Document généré le 13 juil. 2025 11:14

Les Cahiers de droit

Une perspective nouvelle: le sujet reconnu comme objet du droit

Edith Deleury

Volume 13, numéro 4, 1972

URI : https://id.erudit.org/iderudit/1005053ar
DOI : https://doi.org/10.7202/1005053ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Deleury, E. (1972). Une perspective nouvelle: le sujet reconnu comme objet du droit. *Les Cahiers de droit*, *13*(4), 529–554. https://doi.org/10.7202/1005053ar

Tous droits réservés © Université Laval, 1972

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

Une perspective nouvelle : le sujet reconnu comme objet du droit

Edith DELEURY *

Les lois, dit-on, sont faites pour les hommes et toutes les règles juridiques peuvent donc être considérées comme suivant de près ou de loin la personnalité de l'homme [1]. Mais comment le droit considère-t-il la personne humaine, ou plutôt, comment la personne humaine apparaît-elle dans le droit? En d'autres termes, quel est le statut du sujet de droit? C'est ce que nous essaierons de dégager dans cet exposé consacré à l'étude de ce qu'on est convenu d'appeler « les droits de la personnalité ».

La notion de droit de la personnalité

Du seul fait qu'il vit, nous dit André Amiaud [2], et que la loi reconnaît son existence, tout individu a nécessairement des droits. Sans cela, son existence juridique ne se concevrait pas. Donc, s'il existe un certain nombre de droits inhérents à la personnalité humaine, la notion même de droits de la personnalité est cependant toute récente. Certes, les tribunaux n'ont jamais hésité à reconnaître l'existence de tels droits, mais ce n'est qu'au XX[e] siècle, et plus particulièrement ces dernières années, qu'ont été entreprises les premières tentatives de systématisation des droits de la personnalité. Il est vrai qu'historiquement, le problème de la défense de la personne humaine s'est posé en termes de droit public avant de s'étendre ensuite au droit privé. C'est donc en transposant, sur le plan du droit civil, la théorie des droits de l'homme qu'on a découvert les droits de la personnalité [3].

* Professeur, faculté de droit, Université Laval.

1. R. NERSON, *De la protection de la personnalité en droit privé français* travaux de l'association Henri CAPITANT, 1963, Paris, Dalloz, tome 13, 51–60.
2. *Les droits de la personnalité,* Travaux de l'association H. CAPITANT, *op. cit.*, t. 2 (1947), 293, 297.
3. Cf. R. NERSON, *op. cit., loc. cit., supra,* p. 64.

Il faut cependant ajouter que notre *Code civil*, traitant plutôt du droit du patrimoine que du droit des personnes [4], n'a pas fait mention des droits de la personnalité. Mais comme le souligne, A. Amiaud, à cette époque, la vie sociale n'avait pas le développement intense qu'elle a pris dans notre monde mécanisé: « Les droits de la personnalité avaient moins d'occasion de se heurter contre les droits concurrents d'autrui. L'affirmation de leur existence en droit civil était moins nécessaire » [5]. Ce ne sont donc pas tant ces facteurs que l'incertitude qui affecte la notion même de droit de la personnalité qui explique l'absence de systématisation en la matière.

Ces droits en effet, présentent des contours incertains. Il existe plusieurs écoles de pensée sur le sujet. Certains même, nient l'existence d'une catégorie particulière de droits se rattachant à la personnalité [6]. D'autres, au contraire, les font découler de l'existence d'un droit plus général de la personnalité, encore que pour la plupart des auteurs, la question se résume à un problème de classification [7]. De fait, il existe de nombreuses divergences quant à la détermination de ces droits. Quoi qu'il en soit, il n'entre pas dans notre propos, alors que l'existence de droits se rattachant à la personnalité vient tout juste d'être affirmée dans notre code [8], de nous demander s'il convient d'avoir recours à tel ou tel concept de systématisation. Nous nous efforcerons plus simplement de décrire les diverses situations juridiques dans lesquelles on s'accorde à reconnaître la nécessité de protéger les valeurs humaines attachées à la personnalité, ainsi que les techniques utilisées pour assurer leur protection.

À cette fin, et sans prétendre en présenter une énumération exhaustive, nous regrouperons leur étude autour de deux thèmes. Suivant sur ce point une division classique, nous verrons tout d'abord comment la loi permet d'assurer le respect de l'intégrité et de la liberté physique des particuliers et comment, d'autre part, elle sanctionne les atteintes qui peuvent être portées à leur intégrité morale. Cependant, dans la mesure où, dans certains cas, il peut y avoir interférence des solutions données par le droit public et le droit privé, nous nous efforcerons au préalable de préciser en quels termes le problème peut

---

4. Cf. J.-L. BAUDOUIN, *La personne humaine au centre du droit québécois*, (1966) 26 *R. du B.* 66, 67.
5. A. AMIAUD, *op. cit., loc. cit., supra, note 2*, p. 296.
6. Cf. Paul ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963.
7. Sur ce point, on consultera avec intérêt l'article de Pierre KAYSER, *Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques*, *Rev. trim. dr. civ.* 1971, nº 3, p. 445.
8. *Vid.* les articles 18 et 19 nouveaux du *Code civil*, [*loi modifiant de nouveau le Code civil et modifiant la loi abolissant la mort civile*, L.Q. 1971 ch. 84.]

se poser dans les deux droits, en distinguant donc, les droits de la personnalité proprement dits des droits de l'Homme.

Préliminaires : Droits de l'homme et droits de la personnalité

Ainsi que nous l'avons souligné, l'observation historique et sociologique a démontré la nécessité d'affirmer la croyance en certains droits considérés comme indispensables à l'homme et essentiels à la dignité humaine. Ces droits, dits « droits de l'Homme », proclamés solennellement par l'assemblée générale des Nations Unies au lendemain de la seconde guerre mondiale [9] et réaffirmés dans la Déclaration canadienne des droits de 1960 [10], relèvent du droit public. Ils ne sauraient toutefois être garantis contre l'arbitraire du législateur que s'ils étaient inscrits dans la constitution, ce qui n'est pas le cas au Canada.

En effet, même si, comme le souligne le juge Hall dans l'affaire *Drybones*, la Déclaration canadienne des droits de l'homme répudie dans chaque loi du Canada, la discrimination en raison de la race, de l'origine nationale, de la couleur, de la religion ou du sexe à l'égard des droits de l'homme et des libertés fondamentales [11], elle demeure une loi statutaire et ne peut pas offrir les mêmes garanties qu'une loi

9. *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, 10 juin 1948. Expression d'un idéal commun à atteindre, cette déclaration invite les Gouvernements à s'efforcer « de développer le respect de ces droits et libertés et d'en assurer, par des mesures progressives..., la reconnaissance et l'application universelles et effectives ». Depuis, de nombreux pactes sont venus assurer la mise en œuvre et le respect des droits de l'Homme dans des domaines particuliers, encore que, nonobstant les diverses mesures qui ont pu être adoptées sous l'égide des différentes organisations internationales, les pouvoirs de la communauté internationale, d'application incertaine, demeurent très limités. Cf. M. CADIEUX, *Les droits de l'homme au regard du droit international*, (1962) 22 *R. du B.*, 18. On trouvera, dans l'ouvrage que viennent de publier Maurice TORELLI et Renée BAUDOIN, une documentation complète sur les différents textes consacrés aux droits de l'Homme : *Les droits de l'Homme et les libertés publiques par les textes*, P.U.Q., Montréal, 1972.

10. *Loi ayant pour objet la reconnaissance et la protection des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, (1960) 8-9 Eliz-II, ch. 44, S.R.C. 1970, 2e supplément, appendice III, p. 457.

11. *Sa Majesté la Reine* v. *Joseph Drybones*, (1970) R.C.S. 282 ; 9 D.L.R. (3d) 473 ; *vid.* également *Lavell* v. *Le Procureur général du Canada*, (1971) C.F., 347 ; 22 D.L.R. (3d) 188 (C.A.) et, *Bédard* v. *Isaac et Al*, (1972) 25 D.L.R. (3d) 551. (Ont. H.C., en appel devant la Cour Suprême). Pour une analyse des questions touchant à l'affaire Drybones, voir D.E. SANDERS, *The bill of Rights and Indian Status*, (1972) 7 *U.B.C. Law Rev.* 81 ; J.C. SMITH, « *Regina* v. *Drybones* » *and equality before the law*, (1971) 49 *R. du B. Can.*, 163 ; P. CAVALLUZO, *Judicial Review and the bill of Rights : Drybones and its aftermaths*, (1971) 9 *Osgoode Hall Law J.*, 513.

constitutionnelle. Il est même possible pour le Parlement de déclarer expressément, à propos d'une loi, qu'elle s'appliquera, nonobstant la Déclaration canadienne des droits et de restreindre, sinon supprimer des droits qui y sont reconnus et déclarés [12]. Elle n'exprime donc pas le « minimum de droits auxquels le législateur ne peut toucher ».

Le droit civil, pour sa part, garantit, dans les rapports entre particuliers, la protection des éléments constitutifs de la personnalité, des droits donc considérés comme fondamentaux. De fait, la plupart des droits de la personnalité sont des droits de l'Homme. Mais la notion de droits de la personnalité implique un lien étroit entre ces droits et leur titulaire. Ce sont des droits extrapatrimoniaux, des droits dits « subjectifs ». Contrairement aux droits de l'Homme, ils appartiennent exclusivement à la catégorie des droits non économiques. Ils ne recouvrent donc pas les mêmes prérogatives. Ainsi, le droit de propriété, bien que considéré comme essentiel pour l'homme, n'est pas un droit de la personnalité [13]. D'autre part, certaines prérogatives inhérentes à la personnalité, donc protégées par le droit civil, ne sont pas considérées comme indispensables à l'homme. « Le droit à l'image », par exemple, n'est pas un droit de l'homme.

Si donc, les droits de l'Homme et les droits de la personnalité recouvrent des prérogatives considérées comme essentielles à la dignité humaine, leur nature et leurs caractères sont, par contre, fondamentalement différents.

