

# **RÉFLEXIONS SUR LA NÉCESSITÉ D'UNE DÉFINITION DE LA MORT**

par Robert P. KOURI\*

## **SOMMAIRE**

<b>1- INTRODUCTION</b> .....	448
<b>2- LA PROBLÉMATIQUE</b> .....	451
<b>3- UNE SOLUTION: LA LÉGISLATION</b> .....	462
<b>4- APPRÉCIATION DE LA SOLUTION LÉGISLATIVE</b> .....	465

---

\* Professeur, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

*"Tout ce qui se produit sur la terre arrive en son temps.  
Il y a un temps pour naître et un temps pour mourir..."*

*Ecclésiaste 3, versets 1, 11.*

## 1- INTRODUCTION

1. Tout être humain jouit des droits de la personnalité par le fait même de son existence<sup>1</sup>. Mais à partir de quel moment précis commence-t-il à exister? Est-ce à la conception, à tout autre instant de la gestation, ou à la naissance<sup>2</sup>? Si l'on peut s'interroger sur le début de la personnalité, les juristes font preuve d'unanimité en ce qui concerne sa cessation — l'être humain est sujet de droit jusqu'à l'instant de sa mort<sup>3</sup>. La personne humaine, de son vivant titulaire de droits et d'obligations, traverse une frontière et devient cadavre — un objet de respect certes mais tout de même un objet. Dans une discipline comme le droit, où le sens de la nuance joue un rôle important, il est peut-être surprenant de voir une absence d'équivoque quant à la fin de l'existence du sujet de droit. Il vit ou il est mort:

"Ce caractère soudain et brutal de la mort au regard du droit est lié à l'idée qu'il n'y a pas de degrés (sic) dans la reconnaissance des droits de l'homme. Il n'y a pas, avec le déclin de la vie, d'extinction progressive de ces droits. Tant que l'on se retrouve devant un homme vivant, il faut lui reconnaître tous les droits de la personne humaine, mais, du même coup, ces droits disparaissent en un seul instant au moment de la mort"<sup>4</sup>.

2. Cet ultime événement dans la vie d'un individu est civilement le plus important. Son mariage est rompu, son patrimoine se confond avec ceux des successeurs universels et à titre universels<sup>5</sup>, et sa per-

1. En effet, l'article 18 C.c. n'affirme-t-il pas que "Tout être humain possède la personnalité juridique...?"

2. V. R.P. KOURI, "Réflexions sur le statut juridique du foetus", (1980-81) 15 *R.J.T.* 193; B. KNOPPERS, "Le statut juridique du foetus: du droit comparé au droit en devenir", (1980) 2 *Cahiers de Bioéthique* 205; E.W. KEYSERLINGK, "A Right of the Unborn Child to Prenatal Care — The Civil Law Perspective", (1982) 13 *R.D.U.S.* 49.

3. J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 117.

4. J. SAVATIER, "Définition de la mort", (1974) 7 *Revue des droits de l'homme* 387.

5. J.-L. BAUDOIN, "L'incidence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil", (1970) 5 *R.J.T.* 217, 227.

sonne même, si jalousement protégée par le droit, devient *caro data vermibus*<sup>6</sup>. Malgré cela, le droit québécois ne définit pas la mort et laisse aux médecins et aux officiers publics chargés des registres de l'état civil<sup>7</sup> le soin de constater ce changement dans le statut juridique de la personne<sup>8</sup>. Ainsi, le médecin ne peut se fonder que sur sa science pour déterminer la mort<sup>9</sup>, et à moins de ne pas se conformer aux données acquises de cette science, ses constatations sont définitives<sup>10</sup>.

3. Le rôle des médecins est donc d'établir plutôt que de définir la mort, car le décès d'un être est un phénomène scientifique et absolu devant lequel l'homme est impuissant. Une définition de la mort, si érudite soit-elle mais qui ne serait pas conforme à la réalité, ne demeurerait qu'une pure fiction.

4. À travers l'histoire, l'homme a constaté la mort de ses proches grâce à certains indices démontrant hors de tout doute, l'extinction irréfragable de la vie. Chez les primitifs, c'était probablement la putréfaction. Par la suite s'ajoutèrent de façon empirique la rigidité cadavérique, la cessation de la respiration et éventuellement l'arrêt cardiaque. C'est un chercheur français, Marie François Xavier Bichat (1771-1802) qui, le premier, a entrepris une étude scientifique du phénomène de la

6. Coke's *Institutes of the Laws of England*, third part, p. 203. Bien entendu, le cadavre humain est protégé par le *Code criminel* art. 178 (outrage au cadavre) et le *Code civil* arts 2217 (protection des cimetières), 21 (la disposition du cadavre et/ou conditions des funérailles), 23 (l'autopsie). Nous faisons abstraction bien sûr des autres lois régissant la disposition du corps humain v.g. *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q., c. P-35.

7. Art. 67 C.c.

8. J.-L. BAUDOIN, *loc. cit. supra*, note 5, 228; E. DELEURY, "Naissance et mort de la personne humaine ou les confrontations de la médecine et du droit", (1976) 17 *C. de D.* 265, 304.

9. J. SAVATIER, *loc. cit. supra*, note 4, 390.

10. C'est peut-être pour cette raison que le Code civil à l'article 66 défend l'inhumation ou l'incinération du corps humain avant l'expiration de douze heures à compter du décès. V. également la *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q., c. P-35 et ses règlements.

Par contre, la loi permet le prélèvement d'organes pour fins de transplantation immédiatement après le décès, cf. arts 21, 22 C.c.

Ce n'est qu'en ce qui concerne les comourants que le législateur s'est déjà immiscé dans ce domaine dans le but de déterminer l'ordre des dévolutions successorales (anciens articles 603-605 C.c., maintenant abrogés). Ainsi, lorsque les circonstances ne permettaient pas d'identifier l'ordre des décès dans un même événement, la loi fixait, de façon arbitraire, certaines présomptions de survie. Aujourd'hui l'on se réfère à l'article 603 C.c. établissant une présomption de simultanéité des décès.

mort. En 1800, il a publié le fruit de ses réflexions dans un volume intitulé: *Recherches physiologiques sur la vie et la mort*<sup>11</sup>. La plupart de ses découvertes résultèrent de l'étude de l'état physiologique des nombreuses victimes de la guillotine exécutées au cours de la Révolution française<sup>12</sup>. Bichat était d'opinion que même si les muscles conservaient une certaine vitalité animale quelque temps après le décès de la personne, la mort de l'organisme résultait soit de l'arrêt cardiaque, soit de l'arrêt respiratoire, soit de la cessation des fonctions cérébrales<sup>13</sup>. D'autres chercheurs ont démontré que, nonobstant la mort de la personne, certains organes, comme le coeur, peuvent fonctionner des heures après avoir été enlevés du cadavre<sup>14</sup>. Il en est de même quant à la vie cellulaire du corps, qui ne cesse qu'après plusieurs jours.

5. De ces constatations a surgi un conflit conceptuel, qui persiste toujours, entre la science et le droit. Pour les médecins, le fait de mourir est un processus biologique<sup>15</sup> qui débute avec la disparition définitive de la conscience (syndrome appallique), suivie d'une nécrose du tronc cérébral (mort cérébrale), puis de la mort biologique ou cessation du fonctionnement des organes vitaux, pour se terminer par la mort cellulaire<sup>16</sup>. Les juristes, au contraire, perçoivent la mort comme un événement instantané<sup>17</sup>. Malgré tout, cette controverse est

