant, le législateur devrait s'abstenir de permettre, par des modifications à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des déductions ou des crédits fiscaux pour le don de tissus ou d'organes.



Glossaire médical

ACIDE DÉSOXYRIBONUCLÉIQUE (ADN) : Molécule organique contenant les informations génétiques dans presque toutes les cellules vivantes.

ADN RECOMBINANT : Également appelé clonage des gènes et génie génétique, ce processus consiste dans le transfert de certaines parties de l'ADN d'une cellule à une autre, de sorte que la cellule receveuse puisse exprimer et copier la composition génétique de la cellule donneuse. Les médicaments dérivés de tissus humains et animaux par l'ADN recombinant sont devenus des produits importants de la révolution biotechnologique.

ALBUMINE : Voir PRODUITS SANGUINS.

ANÉMIE : Déficience des globules rouges du sang, empêchant le transport de l'oxygène vers les tissus et les organes. Importante complication de l'insuffisance rénale chronique, cette affection frappe souvent les personnes ayant subi une transplantation rénale ou les patients en dialyse ; elle se caractérise par la fatigue, la léthargie et la perte d'appétit. Elle est généralement traitée par l'administration de suppléments de fer ou, dans les cas extrêmes, par des transfusions sanguines.

ANENCÉPHALIE : Anomalie de naissance, mortelle, caractérisée par l'absence d'encéphale, d'os crâniens et de cheveux.

BIOPROSTHÉTIQUE/BIOSYNTHÉTIQUE : Termes utilisés pour décrire des agents thérapeutiques dérivés partiellement de tissus naturels et partiellement de procédés synthétiques, mécaniques ou artificiels.

DIALYSE RÉNALE : Traitement au cours duquel les impuretés et les substances toxiques sont filtrées et enlevées du sang par un dialyseur, appareil communément appelé rein artificiel.

DURE-MÈRE : Membrane dure qui recouvre et protège le cerveau. Dans le domaine de la transplantation, les dures-mères traitées sont utilisées lors de la chirurgie de reconstruction du cerveau.

ÉPIKÉRATOPHALSIE : Implantation chirurgicale de tissus oculaires humains prélevés, traités et conservés, puis façonnés pour être adaptés au patient. L'implant est parfois appelé une lentille cornéenne vivante.

ÉRYTHROPOIÉTINE (EPO) : Protéine produite dans les reins qui stimule la production de globules rouges. L'EPO tiré de l'ADN recombinant est disponible depuis peu à titre de médicament pour traiter l'anémie chronique chez les patients ayant subi une transplantation rénale et les patients en dialyse.

FACTEUR VIII : Voir PRODUITS SANGUINS.

HORMONE DE CROISSANCE HUMAINE (HCH) : Produite dans l'hypophyse, l'HCH aide à régulariser la croissance des enfants. Autrefois dérivée d'hypophyses prélevées sur des cadavres, l'HCH est désormais produite à l'aide de la technologie de l'ADN recombinant.

KÉRATOPLASTIE : Remplacement chirurgical d'une cornée (la fenêtre transparente qui couvre l'œil) défectueuse.

LENTILLE INTRAOCULAIRE : Lentille (synthétique) implantée dans l'œil pour en modifier la structure et la fonction, et utilisée en remplacement du cristallin de l'œil.

LIGNÉE CELLULAIRE : Ensemble cellulaire qui se reproduit à l'infini, dérivé de la culture in vitro de cellules vivantes.

PLASMA : VOIR PRODUITS SANGUINS.

PRODUITS BIOLOGIQUES : Catégorie spéciale de médicaments dérivés de tissus humains et animaux.

PRODUITS SANGUINS : Produits thérapeutiques dérivés des globules rouges du sang et des composantes du plasma du sang entier.

- **ALBUMINE :** Dérivé fabriqué à partir du plasma humain et utilisé dans le traitement des brûlures, des chocs et de certaines affections.
- **FACTEUR VIII :** Agent de coagulation du sang fabriqué à partir du plasma humain.
- **PLASMA :** Partie liquide du sang, dans laquelle se trouvent en suspension les globules rouges, les globules blancs et les plaquettes. Le sang humain est constitué de plasma pour environ 55 % et d'éléments cellulaires pour environ 45 %.

ANNEXE A

Quelques déclarations d'ordre médical, éthique et juridique

(1) Association médicale Canadienne (AMC)

a) *Code de déontologie de l'AMC (Transplantations)*¹

Pour se conformer à la déontologie médicale, le médecin doit : [. . .]

20. lorsque le cerveau est mort, entretenir la vie cellulaire du corps si certains organes doivent servir à prolonger la vie ou améliorer la santé d'autrui ;
21. s'acquitter de sa responsabilité envers la personne donneuse d'un organe en lui expliquant clairement, à elle ou à ses parents, comment il entend procéder et pourquoi ; si elle est vivante au moment du prélèvement, lui expliquer également le danger qu'elle court ;
22. s'abstenir de déterminer l'heure de la mort de la personne donneuse lorsqu'il se peut qu'il participe lui-même à la transplantation ou que ses relations avec le/la malade qui doit recevoir l'organe peuvent influencer sur son jugement ;
23. il peut, une fois la transplantation faite, traiter la personne ayant reçu l'organe, même si le médecin a lui-même déterminé le moment de la mort de la personne donneuse ; [. . .]

b) *Sommaire de politique de l'AMC : le don d'organes*²

Les transplantations d'organes sont désormais considérées comme thérapeutiques — et non plus seulement comme expérimentales — et l'opinion publique est généralement favorable au don d'organes. Il n'y a pas, par ailleurs, de pénurie de donneurs éventuels, mais la demande en est venue à dépasser l'offre, et ce phénomène résulte jusqu'à un certain point de l'attitude du corps médical, qui ne s'est pas engagé à prendre des mesures concrètes pour trouver des donneurs éventuels et pour obtenir le consentement des membres de leur famille immédiate. Jugeant qu'elle se doit d'aider à combler cette lacune, l'AMC adhère au principe de « l'appréciation attestée », qui veut que le personnel des hôpitaux soit tenu, dans le cadre de ses activités courantes, d'apprécier à temps, et suivant des critères précis, l'éventualité d'un don d'organes de la part de ses patients qui sont mourants ou dont le cerveau est cliniquement mort, et que le médecin traitant en atteste dans le dossier médical du patient. Elle a en outre décidé de donner l'exemple, en menant une campagne de recrutement de donneurs d'organes auprès de tous les médecins du Canada et des membres de leur famille immédiate, qui seront invités à signer une carte de consentement au don d'organes.

1. ASSOCIATION MÉDICALE CANADIENNE, *Code de déontologie*, Ottawa, l'Association, 1990.

2. (1987), 136:6 *Journal de l'Association médicale canadienne* 752B.

(2) Association des infirmières et infirmiers du Canada

Énoncé de position sur la transplantation d'organes³

L'Association des infirmières et infirmiers du Canada reconnaît que la transplantation d'organes et de tissus a évolué de façon à devenir un traitement de remplacement pour les insuffisances d'organes. De plus, L'AIIC reconnaît que des transplantations réussies peuvent améliorer la qualité de vie, accroître la durée de vie et réduire les coûts des soins. Par conséquent, l'AIIC appuie le concept des programmes de don, d'obtention et de transplantation d'organes et de tissus, tout en reconnaissant que le principal obstacle à l'établissement de programmes fructueux est la question de l'obtention d'organes de donateurs.

(3) Résolution de l'Association du Barreau canadien

Amendement à la (aux) loi(s) sur le don de tissus humains⁴

ATTENDU QUE les services de transplantation constituent une part importante du système canadien des services de santé (lesquels sont à présent fiables, efficaces et disponibles à l'échelle du pays) ;

ET ATTENDU QU'il arrive que le personnel hospitalier omette de demander aux représentants des personnes décédées si elles consentent à un don de tissus, même en sachant que des personnes ne survivront pas en l'absence d'une transplantation d'organe ;

ATTENDU QUE des sondages révèlent que les Canadiens sont en grande majorité extrêmement favorables aux programmes de transplantation, mais que seul un petit groupe de Canadiens donnent des instructions en vue de faire don de leurs tissus ;

ATTENDU QUE 85 à 90 pour cent des familles et/ou des représentants d'un parent décédé, desquels le consentement à un don de tissus est sollicité, acceptent qu'un tel don soit effectué et que les familles et/ou les représentants de personnes décédées ont souvent exprimé leur regret de ne pas avoir eu l'occasion de consentir à un don de tissus ;

ATTENDU QUE les familles et/ou les représentants des personnes décédées, à qui l'occasion de faire un don de tissus a été offerte et qui y ont consenti, déclarent que ce don les a aidés à surmonter leur douleur, quelque temps après le décès et même au cours des mois et des années qui ont suivi ce décès ;

QU'IL SOIT RÉSOLU QUE l'Association du Barreau canadien presse les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux à amender ou à promulguer une loi, laquelle imposerait des obligations de nature réglementaire au personnel hospitalier pour demander une autorisation ou pour faire en sorte qu'une autorisation soit requise auprès du représentant de la personne décédée en vue d'utiliser l'un ou tous les tissus de la personne décédée.

(4) Association médicale mondiale

Déclaration sur les transplantations d'organes humains

39^e Assemblée médicale mondiale : Madrid, octobre 1987⁵

« L'Association médicale mondiale recommande les directives suivantes aux médecins concernés par les transplantations d'organes humains :

3. « Énoncé de position sur le rôle des infirmières dans le don, l'obtention et la transplantation d'organes et de tissus » (1987), *Énoncé de position de l'Association des infirmières et infirmiers du Canada*.
4. Résolution no 4, adoptée (1989), 16:3 *National* 22.
5. « L'Association médicale mondiale adopte des déclarations sur des questions d'ordre bioéthique et autres » (1988), 39:1 *R.I.L.S.* 286.

1. La première préoccupation du médecin doit, en toutes circonstances, être la santé de ses patients. Cette préoccupation, ainsi que la fidélité, doivent être préservées dans toutes les interventions médicales, y compris celles qui impliquent la transplantation d'un organe d'une personne à une autre. Le donneur et le receveur sont des patients. C'est pourquoi il faut veiller à protéger les droits de l'un et de l'autre. Aucun médecin ne peut donc assumer la responsabilité d'une transplantation si ces droits ne sont pas protégés.
2. Un projet de transplantation d'organe ne justifie aucunement le relâchement des exigences en matière d'éthique médicale. Les mêmes exigences doivent être respectées, que le patient soit un donneur potentiel ou non.
3. Lorsqu'en vue d'une transplantation un organe doit être prélevé sur un donneur après le décès de celui-ci, ce décès doit avoir été certifié en toute indépendance par deux ou plusieurs médecins qui ne sont pas concernés par la transplantation. Le décès doit être déterminé par le jugement de chaque médecin. En procédant à cette détermination, chaque médecin aura recours aux méthodes scientifiques reconnues et se basera sur des critères répondant aux exigences éthiques et aux normes professionnelles définies par l'association médicale nationale et les autres organisations médicales compétentes.
4. Lorsqu'une procédure expérimentale est envisagée (transplantation d'organe animal ou artificiel), le médecin devra se conformer aux recommandations émises dans la Déclaration d'Helsinki de l'Association médicale mondiale et qui visent à guider les médecins en matière de recherches biomédicales impliquant des sujets humains.
[. . .]

(5) Organisation mondiale de la santé (OMS)

a) *Principes directeurs sur la transplantation d'organes humains*⁶

PRÉAMBULE

1. [. . .] Au cours des 30 dernières années, la transplantation d'organes s'est répandue dans le monde entier et a permis de sauver plusieurs milliers de vies. Elle a également permis d'améliorer la qualité de la vie dans d'innombrables autres cas. Les progrès constants de la technologie médicale, notamment dans le domaine du « rejet » des tissus, ont favorisé une extension de la pratique et provoqué une augmentation de la demande d'organes. Une des caractéristiques de la transplantation d'organes depuis le début est le manque d'organes à transplanter. L'offre n'a jamais permis de faire face à la demande, ce qui a conduit dans de nombreux pays à l'élaboration constante de procédures et de systèmes destinés à accroître l'offre d'organes. On peut soutenir de façon rationnelle que cette pénurie a entraîné une augmentation du trafic commercial d'organes humains, notamment d'organes provenant de donneurs vivants non apparentés aux receveurs. Il existe des éléments de preuve de l'existence d'un tel trafic au cours des dernières années et des craintes ont également été manifestées quant à la possibilité d'un trafic portant sur des êtres humains. Les résolutions WHA40.13 et WHA42.5 de l'Assemblée de la Santé sont une expression des préoccupations internationales devant l'évolution de la situation.
2. Ces Principes directeurs visent à fournir un cadre ordonné, éthique et acceptable pour régler l'acquisition et la transplantation d'organes humains à des fins thérapeutiques. L'expression « organe humain » s'entend des organes et des tissus mais ne se réfère pas à la reproduction

6. Adoptés par la résolution WHA44.25 de la 44^e Assemblée générale de l'OMS le 13 mai 1991, reproduit dans (1991), 42:3 *R.I.L.S.* 422. La Commission n'a pas étudié la version officielle de ces principes, celle-ci ayant été adoptée postérieurement à l'approbation de ses recommandations.

humaine, et par conséquent ne s'étend ni aux tissus ou éléments liés à la reproduction, à savoir les ovules, le sperme, les ovaires, les testicules ou les embryons, ni au sang ou constituants sanguins utilisés aux fins de la transfusion. Les Principes directeurs excluent la possibilité de donner ou de recevoir une contrepartie pécuniaire, de même que toute autre transaction commerciale dans ce domaine, mais sans s'opposer au règlement des dépenses encourues lors du prélèvement, de la conservation et de la fourniture d'un organe. L'OMS entend tout particulièrement protéger les mineurs et les autres personnes vulnérables contre toute contrainte ou toute incitation abusive au don d'organes.