SECTION I

Les droits de la personnalité

Dans un rapport publié en février 1968, l'Office de Revision du Code civil s'exprimait ainsi: « Le droit civil québécois possède une

---

12. Cf. article 2 de la déclaration ; v. pour exemple, l'article 6 alinéa 5 de la *Loi sur les mesures de guerre* S.R.C. 1970, ch. W.2, l'article 12 (1) de la *Loi sur les mesures d'urgence temporaire*, (DORS 1970-10-444) et les commentaires de E.A. DRIEGER, (*The Canadian Bill of Rights*) dans *Contemporary Problems of Public Law in Canada*, (O.E. Lang. ed.), 34-35, (1968). Il est vrai que de par sa structure même, l'A.A.N.B. contient certaines garanties contre l'ordonnance des droits politiques et assure ainsi, indirectement, la protection des droits de tous les citoyens canadiens. (Voir notamment le préambule qui garantit le respect des principes sur lesquels repose la Constitution du Royaume-Uni ; *vid.* également *la Loi sur les textes réglementaires*, S.C. 1971, vol I, ch. C-38. Pour une analyse de la question voir F. SCOTT, *The Canadian Constitution and Human Rights*, Toronto, 1959 ; J. HUCKER et B.C. McDONALD, *Securing Human Rights in Canada*, (1969) 15 *McGill L. J.*, 200.

13. Vid. cependant, à propos de l'article 407 du *Code Civil*, la décision rendue par la Cour d'appel dans l'affaire *B.C.H. Construction Inc.* v. *Commission des écoles catholiques de Montréal*, (1972) C.A., 815.

longue tradition de protection des droits de l'individu. Cette tradition s'est développée par le truchement des principes de la responsabilité civile et de l'action en dommages-intérêts, en sorte qu'on constate aujourd'hui que le code offrait un instrument de protection dont on ne mesurait peut-être pas toute l'importance et l'efficacité. Plus récemment, la Législature s'est penchée sur les problèmes plus particuliers soulevés par les distinctions raciales ou autres. Deux lois importantes ont été adoptées, qui interdisent la discrimination dans les hôtels et les restaurants, ainsi que dans l'emploi, pour des motifs tirés de la race, de la religion ou de l'origine ethnique [14]. À l'exemple de plusieurs codes civils étrangers, qui consacrent une place spéciale aux droits de la personnalité, le Comité propose au législateur québécois de poursuivre l'effort entrepris en codifiant et complétant les droits fondamentaux qui relèvent du droit civil, c'est-à-dire des rapports entre particuliers » [15].

Cependant, si le Code consacre aujourd'hui expressément le principe que tout être humain est doué de la personnalité juridique et les droits fondamentaux qui en découlent, *i.e.* l'égalité de tous devant la loi civile et le droit de chacun à la vie et à l'intégrité de sa personne, l'idée et le principe d'insérer dans le code une charte des droits civils n'a pas été retenue [16]. L'existence de ces droits résulte donc, soit de certaines solutions du Code, soit de lois spéciales ou de règles coutumières admises par la jurisprudence. La plupart trouvent leur protection dans l'action en dommages-intérêts fondée sur la faute.

---

14. *Loi de l'hôtellerie*, S.R.Q. 1964, ch. 205, art. 8; *Loi sur la discrimination dans l'emploi*, S.R.Q. 1964, ch. 142.

15. O.R.C.C., *Rapport sur les droits civils*, Montréal 1968.

16. Ceci pourrait peut-être s'expliquer par le fait que la notion de droit de la personnalité est encore floue; peut-être aussi pouvons-nous penser que ses interférences avec le droit publie ne sont pas étrangères à l'attitude du législateur québécois, encore que, plus simplement, on ait pu considérer que les tribunaux, par le biais de l'article 1053 du *Code civil*, assurent une protection suffisante des prérogatives inhérentes à toute personne humaine. A noter, cependant, que toute idée d'une déclaration des droits civils ne semble pas avoir été abandonnée, puisque dans son rapport final, l'Office de revision soulignait que certaines des dispositions de son rapport sur les droits civils pourraient éventuellement être reprises dans une charte des droits et libertés de la personne. (*O.R.C.C. Rapport sur la reconnaissance de certains droits concernant la personne humaine*, Montréal, 6 oct. 1971, p. 1, note 2 *Vid.* également, à propos des travaux de la Ligue des droits de l'Homme, l'article de M. CHAMPAGNE, dans « la Presse » du 4 mai 1973). Certaines provinces d'ailleurs, ont déjà légiféré en ce sens. Cf., *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, ch. 318, amendé par 1971, O.S., ch. 50, S. 63; *The Human Rights Act*, R.S.A. 1970, ch. 178, am. par S.A. 1971, ch. 48; *The Human Rights Act*, S.N.B. 1967, ch. 13; *The Human Rights Act*, S.N.S. 1969, ch. 11, am. par S.N.B. 1970, ch. 85. Sur ce point, on consultera avec intérêt, l'article de IAN. A. HUNTER, *Judicial Review of Human Rights Legislation, Mc Kay* v. *Bell.* (1972) 7 *U.B.C. Law Review*, 17.

I - *La protection de l'intégrité physique*

Si, comme le souligne le doyen Savatier, le corps humain n'est pas toute la personne, il en est tout au moins le support [17]. Aussi tient-il une place tout à fait particulière dans le droit: « Il a, en quelque manière, un caractère sacré. Il est, dit-on, inviolable » [18]. Le nouvel article 19 du Code civil consacre ce principe de l'inviolabilité du corps humain, principe qui, en soi, n'a jamais été discuté, et dont le respect s'étend même au-delà de la vie humaine, puisque le Code sanctionne, au même titre, les atteintes au cadavre de l'homme.

A. La protection de l'intégrité corporelle du vivant de la personne

Le droit à la vie et à l'intégrité physique est protégé contre toute atteinte, qu'elle vienne des tiers ou de l'individu lui-même.

a) *La protection du corps humain contre les atteintes des tiers*

« Nul ne peut porter atteinte à la personne d'autrui sans son consentement ou sans y être autorisé par la loi » [19]. C'est en ces termes que se trouve aujourd'hui consacré, selon la formule frappante de Carbonnier, « le *noli me tangere* fondamental » [20]. Cette disposition est à la fois préventive et punitive.

Tout individu atteint dans son corps a droit à un indemnité en réparation du préjudice qu'il a subi du fait d'un tiers. Telle est la sanction du principe de l'inviolabilité [21]. Par ailleurs, nul ne peut être contraint à subir une atteinte corporelle, l'intérêt d'un autre individu, si légitime soit-il, dût-il en dépendre. Ainsi, dans un procès civil, une partie ne peut se voir imposer une expertise médicale ou un prélève-

17. R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit privé d'aujourd'hui*, (3e série), Dalloz, 1959, n° 345.

18. J. CARBONNIER, *Droit civil*, 8e éd. Paris, P.U.F. tome 1, n° 48, p. 159.

19. Article 19, alinéa 2, *Code civil.*

20. J. Carbonnier, *op. cit.*, tome 1, n° 48, p. 159.

21. « *Toute perte, en ce domaine, constitue un dommage objectif.* » Ainsi s'exprimait dernièrement le juge CARRIER FORTIN à propos des conditions de recevabilité d'une action en dommages-intérêts, basée sur l'art. 1053 du *Code Civil.* [Cf. *Giguère* v. *Grégoire*, (1973) C.S. 119 *Vid.* également *The Queen* v. *Jennings*, (1966) R.C.S., 532 et *Overnite Express Ltd*, et *Lachance* v. *Dame Beaudoin*, (1971) C.A. 774]. Pour des applications particulières, voir la *Loi de l'indemnisation des victimes d'accidents d'automobiles*, (S.R.Q., 1964, ch. 232) et la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, L.Q. 1971, ch. 18. *Vid.* également la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* [1970] S.R.C., ch. C.38.

ment sanguin destiné, par exemple, à permettre l'examen comparé des sangs [22]. C'est en vertu de l'aspect préventif de ce principe que le chirurgien ne peut procéder à une intervention chirurgicale sans le consentement du patient ou de l'un de ses proches, si ce dernier est hors d'état de manifester sa volonté [23].

Il n'y a que l'intérêt supérieur de l'État qui puisse en quelque sorte, justifier qu'une atteinte soit portée à un individu ou un groupe d'individus, encore que la peine de mort mise à part [24], certains s'interrogent sur l'opportunité et la légitimité des châtiments corporels [25], y compris l'emprisonnement [26]. Par contre, nul ne conteste la nécessité et la légitimité des mesures prophylactiques auxquelles l'État soumet parfois ses ressortissants [27]. Ici le but poursuivi rend licite l'atteinte

---

22. Cf. *Cayen-Lacombe* v. *Laverdière*, [1970] R.P. (C.S.) 298; *vid.* également André NADEAU, *Le progrès de la science et le droit de la preuve*, travaux de l'Association H. CAPITANT, *op. cit.*, t. 7, 1952, p. 593. Voir cependant les articles 399 et 399 a C.P. qui, dans toute cause susceptible d'appel, lorsqu'est mis en question l'état physique ou mental d'une partie au litige, permettent de l'assigner pour qu'elle se soumette à un examen médical ou de la soumettre à un second examen. Sur les circonstances dans lesquelles cet examen peut être requis, voir *Beaumont* v. *Beaumont*, [1968] B.R. 522.

23. *Vid.* A. MAYRAND, *Permis d'opérer et clause d'exonération*, (1953) 31 *Rev. du B. Can.*, 150; *L'autonomie de la volonté du patient anesthésié*, (1961) 21 *R. du B.*, 297; P.A. CREPEAU, *La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier*, thèse, Montréal, 1951. (WILSON et LAFLEUR); *La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente*, (1960) 20 *R. du B.*, 443; et la décision rendue dans l'affaire *Beausoleil* v. *La communauté des Sœurs de la Charité de la Providence*, (1965) B.R. 38.

24. Au Canada, la peine de mort a été abolie partiellement en 1967. Rappelons cependant qu'il s'agit d'un moratoire accordé à titre d'expérience pour une période de cinq ans, moratoire qui a expiré le 21 décembre 1972 et qui vient d'être prolongé pour permettre au Parlement d'examiner plus scientifiquement la question. Sont actuellement passibles de la peine capitale les personnes trouvées coupables du meurtre d'un agent de police ou d'un employé de prison dans l'exercice de ses fonctions. Soulignons cependant que la dernière exécution remonte au 11 décembre 1962.