- 
11. M.F.X. BICHAT, *Recherches physiologiques sur la vie et la mort*, Paris, Gabon et cie, 1800.
  12. M. SAUNDERS, "Determining the Presence of Death — A Medical, Legal and Ethical Problem", (1975) 6 *Manitoba L.J.* 327.
  13. A. HOFFMAN, M. VAN CURA, "Death: A Medical Dilemma: A Legal Answer", (1979) 3 *Legal Medical Quarterly* 110, 112.
  14. SAUNDERS, *loc. cit. supra*, note 12, 327.
  15. D. CONWAY, "Medical and Legal Views of Death: Confrontation and Reconciliation", (1974) 19 *St-Louis L.J.* 172, 174; SAUNDERS, *loc. cit. supra*, note 12, 328; M. DEMERE, "Developing a Definition of Death", (1980) 31 *A.O.R.N. Journal* 930, 932; L. KUSHNIR, "Bridging the Gap: The Discrepancy Between the Medical and Legal Definitions of Death", (1976) *U. of T. Fac. L.R.*, 199, 201; HOFFMAN, VAN CURA, *loc. cit. supra*, note 13, 112.
  16. BAUDOUIN, *loc. cit. supra*, note 5, 228.
  17. KUSHNIR, *loc. cit. supra*, note 15, 201; D.W. MEYERS, *The Human Body and the Law*, Chicago, Aldine Publishing Co., 1970, p. 115; attire notre attention, avec raison sur l'affaire californienne de *Thomas v. Anderson* (1950) 215 P. (2d) 478, 482 où cette façon de voir est expressément énoncée (*per* Mussell, J): "While it may be said that persons who are alive at the same time are living simultaneously, death occurs precisely when life ceases and does not occur until the heart stops beating and respiration ends. Death is not a continuing event and is an event that takes place at a precise time". Dans une cause plus récente de *Douglas v. Southwestern Life Ins. Co.*, (1964) 374 S.W. (2d) 790, le

plus apparente que réelle car il semble être admis aujourd'hui que par la mort d'une personne, on entend la mort somatique<sup>18</sup>. En d'autres termes c'est la mort de l'individu dans son ensemble, plutôt que celle des diverses composantes de son corps<sup>19</sup>. Une interminable discussion surgit, surtout auprès de certaines juridictions de *Common Law*, lorsqu'il s'agit de préciser les critères sur lesquels doit s'appuyer la profession médicale pour déclarer une personne morte. La polémique est donc scientifique plutôt que juridique.

## 2- LA PROBLÉMATIQUE

6. Avant le développement des techniques modernes de réanimation<sup>20</sup>, la constatation du décès à partir de certains facteurs, tels l'arrêt des fonctions cardio-pulmonaires, était considérée comme irréprochable car l'absence de la circulation sanguine devait inévitablement entraîner la mort cérébrale endéans quelques minutes<sup>21</sup>. Ainsi l'extinc-

---

bénéficiaire d'une police d'assurance-vie réclame l'indemnité prévue, prétextant que même si l'assuré est mort 120 jours après l'accident, c'est à cause de l'acharnement thérapeutique des médecins que la victime a vécu au-delà de la limite de 90 jours énoncée dans le contrat d'assurance. Le juge Moore de la Cour d'appel du Texas écrit (à la p. 793): "Appellant further argues that since 'death' was not defined in the policy, that 'death' should be construed to mean 'the act of dying' and since the insured was in 'the act of dying' within 90 days, such would substantially comply with the requirement or would at least create a question of fact. We know of no authority for either of these propositions and appellant cites none. Death is not an ambiguous term and there is no room for construction. Death has been defined as the termination of life, and as the state or condition of being dead."

18. KUSHNIR, *loc. cit. supra*, note 15, 201.

19. Cf. La Déclaration de Sydney, Australie adoptée par la 22<sup>e</sup> Assemblée du World Medical Association en août 1968, citée par C. WECHT, M. ARANSON, "Medico-Legal Ramifications of Human Tissue Transplantation", (1969) *De Paul L.R.* 488, 491. V. également W.A.P. FACER, "Do we Need a Legal Definition of Death?" (1975) *The New Zealand L.J.* 171, 172: "...Clinical interest lies not in the state of preservation of isolated cells, but in the fate of the person, and that the time of death of various body cells and organs is less important than the determination that the process has become irreversible, irrespective of resuscitation techniques that may be employed."

20. Ces techniques furent élaborées au cours des trente dernières années.

21. Selon A. VAN TILL — d'AULNIS DE BOUROUILL, "How Dead Can You Be?", (1975) 15 *Med. Sci. and Law* 133, 137: "So far as a person is concerned, there is no death but brain death; heart death is either a cause or a result of brain death for the two are connected but not identical". Voir également, HOFFMAN et VAN CURA, *loc. cit. supra*, note 13, 115; R. STEIMLE, "Définition de la mort — Rapport médical", (1976) 7 *Revue des Droits de l'Homme* 379, 380.

tion de la vie s'accomplissait "naturellement", et personne (sauf peut-être le 'croque-mort'), ne pouvait être frustré par la lenteur de la mort dans la réalisation de son oeuvre. L'introduction dans la pratique médicale de respirateurs, de pace-makers et d'appareils coeur-poumons a mis fin à cette attitude traditionnelle de résignation devant l'inévitable. Dorénavant le décérébré peut 'vivre' ou du moins peut présenter une apparence de vie grâce à une machine et aux soins d'un personnel médical hautement spécialisé<sup>22</sup>. Le coeur n'est plus le siège de la vie et peut même être artificiel. La médecine est alors contrainte non seulement de réexaminer les critères de la mort, mais encore elle doit pouvoir reconnaître cet état rapidement car en matière de transplantation, le temps est un luxe<sup>23</sup>. Voilà les origines du débat opposant la mort cardiaque et la mort cérébrale!

7. Nous sommes tentés de traiter cette discussion qui a fait couler autant d'encre de 'faux débat' car tous les protagonistes admettent volontiers que l'homme est mort lorsqu'il y a désintégration totale et absolue de l'entité psychosomatique<sup>24</sup>. Suivant une formule lapidaire déjà mentionnée dans le *Journal of the American Medical Association*, "a dead brain is a dead person"<sup>25</sup>. Le vrai conflit porte plutôt sur la façon de constater rapidement et sans risque d'erreur l'état de mort cérébrale, avant d'effectuer des prélèvements ou d'arrêter la "machine"<sup>26</sup>.

22. KUSHNIR, *loc. cit. supra*, note 15, 201.

23. Selon la COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, (*Les critères de détermination de la mort*, document de travail 23, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1979, à la p. 13): "Le coeur peut apparemment survivre à une anoxie pouvant aller d'une heure à une heure et demie. Ce temps, pour le rein, est de deux heures à deux heures et demie. Il est respectivement de 30 à 60 minutes pour le poumon et de 15 à 30 minutes pour le foie."

24. VAN TILL — d'AULNIS DE BOURQUILL, *loc. cit. supra*, note 21, 137.

25. MOORE, "Medical Responsibilities for the Prolongation of Life", (1968) 206 *J.A.M.A.* 384. I. KENNEDY dans "Switching Off Life Support Machines: The Legal Implications", (1977) *Crim. L.R.* 443, 445, explique davantage ce raisonnement dans ces termes: "A person will not breathe nor will his heart beat without a functioning brain stem and if this is destroyed he will never recover the ability to do so since, once destroyed, brain cells do not regenerate. A machine may well perform these tasks for him for some considerable period of time but it has come to be accepted that once the brain can be shown to be dead, the machine is not keeping the patient alive in any accepted sense of the word, it is merely ventilating a corpse."

26. D. FRENKEL, "Establishing the Cessation of Life", (1978) 2 *Legal Medical Quarterly* 162, 163, est d'opinion que: "But while doctors agree to the attitude of 'brain death' and the majority among them accepts the E.E.G. test as the most

Malheureusement, les incertitudes de la profession médicale à ce sujet ont débordé le contexte scientifique et ont rejailli au niveau juridique. Si les médecins diffèrent d'opinion sur les critères de la mort, la solution de facilité qui saute à l'esprit est de s'adresser au législateur afin que ce dernier puisse trancher péremptoirement les controverses scientifiques<sup>27</sup>. De plus, une certaine jurisprudence de *Common Law*, reconnaissant uniquement la mort cardiaque, a contribué aux inquiétudes de la profession médicale américaine, qui se sentait déjà la proie d'un système juridique assez bienveillant à l'égard des victimes de *malpractice*. Cette crainte a rapidement franchi les frontières géographiques et s'est implantée dans la plupart des pays industrialisés.

8. Un autre facteur important est venu semer la confusion dans cette discussion — il s'agit de certaines causes célèbres comme celle de *Quinlan*<sup>28</sup> où un public mal informé a eu tendance à assimiler la

---

efficient and accurate, there is a fundamental dispute among them as to how long a flat E.E.G. line should be recorded in order to establish the fact that the brain has stopped functioning. The opinions given vary from one minute up to seventy-two hours." V. également à la p. 164.