Les organes et tissus (ci-après les « organes ») peuvent être prélevés sur le corps de personnes décédées et sur des personnes vivantes aux fins de transplantation seulement en conformité avec les Principes directeurs suivants.

PRINCIPE DIRECTEUR 1

Des organes peuvent être prélevés sur le corps de personnes décédées aux fins de transplantation :

- a) si tous les consentements prévus par la loi ont été obtenus ; et
- b) s'il n'y a pas de raison de croire que la personne décédée s'opposait audit prélèvement, en l'absence d'un consentement formel donné de son vivant.

PRINCIPE DIRECTEUR 2

Les médecins constatant le décès d'un donneur potentiel ne doivent pas participer directement au prélèvement d'organes du donneur et aux étapes ultérieures de la transplantation, ni être chargés de soigner des receveurs potentiels de ces organes.

PRINCIPE DIRECTEUR 3

Les organes à transplanter doivent être prélevés de préférence sur le corps de personnes décédées. Les adultes vivants peuvent toutefois faire don d'organes mais, en général, il doit exister un lien génétique entre le donneur et le receveur. Des exceptions sont possibles en cas d'une greffe de moelle osseuse et d'autres tissus régénérables qui soient acceptables.

Un organe peut être prélevé sur un donneur vivant adulte aux fins de transplantation si celui-ci y consent librement. Le donneur ne doit être soumis à aucune influence ou pression abusive et doit être suffisamment bien informé pour pouvoir comprendre et évaluer les risques, les avantages et les conséquences de son consentement.

PRINCIPE DIRECTEUR 4

Aucun organe ne doit être prélevé sur un mineur vivant aux fins de transplantation. Des exceptions peuvent être prévues par la législation nationale s'il s'agit de tissus régénérables.

PRINCIPE DIRECTEUR 5

Le corps humain et les parties de corps humain ne peuvent faire l'objet de transactions commerciales. En conséquence, il est interdit de donner ou de recevoir une contrepartie pécuniaire (ou toute autre compensation ou récompense) pour des organes.

PRINCIPE DIRECTEUR 6

Il est interdit de faire de la publicité sur le besoin d'organes ou sur leur disponibilité en vue d'offrir ou de rechercher une rémunération.

PRINCIPE DIRECTEUR 7

Les médecins et les autres professionnels de la santé ne doivent participer à aucune des phases de transplantations d'organes s'ils ont des raisons de croire que les organes destinés à ces transplantations ont fait l'objet de transactions commerciales.

PRINCIPE DIRECTEUR 8

Aucune personne ou aucun service participant à une transplantation d'organes ne doit recevoir de rémunération dépassant le montant justifié par les services rendus.

PRINCIPE DIRECTEUR 9

À la lumière des principes de justice distributive et d'équité, les organes donnés doivent être mis à la disposition des malades sur la base des exigences médicales et non sur la base de considérations financières ou autres.

COMMENTAIRES . . .

b) Résolution de l'OMS pour l'interdiction de l'achat et de la vente d'organes humains⁷

La Quarante-Deuxième Assemblée mondiale de la Santé,

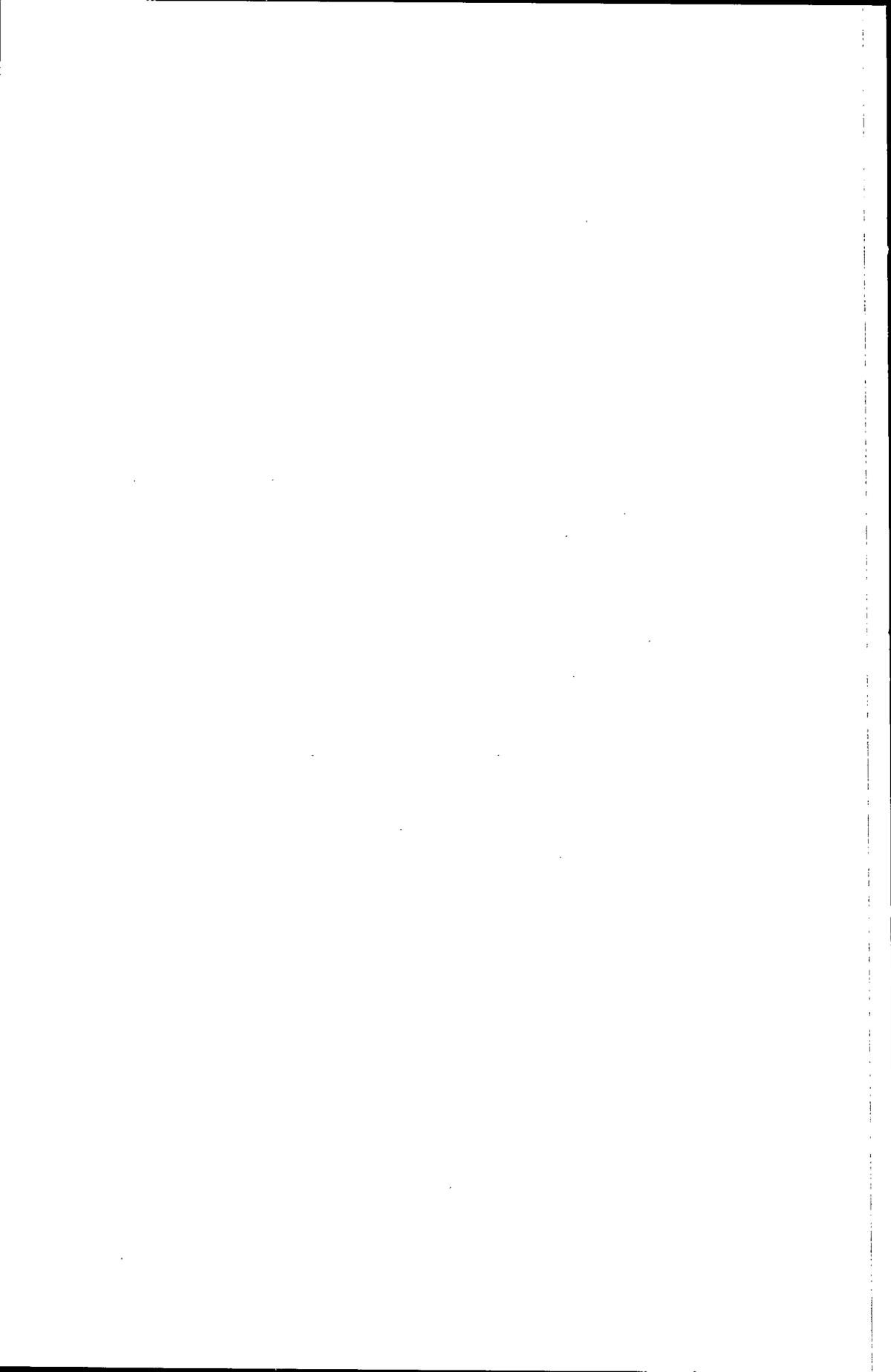
Préoccupée par le trafic commercial d'organes de donneurs sains, qui exploite la détresse humaine et constitue un risque accru pour la santé des donneurs ;

Consciente des transactions commerciales dont les transplantations d'organes font néanmoins l'objet et du peu de succès des efforts déployés jusqu'ici pour empêcher le trafic d'organes humains ;

Désireuse d'empêcher l'exploitation de la détresse humaine, en particulier chez les enfants et d'autres groupes vulnérables, et de promouvoir la reconnaissance des principes éthiques qui condamnent l'achat et la vente d'organes aux fins de transplantation ;

1. DEMANDE aux États membres de prendre des mesures appropriées pour empêcher l'achat et la vente d'organes humains en vue de leur transplantation ;
2. RECOMMANDE aux États Membres d'adopter des mesures législatives pour interdire le trafic d'organes lorsqu'il ne peut être efficacement empêché par d'autres mesures ;
3. PRIE INSTAMMENT les États Membres, en coopération étroite avec les organisations des professions de santé et les autorités sanitaires de tutelle, de décourager toutes pratiques qui facilitent le trafic commercial des organes ;
4. PRIE les États Membres de faire rapport le plus tôt possible à l'OMS sur l'action entreprise pour donner suite à la présente résolution ;
5. PRIE le Directeur général de faire rapport à la Quarante-Quatrième Assemblée mondiale de la Santé sur les mesures prises par les gouvernements des États Membres en application de la présente résolution.

7. « Adoption par l'Assemblée mondiale de la Santé d'une résolution pour l'interdiction de l'achat et de la vente d'organes humains » (1989), 40:3 *R.I.L.S.* 783.



ANNEXE B

Législation : extraits

(1) Demande obligatoire, mécanismes de sensibilisation

a) *Manitoba (Loi sur les tissus humains, L.M. 1987-88, ch. 39)*

Points à prendre en considération

4(1) Au décès d'une personne à l'égard de laquelle aucune directive n'a été donnée en application des articles 2 ou 3, [...] le dernier médecin qui a eu soin de la personne avant son décès doit, [...] étudier les questions énumérées ci-dessous afin de déterminer s'il est opportun de demander la permission, conformément au paragraphe (2), d'utiliser le corps du défunt ou d'en prélever des tissus à des fins thérapeutiques :

- a) l'état du corps et des tissus du corps du défunt ;
- b) le besoin d'utiliser le corps du défunt ou ses tissus à des fins thérapeutiques ;
- c) l'état physique et émotionnel des survivants du défunt.

Demande

4(2) Le médecin demande au plus proche parent du défunt la permission, ou fait demander la permission, d'utiliser le corps ou d'en prélever des tissus à des fins thérapeutiques le plus tôt possible après le décès [...] s'il juge opportun de le faire après étude de la situation conformément au paragraphe (1).

Exception

4(3) Le présent article ne s'applique pas lorsque le dernier médecin qui a eu soin d'une personne avant son décès a des motifs de croire :

- a) que l'utilisation du corps du défunt ou le prélèvement et l'utilisation de tissus de son corps seraient contraires aux croyances religieuses du défunt ou que celui-ci, s'il avait été vivant, y aurait fait objection ;
- b) qu'une enquête ou une investigation peut être requise en application de la Loi sur les enquêtes médico-légales [...]

b) *Oregon (chapitre 379, Lois de 1985, House Bill No. 2909, approuvée le 3 juillet 1985)*

[TRADUCTION]

ARTICLE 1. (1) Lorsqu'une personne décède dans un hôpital et qu'elle n'a pas fait de don anatomique, l'administrateur ou la personne désignée par celui-ci demande à la personne décrite dans ORS 97.265(2), selon l'ordre de priorité établi, lorsqu'il est impossible au moment du décès de retracer les personnes figurant dans les catégories préalables, et en l'absence d'avis d'une indication contraire par le défunt ou l'une des personnes figurant dans les catégories préalables, de consentir au prélèvement de toutes les parties du corps du défunt, ou de certaines d'entre elles.

(2) La demande et la réponse doivent être consignées dans le dossier médical du patient et sur le certificat de décès, selon la manière prescrite dans ORS 97.275(5).

(3) Lorsque, en raison de critères médicaux, les parties du corps ne pourraient pas être utilisées, le directeur adjoint des services de santé peut autoriser une exception concernant la demande exigée par le présent article.

(4) Le directeur adjoint des services de santé énonce des règles concernant la formation des employés de l'hôpital pouvant être désignés pour présenter la demande et la procédure à suivre le cas échéant. En outre, il établit les règles nécessaires en vue de la mise en œuvre des procédures visant à faciliter le transport des organes prélevés aux hôpitaux où se trouvent des receveurs potentiels.

(5) Le directeur adjoint des services de santé établit toutes les autres règles nécessaires à la mise en œuvre du présent article.

c) *États-Unis (National Organ Transplant Act de 1984, 42 USC, § 1320b-8)*

[TRADUCTION]

§ 1320b-8. Protocoles hospitaliers concernant le prélèvement d'organes et normes applicables aux organismes de prélèvement d'organes.

a) *Établissement de protocoles*

(1) Le Secrétaire doit faire en sorte qu'un [...] hôpital satisfaisant aux exigences stipulées au titre VIII ou XIX [42USC - 1395 et suiv., 1396 et suiv.] ne puisse participer au programme établi en vertu de ce titre que si :

(A) l'hôpital [...] adopte, pour la désignation des donneurs potentiels, des protocoles écrits qui

(i) prévoient que les familles des donneurs d'organes potentiels doivent être informées de la possibilité de consentir au prélèvement de tissus ou d'organes et de leur droit de refuser de le faire,

(ii) encouragent la discrétion et la prise en considération des circonstances ainsi que des idées et des croyances des familles,

(iii) prévoient qu'un organisme de prélèvement d'organes désigné par le Secrétaire conformément à l'alinéa b)(1)(F) doit être avisé de la désignation de donneurs potentiels ;

[...]