25. Soulignons que la peine du fouet [art. 668 ancien *Code criminel*, abrogé par le bill C-2 (1972)] qui accompagnait les peines d'emprisonnement dont certains crimes, notamment les infractions sexuelles, étaient assorties, vient tout juste d'être abolie (cf. art. 144 à 146, 149, 150, 156, 213 et 230 anciens *Code criminel*.)

26. Il suffit de penser aux débats suscités par la détention préventive (art. 687 et 688 du *Code criminel*).

27. Cf., pour les vaccinations et les traitements obligatoires, les articles 8 à 24 de la *Loi sur la protection de la santé publique* (bill 30, adopté le 21 décembre 1972. V. *Journal des débats*, vol. 12, no 94, p. 3535) qui abroge la *Loi de l'hygiène publique*, S.R.Q. 1964, ch. 161 et la *Loi des maladies vénériennes*, S.R.Q. 1964, ch. 168. Sur les problèmes que peut soulever une politique de protection de la santé publique *vid.* notamment, Elyce Zenoff FORSTER, « *Eliminating the Unfit — Is sterilization an answer?* », 27 Ohio State J., 591 (1966); Frank P. GRAD, *Legislative responses to the new biology: Limits and possibilities*, 15 UCLA. *L. Rev.*, 480 (1968); R. GORNEY, *The New Biology and the Future of Man*, *ibid.*, p. 273 et David W. LOUISELL, *Biology, Law and Reason, Man as a self creator*, (1971) 5 A.M. J. of Jurisp., 1.

portée à la personne humaine. Mais l'intérêt supérieur de la collectivité n'autorise cependant pas à émettre un mandat de perquisition pour extraire la balle qui s'est logée dans le bras d'un suspect et permettre à la Couronne de faire sa preuve dans un procès criminel [28].

b) *La protection contre soi-même*

On pourrait penser que l'homme a, sur son corps, un véritable droit de propriété. Mais, ainsi que le souligne fort justement Carbonnier, il est faux de vouloir analyser le droit de l'homme sur son propre corps comme un droit de propriété ou un droit d'usufruit. C'est là confondre sujet et objet, car le corps humain est la personne même et non pas une chose. Aussi y voit-on plutôt un droit subjectif, un droit de la personnalité, encore que pour Carbonnier, ce ne serait là qu'une des expressions de la liberté physique [29].

I) L'indisponibilité du corps humain et ses limites

C'est avec l'avènement du christianisme que l'idée que l'homme est, et doit rester maître de son corps est apparue. Petit à petit, sous l'influence de l'Église, l'idée du respect de sa propre vie et de son propre corps s'imposa comme un dogme, plaçant l'homme au-dessus des conventions, « hors commerce », au sens de l'article 1059 du Code civil.

---

28. *Vid. R. Laporte* v. *Magistrate Gérard Laganière and the Peace officers of Montreal*, C.A. Montréal, 7 juillet 1972 (no 71/5101), Hugessen J. *Vid.* cependant, à propos de l'obligation qu'impose l'article 235 du *Code criminel* de fournir un échantillon de son haleine lorsqu'on en est requis, l'affaire *Curr* v. *La Reine*, [(1972) 7 C.C.C. (2d) 181] dont la portée a cependant été tempérée par la décision rendue parallèlement par la Cour suprême dans l'affaire Brownridge [(1972) 7 C.C.C. (2d) 417], commentaire François CHEVRETTE et Herbert MAX, [1972] *R. du B.*, 446.] Le même principe pourrait d'ailleurs conduire à s'interroger sur la légalité des fouilles de passagers dans les aéroports. Cf. Les observations de M. PRELLE à propos du nouvel article 8 du Code français de l'aviation civile [loi no 73 10, J.O. 5 janvier 1973].

29. *Op. cit.*, tome I, no 52, p. 187. Ce principe que l'homme n'est pas propriétaire de son corps justifierait, selon certains, les règles relatives à l'avortement (Cf. art. 251 et s. du *Code criminel*). C'est ainsi également qu'on justifiait la prohibition du suicide. [Cf. art. 225 du *Code criminel*, abrogé par S.C. 1970-71, ch. 13; et G. LOCAS, *Considérations sur la tentative de suicide*, 1970) 30 *R. du B.*, 208]. Mais si le droit à la vie n'a pas nécessairement pour corollaire une obligation à la vie, on peut cependant s'interroger sur les implications juridiques du refus de recevoir des soins (Sur ce point, *vid.* notamment L. KORNPROBST, *Le refus par la victime d'un accident de subir une opération améliorante peut-il entraîner une réduction de l'indemnité réparatrice?*, Presse médicale 1968, et l'arrêt rendu par le tribunal de Grande Instance de Laval, le 13 février 1967, D. 1968, 39). Le problème se soulève notamment en matière de transfusions sanguines, l'éthique professionnelle se heurtant parfois aux convictions de ceux à qui leur religion interdit de recevoir de tels traitements. Il est vrai que l'état d'inconscience dans lequel se trouve le plus souvent le patient et l'urgence du cas justifient, bien souvent, l'intervention. L'article 37 de la *Loi sur la*

Pour sauvegarder ce principe, il a donc fallu apporter des restrictions à l'autonomie de la volonté. Ce qui ne veut pas dire que toute convention ayant une relation directe ou indirecte avec le corps humain soit illicite. Certes, l'homme ne peut aliéner totalement son corps, et une convention par laquelle l'homme consentirait à sa mort ou à sa mutilation, serait nulle, comme contraire à l'ordre public [30]. Mais on ne peut condamner systématiquement toute aliénation volontaire du corps humain. Ce serait interdire les conventions qui portent sur la réparation des atteintes corporelles [31], ou qui tendent à l'amélioration de l'état physique de la personne [32]. Si l'on place la personne physique au-dessus des conventions, c'est pour la protéger. Il serait donc paradoxal de prohiber des conventions qui ne peuvent être qu'utiles, sinon indispensables à la vie humaine.

Le principe de l'inaliénabilité du corps humain supporte donc des limites, et, le droit civil a toujours reconnu qu'une personne pouvait librement disposer de son corps, pourvu que l'exercice de cette liberté ne soit pas contraire à l'ordre public [33] ou aux bonnes mœurs. C'est en interprétant ce principe non écrit qu'on a admis la liceité de la convention par laquelle un individu consent à donner de son sang, de même que les dons d'organes pour fins de transplantation. De telles conventions, qui ne portent qu'une atteinte légère ou non définitive au corps humain ont toujours été considérées comme valables. Toutefois, les progrès spectaculaires de la science médicale et la dimension sociale nouvelle du corps humain [34] ont conduit le législateur à tracer des limites et à préciser la portée du principe jusqu'alors non écrit de l'inviolabilité de la personne humaine.

---

protection de la santé publique ne laisse d'ailleurs guère au médecin la liberté de s'interroger sur son droit d'intervention. [Sur ce point on consultera avec intérêt l'ouvrage de Neil L. CHAYET, *Legal Implications of Emergency Care*, New-York, 1969. (Meredith Corp. ed.). *Vid.* également, la décision rendue par la Cour d'appel du district de Columbia dans *Application of the President and Directors of Georgetown College Inc.*, 118 U.S. App. D.C. 90331 F. 2d 1010, 1011 (1964) et *United States* v. *Georges*, App., 239 F. Supp. 752 (1965)]. Mais on doit se montrer plus circonspect et ne pas passer outre au refus de patient lorsque l'intervention n'est pas vitale.

30. On rejoint ici l'hypothèse de l'euthanasie, du double suicide et du duel. De telles conventions sont illicites et le consentement de la victime n'enlève pas à l'acte commis son caractère de délit pénal. (Cf. art. 14 et 72 du *Code criminel*.)

31. Pensons par exemple, aux assurances.

32. Telles les opérations chirurgicales.

33. Cf. O.R.C.C., Rapport sur la reconnaissance de certains droits concernant la personne humaine, *op. cit.*, p. 3; voir également L. MAZEAUD, *Les contrats sur le corps humain* (1956) 16 *R. du B.*, 157.

34. Cf. J.L. BAUDOUIN, *L'incidence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil*, (1970) 1 R.J.T., 219, 221.

ii) L'aliénation et le don d'organes ou de tissus

Tout ici est question de mesure et de circonstances [35]. C'est sur ce précepte que repose le rapport que l'Office de Revision du Code Civil publiait le 27 juillet 1971 [36] qui est à l'origine des dispositions qui réglementent aujourd'hui le don de tissus et d'organes humains [37].

Ces actes sont donc aujourd'hui expressément autorisés par la loi. Néanmoins, leur caractère exceptionnel, surtout lorsqu'ils sont consentis entre vifs, nécessitait une stricte réglementation légale. Aux conditions minimales requises pour la validité de tout contrat [38], s'ajoutent donc un certain nombre de conditions spéciales.

Conditions de fond

En principe, toute personne capable de discernement, y compris donc, le mineur [39], peut aliéner entre vifs une partie de son corps ou se soumettre à une expérimentation. Mais s'il n'est pas nécessaire qu'elle en retire directement le bienfait qui peut en résulter, trois conditions cependant sont essentielles:

— LA NÉCESSITÉ D'UN INTÉRET LÉGITIME

Si, au même titre qu'un contrat ordinaire, la convention ne doit

---

35. Cf. Roger NERSON, *L'influence de la biologie et de la médecine moderne*, Rapport présenté au VII[e] Congrès de l'Académie internationale de Droit comparé (Pescara, septembre 1970), *Rev. trim. dr. civ.*, 1970, n° 4, p. 676.