27. V.G. VAN TILL — d'AULNIS DE BOURQUILL, *loc. cit. supra*, note 21, 137: "If medical opinion cannot reach near-unanimous agreement [on the diagnosis of death] the law should interfere".
28. *In re Quinlan*, (1976) 355 A. (2d) 647, *certiorari* refusé *sub. nom. Garger v. New Jersey*, (1977) 429 U.S. 922. Voir également *Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz*, (1977) 370 N.E. (2d) 417 (Mass.) (permission obtenue de cesser de prodiguer des soins autres que des soins courants à un débile mental très âgé, atteint d'un cancer incurable); *Matter of Dinnerstein*, (1978) 380 N.E. (2d) 134 (Mass.) (est jugé valable le fait pour le médecin traitant d'inscrire dans le dossier de la patiente âgée de 67 ans et souffrant de la maladie d'Alzheimer, l'ordre de ne pas ressusciter en cas d'arrêt cardiaque); *Satz v. Perlmutter*, (1980) 379 So. (2d) 359 (Fla.), (permission accordée à un homme lucide âgé de 73 ans souffrant de sclérose latérale amyotrophique de refuser des soins); *Eichner v. Dillon*, (1980) 426 N.Y.S. (2d) 517 (App. Div. N.Y.), modifié *sub. nom. In re Storer*, (1981) 49 U.S.L.W. 2644 (31 mars 1981), (un prêtre a obtenu la permission en tant que "committee of the person" d'un frère (religieux) comateux, d'ordonner la cessation des soins extraordinaires); *In re Severns*, (1980) 425 A. (2d) 156 (Delaware) (l'époux a demandé à ce que les soins ne soient pas prodigués à son épouse comateuse qui était membre du "Euthanasia Educational Council"); *In the matter of Spring*, (1980) 405 N.E. (2d) 115 (Mass), traitements d'hémodialyse arrêtés pour un vieillard atteint de sénilité); *Matter of Storer*, (1981) 438 N.Y.S. (2d) 366, *certiorari* refusé (1981) 102 S.Ct. 309 (le tribunal a refusé à la mère d'un déficient mental de 52 ans et atteint de cancer, le droit de refuser des transfusions de sang ayant pour but non pas de guérir mais d'assurer un mieux être du patient); *Custody of a Minor*, (1982) 434 N.E. (2d) 601 (Mass.) (permission accordée au Département of Social Services de décliner des soins extraordinaires à un enfant abandonné, âgé de 4½, souffrant d'une maladie cardiaque incurable); *Leach v. Akron*

reconnaissance de la mort cérébrale à l'euthanasie. Rappelons les faits ayant donné naissance à ce procès. La jeune Quinlan absorbe une quantité de drogues et d'alcool. Peu après, elle cesse de respirer pendant deux périodes de quinze minutes chacune. Transportée à l'hôpital, les médecins constatent que la patiente est comateuse et dans un état de décortication. Sa respiration est maintenue à l'aide d'un appareil de ventilation. Une preuve électroencéphalographique démontre une certaine activité cérébrale. En outre, Quinlan peut mouvoir ses membres, réagir aux stimulations douloureuses, grimacer et crier. Toutefois, ces gestes sont absolument inconscients — elle ne mène qu'une vie végétative. Son père demande à être nommé "guardian of the person" de la victime, et il sollicite formellement l'autorisation de terminer les soins de réanimation. En première instance, sa demande est refusée<sup>29</sup>, mais devant la Cour suprême du New Jersey, il a plus de succès. Ce tribunal décide de permettre au *guardian* d'exercer au nom de la personne protégée, le *right of privacy* ou droit à l'intimité de cette dernière. Parmi les prérogatives afférentes au droit à l'intimité se trouve le droit de refuser les soins, surtout dans les cas où il n'y a pas de *compelling state interest* (intérêt étatique impératif) dans le maintien de la vie d'une personne en état de coma profond. La seule condition de l'exercice de ce droit est l'obligation pour le *guardian* de consulter préalablement le *ethics committee* (comité d'éthique) de l'hôpital<sup>30</sup>.

9. Il est particulièrement important de souligner que dans cette cause, la preuve médicale a été non équivoque — selon toutes les "définitions" de la mort cérébrale, la jeune Quinlan était vivante (et vit toujours au moment où ce texte est écrit)<sup>31</sup>. À cet égard on doit se rappeler que:

---

*General Medical Center*, (1980) 426 N.E. (2d) 809 (Ohio) (permission accordée au "guardian" d'une personne comateuse dont l'état est irréversible, d'arrêter le respirateur).

29. (1975) 348 A. (2d) 801.

30. Ce comité doit être d'avis qu'il n'y a aucune chance pour le patient de reprendre conscience et de regagner un état cognitif *op. cit. supra*, note 28, 671.

31. *Id.*, 656. Il est intéressant de noter que dans la cause anglaise de *Wise v. Kaye et al.*, [1962] 1 Q.B. 638, l'auteur d'un accident de la route a demandé à la Cour d'appel de réduire les dommages accordés à la victime comateuse, en prétextant que cette dernière, hébergée depuis trois ans dans une institution publique aux frais de l'état, ne pouvait se rendre compte de son incapacité. L'appel a été rejeté de façon non équivoque: "The court is, in effect, asked to treat the injured party as if she were dead and to award compensation for loss of expectation of life and nothing else by way of general damages. I refuse so to do. I am not apprised of any branch of our law which permits a person who is



"Someone who is nearly dead is morally, legally and medically considered to be alive. A dying patient is still a living patient. This is a very important point. It implies that once it is agreed that brain death means the death of the person... then *all* brain function, that is to say all function of all neurones in the whole brain must have ceased completely and irreversibly before a person may be declared dead. Only this is truly brain *death*, which is more than irreversible and serious brain dysfunction"<sup>32</sup>.

10. Toute tentative d'assimiler le syndrome appallique, ou perte définitive de la conscience, à la mort mène inéluctablement à l'introduction de l'euthanasie, ou du moins de l'orthothanasie, plutôt qu'à la détermination de la mort comme telle<sup>33</sup>.

11. Pourquoi la profession médicale, jouissant jusqu'alors de pouvoirs quasi souverains dans la détermination de la mort, se sent-elle menacée par l'influence "sclérosante" du droit? Les raisons sont simples. À travers l'histoire, les médecins ont constaté la mort en se basant sur une critériologie cardio-pulmonaire, et les tribunaux de *Common Law* n'ont fait que confirmer ces constatations<sup>34</sup>. Ainsi, chaque fois qu'un tribunal devait statuer sur la mort d'une personne, (pour fins de succession ou d'assurance-vie par exemple), le juge se référait à une jurisprudence déjà établie. À force de toujours se rapporter à l'absence de respiration et d'activité cardiaque, une certaine immutabilité du moins apparente de cette "définition" de la mort a été consacrée par les tribunaux. La définition de la mort, telle qu'édictée dans le *Black's Law Dictionary*, a été, à toute fin pratique, obligatoirement suivie<sup>35</sup>. Selon cet ouvrage, la mort est

---

known or believed to be alive to be treated as if he or she were dead. This is a most exceptional case, but as long as the plaintiff lives, her damages in my view fall to be considered as damages to be awarded to a living person and no living person could have lost more of the use of limbs and faculties" (à la p. 654, *per Sellers L.J.*).

32. VAN TILL — d'AULNIS DE BOUROUILL, *loc. cit. supra*, note 21, 134; C. PALLIS, "Whole-Brain Death Reconsidered — Physiological Facts and Philosophy", (1983) 9 *J. of Medical Ethics* 32, 35.

33. Selon KUSHNIR, *loc. cit. supra*, note 15, 202: "In fact once the discussion focuses on absence of higher brain function as determinative of death, the analysis appears rerouted to a consideration of euthanasia — the issue of when a hopeless patient can be permitted to die, rather than the task at hand, the definition of when death has occurred." V. également M. COSBY, "The Legacy of Infant Doe", (1982) 34 *Baylor L.R.* 699. Pour une étude de la question de l'euthanasie et la cessation de traitements, voir S. PHILIPS-NOOTENS, "Face à la maladie mortelle: deux décisions possibles et leurs implications juridiques", (1982) 12 *R.D.U.S.* 633.