(2) pour l'application du présent paragraphe, le mot « organe » s'entend des reins, du foie, du cœur, des poumons, du pancréas et de tout autre organe ou tissu humain désigné par le Secrétaire à cette fin.

d) *Australie (COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DE L'Australie, Human Tissue Transplants, Rapport n° 7, Brisbane, Watson Ferguson and Co., 1977), pp. 127-128.*

[TRADUCTION]

25. (3) L'agent désigné peut autoriser le prélèvement des tissus d'une personne décédée, aux fins prévues au paragraphe (1) lorsque, après avoir procédé aux vérifications raisonnables dans les circonstances, il n'a aucun motif de croire que le défunt, de son vivant,

a) soit a exprimé le souhait que l'on effectue sur son corps, après son décès, des prélèvements aux fins visées au paragraphe (1),

b) soit a manifesté une objection à cet égard ;

et lorsque, après avoir procédé aux autres vérifications raisonnables dans les circonstances,

- c) soit il n'a aucun motif de croire que le plus âgé des proches parents ayant pu être retracés s'oppose à des prélèvements sur le défunt,
- d) soit il lui est impossible de savoir s'il y a des proches parents, de retrouver ceux-ci, ou de vérifier si l'un des proches parents s'oppose à des prélèvements sur le défunt.

(2) Interdiction de la vente de tissus humains

a) Canada

- i. *Loi uniforme sur les dons de tissus humains*, Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada (révision de 1971) (en vigueur dans la plupart des provinces)¹

Interdiction de vendre un tissu, etc.

10. Nul ne doit, directement ou indirectement, acheter, vendre ou autrement trafiquer, contre valeur, un tissu destiné à une transplantation, ou un corps ou l'une de ses parties, à l'exception du sang et ses composants, à des fins thérapeutiques, pour l'enseignement de la médecine ou pour la recherche scientifique. Une transaction de ce genre est nulle en raison du fait qu'elle est contraire à l'ordre public.

1. Les définitions qui suivent [...]

d) « tissu » S'entend d'un organe, mais non de la peau, des os, du sang ou de ses composants, ou de tout autre tissu se renouvelant par un processus naturel de régénération.

- ii. *Loi uniforme sur le don de tissus humains* (1989), Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada

Interdiction relative au commerce

15. (1) Nul ne peut acheter ou vendre, directement ou indirectement, un tissu, un corps ou une partie de corps humain, ou en faire le commerce à des fins de transplantation, d'enseignement médical, de recherche scientifique ou à des fins thérapeutiques.

(2) Tout commerce de corps ou de partie de corps humain autorisé par la loi avant que la présente loi n'entre en vigueur continuera de l'être, sauf disposition contraire contenue dans la présente loi.

(3) La personne qui contrevient aux dispositions du présent article commet une infraction et se rend passible, sur déclaration sommaire de culpabilité, d'une amende d'au plus 100 000 \$ ou d'un emprisonnement d'au plus un an, ou de ces deux peines concurremment.

1. Les définitions qui suivent [...]

« tissu » signifie toute partie du corps humain, vivant ou mort, à l'exception :

- a) des spermatozoïdes et des ovules,
- b) des embryons et des foetus, ou
- c) du sang et de ses dérivés ; (« tissue »)

- iii. Manitoba (*Loi sur les tissus humains*, L.M. 1987-88, ch. 39)

Interdiction relative au commerce

15 (2) Nul ne peut, pour quelque fin que ce soit :

1. Texte publié dans : SBSC, CENTRE FÉDÉRAL SUR LE SIDA, « Lignes de conduite pour la prévention de l'infection à VIH dans la transplantation d'organe et de tissu » (octobre 1989), 15S4 (Suppl.) *Rapport hebdomadaire des maladies au Canada* 13.

- a) aliéner ou acquérir un cadavre ou tout tissu provenant du corps d'une personne vivante ou décédée ;
- b) faire le commerce des cadavres ou des tissus provenant du corps d'une personne vivante ou décédée, [...]

Exception relative à la rémunération

15 (3) Le présent article n'a pas pour effet d'interdire le paiement d'une rémunération raisonnable à un médecin ou à tout autre professionnel de la santé en échange des services qu'il rend pour que soient respectées les directives ou qu'il soit tenu compte d'un consentement donné en application de la présente loi.

Exception relative aux dépenses

15 (4) Le présent article n'a pas pour effet d'interdire le remboursement au donneur ou au bénéficiaire d'un corps ou de tissus en provenant, à la famille ou aux survivants d'une telle personne, à un gouvernement, ou à un régime d'assurance-maladie ou d'assurance-hospitalisation, selon le cas, des dépenses raisonnables faites [...]

Infraction et peine

15 (5) La personne qui contrevient aux dispositions du présent article ou qui fait défaut de les observer commet une infraction et se rend passible, sur déclaration sommaire de culpabilité, d'une amende d'au plus 5 000 \$ ou d'un emprisonnement d'au plus six mois, ou de ces deux peines concurremment.

b) Grande-Bretagne (Loi de 1989 relative aux transplantations d'organes humains, ch. 31²).

1.1. En Grande-Bretagne, une personne est coupable d'un délit si elle :

- a) effectue ou reçoit un quelconque paiement pour la délivrance ou l'offre de délivrance d'un organe qui a été ou doit être prélevé sur le corps d'une personne décédée ou vivante et qui est destiné à être transplanté sur une autre personne, que ce soit en Grande-Bretagne ou ailleurs ;
- b) essaie de trouver une personne qui consente à fournir contre paiement un organe mentionné à l'alinéa a) ci-dessus ou offre de fournir un tel organe contre paiement ;
- c) est l'instigateur ou le négociateur d'un arrangement impliquant le versement d'un quelconque paiement en échange de la délivrance ou de l'offre de délivrance d'un tel organe ;
- d) participe à la gestion ou au contrôle d'une entreprise constituée en société ayant personnalité morale ou civile dont les activités impliquent ou incluent l'instigation ou la négociation de tels arrangements.

2. [...] si elle fait publier ou distribuer ou publie ou distribue intentionnellement en Grande-Bretagne une annonce publicitaire :

- a) invitant des personnes à fournir contre paiement un quelconque organe visé à l'alinéa a) dudit paragraphe ou offrant de fournir un tel organe contre paiement ;
- b) précisant que l'annonceur consent à être l'instigateur ou le négociateur d'un quelconque arrangement visé à l'alinéa c) dudit paragraphe.

3. Dans le présent article, « paiement » s'entend [...] à l'exclusion [...]

2. Publiée dans : (1989), 40:4 *R.I.L.S.* 911.

- a) des frais de prélèvement, de transport ou de conservation de l'organe devant être fourni ;
- b) des frais ou du manque à gagner encourus par une personne, dans la mesure où ils sont raisonnablement et directement imputables à la fourniture d'un organe en provenance de son corps.

c) *États-Unis (National Organ Transplant Act de 1984, 42 USC, § 274e)*

[TRADUCTION]

§ 274e. Interdiction de l'achat d'organes [c'est nous qui soulignons]

a) Interdiction

Il est interdit à quiconque d'acheter, de recevoir ou d'autrement transférer, *volontairement*, tout organe humain contre valeur aux fins de transplantation sur une autre personne, si la cession touche le commerce entre États.

b) Peines

Quiconque contrevient à l'alinéa a) [...] est passible d'une amende n'excédant pas 50 000 \$ ou d'un emprisonnement d'au plus cinq ans, ou des deux peines concurremment.

c) Définitions

Pour l'application de l'alinéa a) [...]

(1) Le terme « organe humain » s'entend des reins, du foie, du cœur, des poumons, du pancréas, de la moelle osseuse, de la cornée, des yeux, des os et de la peau, ou de toute partie de ceux-ci, y compris les organes prélevés sur les foetus, et de tous autres organes ou parties de ceux-ci, y compris ceux prélevés sur les foetus, désignés par règlement pris par le Secrétaire de la santé et des services sociaux.

(2) Le terme « contre valeur » ne vise pas les frais raisonnables liés au prélèvement, au transport, à l'implantation, au traitement, à la conservation, au contrôle de la qualité et au stockage des organes humains, ni le remboursement des frais de déplacement ou d'hébergement engagés et du manque à gagner subi par le donneur.

d) *Conseil de l'Europe (Texte final sur les transplantation d'organes (1988), 39:1 R.I.L.S. 294, 297)*

Non-Commercialisation des organes humains

16. Aucun organe humain ne doit être cédé dans un but lucratif par un organisme d'échanges, une banque d'organes ou tout autre établissement ou particulier. Néanmoins, ce principe n'empêche pas un donneur vivant d'être remboursé des gains en revenus perdus et des frais causés par le prélèvement ou les examens préalables.

17. Aucun organisme ou particulier ne devrait faire de publicité en dehors de son territoire national, ni en vue d'une donation ni d'une transplantation.

(3) *Loi uniforme sur le don de tissus humains (1989)³*

Définitions

1. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi :

« conjoint »

« conjoint » comprend un conjoint de fait ; (« spouse ») ;

3. CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA, *Consolidation of Uniform Acts* (Suppl. 1991), p. 22-1. Disponible pour adoption par les provinces à compter du 1^{er} janvier 1990.

« *conjoint de fait* »

« conjoint de fait » signifie [insérer ici la définition prévue à la loi de la province intéressée] ; (« common law spouse »)

« *mort* »

« mort » comprend la mort cérébrale telle que déterminée conformément aux pratiques médicales actuelles ; (« death »)

« *tissu* »

« tissu » signifie toute partie du corps humain, vivant ou mort, à l'exception :

- a) des spermatozoïdes et des ovules,
- b) des embryons et des fœtus, ou
- c) du sang et de ses dérivés ; (« tissue »)

« *tissu non susceptible de régénération* »

« tissu non susceptible de régénération » signifie un tissu autre que les tissus susceptibles de régénération ; (« non-regenerative tissue »)

« *tissu susceptible de régénération* »

« tissu susceptible de régénération », chez une personne vivante, signifie un tissu qui, à la suite d'une blessure ou d'un prélèvement, peut se reconstituer ; (« regenerative tissue »)

« *transplantation* »

« transplantation » signifie l'opération qui consiste à prélever un tissu sur le corps d'une personne et à l'implanter dans le corps d'une autre personne vivante ; (« transplant »)

Respect de la loi

2. Le consentement au prélèvement d'un tissu, le cas échéant, doit être donné conformément à la présente loi.

Consentement à une transplantation après la mort

3. (1) Une personne âgée de [16] ans et plus et capable de comprendre la nature et les effets de la transplantation peut consentir à ce qu'un tissu déterminé soit prélevé sur son corps après sa mort pour être implanté dans le corps d'une autre personne vivante.

(2) Toutefois, le consentement accordé par une personne qui ne comprend pas la nature et les effets de la transplantation est valide aux fins du présent article si la personne qui y a donné suite l'ignorait.

Consentement substitué

4. (1) Après la mort d'une personne qui n'a pas donné son consentement tel que prévu à l'article 3, qui était âgé de moins de [16] ans ou qui ne comprenait pas la nature et les effets du prélèvement de tissu sur son corps, une des personnes énumérées au paragraphe 2 peut consentir à ce qu'un tissu déterminé soit prélevé sur le corps du défunt

- a) pour être implanté dans le corps d'une autre personne vivante, ou
- b) pour les fins précisées à l'article 12(1).

(2) L'une ou l'autre des personnes suivantes peut donner le consentement visé au paragraphe 1 :

- a) le curateur, le tuteur ou le mandataire du défunt ;
- b) le conjoint du défunt ;
- c) un enfant du défunt ;
- d) le père ou la mère du défunt ;
- e) un frère ou une sœur du défunt ;
- f) tout autre parent du défunt ;
- g) toute personne, autre que le conjoint, qui vivait avec le défunt au moment de sa mort et qui avait connaissance de ses volontés.

(3) En cas de désaccord entre des personnes appartenant à au moins deux catégories visées au paragraphe 2, le conflit sera tranché en fonction de l'ordre selon lequel ces catégories de personnes sont énumérées.

(4) Si aucun consentement n'a été accordé aux termes du paragraphe 1 et que le [coroner], après avoir déployé des efforts raisonnables, n'a réussi à localiser aucune des personnes énumérées au paragraphe 2, celui-ci peut donner lui-même le consentement.

(5) Aucun consentement ne peut être accordé aux termes du présent article par une personne qui

- a) est âgée de [16] ans,
- b) ne comprend pas la nature et les effets du prélèvement de tissu, ou
- c) a des raisons de croire que le défunt s'y serait opposé.

Consentement à une transplantation entre vifs

5. (1) Une personne âgée de [16] ans et plus et capable de comprendre la nature et les effets de la transplantation peut consentir à ce qu'un tissu déterminé soit prélevé sur son corps de son vivant pour être implanté dans le corps d'une autre personne vivante.

(2) S'il y a des raisons de croire qu'une personne qui donne un consentement en vertu du présent article ne comprend pas la nature et les conséquences d'un prélèvement de tissu sur son corps de son vivant, aucune transplantation ne peut être effectuée aux termes du présent article, à moins que les résultats d'une étude indépendante menée conformément à l'article 7 n'indiquent qu'il y a lieu d'y procéder.