36. O.R.C.C., Rapport sur la reconnaissance de certains droits concernant le corps humain, Montréal, 27 juillet 1971.

37. *Loi modifiant à nouveau le Code civil*, L.Q. 1971, ch. 85, maintenant art. 19 et s. du *Code civil*. Sur la nécessité d'introduire de telles dispositions dans le Code, voir, notamment J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit. supra*, note 34, et R. KOURI, *The Bequest of Human Organs for Purposes of Homotransplantations*, [1970] I.R.D.U.S., 77. Ces dispositions ont été inspirées essentiellement du *Human Tissue Gift Act*, de l'Ontario 1971), et du projet élaboré par la Commission de l'uniformisation du droit au Canada, lors de la conférence de Charlottetown, en août 1970. Il convient également de souligner que plusieurs provinces avaient déjà légiféré en ce sens (Cf. Terre-Neuve, *The Human Tissue Gift Act*, (1966-67); Manitoba, *The Human Tissue Act*, (1968); Saskatchewan, *The human Tissue Act*, (1968); Alberta, *The Human Tissue Act*, (1967); Nouvelle-Écosse, *The Human Tissue Act*; Colombie-Britannique, *The Human Tissue Act*, (1968) et les Territoires du Nord-Ouest, *The Human Tissue Ordinance*, (1966). *Vid.* également, J.G. CASTEL, *Some Legal Aspects of Human Organ Transplantation in Canada*, (1968) 46 *Rev. du B. Can.*, 345, et le commentaire de Ethel GROFFIER, *Abaissement de l'âge de la majorité civile, légitimation des enfants adultériens, réglementation des greffes d'organes*, Interlex 1972, vol. 4, n° 4, p. 18 (Chr. de législation).

38. Art. 984 et s. du *Code civil*.

39. Comparer avec les articles 36 et 37 de la *Loi sur la protection de la santé publique* (bill 30, 21 décembre 1972).

pas être contraire à l'ordre public ni aux bonnes mœurs, encore faut-il qu'il n'y ait pas de disproportion entre le risque couru et le bienfait escompté. Cette exigence est d'autant plus nécessaire que l'aliénation peut être consentie à des fins scientifiques. Il faut donc un intérêt légitime: « Le médecin ou l'expérimentateur ne pourrait mettre gravement en danger la santé d'une personne dans le but d'améliorer celle d'une autre ou pour vérifier une théorie scientifique. Entre l'inconvénient accepté par celui qui subit l'intervention et l'avantage prévu ou espéré, il doit y avoir un certain équilibre, ou mieux un déséquilibre en faveur de l'avantage espéré »[40]. Il y a donc par le fait même, une obligation de renseignement pour l'autorité médicale ou l'expérimentateur. Non seulement ceux-ci doivent-ils attirer l'attention du « donneur » sur les risques de l'intervention envisagée, mais ils doivent également renoncer à intervenir si le risque couru est hors de proportion avec l'avantage escompté[41].

La responsabilité du médecin ou de l'expérimentateur est plus lourde encore, dans le cas du mineur, où l'équilibre n'a pas paru suffisant. L'intervention, en effet, ne doit pas comporter de risque sérieux pour sa santé[42].

— LA GRATUITÉ DE L'ACTE

Il a également paru essentiel que la cession d'organe ou de tissu constitue un don, encore que pour les parties du corps susceptibles de régénération, l'aliénation puisse être consentie à titre onéreux[43].

— LA LIBERTÉ ET L'INTÉGRITÉ DU CONSENTEMENT

Ici encore l'objet particulier de l'acte explique qu'on s'assure avec

---

40. O.R.C.C., rapport préliminaire, *op. cit., supra*, et la chronique de Monique LAUZON dans la *Revue du Barreau* 1972, p. 50.

41. Sur ce point, *vid.*, la décision rendue par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'affaire *Haluska* v. *University of Saskatchewan*, (1965) 53 D.L.R., (2d), 435. Pour une étude des problèmes juridiques soulevés par les expériences pratiquées sur les êtres humains, *vid.*, Stephen M. WADDAMS, *Medical Experiments on Human Subjects*, (1967) 25 *U. of Toronto Faculty of Law Rev.*, 25.

42. O.R.C.C. rapport final, *op. cit.*, p. 14.

43. Cf. art. 20, nouveau du *Code civil*. À noter que tant dans l'avant projet que dans le rapport final, l'office excluait toute possibilité d'aliénation à titre onéreux, « On ne saurait faire du corps humain une simple marchandise, objet de transactions commerciales ». (*op. cit.*, p. 12). C'est à la suite des pressions exercées par la Croix-Rouge (les organes susceptibles de régénération étant essentiellement le sang humain) et parce que l'intérêt public exige qu'on constitue des banques de sang, que cet amendement a été proposé et accepté (Cf. *Journal des débats*, 30 novembre 1971, p. 4551); pour une critique d'une légalisation de la vente ou du don « rémunéré » d'organes et de tissus humains, *vid.* J.-L. BAUDOUIN, *op. cit. supra*, note 34, p. 220; sur les organes susceptibles de régénération, voir David W. LOUISELL, *op. cit., loc. cit., supra*, note 27.

rigueur, notamment dans le cas du mineur, de l'existence et de la liberté du consentement, et que l'acte est le fruit d'une volonté parfaitement éclairée. Non seulement le mineur doit-il présenter une maturité intellectuelle suffisante pour consentir à ce genre de prélèvement [44], mais encore exige-t-on, de manière à prévenir toute influence, et le consentement du titulaire de l'autorité paternelle et celui d'un juge de la Cour supérieure [45].

Enfin, la liberté du consentement se trouve encore assurée par le caractère de révocabilité qui lui est attaché [46].

Conditions de forme

— NÉCESSITÉ D'UN ÉCRIT

Ce même souci de protéger efficacement le consentement, et aussi, celui d'en faciliter la preuve, explique l'exigence de l'écrit. On oblige ainsi le donateur à réfléchir sur les conséquences du geste qu'il pose et on assure en même temps la protection de l'équipe médicale appelée à effectuer le prélèvement.

---

44. Il est évident que seul, le mineur doué de discernement peut exprimer un consentement valable. Les circonstances les plus impérieuses ne peuvent en effet autoriser à prélever, du vivant d'un infans, un organe ou un tissu. Le consentement des parents ne pourrait pas même justifier un tel acte: « on ne voit pas, en effet, au nom de quelle autorité, même parentale, les parents disposeraient du corps de leur enfant ». [O.R.C.C., *op. cit., supra*; voir également J.-L. BAUDOUIN, *op. cit., loc. cit.*, p. 222, et le *Journal des Débats* du 30 nov. 1971, p. 4451 et s. Comparer, à propos de la nécessité de l'autorisation maritale, avec la décision rendue par le juge Belleau dans l'affaire *Lalumière* v. *x.*, [1946] C.S., 294. *Vid.* également, à propos du refus par une femme enceinte de se prêter à une transfusion sanguine, les décisions citées par Neil L. CHAYET, *op. cit., supra*, note 29, particulièrement, l'affaire *Raleigh Fitkin Paul Morgan Memorial Hospital*, 42 N.J. 421, 201 A. 2d 537 (1964)]. Il eut d'ailleurs été logique, ainsi que le soulignait l'O.R.C.C. dans son avant projet, d'exclure le mineur des donateurs éventuels. Mais les considérations d'ordre humanitaire l'ont encore emporté sur la logique juridique. Il est en effet reconnu que les risques de rejet sont beaucoup moins grands lorsque le tissu ou l'organe transplanté est prélevé sur un proche parent du receveur. (Cf. J.-L. BAUDOUIN, *op. cit., loc. cit.*, p. 222).

45. Cf. art. 20 alinéa 2 du *Code civil.* Dans la mesure où cette exception à l'égard du mineur visait essentiellement à prévenir le risque d'un rejet chez le donataire éventuel, donc à autoriser le prélèvement sur un parent proche, il était essentiel d'instituer une certaine forme de contrôle [on se rappellera, à ce sujet, la polémique qui a suivi la décision rendue par la Cour d'appel du Kentucky dans l'affaire Strunk (Ky., 445 S.W. 2d 145), commentaire William F. COOK, *Transplantation, Incompetent donors: was the first step or the last taken in Strunk* v. *Strunk?*, 58 *Cal. L. Rev.*, 754 (1970). Cf. également, William J. CURRAN, *A problem of consent: Kindney transplantation in minors*, 34 *N.Y. Univ. L. Rev.*, 891 (1959)]. Le juge de la Cour supérieure, qui est également juge des tutelles, était l'organe tout indiqué pour exercer ce contrôle. Sur ce point *vid.* la chronique de Monique LAUZON, *loc. cit., op. cit., supra*, note 40, p. 13.

B. La protection du corps humain au-delà de la mort

« Depuis que l'humanité a pris conscience d'elle-même, elle y respecte pourtant, au-delà de la mort, l'homme qui n'est plus. Et c'est à partir de ce respect que la préhistoire distingue l'homme des grands primates. L'homme seul ensevelit ses morts ! » [47] Ce culte des morts, l'une des plus vieilles et des plus profondes idées religieuses de l'humanité est passé dans la norme juridique : « les restes des morts sont choses sacrées de leur nature » nous dit l'article 2217 du Code Civil. Ainsi donc, si la loi protège l'homme depuis sa naissance (et même depuis sa conception) [18], jusqu'à sa mort, elle ne l'abandonne pas pour autant au moment où il a cessé de vivre. Le principe de l'inviolabilité du corps humain subsiste même au-delà de la mort.

Cela se traduit tout d'abord sur le plan du droit pénal, qui fait du défaut de sépulture un délit et qui sanctionne sévèrement toute indignité commise sur les cadavres [49]. Cela se traduit, aussi en droit civil, par la liberté qui est reconnue à chacun ou, à défaut de dispositions expresses, à la famille, d'organiser comme il l'entend ses funérailles et de disposer de son cadavre. « Ce n'est que par exception, lorsqu'un intérêt supérieur le justifie, que le législateur permet d'atténuer cette liberté » [50]. C'est le cas, notamment, lorsque le décès ne paraît pas avoir résulté de causes naturelles ou purement accidentelles [51].