34. CONWAY, *loc. cit. supra*, note 15, 176.

35. KUSHNIR, *loc. cit. supra*, note 15, 202.

"... the cessation of life: the ceasing to exist; defined by physicians as a total stoppage of the circulation of the blood, and a cessation of the animal and vital functions consequent thereon, such as respiration, pulsation, etc."<sup>36</sup>.

12. Dans un certain nombre d'arrêts<sup>37</sup>, cette définition n'a pas comporté d'inconvénients. En revanche, dans d'autres, ses lacunes apparaissaient. L'exemple classique est l'affaire de *Gray v. Sawyer*, décidée par la Cour d'appel du Kentucky<sup>38</sup>. Il s'agit d'un problème de comourants. Deux époux ayant pris place sur le siège avant d'une voiture, sont heurtés par une locomotive en traversant une voie ferrée. Il est établi en preuve que l'épouse a été décapitée par le choc de l'accident. Malgré cela, le Tribunal, se fondant sur les témoignages de médecins-experts, décide que la dame a survécu à son époux:

"The doctors told the court that a body is not dead so long as there is a heartbeat and that may be evidenced by the gushing of blood in spurts. This is so though the brain may have quit functioning"<sup>39</sup>.

13. La justice pénale a également ressenti les effets de la notion traditionnelle de la mort, si nous considérons les circonstances de l'affaire anglaise de *R. v. Potter*<sup>40</sup>. Un homme participe à une bagarre. Il s'en tire mal. Il subit quatre fractures du crâne. Quatorze heures après son hospitalisation, il cesse de respirer spontanément et on doit assurer l'oxygénation de son sang par respiration artificielle. Vingt-quatre heures plus tard, les médecins obtiennent la permission de l'épouse de la victime de prélever un rein pour fins de transplantation. L'appareil cardio-pulmonaire est ensuite débranché. Le Director of Public Prosecutions s'inquiète du sort d'une inculpation pour meurtre

36. 4<sup>e</sup> édition, St-Paul Minn., West Publishing Co.

37. *Thomas v. Anderson*, (1950) 215 P. (2d) 478 (Cal.); *Smith v. Smith*, (1958) 317 S.W. (2d) 275 (Arkansas); *Douglas v. Southwestern Life Insurance Company*, (1964) 374 S.W. (2d) 790 (Texas); *In Re Estate of Schmidt*, (1968) 67 Cal. Rptr. 817 (Cal.); *Gugel's Administrator v. Orth's Executor*, (1950) 236 S.W. (2d) 460 (Kentucky).

38. (1952) 247 S.W. (2d) 496 (Kentucky).

39. *Id.*, 497 (per Stanley, Commissioner). V. également *Sauers v. Stolz*, (1950) 218 P. (2d) 741 (Colorado), et *Vaegemast v. Hess* (1938) 280 N.W. 641 (Minn.). On peut se demander si ces décisions ne sont pas erronées car le docteur Saunders, ne mentionne-t-il pas dans son article (*loc. cit. supra*, note 12, 328) que souvent, les victimes de la guillotine tournaient leurs yeux lorsqu'on prononçait leur nom dans les quinze secondes suivant la décapitation.

40. Décidée en 1963. Non rapportée mais décrite par D. MEYERS dans son ouvrage *The Human Body and the Law*, *op. cit.*, note 17 116-117; par la LAW REFORM COMMISSION OF MANITOBA, dans son *Report on a Statutory Definition of Death*, 1974, pp. 16-17; et par B. HOGAN dans "A Note on Death", (1972) *Crim. L.R.* 80 et à (1963) 31 *Med. Legal J.* 195.

contre les assaillants de la victime car, selon certains, le geste des médecins peut constituer non seulement un *novus actus interveniens*, mais de plus ils sont les véritables coauteurs de la mort. Alors dans un souci d'efficacité et pour éviter une publicité tapageuse, le représentant de la Couronne intente une poursuite contre un des inculpés pour *common assault* ou voies de fait simples, plutôt que pour homicide!

14. En dépit du scepticisme de la profession médicale face au droit, la jurisprudence depuis 1970 s'est vite ralliée à la notion de mort cérébrale. En 1981, la Cour d'appel d'Angleterre a confirmé deux condamnations pour homicide malgré la suggestion par la défense que la mort des deux victimes a résulté de la cessation des soins et non des violences des accusés<sup>41</sup>. Dans chaque cas, les victimes étaient en état de coma dépassé ou de mort cérébrale<sup>42</sup>.

Au Canada, deux arrêts manitobains portant également sur des accusations pour meurtre ont été rendus à la suite de circonstances ayant plusieurs points en commun avec l'affaire *Potter* ci-haut mentionnée. Dans les deux cas, *Regina v. Page*<sup>43</sup> et *Regina v. Kitching and Adams*<sup>44</sup>, les tribunaux ont accueilli d'emblée l'opinion des médecins-experts. Le juge O'Sullivan dans l'affaire *Kitching* n'a pas hésité à affronter les conflits suscités par l'évolution de la science médicale:

"By traditional criteria, there was no question that [the victim] was alive when his kidneys were removed. Traditionally, both law and medicine have been unanimous in saying that it is not safe to pronounce a man dead until after his vital functions have ceased to operate. The heart has always been regarded as a vital organ.

...

Another large body of medical opinion, I think the most substantial body, accepts the fact that death is an event and not a process. They say that the criteria for 'defining' death are really criteria for determining the manifestations

41. *R. v. Malcherek, R. v. Steel*, [1981] 1 W.L.R. 690; [1981] 2 All. E.R. 422.

42. Dans ces causes, l'opinion de Lord Lane C.J. est un peu équivoque quant au moment de la mort: "There is no evidence in the present case that at the time of conventional death, after the life support machinery was disconnected, the original wound or injury was other than a continuing, operating and indeed substantial cause of the death of the victim..." (à la p. 696). Fait-il la distinction entre la mort cérébrale et la mort 'conventionnelle' ou s'agit-il plutôt d'un lapsus dans la rédaction de son jugement? De toute façon les actes ou omissions des médecins n'ont pas rompu la chaîne de causalité entre les lésions causées par les accusés et la mort.

43. Décidée en 1970. Non rapportée mais décrite dans le rapport du MANITOBA LAW REFORM COMMISSION, *op. cit. supra*, note 40, 17-18.

44. (1976) 6 W.W.R. 697 (Manitoba Court of Appeal).

of death. It is true that the fact of death is manifested where all the vital signs, including heartbeat, have ceased. But, they say, it is equally true that the fact of death is manifested if all activity of the brain has ceased for a sufficient period of time. If the brain of a man is dead, then it is safe to say that the whole man is dead. It is the activities operated through the brain which differentiate man from an animal. If the brain is dead, he is dead.

...

This opinion does not proceed on the principle that if a man will surely die, then it is safe to call him already dead. It operates on the principle that, if a man's brain is dead, he is dead"<sup>45</sup>.

15. Il en est de même aux États-Unis où la jurisprudence tant pénale que civile, a fait preuve de flexibilité et de réalisme. Nonobstant l'absence de "définition" de la mort, la justice criminelle a su rejeter des défenses invoquées par les accusés imputant la cause du décès aux médecins ayant mis fin aux tentatives de réanimation<sup>46</sup>. La mort cérébrale a été également reconnue par la juridiction civile. Deux décisions méritent une attention plus particulière. Dans la première,

45. *Id.*, 711 et 713. Nous nous permettons de reproduire ce long extrait, car cet arrêt est le seul sur le sujet émis par un tribunal de seconde instance au Canada.