(3) Aucune transplantation de tissu non susceptible de régénération ne peut être effectuée aux termes du présent article sauf si les résultats d'une étude indépendante menée conformément à l'article 7 indiquent qu'il y a lieu d'y procéder.

Transplantation entre vifs — Personne de moins de [16] ans

6. (1) Une personne âgée de [16] ans et capable de comprendre la nature et les effets de la transplantation peut consentir à ce qu'un tissu susceptible de régénération déterminé soit prélevé sur son corps de son vivant pour être implanté dans le corps d'une autre personne vivante.

(2) Toutefois, de la moelle peut être prélevée sur une personne âgée de [16] ans qui n'est pas en mesure de comprendre la nature et les effets de la transplantation aux fins de l'implanter dans le corps de la mère, du père, du frère, de la sœur, du demi-frère ou de la demi-sœur naturels du donneur.

(3) Nulle transplantation ne peut être effectuée,

- a) aux termes du paragraphe 1, sauf si le père, la mère ou le tuteur du donneur consent également à la transplantation, ou
- b) aux termes du paragraphe 2, sauf si le père, la mère ou le tuteur du donneur consent à la transplantation en son nom.

(4) Nulle transplantation ne peut être effectuée aux termes du paragraphe 1 ou 2, sauf si les résultats d'une étude indépendante menée conformément à l'article 7 indiquent qu'il y a lieu d'y procéder.

Étude indépendante

7. (1) Si une étude indépendante est requise en vertu de la présente loi, elle doit être effectuée conformément au présent article et aux règlements.

(2) Une étude indépendante doit être effectuée par au moins trois personnes, dont un médecin.

(3) Aucune personne, qui a ou a eu un lien avec le donneur ou avec le récipiendaire proposé, ne peut participer à l'étude indépendante.

(4) Les membres du comité doivent indiquer la date, l'heure et le lieu où le comité se réunira pour procéder à l'étude indépendante

a) au donneur de tissu,

b) si le donneur est âgé de [16] ans, au père, à la mère ou au tuteur du donneur et au [Curateur public], et

c) si le donneur est âgé de [16] ans ou plus et qu'il y a des raisons de croire qu'il ne comprend pas la nature et les conséquences d'un prélèvement de tissus sur son corps de son vivant, à son père, à sa mère, à son tuteur et au [Curateur public].

(5) Lorsqu'il reçoit un avis en vertu du paragraphe (4), le [Curateur public] doit représenter le donneur devant le comité à moins qu'une personne autre que le père, la mère ou le tuteur n'assure déjà cette représentation.

(6) Les membres du comité doivent tenir compte des éléments suivants :

a) la transplantation est le traitement médical opportun ;

b) tous les autres membres de la famille immédiate du donneur ont été éliminés comme donneurs potentiels, que ce soit pour des raisons médicales ou autres ;

c) aucune pression n'a été exercée auprès du donneur dans le but d'obtenir qu'il consente à la transplantation ;

d) le prélèvement du tissu en question ne présente aucun risque important pour la santé du donneur ;

e) on s'est conformé à la présente loi et aux règlements relatifs à la transplantation.

(7) Les membres du comité doivent, de la manière et dans le délai prévus aux règlements :

a) décider s'il y a lieu ou non de procéder à la transplantation qu'on se propose de faire conformément à l'article 5 ou à l'article 6,

b) justifier leur décision par écrit, et

c) aviser de la décision et des motifs les personnes mentionnées au paragraphe (4).

Appel

8. (1) Une personne peut en appeler de la décision rendue par le comité chargé de l'étude indépendante auprès de la [cour Supérieure] dans les trois jours de cette décision.

(2) Après avoir été saisi de l'appel, la [cour Supérieure] peut :

a) annuler, modifier ou confirmer la décision du comité chargé de l'étude indépendante, ou

b) renvoyer la question devant le comité pour étude plus approfondie conformément à toute directive qu'elle lui donne.

(3) Après avoir été saisi d'un appel relativement à une transplantation visée par l'article 6(2), la [cour Supérieure] peut rendre une décision autorisant le père, la mère ou le tuteur du donneur à consentir à la transplantation au nom du donneur.

(4) Aucune transplantation faisant l'objet d'un appel aux termes du paragraphe 1 ne peut être effectuée tant que la procédure d'appel n'est pas terminée.

Effet du consentement

9. (1) Un consentement accordé conformément à la présente loi lie les parties et autorise un médecin à

a) procéder à un examen pour déterminer si le tissu désigné dans le consentement est médicalement acceptable, et

b) à prélever ce tissu conformément au consentement.

(2) Toutefois, nul ne donnera suite à un consentement s'il a des raisons de croire que

a) dans le cas d'un consentement visé par l'article 3, 5, 6 ou 12, la personne a ultérieurement retiré son consentement ou s'y serait opposée, ou

b) dans le cas d'un consentement visé par l'article 4, la personne au nom de qui le consentement a été accordé s'y serait opposée.

Directives du coroner

10. Si, de l'avis d'un médecin, la mort d'une personne est imminente en raison d'une blessure ou d'une maladie, qu'il a des raisons de croire que l'article . . . de la [loi des coroners] peut s'appliquer lorsque la mort surviendra et qu'un consentement à la transplantation d'un tissu a été accordé en application de l'article 3, le [coroner] habilité, en dépit du fait que la mort n'est pas encore survenue, peut donner toute directive qu'il juge appropriée relativement au prélèvement du tissu sur le cadavre de la personne, et cette directive a le même effet que si elle avait été donnée après la mort en application de l'article . . . de la [loi des coroners].

Détermination du décès

11. (1) La détermination du moment de la mort du donneur d'un tissu doit être faite par au moins deux médecins conformément aux pratiques médicales reconnues.

(2) Le médecin qui a eu un lien quelconque avec le bénéficiaire éventuel d'un tissu transplanté ne peut participer à la détermination du moment de la mort du donneur de ce tissu.

(3) Le médecin qui a participé à la détermination du moment de la mort du donneur d'un tissu ne peut participer à la transplantation de ce tissu.

(4) Les paragraphes 2 et 3 ne s'appliquent pas au médecin qui effectue un prélèvement des yeux pour fins de transplantation de la cornée.

Consentement au don de tissu pour d'autres fins

12. (1) Malgré toute disposition contraire de la présente loi, une personne âgée de [16] ans et plus peut consentir à ce qu'on utilise son cadavre ou les parties de celui-ci désignées dans son consentement à des fins thérapeutiques ou à des fins d'enseignement médical ou de recherche scientifique.

(2) Si un tissu prélevé par suite d'un consentement accordé aux termes de l'article 3, 4, 5 ou 6 ne peut pour une raison quelconque être implanté dans le corps d'une personne vivante, le tissu sera traité comme si aucun consentement n'avait été accordé, à moins que le donneur n'ait consenti à ce qu'on utilise le tissu à des fins thérapeutiques ou à des fins d'enseignement médical ou de recherche scientifique.

Divulgation de l'information

13. (1) Sauf lorsque la loi le requiert, nul ne doit divulguer ou communiquer à une autre personne une information ou un document permettant de rendre publique l'identité d'une personne

- a) qui a accordé ou refusé d'accorder son consentement à une transplantation de tissu,
- b) à l'égard de qui un consentement a été accordé ou refusé, ou
- c) dans le corps de qui un tissu a été, est ou pourra être implanté.

(2) Toutefois,

- a) un donneur de tissus peut divulguer ou autoriser une personne à divulguer certains renseignements qui ne concernent que lui-même ;
- b) un récipiendaire de tissus peut divulguer ou autoriser une personne à divulguer certains renseignements déterminés qui ne concernent que lui-même, et
- c) une personne qui a donné un consentement en vertu de l'article 4 au nom d'une personne décédée peut divulguer ou autoriser une autre personne à divulguer certaines informations relatives uniquement au donneur.

Immunité

14. Nul n'est passible de poursuites en raison d'un acte qu'il a accompli ou omis d'accomplir de bonne foi et sans négligence de sa part dans l'exercice des pouvoirs conférés par la présente loi.

Interdiction relative au commerce

15. (1) Nul ne peut acheter ou vendre, directement ou indirectement, un tissu, un corps ou une partie de corps humain, ou en faire le commerce à des fins de transplantation, d'enseignement médical, de recherche scientifique ou à des fins thérapeutiques.

(2) Tout commerce de corps ou de partie de corps humain autorisé par la loi avant que la présente loi n'entre en vigueur continuera de l'être, sauf disposition contraire contenue dans la présente loi.

(3) La personne qui contrevient aux dispositions du présent article commet une infraction et se rend passible, sur déclaration sommaire de culpabilité, d'une amende d'au plus 100 000 \$ ou d'un emprisonnement d'au plus un an, ou de ces deux peines concurremment.

Infraction ordinaire

[16. La personne qui contrevient aux dispositions de la présente loi, sauf l'article 15, commet une infraction et se rend passible, sur déclaration sommaire de culpabilité, d'une amende d'au plus 10 000 \$ ou d'un emprisonnement d'au plus six mois, ou de ces deux peines concurremment.]

Règlements

17. Le gouvernement peut, par règlement :

- a) déterminer les règles relatives aux études indépendantes ;
- b) déterminer les délais et la forme des décisions rendues en vertu de l'article 7(7), de même que les règles relatives aux motifs et aux avis à donner.

Abrogation

18. La Loi uniforme sur le don de tissus humains est abrogée.

ANNEXE C

Table de jurisprudence

Canada

- Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.
Attorney General of British Columbia c. Astaforoff (1983), 6 C.C.C. (3^e) 498 (C.A.).
B. (R.) c. Children's Aid Society of Metro Toronto (1988), 47 D.L.R. (4^e) 388 (C.A. Ont.).
Bonisteel c. Saylor (1890), 17 O.A.R. 505.
Byron c. Tremain (1898), 29 R.C.S. 445.
Cayouette et Mathieu, [1987] R.J.Q. 2230 (C.S.).
Chouinard c. Landry, [1987] R.J.Q. 1954 (C.A.).
Collin c. Lussier, [1983] 1 C.F. 218, infirmé en partie [1985] 1 C.F. 124.
Couture-Jacquet c. The Montreal Children's Hospital, [1986] R.J.Q. 1221 (C.A.).
Davidson c. Garrett (1899), 5 C.C.C. 200 (H.C. Ont.).
Droit de la famille — 140, [1984] R.J.Q. 2049 (T.J.).
Ducharme c. Hôpital Notre-Dame (1933), 71 C.S. 377.
E. (M^{me}) c. Eve, [1986] 2 R.C.S. 389.
Edmonds c. Armstrong Funeral Home, [1931] 1 D.L.R. 676 (C.S. Alb.).
Farrar c. MacPhee (1971), 19 D.L.R. (3^e) 720 (C.A. Î.-P.-É.).
Halushka c. University of Saskatchewan (1965), 52 W.W.R. 608 (C.A. Sask.).
Hunter c. Hunter, [1930] 64 D.L.R. 255 (C.S. Ont.).
Kenny c. Lockwood, [1932] 1 D.L.R. 507 (C.A. Ont.).
Kitchen c. McMullen (1989), 62 D.L.R. (4^e) 481 (C.A. N.-B.).
Lambert c. Dumais, [1942] B.R. 561.
Langelier Limitée c. Demers, (1928) 66 C.S. 120.
Malette c. Shulman (1990), 67 D.L.R. (4^e) 321 (C.A. Ont.).
McNamra c. Caros, [1978] 1 C.F. 451 (1^{re} inst.).
McNeil c. Forest Lawn Memorial Services (1976), 72 D.L.R. (3^e) 556 (C.S. C.-B.).
Miner c. Canadian Pacific R.W. Co. (1911), 18 W.L.R. 476 (C.S. Alb.).
Mulloy c. Hop Sang, [1935] 1 W.W.R. 714 (C.A. Alb.).
Mundinger c. Mundinger (1968), 3 D.L.R. (3^e) 338 (C.A. Ont.), confirmé [1970] R.C.S. vi.
Murray c. McMurchy, [1949] 2 D.L.R. 443 (C.S. C.-B.).
Orford c. Orford (1921), 58 D.L.R. 251 (C.S. Ont.).
Peters c. University Hospital Board, [1983] 5 W.W.R. 193 (C.A. Sask.).
Philipps c. The Montreal General Hospital (1908), 33 C.S. 483.
Pioneer Hi-Bred c. Canada (Commissaire des brevets), [1989] 1 R.C.S. 1623.
R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295.
R. c. Cyrenne (1981), 62 C.C.C. (2^e) 238 (C. distr. Ont.).
R. c. Downey (1990), 42 C.R.R. 286 (C. distr. Ont.).
R. c. Dymont, [1988] 2 R.C.S. 417.
R. c. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 R.C.S. 713.
R. c. Green (1988), 43 C.C.C. (3^e) 413 (C.S. C.-B.).
R. c. Kitching (1976), 32 C.C.C. (2^e) 159 (C.A. Man.).
R. c. Ladue, [1965] 4 C.C.C. 264 (C.A. T.Y.).
R. c. Lewis (1903), 7 C.C.C. 261 (C.A. Ont.).
R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30.