Mais, la médecine moderne est venue, elle aussi, « troubler le repos des morts » [52], et « on a fini par admettre qu'il était indispensable de concilier ce respect dû aux morts avec les nécessités scientifiques et médicales » [53]. La loi autorisait déjà, dans certaines circonstances,

---

46. Cf. art. 20, alinéa 3 du *Code civil.* Néanmoins, comme le souligne J.-L. BAUDOUIN, on peut s'interroger sur les conséquences que pourrait avoir, sur le plan responsabilité civile, le refus de dernière minute du donateur, dans l'hypothèse où le receveur ayant été médicalement et chirurgicalement préparé à la réception de l'organe viendrait à décéder, (*op. cit., loc. cit.*, p. 222).
47. R. SAVATIER, *Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains*, J.C.P. 1969, Doctr. 2247.
48. Cf. Art. 251 et s. du *Code criminel.*
49. Cf. Art. 178 du *Code criminel.*
50. O.R.C.C., Rapport sur la reconnaissance de certains droits concernant le corps humain, *op. cit., supra*, p. 4.
51. Voir la *Loi des Coroners*, S.Q. 1967, ch. 19, art. 11 et 12.
52. J.-L. BAUDOUIN, *L'incidence de la Biologie et de la Médecine Moderne sur le Droit civil, op. cit.*, p. 224.
53. Paul Julien DOLL, *Les problèmes juridiques posés par les prélèvements et les greffes d'organes en l'état actuel de la législation française*, J.C.P. 1968, Doctr. I.1268.

l'utilisation des cadavres pour fins d'étude anatomique [54]. Elle autorise maintenant, en cas de nécessité, le prélèvement d'organes ou de tissus sur le corps d'un défunt [55].

a) *La Souveraineté posthume de l'homme sur son corps*

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

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

C'est en ces termes que le Code consacre aujourd'hui le droit, pour toute personne, de disposer librement, de son vivant, de sa dépouille mortelle.

Cette souveraineté posthume de l'homme sur son corps l'autorise à fixer librement les modalités de ses funérailles et à décider de la destination de son cadavre, qu'il s'agisse pour lui d'être enseveli ou de se faire incinérer, ou encore de faire don de son cadavre pour des fins thérapeutiques ou scientifiques [56]. Bien qu'on puisse être tenté de rattacher cette faculté à la liberté de tester [57], on doit plutôt l'analyser comme une manifestation de la liberté individuelle et de la liberté de conscience, car il s'agit d'un principe découlant de la personnalité et de la liberté humaine [58]. Ceci explique d'ailleurs que le mineur, que la loi prive du droit de tester [59], jouisse de cette même faculté, même si on exige, pour ce faire, le consentement du titulaire de la puissance paternelle. Mais cette condition, ici encore, vise essentiellement à s'assurer de la libre expression du consentement et à protéger le mineur contre toute influence qui ferait que son consentement ne serait pas parfaitement éclairé [60].

Ce même souci de protéger la liberté du consentement et la libre expression de l'acte de volonté justifie qu'à tout moment, le donneur puisse revenir sur sa décision et explique l'exigence de l'écrit. Ne s'agissant pas ici d'un bien extrapatrimonial, la forme testamentaire,

---

54. *Loi de l'étude de l'anatomie*, S.R.Q. 1964, ch. 250.

55. Cf. Art. 22 du *Code civil.*

56. Cf. Art. 21 du *Code civil. Vid.* également l'article 501, de la *Loi sur la protection de la santé publique*, et l'article 3 de la *Loi des inhumations et des exhumations*, S.R.Q. 1964, ch. 310, tel que modifié par l'article 60 de la loi 30.

57. Cf. Art. 831 du *Code civil.*

58. Cf. Cass. 3 juin 1899; Pasic. Belge 1899. 1. 318, cité par R. DIERKENS, *in* Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme, Paris, Masson et Cie, 1966, p. 133.

59. Cf. Art. 833 du *Code civil.*

60. Cf. Art. 21 al. 3 du *Code civil.* À noter, ici encore, que tant dans son avant projet que dans son rapport final, l'Office ne reconnaissait pas cette faculté au mineur. (O.R.C.C. *op. cit.*, p. 14).

en effet, n'est pas nécessaire. En outre, sur le plan de la preuve, l'écrit constitue une garantie.

À défaut de directives du défunt, la loi s'en rapporte à l'usage. La décision revient donc à la famille qui doit veiller à l'ensevelissement de ses morts, car « le cadavre de l'un de ses membres n'est-il pas véritablement "son mort"? »[61]. Il s'agit là, nous l'avons vu, d'une obligation plus que naturelle, plus qu'un devoir de piété, puisque le défaut de sépulture est sanctionné par le Code criminel[62]. Peut-on cependant prétendre que, corrélativement, la famille a un droit sur le cadavre de « ses morts »?

b) *Le droit au respect de ses morts*

i) Le principe

...« aucune considération morale, exception faite des intérêts supérieurs de la justice criminelle, ne peut permettre au XX^e^ siècle, d'entraver le droit de la famille qui donne à la mémoire de ses morts toute la vénération que conserve une personne à l'égard d'un être qui lui est cher ».

C'est en ces termes que s'exprimait l'honorable juge Forest, alors qu'il avait à se prononcer sur la responsabilité encourue par un établissement hospitalier pour avoir pratiqué une autopsie sur le cadavre d'un défunt, sans avoir obtenu au préalable le consentement du conjoint survivant[63]. Les tribunaux ont toujours reconnu à la famille, sinon un droit de propriété[64], du moins un droit de possession et d'administration du corps du défunt[65]. Ce droit se trouve aujourd'hui expressément consacré par la loi qui exige, à défaut de manifestation préalable de volonté donnée par le défunt, le consentement du conjoint ou du plus proche parent pour prélever un tissu ou une organe sur son cadavre[66]. Il est néanmoins difficile de voir dans ce « droit au

61. Juge MARCHAND, in *Lambert* v. *Dumais*, (1942) B.R. 561.

62. Cf., *supra*, note 49. *Vid.* également les articles 33, 34 et 35 de la *Loi des Coroners*, S.Q. 1967, ch., 19 qui font devoir au coroner de permettre l'inhumation, la création ou l'incinération des cadavres qui n'ont pas été réclamés, et la *Loi de l'Étude de l'anatomie*, S.R.Q. 1964, ch. 250, art. 5 (2) et 8 (4).

63. Cf. *Brouillette* v. *Religieuses de l'Hôtel-Dieu*, [1941] R.L. (C.S.) 408, *inf.* par. (1943) B.R. 441.

64. Cf. *Brouillette* v. *Religieuses de l'Hôtel Dieu*, précité; *Ducharme* v. *Hôpital Notre Dame*, (1933) 71 C.S. 377.

65. Cf. *Lambert* v. *Dumais*, *supra*, note 61.

66. Cf. art. 22 alinéa 2 du *Code civil*. Il convient néanmoins de souligner que si la loi consacre aujourd'hui la primauté de la volonté du défunt à l'encontre de sa dépouille mortelle, jusqu'alors la jurisprudence subordonnait le droit à la libre disposition de son cadavre à la condition expresse que le « conjoint ou tout autre parent par ordre de préséance ne révoque

cadavre », un droit de propriété ou même un droit de possession de la famille sur le corps du défunt. Ainsi que le souligne fort justement J. L. Baudouin, le cadavre n'est pas un bien au sens civiliste du terme[67]. Le droit sur le cadavre doit plutôt s'analyser comme « un droit extrapatrimonial qui trouve son principe dans les liens du sang et de l'affectivité. Il ne revient pas à ceux qui succèdent *in bona*, mais à ceux qui succèdent *in personam defuncti*, aux continuateurs de la personne, et ce *non jure successionnis, sed jure sanguinis*. Il leur appartient, même s'ils sont exclus de la succession. Il s'agit d'une prérogative de la parenté »[68]. En tant que tels, les héritiers n'ont donc pas, à l'encontre de la famille, l'administration des restes mortels d'un défunt[69]. Mais ce droit au respect de ses morts supporte aussi des limites. Néanmoins, seules des considérations d'ordre public ou d'ordre humanitaire peuvent justifier qu'on puisse disposer du cadavre d'un défunt sans avoir au préalable consulté la famille.

ii) Les limites au principe

— L'AUTOPSIE

Ce sont tout d'abord des considérations d'ordre public qui autorisent à procéder à l'autopsie du cadavre, notamment dans les cas de crime ou de mort survenue dans des circonstances suspectes[70]. La loi reconnaît également au médecin traitant, au conjoint, aux ascendants et aux descendants le droit d'exiger l'autopsie du cadavre[71]. Ce ne sont cependant pas les seules hypothèses dans lesquelles

---

après sa mort semblable disposition ». [*Brouillette* v. *Religieuses de l'Hôtel Dieu; cit., supra*, note 63, à la p. 415]. Parmi les survivants qui pouvaient exercer ce droit, les tribunaux avaient même reconnu l'existence d'une certaine hiérarchie, basée, il est vrai, beaucoup plus sur les liens de l'affectivité que sur les liens juridiques (voir notamment *Philipps* v.. *The Montreal General Hospital*, [1908] 33 C.S. 483). L'idée avait d'ailleurs été reprise dans le rapport préliminaire de l'Office qui proposait, en cas de désaccord, de recourir à l'autorité judiciaire. Soulignons encore qu'à défaut de réclamation de la part de la famille, la loi autorise à livrer aux écoles de médecine et aux établissements hospitaliers le cadavre de toute personne trouvée morte et exposée publiquement, ou qui était à la charge d'une institution publique. (Cf. *Loi de l'étude de l'anatomie*, S.R.Q. 1964, ch. 250, art. 4 et 5).

67. J.-L. BAUDOUIN, *L'incidence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil, op. cit.*, p. 223.

68. R. DIERKENS, *op. cit.*, n° 269, p. 158, cité par R. KOURI in *The Bequest of Human Organs for Purposes of Homotransplantation, op. cit.*, p. 84. *Vid.* également *Philips* v. *The Montreal General Hospital* (1908) 33 C.S. 483, p. 490.

69. Cf. juge Marchand in *Pharand* v. *Herman*, (1945) B.R. 265, p. 270.

70. Cf. *La Loi des Coroners*, S.Q. 1967, ch. 19, art. 12, 18, 32 et 37.

71. Cf. Art. 23 alinéa 2 du *Code civil;* voir également la *Loi des services de santé et des services sociaux*, L.Q. 1971, ch. 48, et l'art. 4, alinéa 4 de la *Loi de l'étude de l'anatomie*, précitée.

le législateur tolère une certaine atteinte à l'intégrité du cadavre. La perspective de sauver une vie humaine autorise également à violer l'intégrité d'un cadavre et à attenter à la mémoire des morts.

— **LES PRÉLÈVEMENTS POST-MORTEM EN VUE DE SAUVER UNE VIE HUMAINE**

Entre l'inviolabilité d'un corps humain et la vie humaine elle-même, le législateur se devait de choisir [72]. Or, « dans la hiérarchie des valeurs, celles qu'on sauve sur l'homme vivant... priment celle du cadavre » [73]. Aussi la loi permet-elle, en cas d'urgence, et lorsqu'on peut raisonnablement espérer sauver une vie humaine, des prélèvements sur les cadavres.