46. *State of Oregon v. Brown*, (1971) 491 P. (2d) 1193 (Supreme Court of Oregon); *People v. Flores*, (California Supreme Court 1974, dossier 7246-C), non rapporté mais décrit par B. McCAMAN, H. HIRSH dans "Brain Death: Legal Issues", (1978) 8 *Heart & Lung* 1098; *People v. Lyons*, (1974) 15 Cr. L. Rptr. 2240 (California Superior Court); *People of California v. Saldana*, (1975) 121 Cal. Rptr. 243 (Court of Appeal); *Commonwealth of Massachusetts v. Golston*, (1977) 366 N.E. (2d) 744 (Supreme Judicial Court of Mass.), *certiorari* refusé (1978) 434 U.S. 1039; 98 S. Ct. 777. Dans cette cause, le tribunal a déclaré que la notion de mort cérébrale est conforme à la définition de la mort préconisée par *Black's Law Dictionary*: "However, although Black's Law Dictionary does not have the force of a statute or even a judicial decision, we accept its definition of death as 'cessation of life' or 'ceasing to exist' as did the judge. But its assertion that death is 'defined by physicians' in a certain way does not freeze the medical definition for all time, and its references to respirators and pulsation must be taken to refer to spontaneous rather than artificially supported functions" (à la p. 748). V. également *In re: Petition of the Children's Hospital*, Dist. Court of Minn. (2nd Judicial District), 11 juillet 1978, décrit dans l'article de McCAMAN et HIRSCH *id.* 1100 (permission d'arrêter les soins prodigués à un enfant de quatre ans dont la mère avait causé les blessures et qui pouvait, par conséquent, être accusée de meurtre); *State of Arizona v. Fierro*, (1979) 603 P. (2d) 74 (Supreme Court of Arizona). Dans deux causes, le fait qu'il y avait des définitions statutaires de la mort n'a apporté aucun secours aux inculpés pour homicide Cf. *State of Kansas v. Shaffer*, (1977) 574 P. (2d) 205 (Supreme Court of Kansas); *State of North Carolina v. Holsclaw*, (1979) 257 S.E. (2d) 650 (Court of Appeals of North Carolina).

*New York City Health and Hospital Corp. v. Sulsona*<sup>47</sup>, la demanderesse dépose une requête pour jugement déclaratoire afin d'obtenir des précisions sur les dispositions du *Public Health Law* régissant les dons d'organes. Nulle part n'est mentionnée la façon d'établir le moment de la mort. Par voie de conséquence, ces incertitudes ont obligé les médecins à surseoir aux prélèvements d'organes sur les cadavres de victimes de mort violente, au détriment de receveurs potentiels. Ainsi, lorsque la mère de Sulsona (ce dernier étant atteint mortellement d'un coup de fusil à la tête), a donné sa permission au prélèvement des reins de son garçon, les représentants de la corporation hospitalière ont décidé de faire un "test case" avant de débrancher le respirateur. Mme le juge Lowe, consciente du fait que les médecins préconisent une définition de la mort fondée sur la cessation irréversible de l'activité cérébrale, a statué que:

"[The] context in which the term 'death' is used in sections 4301 and 4306 of art. 43 of the Public Health Law implies a definition consistent with the *generally accepted medical practice* of doctors primarily concerned with effectuating the purposes of this statute"<sup>48</sup>.

La sagesse de cette décision ne fait pas de doute. Le tribunal a évité la tentation de décrire comme une question de droit la critériologie de la mort. Il a reconnu que la mort est un phénomène purement médical relevant de l'appréciation de la médecine. Comme conséquence implicite et inévitable cependant, 'la pratique médicale généralement admise' peut faire l'objet de l'appréciation du tribunal. Mais en définitive, n'est-ce pas là le rôle du magistrat en ce qui a trait à tous les aspects du droit médical?

16. L'autre arrêt, *Tucker's Administrator v. Lower*<sup>49</sup>, résulte d'une poursuite en dommages-intérêts pour *wrongful death* intentée par le frère du défunt. Celui-ci, blessé à la tête en raison d'une chute consécutive à un état d'ivresse, est hospitalisé et placé sur un respirateur. Sur la foi d'un tracé électroencéphalographique plat pendant 25 minutes, les médecins constatent la mort et prélèvent le cœur et les reins du patient sans avoir obtenu la permission du plus proche parent, à savoir le demandeur. À cause d'une prescription extinctive, Tucker ne peut se plaindre de l'atteinte au cadavre de son frère. C'est sans doute pour ce motif qu'il a décidé de prétendre que les médecins ont tué

47. (1975) 367 N.Y.S. (2d) 686 (Supreme Court).

48. *Id.*, 691 (Nous avons souligné le texte).

49. Non rapporté, 25 mai 1972, no 2831, Court of Law & Equity, Richmond Va, décrit et commenté par R. CONVERSE, dans "But When Did He Die?: *Tucker v. Lower* and the Brain Death Concept", (1975) 12 *San Diego L.R.* 424.

le patient. Lors du procès devant jury, le président du tribunal, après quelques tergiversations, substitue à la définition traditionnelle de la mort suggérée par le *Black's Law Dictionary*, celle de la cessation totale et irréversible de toutes les fonctions du cerveau<sup>50</sup>. Le demandeur est débouté, le jury acceptant le coma dépassé comme signe de mort<sup>51</sup>.

17. Malgré cette jurisprudence qui semble s'orienter dans la bonne voie, la détermination de la mort n'est pas dépourvue de risques. Mis à part, bien entendu, les droits du supposé mourant, nous pensons aux médecins qui doivent prendre rapidement la décision d'arrêter les soins à un donneur d'organes physiologiquement compatible avec un receveur dans un état précaire. S'ils doivent constater la mort, ils ne peuvent condamner un mourant. Lorsqu'elle cherche une planche de salut en se tournant vers les juristes, la profession médicale fait fausse route car le droit ne peut qu'être conforme à l'état de la science.

Diagnostiquer la mort est un acte médical que l'on pourrait même qualifier du dernier service que peut rendre le médecin à son patient. Le problème véritable repose sur l'indécision de la profession médicale quant à la critériologie de la mort cérébrale<sup>52</sup>. Plusieurs thèses sont préconisées à ce sujet<sup>53</sup>, mais elles incorporent toutes les éléments fondamentaux suivants — absence de mouvements respiratoires spontanés, absence de réflexes et de réactions aux stimulations douloureuses, et tracé électroencéphalographique plat<sup>54</sup>. Quant aux modalités par contre, on constate des écarts assez déconcertants. Sur la durée de l'examen électroencéphalographique par exemple, le Comité *ad hoc*

50. "Complete and irreversible loss of all function of the brain", *id.*, 424.

51. V. également, *Lovato v. District Court*, (1979) 601 P. (2d) 1072 (Supreme Court, Colorado); *In re Welfare of Bowman*, (1980) 617 P. (2d) 731 (Supreme Court, State of Washington).

52. A. Earl WALKER, *Cerebral Death*, 2d. ed., Baltimore, Urban & Schwarzenberg, 1981, p. 124. Selon Peter BLACK in "Criteria of Brain death", (1976) *Nursing Digest* 71, 73: "... [It] would be a mistake to look on brain death as a clearly defined entity at present. One of the reasons for the differences in criteria used in determining brain death is lack of experimental work in this area. If a condition of total irreversible cerebral damage is what we are trying to test clinically, there should be straightforward ways of making that assessment. Any set of criteria must be modified according to the results of clinical studies. Until these have been done, the criteria of brain death, while important, will be arbitrary even if there is general agreement."

53. V. pour une description desdites thèses, KUSHNIR, *loc. cit. supra*, note 15, 204-205; CONWAY, *loc. cit. supra*, note 15, 178-180; FRENKEL, *loc. cit. supra*, note 26, 163-164; BLACK, *loc. cit. supra*, note 52, 72.

54. KUSHNIR, *id.*, 205; CONWAY, *id.*, 180.

de l'Université Harvard recommande deux tracés de 10-20 minutes à un intervalle de vingt-quatre heures<sup>55</sup>, la U.S. Navy exige deux tracés de 30 minutes à douze heures d'intervalle<sup>56</sup> et en Grande-Bretagne certains grands centres hospitaliers se satisfont d'une absence de signe de vie pendant une heure seulement<sup>57</sup>. D'autres contestent la valeur probante de l'examen électroencéphalographique comme moyen définitif de constater la mort car:

"The E.E.G. measures only that cortical brain activity which is detectable through the covering of the brain and the skull and scalp and does not give reliable information about subcortical activity; hence the possibility that some still exists is not excluded with certainty even if the E.E.G. is isoelectric, nor is it excluded on the basis of the clinical findings; a reduced brain circulation with some neuronal damage might account for the existing signs without there being total loss of neuronal function in the brain"<sup>58</sup>.