R. c. Newcomb (1898), 2 C.C.C. 255 (C. comté N.É.).
R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103.
R. c. Sullivan, [1991] 1 R.C.S. 489.
R. c. Swimmer (1970), 17 D.L.R. (3^e) 476 (C.A. Sask.).
R. c. Thornton (1991), 1 O.R. (3^e) 481 (C.A.).
R. c. Turpin, [1989] 1 R.C.S. 1296.
R. c. Tutton, [1989] 1 R.C.S. 1392.
R. c. Waite, [1989] 1 R.C.S. 1436.
R. c. Wetmore, [1983] 2 R.C.S. 284.
R. c. Wiens (22 juin 1985) (C. Prov. Ont.) [inédit].
Re Female Infant (1982), 34 B.C.L.R. 177 (C.S.).
Re L.D.K. c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto (1986), 48 R.F.L. (2^e) 164 (C. fam. Ont.).
Re McTavish and Director, Child Welfare Act (1986), 32 D.L.R. (4^e) 394 (C. B.R. Alb.).
Re Millar, [1938] R.C.S. 1.
Reibl c. Hughes, [1980] 2 R.C.S. 880.
Religieuses Hospitalières de l'Hôtel-Dieu de Montréal c. Brouillette, [1943] B.R. 441.
Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario, [1990] 2 R.C.S. 232.
Rowe c. Grand Trunk Railway Co. (1866), 16 U.C.C.P. 500 (C.A.).
SDGMR c. Dolphin Delivery, [1986] 2 R.C.S. 573.
Saskatchewan (Minister of Social Services) c. P. (F.) (1990), 69 D.L.R. (4^e) 134 (C.P.).
Stoffman c. Vancouver General Hospital, [1990] 3 R.C.S. 483.
Weiss c. Solomon, [1989] R.J.Q. 731 (C.S.).

États-Unis

Adoption of B.A.B., 534 A. 2d 1050 (Pa. 1987).
Amgen Inc. c. Chugai Pharmaceutical Co., 927 F. 2d 1200 (Fed. Circ. 1991).
Application of George, 630 S.W. 2d 614 (Mo. App. 1982).
Arnaud c. Odom, 870 F. 2d 304 (5th Cir. 1989).
Atkins c. Medical Examiner, 418 N.Y.S. 2d 839 (1979).
Baby Girl D, 517 A. 2d 927 (Pa. 1986).
Baby M, 537 A. 2d 1227 (N.J. 1988).
Barwin c. Reidy, 307 P. 2d 175 (New Mex. 1957).
Begay c. State, 723 P. 2d 252 (N.M. App. 1985).
Blank c. United States, 400 F. 2d 302 (5th Cir. 1968).
Brillo c. Schaller (13 juin 1986), Arizona 233587 (Sup. Ct).
Brotherton c. Cleveland, 923 F. 2d 477 (6th Cir. 1991).
Browning c. Norton Children's Hospital, 504 S.W. 2d 713 (Ky App. 1974).
City of Revere c. Massachusetts General Hospital, 463 U.S. 239 (1983).
Commonwealth of Pennsylvania c. Spector (28 octobre 1988) Philadelphia 87-01-2441-2445 (Court of Common Pleas).
Corrigan c. Bjork Shiley, 227 Cal. Rptr 247 (App. 2d Dist. 1986).
Cruzan c. Missouri, 110 S. Ct 2841 (1990).
Curran c. Bosze, 556 N.E. 2d 1319 (Ill. 1990).
Del Zio c. Manhattan's Columbia Presbyterian Medical Center (14 novembre 1978) New York 74-3558 (S.D.).
Diamond c. Chakrabarty, 477 U.S. 303 (1980).
Disinterment of Body of Jarvis, 53 N.W. 2d 24 (Iowa 1953).
Doe c. Kelley, 307 N.W. 2d 438 (Mich. App. 1981).
Doza c. Crum & Forster Insurance Co., 716 F. Supp. 131 (D. N.J. 1989).
Ellis c. Patterson, 859 F. 2d 52 (8th Cir. 1988).
Estelle c. Gamble, 429 U.S. 97 (1976).
Fuller c. Marx, 724 F. 2d 717 (8th Cir. 1984).
Georgia Lions Eye Bank c. Lavant, 335 S.E. 2d 127 (Ga. 1985), cert. refusé 475 U.S. 1084.
Gilmore c. St. Anthony Hospital, 598 P. 2d 1200 (Okla. 1979).

Gray c. Maxwell, 293 N.W. 2d 90 (Neb. 1980).
Hassard c. Lehane, 128 N.Y. 161 (1911).
Head c. Colloton, 331 N.W. 2d 870 (Iowa 1983).
Hendricksen c. Roosevelt Hospital, 297 F. Supp. 1142 (S.D. N.Y. 1969).
Hill c. Travelers Insurance Co., 294 S.W. 1097 (Tenn. 1927).
In Re G, 389 S.W. 2d 63 (Mo. App. 1965).
Kanavan's Case, 1 Me. 226 (1821).
Karp c. Cooley, 493 F. 2d 408 (5th Cir. 1974).
Kirker c. Orange County, 519 So. 2d 682 (Fla. App. 1988).
Kohn c. United States, 591 F. Supp. 568 (1984).
McFall c. Shiinp, 10 Pa. D. & C. 3d 90 (Allegheny Cnty Ct, Penn. 1978).
McKee c. Cutter Laboratories, 866 F. 2d 219 (6th Cir. 1989).
Mensinger c. O'Hara, 189 Ill. App. 48 (1914).
Mokry c. University of Texas Health Science Center, 529 S.W. 2d 802 (Tex. App. 1975).
Montoya c. Johnston, 654 F. Supp. 511 (W.D. Tex. 1987).
Moore c. Regents of the University of California, 793 P. 2d 479 (Cal. 1990), cert. refusé 111 S. Ct 1388.
Palmquist c. Standard Accident Insurance, 3 F. Supp. 358 (D.C. Cal. 1933).
People c. Bullington, 80 P. 2d 1030 (Cal. 1938).
People c. Eulo, 472 N.E. 2d 286 (N.Y. 1984).
People of California c. Sconce (24 mai 1988), Los Angeles A5732891 (Sup. Ct).
Perlmutter c. Beth David Hospital, 123 N.E. 2d 792 (N.Y. 1954).
Potts c. Genentech (1^{er} nov. 1988), Santa Clara Cnty 670331 (Cal. Sup. Ct).
Public Health Trust of Dade County c. Wons, 541 So. 2d 96 (Fla. 1989).
Ravenis c. Detroit General Hospital, 234 N.W. 2d 411 (Mich. App. 1975).
Re Quinlan, 355 A. 2d 647 (N.J. 1976), cert. refusé 429 U.S. 922.
Re Spring, 405 N.E. 2d 115 (Mass. 1980).
Schmokel c. Secretary of State (6 décembre 1988), Washington S-578-88 (Sup. Ct).
Snyder c. Holy Cross Hospital, 352 A. 2d 334 (Md. App. 1976).
St. Elizabeth Hospital c. Garrard, 730 S.W. 2d 649 (Tex. 1987).
Stangvik c. Shiley Inc., 273 Cal. Rptr. 179 (App. 4th Dist. 1990), rév. accueillie 800 P. 2d 858.
State c. Hartzler, 433 P. 2d 231 (N.M. 1967).
State c. Powell, 497 So. 2d 1188 (Fla. 1986), cert. refusé 481 U.S. 1059.
State of Florida c. Grant (19 janvier 1989), Hillsborough Cnty 87-4613 (Circ. Ct).
Strachan c. John F. Kennedy Memorial Hospital, 538 A. 2d 346 (N.J. 1988).
Strunk c. Strunk, 445 S.W. 2d 145 (Ky 1969).
Thompson c. City of Portland, 620 F. Supp. 482 (D.C. Me. 1985).
Thompson c. State, 58 S.W. 213 (Tenn. 1900).
Tillman c. Detroit Receiving Hospital, 360 N.W. 2d 275 (Mich. App. 1984).
Todd c. Sorrell, 841 F. 2d 87 (4th Cir. 1988).
United States c. Calise, 217 F. Supp. 705 (1962).
United States c. Garber, 607 F. 2d 92 (5th Cir. 1979).
United States c. Steinschreiber, 219 F. Supp. 373 (1963).
York c. Jones Institute, 717 F. Supp. 421 (E.D. VA 1989).
You Vang Yang c. Sturmer, 728 F. Supp. 845 (D.R.I. 1990), désistement 750 F. Supp. 558.

Autres pays

Dlle X . . . c. Soc. Ulysse — Productions et cons., Trib. gr. inst. Paris, 3 juin 1969, Gaz. Pal. 1969 2^e sem. Jur.57.
Doodward c. Spence (1907), 7 S.R. 727 (N.S.W. Austr.).
Époux Camara, Conseil d'État, 17 février 1988, *J.C.P.* 1990 II. 21421.
Haynes's Case (1614), 77 E.R. 1389.
Hughes c. Robertson (1913), Sess. Cas. 394 (Ct Sess. Scot.).
M^{me} Nguyen Ti Nam, épouse Trans Van Oanh, Conseil d'État, 18 mars 1983, *J.C.P.* 1983 II. 20111.

Parpalaix c. CÉCOS, Trib. gr. inst. Créteil, 1^{er} août 1984, Gaz. Pal. 1984. 2^e sem. Jur. 560.
R. c. Clark (1883), 15 Cox C.C. 171.
R. c. Fox (1841), 2 Q.B. 242.
R. c. Lynn (1788), 100 E. R. 394.
R. c. Rothery, [1976] R.T.R. 550 (C.A.).
R. c. Welsh, [1974] R.T.R. 478 (C.A.).
Re Atkins, [1989] 1 A11 E.R. 14.
Slater c. Baker (1767), 95 E.R. 860 (K.B.).
Williams c. Williams (1882), 20 Ch. D. 659.
Wood c. Abrey (1818), 3 Madd. 417.
Zanne c. Banque Française des Yeux/Hôpital Lariboisière, Cour d'Appel de Paris, 19 juin 1989
[inédit].

ANNEXE D

Table des lois et règlements

Canada

- Acte concernant la Procédure dans les causes criminelles ainsi que certaines autres matières relatives à la loi criminelle*, 32-33 Vict., ch. 29.
- Acte pour régler et faciliter l'étude de l'Anatomie*, S. Prov. C. 1843, ch. 5.
- Adoption Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 4.
- An Act to Amend the Human Tissue Gift Act*, S.P.E.I. 1980, ch. 27.
- Bodies of Deceased Persons Amendment Regulation*, Alta. Reg. 298/86.
- Bodies of Deceased Persons Amendment Regulation*, O.C. 82/18, A. Gaz. 1918.II.991.
- Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (1982, R.-U., ch. 11)].
- Child Welfare Act*, R.S.O., 1980, ch. 66.
- Code civil du Bas-Canada*.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.
- Code criminel*, 1892, 55 & 56 Vict., ch. 29.
- Code des droits de la personne (1981)*, L.O. 1981, ch. 53.
- Corneal Grafting Act*, S.N.B. 1957, ch. 7.
- Coroners' Act*, R.S.O. 1980, ch. 93.
- Coroners Amendment Act, 1984, The*, S.S. 1983-84, ch. 32.
- Fatality Inquiries Act*, R.S.A. 1980, ch. F-6.
- Fatality Inquiries Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 164.
- Human Tissue Act, 1971, The*, S.N. 1971, n° 66.
- Human Tissue Gift Act*, R.S.A. 1980, ch. H-12.
- Human Tissue Gift Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 187.
- Human Tissue Gift Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 215, mod. par S.N.S. 1991, ch. 13.
- Human Tissue Gift Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-13.
- Human Tissue Gift Act*, R.S.Y.T. 1986, ch. 89.
- Human Tissue Gift Act, The*, R.S.S. 1978, ch. H-15.
- Human Tissue Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, ch. H-4.
- Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. (1985), ch. C-6.
- Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2*, S.C. 1974-75-76, ch. 105.
- Loi de 1984 sur les services à l'enfance et à la famille*, L.O. 1984, ch. 55.
- Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148 ; S.C. 1970-71-72, ch. 63.
- Loi des aliments et drogues — Modification*, Gaz. Can. 1988.I.3660 (3 septembre 1988).
- Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, ch. 39.
- Loi modifiant la Loi sur la protection de la santé publique*, L.Q. 1990, ch. 55.
- Loi modifiant le droit pénal (peine capitale)*, S.C. 1973-74, ch. 38.
- Loi sur l'anatomie*, L.R.O. 1980, ch. 21.
- Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5.
- Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q., ch. P-35.
- Loi sur la quarantaine*, L.R.C. (1985), ch. Q-1.
- Loi sur la recherche des causes et des circonstances des décès*, L.R.Q., ch. R-0.2.
- Loi sur le don des tissus humains*, L.R.O. 1980, ch. 210.