S'agissant d'un pouvoir exceptionnel, on comprend que le législateur ait délimité très strictement le cadre dans lequel ces prélèvements peuvent être faits. On exige l'attestation écrite de deux médecins quant à l'urgence de l'intervention, l'impossibilité d'obtenir, en temps utile, le consentement ordinairement requis pour pouvoir procéder à de tels prélèvements, et l'expoir sérieux de pouvoir sauver une vie humaine [74].

Tels prélèvements ne peuvent donc être effectués que dans un but thérapeutique, et encore faut-il que l'on ait une chance raisonnable de pouvoir sauver une vie humaine. Il n'y a pas cependant, de restrictions quant à l'âge du défunt. Le prélèvement peut donc être effectué indifféremment sur le cadavre d'une personne majeure ou mineure. Bien que dans cette hypothèse le médecin ne soit pas tenu de s'enquérir de la volonté du défunt ni de consulter ses proches, il ne serait pas pour autant justifié de passer outre à leur volonté s'il en a connaissance.

D'autre part, afin d'éviter un diagnostic prématuré de la mort [75] et tout conflit possible d'intérêt ou d'éthique, on exige que la mort du donneur soit constatée par deux médecins qui ne participent nullement au prélèvement ni à la transplantation.

72. Cf. O.R.C.C., Rapport sur la reconnaissance de certains droits concernant le corps humain ; *op. cit.*, p. 4.

73. R. SAVATIER, *Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains, op. cit.*, p. 4.

74. Cf. Article 22, alinéa 2 et 3 du *Code civil*. Sur la nécessité d'obtenir au préalable le consentement de la famille, *vid.* les observations de R. SAVATIER, *et in hora mortis nostrae*, D. 1968 (chr. XV) 89, p. 92.

75. Cf. article 22 alinéa 2 du *Code civil*. Parmi les problèmes que les prélèvements et les greffes d'organes peuvent soulever, compte tenu notamment des récents développements en matière de transplantation cardiaque, le plus délicat est certainement celui de la détermination de la mort. Si, compte tenu des techniques modernes de réanimation, il peut apparaître nécessaire de prendre une position de principe sur la détermination du moment du décès, il est cependant difficile, en l'état actuel des données médicales, de déterminer avec certitude le moment exact de l'exitus. D'ailleurs, eu égard aux progrès de la biologie et de la science médicale, une définition n'apparaît pas même souhaitable. [Sur ce point, *vid.*

Il est cependant d'autres valeurs que l'intégrité corporelle. Il ne suffit pas en effet de protéger le corps contre toute atteinte à son existence ou à son intégrité, encore faut-il protéger l'intégrité morale c'est-à-dire la pensée, les sentiments, l'honneur, la réputation et la liberté.

II - *La Protection de la vie affective et morale*

Le droit au libre exercice de toute activité humaine et son corollaire, l'égalité civile, doivent être protégés. Mais avant tout, il y a le « moi », c'est-à-dire les droits sur les éléments qui permettent à l'homme de s'individualiser et de s'identifier. Le Code civil étant muet sur ce point, il faut donc s'en rapporter aux décisions rendues par les tribunaux, pour voir comment la protection de ces valeurs est assurée par le droit québécois.

A. Les droits sur les éléments d'identification et d'expression de la personne

a) *Le droit au nom*

Le premier droit moral d'un individu est le droit à un nom. Le nom est en effet le « signe fondamental de l'identité » : signe habituel et nécessaire de la personnalité, nous dit Roger Nerson, le nom arrive à l'exprimer parce qu'entre le nom et la personne se produit un phénomène d'assimilation [76]. Aussi le droit reconnaît-il l'existence d'une action en contestation ou en usurpation de nom, protégeant ainsi la « valeur sociale » de l'individu [77].

---

les observations du professeur J. HAMBURGER *in* travaux du 2e congrès international de morale médicale, *Progrès de la médecine et responsabilité du médecin*, Paris, 1966, t. 1, p. 297 (Ordre national des médecins)]. De plus, c'est là un diagnostic qui ne peut être porté que par des médecins. Tout au plus peut-on leur imposer certaines règles de conduite quant à l'appréciation de ce phénomène qui, avant tout, relève de la biologie. Mais il n'appartient pas au juriste de définir la mort. [Cf. R. SAVATIER, *et in hora mortis nostrae*, *op. cit.*, *supra*, p. 92. *Vid.* également J.P. DOLL, *op. cit.*, *loc. cit. sup.*, p. 29 et J.L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 229 et s.]. Certains États cependant, ont adopté des textes législatifs en ce domaine (Vid., notamment pour une définition juridique de la mort cérébrale, le texte adopté en 1970 par l'État du KANSAS, 6 Kan. Stat. Ann. 77.202. [1970. Cum Supp.]; L 1970, ch. 378 par. 1).

76. R. NERSON, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 74.

77. Cf. J.-L. BAUDOUIN, *La personne humaine au centre du droit québécois*, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 81. À la différence de certaines provinces dans lesquelles l'usage non autorisé du nom donne matière à poursuite sans qu'il soit nécessaire de faire la preuve d'un préjudice, (Cf. l'article 2 du *Privacy Act* de la Colombie britannique, S.B.C. 1968, ch. 89, et l'article 3 du *Privacy Act* du Manitoba, S.M. 1970, ch. 74, am. par S.M. 1971, ch. 82), il n'y a pas, en droit québécois, de disposition qui condamne spécifiquement l'usage non autorisé du nom patronymique. [Sur la défense du nom de famille en droit civil, voir notamment, P. KAYSER, *La défense du nom de famille*, *Rev. trim. de Dr. Civ.*, 1959, p. 10 et s.]

b) *Le droit au respect de la vie privée*

Du droit au nom, il faut rapprocher le droit au respect de la vie privée. Chacun a droit à garder secrète une sphère de vie et de rester seul avec lui-même.

Il n'existe pas cependant de définition juridique de ce droit. Mais ainsi que le souligne le groupe d'étude sur l'ordinateur et la vie privée[78], la vie privée ne peut se ramener à une notion simple: « c'est une constellation de valeurs concordantes et opposées, de droits solidaires et antagonistes, d'intérêts communs et contraires. Bien plus, cette constellation évolue avec le temps et varie d'un milieu culturel à un autre »[79].

Nonobstant cette complexité et la fluidité des valeurs, il est néanmoins possible d'isoler un certain nombre de constantes et de définir les caractéristiques générales des valeurs qu'on tend à protéger dans ce que l'on entend par vie privée ou droit à l'intimité. C'est, tout d'abord, le droit au respect de son image. C'est pourquoi tout individu est en droit de s'opposer à ce que des tiers, qu'il n'aurait pas expressément ou tacitement autorisés, reproduisent son « image ». Néanmoins, si la notion de vie privée est assez aisément déterminable lorsqu'il s'agit d'anonymes, elle se trouve bien souvent mise en question lorsqu'il s'agit de manière plus générale de l'actualité[80]. Il faut en effet tenir compte de la situation de l'intéressé, situation qui parfois peut engendrer un conflit d'intérêts opposant alors le droit à l'information, ou d'une manière plus large le droit à la liberté d'expression, au respect dû à l'intimité. On considère cependant que la « vie publique » d'un individu obéit à des règles différentes et l'on présume de la part des hommes publics un consentement tacite à la reproduction et à la publication de leur image[81].

Mais la protection du moi, du sens de l'identité, suppose également de pouvoir s'opposer à la divulgation de ses « secrets ». C'est pour éviter que l'individu ne soit livré en pâture à la curiosité et à la malignité publique que la loi impose à ceux qui, par profession,

---

78. Ministère de la Justice et des Communications, Ottawa, 1972.

79. *Ibidem*, p. 11.

80. *Vid.* pour une espèce assez particulière, *Field* v. *United Amusement Corporation Ltd. et autres*, [1971] C.S., 283 et la chronique de A. POPOVICI, *Protection de la vie privée-France*, (1971) 31 *R. du B.*, 559.

81. Pour une critique de cette justification des atteintes à la vie privée fondée sur une autorisation tacite de la victime, voir Robert BADINTER, *Le droit au respect de la vie privée*, J.C.P. 1968, I. 2136. Cf. également, les observations de B. EDELMAN sous CASS., 2e ch. civ., 6 janvier 1971 (Société Presse Office c. SACHS), D. 1971, 263. *Vid.* également, du même auteur, *Esquisse d'une théorie du sujet: l'homme et son image*, D. 1970 chr., p. 119.

connaissent des détails intimes de la vie privée ou de la vie familiale d'un individu, d'en garder le secret [82].