Pour ceux-ci, la technique de choix afin de déterminer la mort est l'angiographie cérébrale. En établissant l'arrêt circulatoire dans les vaisseaux majeurs du cerveau pendant une demi-heure<sup>59</sup>, la destruction totale et irréversible du cerveau est prouvée hors de tout doute. En dépit de son efficacité, l'angiographie comporte cependant plusieurs inconvénients comme, par exemple, la nécessité de déplacer le patient à la salle de radiologie et les risques inhérents à l'injection d'une matière de contraste<sup>60</sup>. Pour ces raisons, des chercheurs japonais ont développé le "subcutaneous ultrasonic Doppler flowmeter"<sup>61</sup>, qui mesure la vitesse de la circulation sanguine dans les vaisseaux sans

55. Report of the AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL, "A Definition of Irreversible Coma", (1968) 205 *J.A.M.A.* 337, 338.

56. BLACK, *loc. cit. supra*, note 52, 72.

57. "Brain Damage and Brain Death", [1974] 1 *Lancet* 341-342. Dans un document préparé par LES ROYAL COLLEGES et approuvé par le CONFERENCE OF ROYAL COLLEGES AND FACULTIES OF THE U.K., intitulé "Diagnosis of brain death", [1976] 2 *Lancet* 1069, 1070, on n'exige même plus l'examen électroencéphalographique pour diagnostiquer la mort cérébrale. FRENKEL, *loc. cit. supra*, note 26, 163 affirme qu'il a relevé des opinions divergentes quant à la durée des tracés électroencéphalographiques, allant d'une minute à soixante et douze heures.

58. VAN TILL — d'AULNIS DE BOUROUILL, *loc. cit. supra*, note 21, 143. Voir également BLACK, *loc. cit. supra*, note 52, 384 (qui recommande l'utilisation d'examen complémentaires en cas de doute); et la COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit. supra*, note 23, 15-16.

59. HOFFMAN et VAN CURA, *loc. cit. supra*, note 13, 115.

60. BLACK, *loc. cit. supra*, note 52, 73. Selon WALKER, *op. cit. supra*, note 52, 44, les plus récentes statistiques révèlent que cette crainte n'est pas fondée.

61. HOFFMAN et VAN CURA, *loc. cit. supra*, note 13, 118.

faire encourir au patient les inconvénients de l'angiographie. De toute façon, au point de vue diagnostique, l'ischémie cérébrale semble être un critère plus sûr que l'absence d'une activité électrique selon une preuve électroencéphalographique.

### 3- UNE SOLUTION: LA LÉGISLATION

18. À cause des controverses médico-légales au sujet de la mort, plusieurs juridictions ont pris l'initiative de légiférer dans ce domaine. Aux États-Unis, parmi les vingt-neuf états ayant des législations<sup>62</sup>, trois tendances se dessinent quant au genre de "définition" adoptée. D'abord, plusieurs états (Kansas, Oregon, Maryland, Virginia, New Mexico, Alaska) permettent aux médecins d'avoir recours à deux définitions alternatives de la mort. La loi du Kansas en est un exemple typique. Adoptée en 1971, et donc première loi aux États-Unis ayant défini la mort, elle se lit comme suit:

"Definition of Death. A person will be considered medically and legally dead if, in the opinion of a physician, based on ordinary standards of medical practice, there is the absence of spontaneous respiratory and cardiac function and, because of the disease or condition which caused, directly or indirectly, these functions to cease, or because of the passage of time since these functions ceased, attempts at resuscitation are considered hopeless; and, in this event, death will have occurred at the time these functions ceased;

*or*

A person will be considered medically and legally dead if, in the opinion of a physician, based on ordinary standards of medical practice, there is the absence of spontaneous brain function; and if based on ordinary standards of medical practice, during reasonable attempts to either maintain or restore spontaneous circulatory or respiratory function in the absence of aforesaid brain function, it appears that further attempts at resuscitation or supportive maintenance will

62. Alabama Act 165, 1979; Alaska Stat. 9.65.120, Suppl. 1974; Arkansas Stat. Ann. 82.537; California Health and Safety Code Ann. 7180-81, West Suppl. 1975; Connecticut Public Act 79-556; Georgia Code Ann. 88-1715.1, 1975; Hawaii Rev. Stat. 327c-1; Idaho Code 552, Smith-Hurd Suppl. 1975; Iowa, Laws of the 66th Iowa General Assembly, Ch. 1245 (1976 Senate File 85); Kansas Stat. Ann. 77-202, Suppl. 1974; Louisiana Assembly, Ch. 1245 (1976 Senate File 85); Maryland Code Ann. 32-364.3:1, Com. Suppl. 1975; Michigan Stat. P.A. 158, Laws 1975; Montana H.B. no 371, ch. 228, Laws 1977; Nevada Stat. ch. 451 (S.B. no 5, ch. 162, Sixtieth Sess., 1979); New Mexico Stat. Ann. 1-2-2.2, Suppl. 1973; North Carolina Laws 1977, ch. 815 90-322; Oklahoma Stat. Ann. Tit. 63 1-301(g), 1971 tel qu'amendée par Ch. 91 Laws 1975; Oregon Rev. Stat. 146.087, Laws 1977; Tennessee Stat. H.B. no 1919, ch. 780, Laws 1976; Texas Sess Law Serv. p. 368; Virginia Code Ann. 32-364.3:1, Suppl. 1975; West Virginia Code Ann. 16-19-1, Suppl. 1975; Wyoming Stat. 35-19-101.



not succeed, death will have occurred at the time when these conditions first coincide. Death is to be pronounced before artificial means of supporting respiratory and circulatory function are terminated and before any vital organ is removed for purposes of transplantation"<sup>63</sup>.

Ce genre de législation a fait l'objet de vives critiques<sup>64</sup>, surtout à cause de sa formulation alternative qui semble admettre qu'il y a plusieurs façons de mourir, laissées au choix du médecin. L'obligation d'interrompre les moyens artificiels de soutien des fonctions respiratoire et circulatoire avant de prélever un organe pourrait laisser croire au public qu'on laisse mourir les comateux afin de procéder à une transplantation.

19. Une seconde catégorie de législations (Michigan, Alaska, Hawaii, Texas, West Virginia, Louisiane, Iowa) ne substitue à l'arrêt irréversible des fonctions respiratoire et circulatoire autonomes le critère de la mort cérébrale, que lorsqu'on se sert de moyens artificiels de soutien empêchant forcément de constater l'existence autonome de ces fonctions. Nous pouvons citer à titre d'illustration, la loi du West Virginia:

" 'Death' means that a person will be considered dead if in the announced opinion of the attending physician, based on ordinary standards of medical practice, the patient has experienced an irreversible cessation of spontaneous respiratory and circulatory functions; *or*, in the event that artificial means of support preclude a determination that these functions have ceased, a person will be considered dead if in the announced opinion of a physician, based on ordinary standards of medical practice, the patient has experienced an irreversible cessation of spontaneous brain functions. Death will have occurred at the time when the relevant functions ceased"<sup>65</sup>.

Cette législation, susceptible de corriger les lacunes des textes de loi de la première catégorie, se heurte aux mêmes critiques en raison de l'alternance des façons d'établir la mort.

20. Enfin, d'autres états (Californie, Montana, Tennessee, Idaho, Illinois) ont décidé d'adopter les lois préconisées par le Law and Medicine Committee du American Bar Association<sup>66</sup>. La Californie a légiféré dans ces termes:

63. Kansas Stat., *ibid*.

64. Voir par exemple A. CAPRON, L. KASS, "A Statutory Definition of the Standards for Determining Human Death: An Appraisal and a Proposal", (1972) 121 *U. of Penn. L.R.* 87, surtout aux pp. 108-111; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit. supra*, note 23, 46-47.

65. West Virginia Code Ann., *op. cit. supra*, note 62. Le texte de cette loi a été suggéré par CAPRON et KASS, *loc. cit. supra*, note 64, afin de corriger les inconvénients inhérents à la loi du Kansas.

66. McCaman, HIRSCH, *loc. cit. supra*, note 46, 1100.

"A person shall be pronounced dead if it is determined by a physician that the person has suffered a total and irreversible cessation of brain functions. There shall be independent confirmation of the death by another physician.

Nothing in this chapter shall prohibit a physician from using other usual and customary procedures for determining death as the exclusive basis for pronouncing a person dead"<sup>67</sup>.