Loi sur le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social, L.R.C. (1985), ch. N-10.
Loi sur le ministère des Anciens combattants, L.R.C. (1985), ch. V-1.
Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. (1985), ch. F-27.
Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, mod. par L.R.C. (1985), ch. 33 (3^e suppl.).
Loi sur les cimetières, L.R.O. 1980, ch. 59.
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5.
Loi sur les pénitenciers, L.R.C. (1985), ch. P-5.
Loi sur les statistiques de l'état civil, L.R.M. 1987, ch. V60.
Loi sur les tissus humains, L.M. 1987-88, ch. 39.
Loi sur les tissus humains, L.R.N.-B. 1973, ch. H-12.
Loi uniforme sur le don de tissus humains (1989), Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada.
Loi uniforme sur les dons de tissus humains (1971), Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada.
 Projet de loi 125, *Code civil du Québec*, 1^{re} session, 34^e législature (Québec) (1990), maintenant L.Q. 1991, ch. 64.
Regulations under the Food and Drugs Act, C.P. 1942-9056, Gaz. Can. 1942.I.2151.
Règlement sur l'immigration de 1978, al. 19(1)f), mod. par DORS/84-849, Ann., par 1(1).
Règlement sur le traitement des anciens combattants, C.R.C., ch. 1585.
Règlement sur les aliments et drogues — Modification, DORS/85-1022 (plasmaphérèse).
Règlement sur les instruments médicaux, C.R.C., ch. 871.
Règlement sur les instruments médicaux — Modification, DORS/82-914.
Règlement sur les soins de santé pour anciens combattants, DORS/90-594.
 Regulation to Amend Ontario Regulation 518/88 made under the *Public Hospitals Act*, O. Reg. 34/90.
Tarif des douanes, L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.).
Uniform Cornea Transplant Act (1959), Conférence des Commissaires pour l'uniformité de la législation au Canada.

Australie

Anatomy (Human Tissue) Amendment Act, 1983, 1983 S.N.S.W., No. 165.
Criminal Code Act de 1983 du Northern Territory of Australia.
Human Tissue Act 1982, 1982 A. Vic., No. 9860.
Human Tissue Act, 1985, 1985/86 S.L. Tasm., No. 118.
Human Tissue and Transplant Act, 1982, 1982 S.W. Austr., No. 116.
Human Tissue Transplant Act 1979, 1979 N. Terr., No. 121.
Transplantation and Anatomy Act, 1979, 1979 S. Qld, No. 74.
Transplantation and Anatomy Act, 1983, 1983 S. S. Austr. No. 11.
Transplantation and Anatomy Ordinance 1978, 1978 L. Austr. Cap. Terr. No. 44.

Belgique

Loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes.

États-Unis

18 Pennsylvania Purdens Penn. Cons. Stat. Ann., art. 5510 (Purdon 1890).
 18 USC 3567 (la peine de mort pour les infractions fédérales peut comprendre la dissection), abrogée en 1987.
An Act more effectively to Protect the Sepulchres of the Dead and to Legalize the Study of Anatomy in Certain Cases, 1831 Laws of the Commonwealth of Massachusetts, ch. 57.
California Health and Safety Code, art. 7052 (West 1988 Supp.).
Food, Drug & Cosmetic Act, 21 USC 301 et suiv. (en particulier art. 321, 381).
Kan. Stat. Ann., art. 77-202 (1970).

Mass. Genl L. Ann., ch. 139, art. 14 (1989 Supp.).
Md Estate & Trusts C. Ann., art. 4-509.1 (1989 Supp.).
Minn. Stat. Ann., art. 145.422 (West 1988 Supp.).
Model Penal Code, art. 250/0.
N.Y. Pub. Health Law, art. 2505, 4360 (McKinney 1991 Supp.).
National Organ Transplant Act 1984, Pub. L. n° 98-507, 98 Stat. 2339 (42 USCS art. 273, 274, 1320b-8, tel que mod.).
Organ Transplant Amendments Act of 1988, Pub. L. n° 100-607, art. 407, 102 Stat. 3114 (1088) (modifiant 42 USC art. 274 (c)(1)).
Restatement of the Law of Contracts (Second), art. 173, 177 (1979).
Transplant Amendments Act of 1990, Pub. L. n° 101-616, 104 Stat. 379.
Uniform Anatomical Gift Act (1987), 8A U.L.A. (1990 Supp.).
Uniform Determination of Death Act (1980), 12 U.L.A. 320 (1990 Supp.).
U.S. Organ Procurement Protocols, 53 *Fed. Reg.* 6,526, 6,527, 6,544 (1988) (figure dans 42 C.F.R.).

France

Arrêté du 15 juillet 1987, J.O., 4 août 1987, 8769.
Arrêté du 24 septembre 1990 fixant le nombre d'unités de transplantations rénales, cardiaques et hépatiques.
Arrêté du 24 septembre 1990 relatif à l'organisation de l'activité d'allogreffe de moelle osseuse par établissement et par unité.
Arrêté du 24 septembre 1990 relatif à l'organisation de l'activité de transplantation d'organes, par établissement et par unité, à l'exception de l'activité d'allogreffe de moelle osseuse.
Arrêté du 24 septembre 1990 relatif à la gestion et au financement de la liste des patients en attente de transplantation.
Arrêté du 24 septembre 1990 relatif à la composition du dossier de demande d'autorisation d'effectuer les transplantations d'organes.
Arrêté du 24 septembre 1990 relatif aux modalités d'évaluation des activités de transplantations d'organes.
C. Pén., art. 309, 360 (Dalloz, 1988-89).
Circulaire du 3 avril 1978, J.O., 5 avril 1978, 1530 ; *C. Santé Pub.*, Ann. VI.
Conseil d'État, *Avant-projet de loi sur les sciences de la vie et les droits de l'homme*, 1988.
Décret n° 78-501 du 31 mars 1978, J.O., 4 avril 1978, 1497.
Décret n° 90-844 du 24 septembre 1990, J.O., 25 septembre 1990, 11606, modifiant le décret 78-501 du 31 mars 1978 pris pour l'application de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes.
Décret n° 90-845 du 24 septembre 1990, J.O., 25 septembre 1990, 11607, relatif aux activités de transplantations d'organes nécessitant un traitement immunodépresseur.
Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976, J.O. 23 décembre 1976, 7365.
Loi n° 89-899 du 18 décembre 1989, J.C.P. 1990.III.15736.

Grande-Bretagne

An Act for better preventing the horrid Crime of Murder, 25 Geo. II, ch. 37, abrogé par 9 Geo. 4, ch. 31.
An Act to Regulate and Facilitate the Study of Anatomy, 7 Vict., ch. 5.
Anatomy Act, 2 & 3 Will. IV, ch. 95.
Corneal Grafting Act, 1952, The, 15 & 16 Geo. VI & 1 Eliz. II, ch. 28.
For Barbers and Surgeons, 32 Hy. VIII, ch. 42 (Charte des barbiers-chirurgiens de Londres).
Human Organ Transplants Act 1989, The, ch. 31.
Human Tissue Act, 1961, 9 & 10 Eliz. II, ch. 54.

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (autrefois Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867).
Witchcraft Act of 1735.

Turquie

Loi n° 2238 du 29 mai 1979 relative au prélèvement, au stockage, au transfert et à la greffe d'organes et de tissus, *T.C. Resmî Gazete*, n° 16655, 3 juin 1979.

ANNEXE E

Traités et ententes internationaux

Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, partie A de l'Annexe de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada — États-Unis*, S.C. 1988 ch. 65.

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (1947).

Communautés européennes, Directive du Conseil n° 89/381 du 14 juin 1989 (sur les produits du sang humain), *J. officiel Comm. eur.* (28 juin 1989).

Conseil de l'Europe, Recommandation n° R(79) du Comité des Ministres aux États membres concernant le transport et l'échange internationaux de substances d'origine humaines.

Conseil de l'Europe, « Résolution (78)29 sur l'harmonisation des législations des États membres relatives aux prélèvements, greffes et transplantations de substances d'origine humaine ».

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950).

United Network for Organ Sharing Policies (1988), 3.14 (Accord provisoire É.-U.-Canada).



Bibliographie sélective

- AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL TO EXAMINE THE DEFINITION OF BRAIN DEATH, « A Definition of Irreversible Coma » (1968), 205 *JAMA* 337.
- AMERICAN HOSPITAL ASSOCIATION, AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, UNITED NETWORK FOR ORGAN SHARING, *Required Request Legislation: A Guide for Hospitals on Organ & Tissue Donation*, AHA, AMA, UNOS, 1988.
- AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, COUNCIL ON SCIENTIFIC AND JUDICIAL AFFAIRS, « Persistent Vegetative State and the Decision to Withdraw or Withhold Life Support » (1990), 263:3 *JAMA* 426.
- ANDERSEN Kathleen S. et Daniel M. Fox, « The Impact of Routine Inquiry Laws and Organ Donation » (1988), 7 *Health Aff.* 65.
- ANDREWS, Lori B., « My Body, My Property » (1986), 16:5 *Hast. Cent. Rep.* 28.
- ANNAS, George J., « Brain Death and Organ Donation: You Can Have One without the Other » (1988), 18:3 *Hast. Cent. Rep.* 28.
- , « From Canada with Love: Anencephalic Newborns as Organ Donors? » (1987), 17:6 *Hast. Cent. Rep.* 36.
- APPELBAUM, Paul S. et Thomas GRISSE, « Assessing Patients' Capacities to Consent to Treatment » (1988), 319:25 *N. Engl. J. Med.* 1635.
- AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION, *Human Tissue Transplants*, Rapport n° 7, Brisbane, Watson Ferguson & Co., 1977.
- BALL, James Moores, *The Sack-Em-Up Men: An Account of the Rise and Fall of the Modern Resurrectionists*, Londres, Oliver and Boyd, 1928.
- BATTEN, Helen Levine et Jeffrey M. PROTAS, « Kind Strangers: The Families of Organ Donors » (1987), 6:2 *Health Aff.* 35.
- BEAK CONSULTANTS, *Regulatory Policy Options for Canadian Biotechnology*, Mississauga (Ont.), Beak Consultants, 1987.
- BEAUCHAMP, Tom L. et James F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 3^e éd., New York, Oxford University Press, 1989.
- BELL, E. et M. ROSENBERG, « The Commercial Use of Cultivated Human Cells » (1990), 22:3 *Transplant. Proc.* 971.
- BLAKE Peter G. et Carl J. CARDELLA, « Kidney Donation by Living Unrelated Donors » (1989), 141:8 *Journal de l'Association médicale canadienne* 773.
- BOTKIN, Jeffrey, R., « Anencephalic Infants as Organ Donors » (1988), 82:2 *Pediatrics* 250.
- BOWKER, W.F., « Minors and Mental Incompetents: Consent to Experimentation, Gifts of Tissue and Sterilization » (1981), 26 *R.D. McGill* 951.
- BRAHAMS, Diana, « Kidneys for Sale » (1989), 139:6393 *New L.J.* 159.
- BRITTEN, Anthony F.H., « Worldwide Supply of Blood and Blood Products » (1987), 11:1 *World J. Surg.* 82.
- BUSKARD, Noël A., « A Register of Life: The First Year of the Unrelated Bone Marrow Donor Registry » (1989), 141:6 *Journal de l'Association médicale canadienne* 600.
- CAPLAN, Arthur L., « Ethical and Policy Issues in the Procurement of Cadaver Organs for Transplantation » (1984), 311:15 *N. Engl. J. Med.* 981.
- , « Professional Arrogance and Public Misunderstanding » (1988), 18:2 *Hast. Cent. Rep.* 34.
- CAPLAN, Arthur L. et Beth VIRNING, « Is Altruism Enough? Required Request and the Donation of Cadaver Organs and Tissues in the United States » (1990), 6:4 *Critical Care Clinics* 1007.

- CAPRON, Alexander Morgan, « Anencephalic Donors: Separate the Dead from the Dying » (1987), 17:1 *Hast. Cent. Rep.* 5.
- Case Comment, « Coerced Donation of Body Tissues: Can We Live with *McFall v. Shimp* » (1979), 20 *Ohio St. L.J.* 409.
- CASTEL, J.-G., « Some Legal Aspects of Human Organ Transplantation in Canada » (1968), 46:3 *R. du B. can.* 345.
- CENTRE FÉDÉRAL SUR LE SIDA, « Lignes de conduite pour la prévention de l'infection à VIH dans la transplantation d'organe et de tissus » (octobre 1989), 15S4 (Suppl.) *Rapport hebdomadaire des maladies du Canada*.
- CHILDRESS, James F., « Ethical Criteria for Procuring and Distributing Organs for Transplantation » (1989), 14:1 *J. Health Pol. Pol'y L.* 87.
- , « Some Moral Connections between Organ Procurement and Organ Distribution » (1987), 3 *J. Contemp. Health Law Pol'y* 85.
- COHEN, Lloyd R., « Increasing the Supply of Transplant Organs: The Virtues of a Futures Market » (1989), 58 *Geo. Wash. L. Rev.* 1.
- COHEN, M.R., « Property and Sovereignty » (1927), 13 *Cornell L.Q.* 8.
- COMITÉ CONSULTATIF FÉDÉRAL-PROVINCIAL DES SERVICES EN ÉTABLISSEMENT ET DES SERVICES MÉDICAUX, SOUS-COMITÉ SUR LES PROGRAMMES INSTITUTIONNELS, *Services hospitaliers et don d'organes et de tissus : Guide pour l'établissement de normes régissant les services spéciaux dans les hôpitaux*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1988.
- COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, « Avis sur l'expérimentation médicale et scientifique sur des sujets en état de mort cérébrale », dans *Éthique et recherche biomédicale : rapport 1988*, Paris, La Documentation française, 1989, p. 23.
- , « Avis sur les problèmes posés par le développement des méthodes d'utilisation de cellules humaines et de leurs dérivés », dans *Éthique et recherche biomédicale : rapport 1987*, Paris, La Documentation française, 1988, p. 18.
- COMITÉ DU CONGRÈS CANADIEN DE LA MORT CÉRÉBRALE, « Death and Brain Death: A New Formulation for Canadian Medicine » (1988), 138:5 *Journal de l'Association médicale canadienne* 405.
- COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les critères de détermination de la mort*, Document de travail n° 23, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1979.
- , *L'expérimentation biomédicale sur l'être humain*, Document de travail n° 61, Ottawa, la Commission, 1989.
- , *Les critères de détermination de la mort*, Rapport n° 15, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1981.
- , *Le traitement médical et le droit criminel*, Document de travail n° 26, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1980.
- COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU MANITOBA, *Report on The Human Tissue Act*, Rapport n° 66, Winnipeg, la Commission, 1986.
- CONGRÈS CANADIEN DES SCIENCES NEUROLOGIQUES, « A CMA Position : Guidelines for the Diagnosis of Brain Death » (1987), 136:2 *Journal de l'Association médicale canadienne* 200A.
- CONSEIL D'ÉTAT, *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*, 2^e éd., Paris, La Documentation française, 1988.
- CONSEIL DE L'EUROPE, *Organ transplantation: Current Legislation in Council of Europe Member States and Finland and Results of European Co-operation*, Strasbourg, le Conseil, 1987.
- , « Résolution (78)29 sur l'harmonisation des législations des États membres relatives aux prélèvements, greffes et transplantations de substances d'origine humaine » (1978), 29:4 *R.I.L.S.* 1172.
- , « 3^e Conférence des Ministre européens de la Santé : Texte final (transplantation d'organes) » (1988), 39:1 *R.I.L.S.* 294.
- CONSEIL DES SCIENCES DU CANADA, *La génétique et les services de santé au Canada*, Rapport n° 42, Ottawa, le Conseil, 1991.
- COUNCIL OF THE TRANSPLANTATION SOCIETY, THE, « Commercialisation in Transplantation: The problems and some Guidelines of Practice » (1985), 2:8457 *Lancet* 175.