Enfin, de cette idée de protection de la vie privée découle le principe de l'inviolabilité du domicile, sanctionné principalement par le droit criminel [83], et garanti par le droit public contre les abus de l'autorité [84]. Mais la protection de son chez soi, ce droit à la vie privée

---

82. Voir notamment les articles 307 et 308 C.P., et les articles 5 et 7 de la *Loi sur la protection de la santé publique*. [Sur l'interprétation de l'article 308 C.P., *vid. Descarreaux* v. *Jacques*, [1969] B.R., 189, commentaire P. LAMARCHE, (1970) 16 McGill L.J., 399., et la décision rendue par la Cour Supérieure dans *Morrow* v. *Royal Victoria Hospital*, [1972] C.S. 349]. C'est le même principe qui sert de fondement au principe de non incrimination selon lequel un témoin peut demander la protection de la Cour lorsque sa déposition tendrait à l'incrimer [Cf. l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch.E. 10 et l'article 309 C.P.]. La protection de l'intimité exige en effet qu'on utilise avec une grande prudence, même s'il est aujourd'hui reconnu, en droit pénal, qu'une preuve illégalement obtenue puisse être produite [Cf. *Kurama Son of Kaniu* v. *Reginam*, (1955) 1 All. E.R., 236, commentaire T. FRANK, (1955), 33 *R. du Can. 721; A.G. for Québec* v. *Bégin*, [1955] R.C.S. 593; *Re Section 92 (138) of the Vehicules Act*, 1957 (Sask), ch. 193, 121 C.C.C., 321; *R.* v. *Wray* [1971] R.C.S. 272], les preuves qui n'ont été obtenues que grâce à une violation de l'intimité morale. Il suffit de penser aux controverses suscitées par les amendements apportés à la *Loi de Police* [S.Q. 1968, ch. 17] et aux pouvoirs qu'ils confèrent à la Commission de police dans le cadre de l'enquête sur le crime organisé [*Vid.* notamment les articles 19 et 21 nouveaux (Cf. *Loi modifiant la Loi de Police*, article 51, sanctionnée le 18 juillet 1972 et le *Journal des Débats des 5 et 7 juillet 1972*, vol. 12, nos 59 et 61). Cf. également, à propos de l'article 235 du *Code criminel*, l'article de G. LÉTOURNEAU *L'ivressomètre*, (1971) 31 *R. du B.*, 3 et le jugement rendu dans l'affaire *R.* v. *Desharnais*, [1971] R.L. 161, (Sess. de la Paix)]. D'ailleurs le développement des techniques modernes et les intrusions multiples qu'elles permettent aujourd'hui dans la vie privée des individus appellent une intervention du législateur [En ce sens, *vid.*, A.E. GOTLIEB, *Computers and Privacy*, (1971) 2 C.B.A.J., nº 4, p. 27; E. RYAN, *Protection of Privacy, A call for Federal Action*, (1969) 17 *Chitty's Law J.*, 219 et Robert W.B. COSMAN, *A man's House is his castle: Beep: A civil Law Remedy for the Invasion of Privacy*, [1971] 29 *U of Toronto Faculty of Law Rev.*, 2. Cf. également le Rapport du groupe d'étude chargé de scruter les problèmes touchant la vie privée et l'information (*supra*, note 78) et le projet de Loi C-6 (*Loi de la protection de la vie privée*) sur les tables d'écoute, déposé le 21 février 1972 devant la Chambre des Communes]. Soulignons cependant que deux provinces ont déjà légiféré sur le contrôle des banques d'information (cf. *The Personal Investigations Act*, [Manitoba] S.M. 1971 ch. 74, et *The credit Reporting Agencies Act*, [Saskatchewan] S. Sask., 1972 ch. 23.) Au Québec, *La Loi du protecteur du citoyen* [S.Q. 1968, ch. 11] et *La Loi de la protection du consommateur* [S.Q. 1971, ch. 74, art. 43 à 46] offrent déjà un recours à ceux dont l'intimité a été violée. Mais nos tribunaux, dans l'affaire *Robins* v. *C.B.C.*, (1958) C.S., 152; (1958) 12 D.L.R. (2d) 35, ont expressément reconnu l'existence du droit à la vie privée. Certaines lois fédérales assurent également, face aux systèmes d'information, la protection de notre intimité, [cf. *La loi sur la statistique*, S.R.C. 1970 ch.S 16 et *La loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-1971, ch. 63] mais il n'y a pas de solution d'ensemble sur la protection de la vie privée. [Sur ce point, *vid. L'ordinateur et la vie privée, op. cit., supra* et E. GROFFIER, *Aspects nouveaux de la vie privée*, Interlex 1972, vol. I, no. 10, p. 15. *Vid.* également le Rapport de l'O.R.C.C. sur les droits civils, (art. 5), *op. cit., supra*, note 15.

83. *Vid.* les art. 40, 306, 307, 330 (3), 331 (b) et 745 du *Code criminel*.

84. Articles 443 et s. du *Code criminel*. *Vid.* également les art. 164, 177 et 330 du même Code, et la décision rendue dans l'affaire *Chatigny* v. *Sa Majesté la Reine* [1972] C.S., 107.

considérée au sens spatial du terme, est également assuré par le droit civil. Le droit de se clore mentionné à l'article 505 du Code civil n'est qu'une manifestation de cette liberté, de ce droit pour tout individu, de mener une vie retirée et anonyme.

c) *Le droit à l'honneur*

Toute personne a le droit d'exiger que les tiers respectent son honneur et aussi personnelle qu'en soit la notion, car « le sentiment de l'honneur est à la fois en soi-même, dans le sentiment que l'on a de sa propre dignité et dans les autres, dans le sentiment qu'ils ont de notre dignité »[85], ce sentiment reçoit également protection. La protection de l'honneur est d'abord assurée par le droit criminel qui sanctionne la diffamation et l'injure, lorsque une certaine publicité leur a été donnée[86]. Sur le terrain du droit civil, la diffamation et l'injure, dans la mesure où elles peuvent être considérées comme fautives, donnent ouverture à une action en dommages-intérêts en réparation du préjudice souffert par la victime[87].

Éventuellement, cette victime pourrait même obtenir des mesures propres à faire cesser les calomnies ou les propos insidieux proférés à son sujet[88], ce à quoi il faut ajouter le droit pour tout particulier qui s'estime lésé par un article publié dans un journal, de faire publier dans ce même journal, un article répondant[89].

d) *Les sentiments d'affection*

Du sentiment de l'honneur, on peut encore rapprocher les sentiments d'affection. Les tribunaux, en effet, n'ont jamais hésité à accorder des dommages-intérêts en réparation du préjudice moral souffert à la suite de la perte ou des atteintes portées à un être cher, et l'on peut encore prétendre à l'existence d'une action en aliénation d'affection qui permet au mari de recouvrer des dommages-intérêts de celui qui a aliéné l'affection de son épouse[90].

85. J. CARBONNIER, *op. cit.*, tome I, p. 247.

86. Voir les art. 260 et s. du *Code criminel.*

87. Voir notamment l'affaire *Rochette* v. *La télévision de Québec (Canada Ltée)*, [1972] C.S., 275, et l'affaire *Langelier* v. *Boutin*, [1973] C.S. 72.

88. Nous pensons plus précisément ici à la procédure de l'injonction et aux pouvoirs qui sont conférés aux tribunaux et aux juges par l'article 45 C.P.; à ce sujet on se rapportera avec intérêt aux recommandations formulées par l'Office de révision du Code civil, dans son rapport sur les droits civils, *op. cit.*, p. 27, sous article 10.

89. Cf. Art. 7 de *La Loi de la Presse*, S.R.Q. 1964, ch. 48.

90. Cf. *Khazzam* v. *Garson*, [1969] B.R.; *N.* v. *H.*, [1969] B.R. 348; *B.* v. *D.*, [1970] C.A. 1125 et *L.* v. *P.*, [1971] R.P. 152. *Vid.* cependant, contra, *David* v. *Julien* [1970] C.A. 720. Pour une analyse de la question, voir A. POPOVICI, *De l'aliénation d'affection, essai critique et comparatif*, (1970) 48 *R. du B. Can.*, 235.

B. Le droit au libre exercice de l'activité humaine

Le respect de la liberté individuelle, quelle que soit son expression concrète, appartient à l'ordre moral. Mais comme le souligne Carbonnier, « la liberté se diversifie selon l'activité humaine qui est en cause et plutôt qu'avec la liberté civile, c'est avec des libertés concrètes que la pratique a à faire »[91]. C'est ainsi qu'on parle de libertés physiques, de libertés morales et même de libertés professionnelles, encore que ces différentes catégories appellent elles-mêmes des distinctions.

a) *Le droit à la liberté physique ou les libertés physiques*

Aucun individu ne peut priver un autre de sa liberté.

Ce principe s'analyse, dans le Code civil, en une liberté d'aller et venir, et en une liberté de faire ou de ne pas faire.

i) La liberté d'aller et venir

Forme la plus élémentaire de la liberté physique, la liberté d'aller et venir est protégée tant par le droit criminel[92] que par le droit civil. Il suffit de songer à la procédure d'*habeas corpus* qui permet d'éviter les internements arbitraires[93] ou au droit de passage qui est accordé sur la propriété d'autrui lorsqu'un fonds est enclavé[94].

ii) La liberté de faire ou de ne pas faire

Garantie par le principe de la liberté contractuelle, elle trouve son expression essentielle dans le cadre de la théorie des obligations. Mais si seule, la volonté de l'homme peut lui faire perdre quelque chose de sa liberté, il ne faut pas non plus qu'en l'exerçant il puisse la détruire, d'où la prohibition pour tout individu, d'engager ses services indéfiniment. Ce même respect de la liberté individuelle s'oppose également à ce qu'on puisse contraindre celui qui manque à ses engagements

---

91. *Op. cit.*, Tome I, p. 248.

92. Cf. art. 247 et s., et l'article 29 du *Code criminel.*

93. Cf. articles 851 et s. C.P..., il est vrai qu'avec les garanties offertes par la nouvelle *Loi sur la protection du malade mental* (Bill 46, Québec, 3e Session, 29e législature, sanctionné le 30 juin 1972) on peut présumer qu'il n'y aura plus lieu, en pratique, de recourir à cette procédure.

94. Cf. article 540 du *Code civil.* La liberté d'aller et venir soulève également le problème de la validité des donations ou des testaments dans lesquels une clause prévoit, comme condition de la libéralité, l'obligation d'habiter ou l'interdiction de demeurer à tel endroit. Toutefois les tribunaux hésitent à annuler de telles clauses lorsqu'elles sont justifiées par un intérêt légitime.

à les exécuter directement. Il ne pourra être condamné qu'à des dommages et intérêts[95].

b) *Les libertés morales*

Il s'agit essentiellement de la liberté du mode de vie et de la liberté de conscience, auxquelles on peut rattacher également la liberté ou le droit au mariage.

i) La liberté du mode de vie

Tout individu est libre de vivre comme il lui plaît. La seule limite à cette liberté est le respect de la liberté d'autrui : le locataire peut en principe, vivre comme il l'entend, mais à la condition de ne pas troubler la paix de son voisin. Aussi sera valide la clause qui interdit l'exercice d'une profession dans les lieux loués ou qui fait interdiction au locataire d'y élever chiens, chats ou perroquets.

ii) La liberté de conscience

Elle recouvre essentiellement la liberté de pensée, la liberté d'expression et la liberté de religion, considérées comme fondamentales dans toute société démocratique[96]. Garanties contre l'arbitraire de l'État[97], elles sont également protégées par le droit civil. Ainsi, la clause qui dans un testament ou un legs subordonne la donation à la condition de pratiquer telle religion ou de ne pas épouser telle personne qui est de telle religion, est nulle[98].