Bien que cette loi ait le mérite de reconnaître sans nuance la réalité de ce qu'est la mort c'est-à-dire la mort cérébrale, elle présente peut-être l'inconvénient d'exiger une confirmation de ce diagnostic par un second médecin.

21. Au Canada, seule la Province du Manitoba a jugé bon de voter une loi sur la mort<sup>68</sup>. À la lecture même du texte adopté en 1975, il est évident que cette législation se range dans la troisième catégorie que nous venons d'énoncer. La disposition pertinente est la suivante:

"For all purposes within the legislative competence of the Legislature of Manitoba, the death of a person takes place at the time at which irreversible cessation of all that person's brain functions occurs"<sup>69</sup>.

22. Récemment, la Commission de Réforme du Droit du Canada, après une étude de l'ensemble de la question, a recommandé au Parlement canadien qu'une loi sur la mort soit adoptée. Le texte initial proposé par le document de travail numéro 23 se lisait comme suit:

"Une personne décède au moment où elle subit une cessation irréversible de l'ensemble de ses fonctions cérébrales.

La cessation des fonctions cérébrales peut être constatée à partir de l'absence prolongée de fonctions cardiaque et respiratoire spontanées.

Lorsque l'utilisation de mécanismes de soutien rend impossible la constatation de l'absence des fonctions cardiaque et respiratoire, la cessation des fonctions cérébrales peut être constatée par tout autre moyen reconnu par les normes de la

67. *California Health and Safety Code, op. cit. supra*, note 62.

68. Certaines provinces ont simplement statué que la mort sera déterminée "in accordance with accepted medical practice", cf. Terre-Neuve, *The Human Tissue Act*, S.N. 1971, c. 66, s. 10; Ontario, *The Human Tissue Gift Act*, S.O. 1971, c. 83, s. 7; C.B., *Human Tissue Gift Act*, R.S.B.C. 1979, c. 187, s. 7; N.-E., *Human Tissue Gift Act*, S.N.S., 1973, c. 9, s. 8; Alberta, *Human Tissue Gift Act*, R.S.A., 1980, c. H-12, s. 7; Saskatchewan, *Human Tissue Gift Act*, R.S.S., 1978, c. H-15, s. 8; I. du P.E., *Human Tissue Gift Act*, R.S.P.E.I., 1974, c. H-14, c. 7. Le Québec est muet à ce sujet sauf en ce qui concerne l'article 22 C.c. qui exige la constatation du décès par deux médecins "non-participants" lorsqu'il s'agit de faire des prélèvements sur un cadavre et qu'il est impossible d'obtenir le consentement du conjoint ou du parent le plus rapproché.

69. *An Act to Amend the Vital Statistics Act*, S.M. 1975, c.5, s. 1, sanctionnée le 19 juin 1975.

pratique médicale courante"<sup>70</sup>.

Suite aux commentaires, critiques et suggestions formulés par différents intervenants, la Commission a légèrement modifié ce texte et propose au législateur le projet suivant:

"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 spontanées, la cessation irréversible des fonctions cérébrales peut être constatée par tout moyen reconnu par les normes de la pratique médicale courante"<sup>71</sup>.

#### 4- APPRÉCIATION DE LA SOLUTION LÉGISLATIVE

23. Que penser de cette initiative? La Commission de Réforme du Droit a sans aucun doute, exposé de façon limpide et impartiale, les avantages et les inconvénients d'une approche législative<sup>72</sup>. Elle conclut à la nécessité d'une loi sur la question, et d'après les autorités

70. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit. supra*, note 23, 64.

71. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA. *Les critères de détermination de la mort*, Rapport no 15, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1981, pp. 27-28. Nous devons noter que la définition proposée ressemble beaucoup au projet de définition préconisé par l'American Bar Association, l'American Medical Association et le National Conference of Commissioners on Uniform State Law. Ce projet se lit comme suit: "Uniform Determination of Death Act — An individual who has sustained either (1) irreversible cessation of circulatory and respiratory functions, or (2) irreversible cessation of all functions of the entire brain, including the brain stem, is dead. A determination of death must be made in accordance with accepted medical standards". Pour l'histoire du processus d'adoption de cette définition v. M. DEMERE, "Death: Defining and Determining" in *Legal Medicine 1982* (C. Wecht, éditeur, Toronto, W.B. Saunders Company), p. 101. Cette proposition a fait l'objet de certaines critiques, v. par exemple J. BERNAT, C. CULVER, B. GERT, "Defining Death in Theory and Practice," *The Hastings Center Report*, février 1982, p. 5. Ces auteurs sont d'opinion que le projet est lacunaire "...because it is too ambiguous and it elevates the irreversible cessation of cardiopulmonary functioning to the level of a standard of death, when it is really only a test, although a test that may be used in most circumstances (à la p. 8)". C'est pour cette raison que ces auteurs préfèrent la "définition" proposée par la Commission de Réforme du Droit du Canada.

72. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, Document de travail no 23, *op. cit. supra*, note 23, 36-39.

citées dans son rapport, elle est loin d'être la seule à favoriser ce type d'approche. Malgré tout, nous ne pouvons partager ce point de vue pour trois raisons. En premier lieu, nous nous inquiétons de l'aspect constitutionnel. De qui relève la question de la mort, du parlement fédéral ou des législatures provinciales? Par exemple le droit pénal relève de l'autorité centrale tandis que les droits civils sont du ressort des provinces<sup>73</sup>. Nul ne peut nier que la détermination de la mort est fort pertinente vis-à-vis de ces deux aspects du droit. Comme question de fait, la Commission de Réforme du Droit du Manitoba s'est posée la même question. Après étude de ce problème, elle a émis l'opinion que:

"Because of the apparently dual aspects of death, it seems to us that the mere abstinence of Parliament from enacting a definition of death does not preclude the Manitoba Legislature from enacting such a definition for provincial purposes so long as the provincial legislation be not repugnant to valid federal legislation. It might be speculatively conceded that if Parliament were to enact such definition for purposes of, say, the criminal law, then a provincial definition would be rendered inoperative as to criminal proceedings relative to deaths upon which criminal charges would be founded. The provincial definition would still be pertinent, we think, to the provisions of the 'Anatomy Act' of Manitoba..."<sup>74</sup>

Ainsi, il serait possible d'avoir plusieurs "définitions" de la mort à travers le Canada. C'est sans doute pour cette raison, et pour éviter des conflits constitutionnels, que la Commission de Réforme du Droit du Canada, dans une deuxième recommandation formulée dans le *Document de Travail no 23*, incite le gouvernement canadien à s'entendre avec les gouvernements provinciaux sur un texte semblable à celui proposé, de façon à atteindre l'uniformité<sup>75</sup>. Par implication alors, toutes les provinces doivent légiférer sur la mort. Tel que nous l'avons laissé entendre à l'instant, nous sommes loin d'être convaincus de cette nécessité.

24. Notre deuxième objection a trait à l'immixtion superfétatoire du droit dans la pratique médicale<sup>76</sup>. Pourquoi légiférer sur ce qui est,

73. *L'Acte de l'Amérique du Nord Britannique*, 30 & 31 Vict. c. 3, (1867) arts 91 et 92.

74. LAW REFORM COMMISSION OF MANITOBA, *op. cit. supra*, note 40, 21.

75. *Supra*, note 23, 64.

76. F. GALBALLY, "Death by Statute", (1981) 55 *Australian L.J.* 339, 345 affirme que: "We must therefore pose the questions: How can legislation or death by statute help the professional, the medical man expert in his own field? Can the law provide him with something of value his own profession has presumably failed to provide? Is the law now required to intervene and tell the medical practitioner what death really is, and when it actually occurs? That is what a definition of death surely must mean". V. également H. EMSON, "Definition of

d'après l'état des connaissances médicales actuelles, une vérité scientifique — la mort du cerveau est la mort de l'homme? L'affirmation du projet que la mort peut être constatée à partir de l'absence prolongée des fonctions circulatoire et respiratoire spontanées, ou le cas échéant, par la cessation des fonctions cérébrales, n'est que confirmative d'une bonne pratique médicale. À toutes fins utiles, le patient est mort lorsque le médecin, agissant de façon compétente, attentive et consciencieuse, affirme que tel est son état<sup>77</sup>.