- COWAN, D.H. et autres (dir.), *Human Organ Transplantation Societal, Medical-Legal, Regulatory, and Reimbursement Issues*, Ann Arbor (Mich.), Health Administration Press, 1987.
- COX, Mae, *Human Transplants in Canada*, Edmonton (Alb.), Human Parts Banks of Canada, 1978.
- CURRAN, Robert Emmett, *Canada's Food and Drug Laws*, New York, Commerce Clearing House, 1953.
- DANFORTH, M., « Cells, Sales, and Royalties: The Patients' Right to a Portion of the Profits » (1988), 6 *Yale L. & Pol'y Rev.* 179.
- DARBY, Joseph M. et autres, « Approach to Management of the Heartbeating "Brain Dead" Organ Donor » (1989), 261:15 *JAMA* 2222.
- DEVRIES, William C., « The Permanent Artificial Heart » (1988), 259:6 *JAMA* 849.
- DICKENS, Bernard M., « Case Comment: *Eve v. E.* » (1987), 2 *Can. Fam. L.Q.* 103.
- , « The Control of Living Body Materials » (1977), 27 *U.T.L.J.* 142.
- , « Legal and Ethical Issues in Buying and Selling Organs » (1987), 4 *Transplantation/Implantation Today* 15.
- DIERKENS, R., *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, Paris, Masson, 1966.
- DRAÏ, Raphaël et Michèle HARICHAUX (dir.), *Bioéthique et droit*, Paris, P.U.F., 1988.
- DUKEMINIER, Jesse et David SANDERS, « Organ Transplantation: A Proposal for Routine Salvaging of Cadaver Organs » (1968), 279:8 *N. Engl. J. Med.* 413.
- EVANS, Martyn, « Organ Donations Should Not Be Restricted To Relatives » (1989), 15:1 *J. Med. Ethics* 17.
- FEINBERG, Joel, « The Mistreatment of Dead Bodies » (1985), 15:1 *Hast. Cent. Rep.* 31.
- FREEDMAN, B., « The Anencephalic Organ Donor: Affect, Analysis, and Ethics » (1988), 20:4 (Suppl. 5) *Transplant. Proc.* 57.
- GALLOUX, Jean-Christophe, « Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français » (1989), 30 *C. de D.* 1011.
- GAYLIN, Willard, « Harvesting the Dead » (1974), 249 *Harper's* 23.
- HAGEN, Piet J., *Blood: Gift or Merchandise*, New York, Alan R. Liss, 1982.
- HANSMANN, Henry, « The Economics and Ethics of Markets for Human Organs » (1989), 14:1 *J. Health Pol. Pol'y L.* 57.
- HARRISON, Michael R., « The Anencephalic Newborn as Organ Donor » (1986), 16:2 *Hast. Cent. Rep.* 21.
- HASTINGS CENTER, THE, *Ethical, Legal and Policy Issues Pertaining to Solid Organ Procurement*, Hastings-on-Hudson (N.Y.), Hastings Center, 1985.
- HELEINE, François, « 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.
- HERBRAND, John S., « Validity, Construction, and Application of Statutes Making It a Criminal Offense to Mistreat or Wrongfully Dispose of Dead Body », 81 *A.L.R.* 3d 1071.
- HERMITTE, Marie-Angèle, « Le corps hors du commerce, hors du marché » (1988), 33 *Arch. Phil. Dr.* 323.
- HOULIHAN, P.J., *Life without End: The Transplant Story*, Toronto, NC Press, 1988.
- INGRAM, John Dwight, « State Interference with Religiously Motivated Decisions on Medical Treatment » (1988), 93 *Dick. L. Rev.* 41.
- INSTITUTE OF MEDICINE, *Assessing Medical Technologies*, Washington (D.C.), National Academy Press, 1985.
- ISERSON, Kenneth V. et Charles M. CULVER, « Using a Cadaver to Practice and Teach » (1986), 16:3 *Hast. Cent. Rep.* 28.
- JAFFE, Erik S., « She's Got Bette Davis[s] Eyes: Assessing the Nonconsensual Removal of Cadaver Organs under the Takings and Due Process Clauses » (1990), 90 *Colum. L. Rev.* 528.
- JANSEN, R.P., « Sperm and Ova as Property » (1985), 11 *J. Med. Ethics* 123.
- JOHNSON, Karen L., « The Sole of Human Organs Implicating Privacy Right » (1987), 21 *Val. U. L. Rev.* 741.
- KANT, Immanuel, *Fondement de la métaphysique des mœurs*, trad. par J. Muglioni, Paris, Bordas, 1988.
- KASS, Leon R., « Thinking About the Body » (1985), 15:1 *Hast. Cent. Rep.* 20.
- KATZ, Jay, *The Silent World of Doctor and Patient*, New York, Free Press, 1984.
- KATZ, Jay et Alexander Morgan CAPRON, *Catastrophic Diseases: Who Decides What?*, New York, Russell Sage Foundation, 1975.

- KEVORKIAN, Jack, « Marketing of Human Organs and Tissues Is Justified and Necessary » (1989), 7:6 *Med. L.* 557.
- KEYSERLINGK, Edward W., « A Legal Definition of Death: Can It Affect Supply of Tissue and Organs? » (1985), 17:6 (Suppl. 4) *Transplant. Proc.* 47.
- KIRN, T.F., « Tissue Banking in Midst of Revolution of Expansion as More Uses Are Found for Various Transplants » (1987), 258:3 *JAMA* 302.
- KLEIN, Harvey, « Transfusion Medicine: the Revolution of a New Discipline » (1987), 258:15 *JAMA* 2108.
- LASSEK, Arthur M., *Human Dissection: Its Drama and Struggle*, Springfield (Ill.), Charles Thomas, 1958.
- LAWRENCE, D.G., « "Resurrection" and Legislation or Body-Snatching in Relation to the Anatomy Act in the Province of Quebec » (1958), 32:5 *Bull. Hist. Med.* 408.
- Lignes directrices pour les centres de transplantation des organes vitaux*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986.
- MACPHERSON, C.B. (dir.), *Property: Mainstream and Critical Positions*, Toronto, University of Toronto Press, 1978.
- MARTYN, Susan R., « Using the Brain Dead for Medical Research (1986), *Utah L. Rev.* 1.
- MARTYN, Susan, Richard WRIGHT et Leo CLARK, « Required Request for Organ Donation: Moral, Clinical, and Legal Problems » (1988), 18:2 *Hast. Cent. Rep.* 27.
- MARUSYK, Randy W. et Margaret S. SWAIN, « A Question of Property Rights in the Human Body » (1989), 21 *Rev. d'Ottawa* 351.
- MATHIEU, Deborah (dir.), *Organ Substitution Technology: Ethical, Legal, and Public Policy Issues*, Boulder (Colo.), Westview, 1988.
- MATTHEWS, Paul, « Whose Body? People as Property » (1983), 36 *Current Legal Problems* 193.
- MAY, William F., « Religious Justifications for Donating Body Parts » (1985), 15:1 *Hast. Cent. Rep.* 38.
- MAYRAND, A., *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1975.
- MCDONALD, John C., « The National Organ Procurement and Transplantation Network » (1988), 295:5 *JAMA* 725.
- MEDICAL TASK FORCE ON ANENCEPHALY, THE, « The Infant with Anencephaly » (1990), 322:10 *N. Engl. J. M.* 669.
- MEULDERS-KLEIN, M.T., « The Right over One's Own Body: Its Scope and Limits in Comparative Law » (1983), 6 *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.* 29.
- MEYERS, D.W., *The Human Body and the Law*, Chicago, Aldine Atherton, 1970.
- MURRAY, Thomas H., « Gifts of the Body & the Needs of Strangers » (1987), 17 *Hast. Cent. Rep.* 30.
- , « On the Human Body as Property: The Meaning of Embodiment, Markets, and the Meaning of Strangers » (1987), 20 *U. Mich. J.L. Ref.* 1055.
- NATIONAL HEALTH AND MEDICAL RESEARCH COUNCIL, *A Code of Practice for Transplantation of Cadaveric Organs*, Canberra, le Conseil, 1982.
- NEW JERSEY COMMISSION ON LEGAL AND ETHICAL PROBLEMS IN THE DELIVERY OF HEALTH CARE, *Problems and Approaches in Health Care Decisionmaking*, New Jersey, la Commission, 1990.
- NEW YORK STATE TASK FORCE ON LIFE AND THE LAW, THE, *The Determination of Death*, 2^e éd., New York, The Task Force, 1989.
- , *Transplantation in New York State: The Procurement and Distribution of Organs and Tissues*, New York, The Task Force, 1988.
- NOLAN, Barbara E. et Nicholas P. SPANOS, « Psychosocial Variables Associated with Willingness to Donate Organs » (1989), 141:1 *Journal de l'Association médicale canadienne* 27.
- NOTE, « Compulsory Removal of Cadaver Organs » (1969), 69 *Colum. L. Rev.* 693.
- , « Incubating for the State: The Precarious Autonomy of Persistently Vegetative and Brain-Dead Pregnant Women » (1988), 22 *Ga L. Rev.* 1103.
- , « Ownership of Human Tissue: Life after *Moore v. Regents of the University of California* (1989), *Va. L. Rev.* 1363.