À la liberté de conscience, il faut également rattacher le principe

---

95. Cf. articles 1667 et 1065 du *Code civil.*

96. Voir cependant les articles 186 et 243 du *Code criminel* et les lois, tant fédérale que provinciale, sur l'observance du Dimanche [S.R.C., 1970, ch. L-13 ; S.R.Q., 1964, ch. 304] qui toutes deux font abstraction de la liberté de ceux qui choisissent de ne pratiquer aucune religion. Soulignons également le caractère discriminatoire, au Québec, des élections scolaires, pour les fins desquelles les non-catholiques sont tous classés comme neutres.

97. En droit public, dans le domaine de l'ordre politique, on se rappellera la célèbre affaire du Cadenas, dans laquelle la Cour suprême eut à juger de la validité de la loi qui visait à empêcher la propagande communiste dans la Province, (*Switzman* v. *Elbling and Attorney General of the Province of Quebec*, [1957] R.C.S. 285 ; *vid.* également, *Saumur* v. *La Cité de Québec*. (1953) 2 R.C.S. 299 ; *Chaput* v. *Romain, Young et Chartrand*, [1955] R.C.S. 34 ; *Chabot* v. *Les Commissaires d'école de Lamorandière*, (1958) 12 D.L.R. (2d) 796 ; *Roncarelli* v. *Duplessis*, [1959] R.C.S. 121 et, *Lamb* v. *Benoît*, [1959] R.C.S. 321.

98. Néanmoins, serait considérée comme valable la clause qui, sans placer le légataire dans l'obligation d'opter entre la libéralité et ses convictions morales ou religieuses, désigne simplement comme bénéficiaire les personnes appartenant à telle religion au moment de l'ouverture de la succession. Voir les recommandations de l'Office de révision à propos des distinctions justifiées par leur caractère charitable ou philanthropique. (*O.R.C.C.*, rapport sur les droits civils, *op. cit.*, pp. 24-25).

qui veut qu'aucune atteinte ne soit portée au droit de se marier ou de fonder une famille.

Mais si le droit de se marier apparaît comme un droit fondamental de la personnalité, donc, inaliénable, il ne faut cependant pas confondre, nous dit A. Mayrand, à propos du célibat contractuel de l'hôtesse de l'air, la renonciation au droit de contracter mariage avec l'acceptation d'un emploi pouvant prendre fin au mariage: « Renoncer à un droit et en différer l'exercice sont deux choses fort différentes. La condition stipulée dans un contrat que l'une des parties ne se mariera pas avant un temps limité serait valide, si elle n'avait pas pour effet d'imposer un célibat perpétuel » [99].

Tels sont, donc, les principaux droits ou attributs de la personnalité. Cette énumération serait cependant incomplète si l'on ne mentionnait pas l'existence, à côté de ces droits et de ces libertés fondamentales, des droits dits intellectuels (droits d'auteur et de propriété industrielle) que leur originalité oblige cependant à distinguer. Ces droits, en effet, recouvrent des prérogatives qui s'apparentent à la fois aux droits subjectifs, aux droits de créance et aux droits réels.

L'auteur, nous dit P. Kayser, n'est pas seulement investi d'un droit moral dont la fin essentielle est la protection de ses intérêts extrapatrimoniaux: il dispose également du monopole d'exploitation de son œuvre. Le dépôt de l'invention et la délivrance d'un brevet sont également la source d'un monopole d'exploitation de celle-ci au profit du déposant: « Le droit moral de l'auteur et celui de l'inventeur posent ainsi, tout d'abord, la même question que les autres droits de la personnalité, celle de leur contenu. Ils soulèvent, d'autre part, une question qui leur est propre, celle des rapports existant entre eux et le droit patrimonial issu de la création littéraire et artistique et du dépôt d'une invention » [100]. Leur caractère hybride et dualiste et le fait qu'ils ressortissent de la compétence du Parlement fédéral [101], nous ont porté à les exclure du cadre strictement civiliste de cet exposé. Il convenait néanmoins d'en souligner l'existence.

Mais les droits et les libertés qui se trouvent déjà protégées par

---

99. A. MAYRAND, *Le célibat contractuel de l'hôtesse de l'air*, 42 *Rev. du B. Can.* 183, p. 186; voir également les commentaires de Roger NERSON dans la chronique de jurisprudence de la *Rev. Trim. dr. civ.*, 1972, vol. 71, n° 3, p. 585-586, (*Protection de la vie privée*).

100. P. KAYSER, *op. cit., loc. cit.*, p. 473.

101. *Vid.* Pour les droits d'auteurs, S.R.C. 1970 ch. C-30 et pour les brevets, 1970 S.R.C., ch. P-4; relativement à la sanction de ces droits, *vid.* les jugements rendus par la Cour supérieure dans *Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada Limitée* v. *Kect Estates Inc et autres*, [1971] C.S., 457, et [1972] C.S. 315.

le droit civil se trouvent garantis par un autre grand principe, l'égalité civile.

c) *L'égalité civile*

C'est le fondement même du droit civil. Mais cet égalitarisme, dont le principe est proclamé à l'article 18 du Code civil [102], appelle certaines précisions.

Déjà l'on peut noter qu'il s'agit d'une égalité de droit et non de fait [103]. Mais cette « égale aptitude à jouir des droits civils » [104] comporte aussi des exceptions. Il existe donc des inégalités civiles dont l'existence tient en grande partie à l'histoire, encore que certaines soient liées à des données rationnelles ou économiques. Parmi ces inégalités, les unes sont dues à la naissance. A cause de certains intérêts supérieurs, tous les individus ne naissent pas égaux. Ainsi, afin de protéger la famille légitime, le Code civil a longtemps considéré l'enfant naturel avec méfiance. Si sa situation juridique s'améliore de plus en plus [105], la loi cependant se refuse encore à l'assimiler complètement à l'enfant légitime [106]. De même, les étrangers ne jouissent pas des mêmes droits que les nationaux [107]. Certaines de ces inégalités cependant, répondent à la nature des choses. C'est ainsi que le droit civil frappe certaines personnes d'une incapacité d'exercice.

---

102. « Tout être humain possède la personnalité juridique. Citoyen ou étranger, il a la pleine jouissance des droits civils, sous réserve des dispositions expresses de la loi. »

103. Encore que la dégradation civile, [Cf. *La loi abolissant la mort civile* (1906) 6 Ed. VII, ch. 38] « vestige d'un autre âge » (Cf. O.R.C.C., *Rapport sur les droits civils*, *op. cit.*, *supra*, p. 35) vienne tout juste d'être abolie (Cf. *La Loi modifiant à nouveau le Code civil et modifiant la loi abolissant la mort civile*, *supra*, et les commentaires de Monique LAUZON dans la *Revue du Barreau* du mois de mai 1972, à la p. 264.

104. J. CARBONNIER, *op. cit.*, *supra*, tome I, n° 71, p. 252.

105. *Vid.* notamment, les articles 240, 241 et 245 a) nouveaux du *Code civil*, de même que le second alinéa de l'article 1056, modifiés par *la Loi modifiant à nouveau le Code civil et accordant certains droits aux enfants naturels*, L.Q. 1970, ch. 85.

106. Ainsi, l'enfant naturel ne jouit d'aucune vocation successorale *ab intestat* (Cf. articles 606 et s. du *Code civil*). Cette anomalie devrait néanmoins disparaître dans un avenir rapproché. Peut-être notre nouveau *Code civil* en fera-t-il, à l'exemple du droit français (*Vid.* L. BARBIER, *La réforme de la filiation*, Gaz. Pal. 3 oct. 1972, n° 275 et 277, p. 2) un héritier légal, sinon un cohéritier de l'enfant légitime (Cf. O.R.C.C., *Rapport sur la reconnaissance de certains droits aux enfants naturels*. Montréal 27 mai 1968).

107. Cf. article 18, alinéa 2 nouveau *Code civil*, dont la formule générale résume les dispositions des anciens articles 18 à 27 du *Code civil* qui traitaient de la nationalité et de la citoyenneté. Parmi les lois statutaires établissant des exceptions, on peut citer *la loi des Jurés* S.R.Q. 1964, ch. 26, telle que modifiée par L.Q. 1971, ch. 15, qui illustre une tendance qu'on retrouve dans presque tous les systèmes juridiques, celle de refuser aux étrangers l'accès aux charges publiques ou assimilées. (*Vid.* notamment, pour les tuteurs et curateurs, SIROIS, *Tutelles et Curatelles*, Montréal, 1911, pp. 103-104.

Ces incapacités, fondées sur des données telles que l'âge [108], l'état mental [109], s'expliquent d'un point de vue rationnel.

Enfin, il y a les inégalités sociales. Dans la mesure où, pour pallier aux inégalités de fait qui existent entre les citoyens, l'État protège les défavorisés et impose plus lourdement les économiquement forts, il va directement à l'encontre du principe de l'égalité civile. De telles interventions, en effet, même si elles sont destinées à compenser des inégalités économiques visent certaines catégories d'individus seulement et non pas tous les citoyens. Mais par delà l'égalité civile, elles visent à établir non plus une égalité de droit, mais une égalité de fait.

Il reste à souhaiter que le législateur aille plus avant dans la reconnaissance des droits et des libertés fondamentales attachées à la personne humaine. Il nous a fallu attendre que se dégage une réalité biologique du sujet de droit pour qu'apparaisse dans notre Code l'expression même de personnalité juridique. Espérons, avec Monique Lauzon [110], que l'embryon de droit des personnes dont nous venons d'êtres dotés prendra corps dans une charte des droits civils avant qu'une autre discipline n'exige qu'on en dégage les éléments essentiels.

---

108. On notera que l'âge de la majorité est maintenant fixé à dix-huit (18) ans. [Cf. article 246 nouveau *Code civil* tel que modifié par le bill 66 [*Loi modifiant à nouveau le Code civil*, L.Q. 1971, ch. 85].

109. Soulignons également le régime nouveau auquel sont maintenant soumis les malades mentaux qui n'ont pas fait l'objet d'une mesure d'interdiction consacrant ainsi l'indépendance du régime civil et du traitement médical (Cf. *La loi sur la protection du malade mental* (bill 46), sanctionné le 30 juin 1972).

110. *Op. cit., loc. cit., supra.*