25. Enfin, notre dernière objection est plus générale et se situe à un autre niveau — celui ayant trait aux différences entre le droit privé de *Common Law* et celui du droit civil. Même si la jurisprudence est une des sources du droit dans les deux systèmes, en droit civil son rôle est secondaire par comparaison avec l'importance qu'elle a en *Common Law*, droit essentiellement jurisprudentiel. L'autorité du précédent résultant de décisions dans des cas particuliers peut présenter l'inconvénient de lier, ou du moins d'obliger les tribunaux inférieurs à recourir au mécanisme du "distinguishing" afin d'éviter l'effet obligatoire d'une jurisprudence embarrassante au point de vue scientifique<sup>78</sup>. Dépendre du bon vouloir des tribunaux est déjà assez inquiétant pour les parties impliquées. Ne serait-il pas, à plus forte raison, extrêmement troublant pour des médecins et des juristes de *Common Law*,

---

Death — A Heretic's View", (1981) 14 *J. of the Canadian Society of Forensic Science* 149 qui prétend que: "... the proposed legislation is undesirable because it is redundant, and presents a pseudo-solution to a non-problem" (à la p. 151).

77. Ceci nous rappelle la définition proposée par Isaac in "Defining Death", (1973) C.M.A.J. 1102: "... [A] patient is dead when his attending physician or some designated public medical officer (such as the coroner) says he is dead." B. FREEDMAN (" 'By Good Appliance Recovered': New Reflections on Organ Transplantation and the Definition of Death in Canada", (1982) 3 *Health Law in Canada* 3, 6) affirme que cette législation proposée n'a pas pour effet d'éliminer les controverses quant à l'établissement de la mort: "The current recommendation of the Law Reform Commission is that brain death should be established by whatever standards represent commonly accepted medical practice for such a determination ... And yet, what are the foreseeable results of legislation which relies upon standard medical practice? The answer, in a word, is litigation". V. également J. SHOWALTER, "Determining Death: The Legal and Theological Aspects of Brain-Related Criteria", (1982) 27 *Catholic Lawyer* 112, 126-127.

78. La *Commission de Réforme du Droit du Canada* semble avoir été influencée par ce genre de difficulté, cf. *op. cit. supra*, note 23, 33. Roger LENG in "Death and the Criminal Law", (1982) 45 *Modern L.R.* 206, 211 est de cette opinion. Il écrit: "If it is desirable that death be defined on brain-related criteria for legal purposes, this should not be left to the vagaries of judicial precedent." V. également, PHILIPS-NOOTENS, *loc. cit. supra*, note 33, 459.

appelés à agir dans des situations où la "définition" de la mort est en jeu, d'être liés par une jurisprudence périmée? Nous pensons, par exemple, aux décisions qui ne prendraient en considération que la mort cardiaque<sup>79</sup>. Le Québec, cependant, n'adhère pas à un tel système du précédent et une jurisprudence scientifiquement désuète, par hypothèse, ne pourrait compromettre la discrétion des magistrats dans des affaires ultérieures. Par voie de conséquence, une législation sur la mort serait inutile pour le droit civil québécois<sup>80</sup>.

79. Selon Frank VEITH ("Brain Death" in *Bioethics*, Thomas A. SHANNON éd., Ramsay N.J., Paulist Press, 1981, 171, pp. 180-181): "However, there is a potential dilemma in the absence of legal recognition of the medically accepted practice of pronouncing death on neurologic criteria. Physicians who pronounce death on this basis may be disputed in a judicial proceeding with the contention that death occurs only when spontaneous respiration and heart-beat cease. This condition could be based on the common law definition of death ... which is generally held applicable to jurisdictions without specific statutes". Par contre, le Criminal Law Revision Committee d'Angleterre a déjà exprimé l'opinion qu'une telle législation n'était pas nécessaire, cf. LENG, *id.*, 206.

80. Il n'est pas surprenant de constater que ce genre de problème n'a jamais été soulevé devant nos tribunaux. En ce qui concerne les provinces de Common Law, chaque fois que la détermination de la mort a été un aspect vital du litige, les tribunaux se sont toujours ralliés à la réalité médicale. Comme nous l'avons vu dans les procès relativement récents du Manitoba, chaque décision est fondée sur la notion de mort cérébrale v. *supra*. Il serait à propos de mentionner qu'en France, le Ministre des Affaires Sociales a émis une circulaire (no 67 du 24 avril 1968 relative à l'application du décret du 20 oct. 1947 qui réglemente les autopsies et prélèvements), donnant aux médecins certaines directives quant à la façon de diagnostiquer la mort d'une personne lorsque celle-ci est soumise de manière prolongée à des techniques de réanimation. Cette circulaire indique que la constatation "... sera basée sur l'existence de preuves concordantes de l'irréversibilité de lésions incompatibles avec la vie. Il s'appuiera notamment sur le caractère destructeur et irrémédiable des altérations du système nerveux central dans l'ensemble." Pour le texte complet de ce document v. F. CHABAS, "Rapport sur le corps humain et les actes juridiques en droit français", in (1975) XXVI *Travaux de l'Association Henri-Capitant* 225, 237-238. Pour la constatation de la mort en matière de prélèvement d'organes, le gouvernement français a émis le décret no 78-501 du 31 mars 1978 pris pour application de la loi (no 76-1181) du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes (J.O. du 4 avril 1978) art. 21 et la circulaire du 3 avril 1978 concernant le décret no 78-501 (J.O. du 5 avril 1978). Cette circulaire énonce que "Dans l'attente de nouvelles instructions, les praticiens se référeront aux directives de ma circulaire du 24 avril 1968 qui énumère les procédés à utiliser". Cette circulaire de 1968 devait servir de solution temporaire aux inquiétudes du corps médical français qui envisageait d'entreprendre des greffes du coeur. Le député Gerbaud avait déposé à l'Assemblée Nationale, une proposition de loi tendant à définir la mort clinique (Ass.Nat. no 621 enregistrée le 15 déc. 1967). Le Ministre des Affaires Sociales, craignant "le

26. Ainsi, nous devons conclure que l'utilité d'une législation semblable à celle proposée par la Commission de Réforme du Droit est fort limitée. Comme l'a écrit un avocat australien au sujet d'une initiative semblable dans son propre pays:

"It seems that the only usefulness a definition of death can serve is to give official imprimatur to the concept of brain death. If the members of the medical profession are confident of their own expertise and it remains, as it must, with the medical profession to determine when death occurs, that use is at best very tenuous"<sup>81</sup>.

27. Les médecins sont parfois portés à prescrire des placebos pour certains patients anxieux. Si la législation suggérée par la Commission de Réforme du Droit du Canada est adoptée par le Parlement fédéral ou par les législatures provinciales, force nous est de percevoir cette mesure comme un geste juridiquement stérile dont la seule valeur serait de calmer les inquiétudes déraisonnables de la profession médicale<sup>82</sup>.

---

caractère passionnel de débats parlementaires sur ce thème", a évité la discussion en publiant sa circulaire du 24 avril 1968. Cf. J. SAVATIER, "Le prélèvement d'organes après décès" in *Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers*, Vol. I, *Problèmes juridiques médicaux et sociaux de la mort*, Paris, Édition Cujas, 1979, 19, p. 22. V. également A. LAJOIE, P. MOLLINARI, J.-M. AUBY, *Traité de Droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, P.U.M., 1981, pp. 183 et ss, no 300.

81. GALBALLY, *loc. cit. supra*, note 76, 348. V. également J. MOOALLEM "The Determination of the Moment of Death with Particular Reference to the Transplantation of Human Organs", (1971) 12 *C. de D.* 613, 622; J.-L. BAUDOIN, *loc. cit. supra*, note 5, 228; G. ANNAS, "Defining Death: There Ought to be a Law", (1983) 13 *The Hastings Center Report* 20.
82. Pour une discussion sur la nécessité d'une telle législation, nous vous recommandons l'échange de correspondance entre le Dr. H.E. EMSON, professeur de médecine à l'U. de Saskatchewan et M.E. KEYSERLINGK, coordonnateur du projet sur la Protection de la Vie de la Commission de Réforme du Droit du Canada, cf. "Exchange of Correspondence" (1982) 3 *Health Law in Canada* 85.