- , « Refining the Law of Organ Donation: Lessons from the French Law of Presumed Consent » (1987), 19 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol'y* 1013.
- , « Regulating the Sale of Human Organs » (1985), 71 *Va L. Rev.* 1015.
- , « Restructuring Informed Consent: Legal Theory for the Doctor-Patient Relationship » (1970), 79 *Yale L.J.* 1533.
- , « Tax Consequences of Transfers of Bodily Parts » (1973), 73 *Colum. L. Rev.* 842.
- , « The Sale of Human Body Parts » (1973-1974), 72 *Mich. L. Rev.* 1182.
- , « Toward the Right of Commerciality: Recognizing Property Rights and the Commercial Value of Human Tissue » (1986), 34 *U.C.L.A. L. Rev.* 207.
- ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, *Health Aspects of Human Rights: With Special Reference to Developments in Biology and Medicine*, Genève, l'Organisation, 1976.
- ORLOWSKI, James, George A. KANOTI et Maxwell J. MEHLMAN, « The Ethics of Using Newly Dead Patients for Teaching and Practicing Intubation Techniques » (1988), 319:7 *N. Engl. J. Med.* 439.
- PETERS, David A., « Protecting Autonomy in Organ Procurement Procedures: Some Overlooked Issues » (1986), 64 *Milbank Mem. Fund Q.* 241.
- PICARD, Ellen I., *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1984.
- PROTTAS, Jeffrey M., « Encouraging Altruism: Public Attitudes and the Marketing of Organ Donation » (1983), 61 *Milbank Mem. Fund Q.* 278.
- , « The Rules for Asking and Answering: The Role of Law in Organ Donation » (1985), 63 *U. Det. L. Rev.* 183.
- QUAY, Paul M., « Utilizing the Bodies of the Dead » (1984), 28 *St. Louis U. L.J.* 889.
- R.-U., *Report from the Select Committee on Anatomy*, Londres, 1829.
- RADIN, Margaret Jane, « Market-Inalienability » (1986-1987), 100 *Harv. L. Rev.* 1849.
- , « Property and Personhood » (1982), 34 *Stan. L. Rev.* 957.
- RAMSEY, Paul, *The Patient as Person: Explorations in Medical Ethics*, New Haven, Yale University Press, 1970.
- Rapport du Comité consultatif sur le stockage et l'utilisation du sperme humain au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social*, Ottawa, Santé et Bien-être social Canada, 1981.
- REGISTRE CANADIEN DES INSUFFISANCES ET DES TRANSPLANTATIONS D'ORGANES, LE, *Rapport 1989*, Don Mills (Ont.), Hospital Medical Records Institute, 1991.
- Report of the Alberta Human Tissue Procurement Task Force*, Edmonton (Alb.), The Task Force, 1985.
- « Report of the Committee Studying the Uniform Human Tissue Gift Act to the Uniform Law Section of the Uniform Law Conference of Canada », dans CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA, *Proceedings of the Seventy-first Annual Meeting*, Fredericton (N-B.), la Conférence, 1990, p. 219.
- « Report of the Massachusetts Task Force on Organ Transplantation » (1985), 13:1 *Law Med. Health Care* 8.
- Report of the Working Group on Vital Organ Transplant Centres to the Deputy Ministers of Health* (septembre 1985) [non publié].
- Review of Organ and Tissue Donation and Transplantation in Saskatchewan*, Regina (Sask.), Ministry of Health, 1987.
- ROBERTS, Russell D. et Michael J. WOLKOFF, « Improving the Quality and Quantity of Whole Blood Supply: Limits to Voluntary Arrangements » (1988), 13:1 *J. Health Pol. Pol'y L.* 167.
- ROCK, Gail et autres, « Registry of Unrelated Bone Marrow Donors » (1987), 137:3 *Journal de l'Association médicale canadienne* 294.
- RODGERS, Sanda, « The Canadian Blood Delivery System: Liability for Blood Related Injuries » (1989), 21 *Rev. d'Ottawa* 311.
- ROZOVSKY, Lorne Elkin, « Death, Dead Bodies and the Law » (1970), 47:7 *Can. Hosp.* 52.
- SADLER, Alfred M. et Blair L. SADLER, « A Community of Givers, Not Takers » (1984), 14:5 *Hast. Cent. Rep.* 6.
- SCHMECK, Harold M., *The Semi-Artificial Man*, New York, Walker, 1965.
- SCOTT, Russell, *The Body as Property*, New York, Viking Press, 1981.
- SHARPE, Gilbert, « Commerce in Tissue and Organs » (1985), 17:6 (Suppl. 4) *Transplant. Proc.* 33.
- , *The Law & Medicine in Canada*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1987.

- SHEPHERD, Francis J., *Reminiscences of Student Days and Dissecting Room*, Montréal, 1919.
- SHEWMON, D. Alan et autres, « The Use of Anencephalic Infants as Organ Sources — A Critique » (1989), 261:13 *JAMA* 1773.
- SIPES, Daphne, « Requesting Organ Donations: A New State Approach to Organ Transplants » (1987), 8:2 *Health L. Can.* 39.
- SKEGG, P.D.G., « Authorization of the Removal of Cadaveric Transplant Material at Common Law » (1978), 18 *Med. Sci. L.* 90.
- , « Human Corpses, Medical Specimens and the Law of Property » (1975), 4 *Anglo-Am. L. Rev.* 412.
- SMITH, A.T., « Stealing the Body and Its Parts », [1976] *Crim. L. Rev.* 622.
- SMITH, B., « Intimations of Life: Extra-corporeality and the Law » (1985-1986), 21 *Gonz. L. Rev.* 395.
- SMITH, David Randolph, « Legal Recognition of Neocortical Death » (1986), 71 *Cornell L. Rev.* 850.
- SOCIÉTÉ CANADIENNE DE PÉDIATRIE, COMITÉ DE BIOÉTHIQUE, « Transplantation of Organs from Newborns with Anencephaly » (1990), 142:7 *Journal de l'Association médicale canadienne* 715.
- SOMERVILLE, Margaret A., *Le consentement à l'acte médical*, Document d'étude préparé pour la Commission de réforme du droit du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1980.
- , « Medical Interventions and the Criminal Law: Lawful or Excusable Wounding? » (1980-1981), 26 *R.D. McGill* 82.
- , « "Procurement" vs. "Donation" — Access to Tissues and Organs for Transplantation: Should "Contracting Out" Legislation Be Adopted? » (1985), 17:6 (Suppl. 4) *Transplant. Proc.* 53.
- STARKMAN, Bernard, « A Defence to Criminal Liability for Performing Surgical Operations: Section 45 of the *Criminal Code* » (1980-1981), 26 *R.D. McGill* 1048.
- STEINBROOK, P., « Kidneys for Transplantation » (1981), 6:4 *J. Health Pol. Pol'y L.* 504.
- STUART, Don, *Canadian Criminal Law*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1987.
- TASK FORCE ON ORGAN DONATION, *Organ Donation in the Eighties: The Minister's Task Force on Kidney Donation*, Toronto, The Task Force, 1985.
- TITMUSS, Richard M., *The Gift Relationship: From Human Blood to Social Policy*, Londres, George Allen & Unwin, 1970.
- U.S. CENTERS FOR DISEASE CONTROL, « Safety of Therapeutic Products Used for Hemophilia Patients » (1988), 37:29 *Morbidity Mortality Wkly Rptr* 441.
- , « Semen Banking, Organ and Tissue Transplantation, and HIV Antibody Testing » (1988), 259:9 *JAMA* 1301.
- U.S. CONGRESS, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, *Blood Policy & Technology*, Washington (D.C.), Office of Technology Assessment, 1985.
- , *Commercial Biotechnology: An International Analysis*, Washington (D.C.), Office of Technology Assessment, 1984.
- , *New Developments in Biotechnology: Ownership of Human Tissues and Cells*, document préparé par Gladys B. WHITE et autres, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1987.
- , *New Developments in Biotechnology: Patenting Life*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1989.
- , *Recombinant Erythropoietin: Payment Options for Medicare*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1990.
- U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, PUBLIC HEALTH SERVICE, AGENCY FOR HEALTH CARE POLICY AND RESEARCH, *Health Technology Assessment Reports, 1990: Assessment of Liver Transplantation*, Rockville (Md.), Department of Health and Human Services, 1990.
- U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, *Report on the Scientific and Clinical Status of Organ Transplantation*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1988.
- U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, PUBLIC HEALTH SERVICE, NATIONAL CENTER FOR HEALTH SERVICES RESEARCH AND HEALTH CARE TECHNOLOGY ASSESSMENT, *Reassessment of Autologous Bone Marrow Transplantation*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1988.
- U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, PUBLIC HEALTH SERVICE, TASK FORCE ON ORGAN TRANSPLANTATION, *Organ Transplantation: Issues and Recommendations*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1986.

- U.S. PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, *Defining Death: A Report on the Medical, Legal and Ethical Issues in the Determination of Death*, Washington (D.C.), la Commission, 1981.
- VEATCH, R.M., *Case Studies in Medical Ethics*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977.
- WAITE, Frederick C., « The Development of Anatomical Laws in the States of New England » (1945), 233:24 *N. Engl. J. Med.* 716.
- WORTHINGTON, Edward Dagge, *Reminiscences of Student Life and Practice*, Sherbrooke (Qc), Walton, 1897.



Liste des rapports et documents de travail de la Commission

Rapports au Parlement

1. *La preuve** (19 déc. 1975)
2. *Principes directeurs — Sentences et mesures non sentencielles dans le processus pénal** (6 févr. 1976)
3. *Notre droit pénal* (25 mars 1976)
4. *L'expropriation** (8 avril 1976)
5. *Le désordre mental dans le processus pénal** (13 avril 1976)
6. *Le droit de la famille** (4 mai 1976)
7. *L'observance du dimanche** (19 mai 1976)
8. *La saisie des rémunérations versées par la Couronne du chef du Canada** (19 déc. 1977)
9. *Procédure pénale — Première partie : amendements divers** (23 févr. 1978)
10. *Les infractions sexuelles** (29 nov. 1978)
11. *Le chèque** (8 mars 1979)
12. *Le vol et la fraude** (16 mars 1979)
13. *Les commissions consultatives et les commissions d'enquête** (18 avril 1980)
14. *Le contrôle judiciaire et la Cour fédérale** (25 avril 1980)
15. *Les critères de détermination de la mort** (8 avril 1981)
16. *Le jury** (28 juill. 1982)
17. *L'outrage au tribunal** (18 août 1982)
18. *L'obtention de motifs avant la formation d'un recours judiciaire — Commission d'appel de l'immigration** (16 déc. 1982)
19. *Le mandat de main-forte et le télémandat** (22 juill. 1983)
20. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (11 oct. 1983)
21. *Les méthodes d'investigation scientifiques : l'alcool, la drogue et la conduite des véhicules** (10 nov. 1983)
22. *La communication de la preuve par la poursuite** (15 juin 1984)
23. *L'interrogatoire des suspects* (19 nov. 1984)
24. *Les fouilles, les perquisitions et les saisies* (22 mars 1985)
25. *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne* (12 juin 1985)
26. *Les organismes administratifs autonomes** (23 oct. 1985)
27. *La façon de disposer des choses saisies* (24 avril 1986)
28. *Quelques aspects du traitement médical et le droit pénal** (12 juin 1986)
29. *L'arrestation* (6 nov. 1986)
30. *Pour une nouvelle codification du droit pénal, vol. 1* (3 déc. 1986)
31. *Pour une nouvelle codification du droit pénal — Édition révisée et augmentée du rapport n° 30* (19 mai 1988)
32. *Notre procédure pénale* (21 juin 1988)

33. *Pour une nouvelle codification de la procédure pénale, Volume premier, Titre premier* (27 février 1991)
34. *Les peuples autochtones et la justice pénale* (11 déc. 1991)

Documents de travail

1. *Le tribunal de la famille** (1974)
2. *La notion de blâme — La responsabilité stricte** (1974)
3. *Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence** (1974)
4. *La communication de la preuve** (1974)
5. *Le dédommagement et l'indemnisation** (1974)
6. *L'amende** (1974)
7. *La déjudiciarisation** (1975)
8. *Les biens des époux** (1975)
9. *Expropriation** (1975)
10. *Les confins du droit pénal : leur détermination à partir de l'obscénité** (1975)
11. *Emprisonnement — Libération** (1975)
12. *Les divorcés et leur soutien** (1975)
13. *Le divorce** (1975)
14. *Processus pénal et désordre mental** (1975)
15. *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire** (1975)
16. *Responsabilité pénale et conduite collective** (1976)
17. *Les commissions d'enquête — Une nouvelle loi** (1977)
18. *La Cour fédérale — Contrôle judiciaire** (1977)
19. *Le vol et la fraude — Les infractions** (1977)
20. *L'outrage au tribunal — Infractions contre l'administration de la justice** (1977)
21. *Les paiements par virement de crédit** (1978)
22. *Infractions sexuelles** (1978)
23. *Les critères de détermination de la mort** (1979)
24. *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux** (1979)
25. *Les organismes administratifs autonomes** (1980)
26. *Le traitement médical et le droit criminel** (1980)
27. *Le jury en droit pénal** (1980)
28. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (1982)
29. *Partie générale : responsabilité et moyens de défense* (1982)
30. *Les pouvoirs de la police : les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal** (1983)
31. *Les dommages aux biens — Le vandalisme* (1984)
32. *L'interrogatoire des suspects** (1984)
33. *L'homicide** (1984)
34. *Les méthodes d'investigation scientifiques** (1984)
35. *Le libelle diffamatoire* (1984)
36. *Les dommages aux biens — Le crime d'incendie* (1984)
37. *La juridiction extra-territoriale* (1984)

* Ces documents sont épuisés mais ils peuvent être consultés dans de nombreuses bibliothèques.

38. *Les voies de fait** (1984)
39. *Les procédures postérieures à la saisie* (1985)
40. *Le statut juridique de l'Administration fédérale** (1985)
41. *L'arrestation** (1985)
42. *La bigamie* (1985)
43. *Les techniques de modification du comportement et le droit pénal* (1985)
44. *Les crimes contre l'environnement** (1985)
45. *La responsabilité secondaire : complicité et infractions inchoatives* (1985)
46. *L'omission, la négligence et la mise en danger* (1985)
47. *La surveillance électronique* (1986)
48. *L'intrusion criminelle* (1986)
49. *Les crimes contre l'État* (1986)
50. *La propagande haineuse** (1986)
51. *Droit, objectifs publics et observation des normes** (1986)
52. *Les poursuites privées* (1986)
53. *La pollution en milieu de travail* (1986)
54. *La classification des infractions* (1986)
55. *Le document d'inculpation* (1987)
56. *L'accès du public et des médias au processus pénal* (1987)
57. *Les mesures assurant la comparution, la mise en liberté provisoire et la détention avant le procès* (1988)
58. *Les crimes contre le fœtus* (1989)
59. *Pour une cour criminelle unifiée* (1989)
60. *Les discussions et ententes sur le plaidoyer* (1989)
61. *L'expérimentation biomédicale sur l'être humain* (1989)
62. *Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne* (1990)
63. *L'autorité de la chose jugée, la réponse à l'accusation et le verdict* (1991)
64. *L'immunité contre les poursuites* (1992)
65. *La procréation médicalement assistée* (1992)

*Ces documents sont épuisés mais ils peuvent être consultés dans de nombreuses bibliothèques.