

Les Cahiers de droit



Quelques réflexions sur le droit à l'avortement dans le monde anglo-saxon

Michèle Rivet

Volume 13, Number 4, 1972

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1005058ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1005058ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Rivet, M. (1972). Quelques réflexions sur le droit à l'avortement dans le monde anglo-saxon. *Les Cahiers de droit*, 13(4), 591–597.

<https://doi.org/10.7202/1005058ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1972

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

Érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

Chronique de jurisprudence

Quelques réflexions sur le droit à l'avortement dans le monde anglo-saxon

Michèle RIVET *

Le 22 janvier dernier, la Cour suprême des États-Unis jugeait, dans deux décisions que nous allons commenter¹, du délicat et émotif problème posé par l'avortement. C'est fondamentalement en s'appuyant sur le quatorzième amendement à la Constitution américaine que le plus haut américain a reconnu que le respect de la vie privée (le fameux « right to privacy ») impliquait qu'un médecin, en accord avec sa patiente, était libre de pratiquer un avortement au cours des trois premiers mois de la grossesse, sans que l'État ne puisse intervenir.

Le respect de la vie privée, ce « right to be let alone » ainsi que l'a qualifié le juge Brandeis² signifie en droit américain³ :

le droit de s'épanouir et de s'exprimer selon ses goûts, son intelligence, ses intérêts et sa personnalité ;

le droit d'organiser sa vie librement, notamment en ce qui a trait au mariage et au divorce, à la procréation, et à l'éducation des enfants.

le droit de circuler librement, de manifester, etc...

Il s'agissait donc pour la Cour suprême des États-Unis de concilier ces principes avec l'intérêt supérieur de l'État et d'organiser le régime juridique

* Avocate, professeur adjoint, Faculté de droit, Université Laval.

1. *Jane Roe et al., v. Henry Wade*, 92 S. Ct. 705, (1973) et *Mary Doe et al., v. Arthur K. Bolton*, 93 S. Ct. 739, (1973) ; le premier des deux arrêts permet à la Cour suprême de faire une étude historique et sociale de l'avortement tandis que le second n'est qu'une application des principes dégagés dans le premier. Dans *Roe v. Wade*, la Cour suprême a décidé qu'une loi américaine en l'occurrence celle du Texas, qui permet l'avortement uniquement lorsque la vie de la mère est en danger, sans égard au stade de la grossesse, viole le 14^e amendement à la Constitution ; dans *Doe v. Bolton*, il a été décidé que la loi de Georgie, copiée sur le *Penal Model Code*, qui soumet l'avortement à la décision d'un Comité de l'hôpital où l'avortement doit avoir lieu est une loi invalide parce qu'elle brime la liberté de la femme au cours des trois premiers mois de la grossesse.
2. *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 48 S. Ct. 564, 72 L. Ed. 944 ; voir aussi : L.D. BRANDEIS et S.O. WARREN, *The right to privacy*, (1890-91) 4 Harvard L. R. 193-220.
3. Voir le juge Douglas, pp. 757 et 758.

de l'avortement 3a. C'est ce que nous verrons en premier lieu pour faire ensuite quelques remarques sur le droit canadien.

I — LE RAISONNEMENT DE LA COUR SUPRÊME DES ÉTATS-UNIS

La doctrine juridique américaine en matière d'avortement est très abondante⁴. À plusieurs reprises, par ailleurs, les tribunaux se sont prononcés sur cette question; la Cour suprême, pour sa part, a déjà déclaré inconstitutionnellement imprécises certaines lois relatives à l'avortement qui l'autorisaient quand la « santé » (terme imprécis) de la mère était en danger⁵.

C'est la première fois cependant que le droit à l'avortement est relié de cette façon au quatorzième amendement à la Constitution américaine. La Cour suprême bâtit son argumentation :

en traçant l'évolution du droit américain sur l'avortement et en étudiant les positions actuelles des différents organismes juridiques américains;
en reliant l'application des principes constitutionnels des neuvième et quatorzième amendements au droit à l'avortement.

Le « contexte américain »

Le juge Blackmun⁶ dégage, d'une étude historique, la conclusion suivante : jusqu'à la seconde moitié au 19^e siècle, le droit en vigueur aux États-Unis était, en ce domaine, celui de la *common law*, droit plus tolérant que le droit statutaire sur l'avortement édicté depuis lors⁷. Cette même tolérance se retrouve chez les différents corps intermédiaires préoccupés par cette question⁸. Ainsi parmi les propositions de réforme du droit américain, il faut noter celle, endossée par l'American Bar Association, de la Conference of

3a. Sur le rôle de la Cour suprême des États-Unis, on consultera avec profit l'article qui vient tout juste de paraître : L. H. POLLACK, *Securing liberty through litigation — the proper role of the United States Supreme Court*, [1973] 36 Mod. L. R. 113.

4. *Index to Legal Periodicals*, à sa rubrique « abortion », en témoigne.

5. *United States v. Unitch*, 402 U.S. 62, 71-72, 91 S. Ct. 1294, 1298-1299, 28 L. Ed. 2d 601 (1971) cité par monsieur le juge Blackmun à la p. 747; voir aussi H. LOWE, *Abortion-constitutional law*, (1970) *Texas L.R.* 937 et références y citées où l'auteur fait une étude intéressante de cette question.

6. À la p. 719.

7. Pour la liste des différentes lois des États américains en matière d'avortement, v. *Roe v. Wade*, *op. cit.*, p. 709; également on peut consulter : *A survey of the present statutory and case law on abortion; the contradiction and the problems*, (1972) ILL. L. Forum 177; cette référence est d'ailleurs citée dans le jugement, à la p. 720. Une intéressante étude historique est également faite par M.A. DUFFY, *The law on abortion*, (1972) Penn. B.A.Q. 212.

8. American Medical Association, American Public Health Association, American Bar Association.

Commissioners on Uniform State Laws⁹ qui a élaboré une loi uniforme sur l'avortement¹⁰. Cette loi modèle prévoit que l'avortement peut être pratiqué par une personne dûment qualifiée et librement dans les 20 premières semaines de la grossesse¹¹.

Cette loi uniforme sur l'avortement, on le voit, est beaucoup plus permissive que le *Model Penal Code* qui exige que l'avortement soit pratiqué dans un hôpital reconnu. L'avortement doit en effet y être autorisé par un Comité formé de deux médecins et soumis à l'approbation de l'hôpital où il sera pratiqué. C'est ce que stipule l'article 230.3.3¹².

La Constitution

Après avoir étudié les opinions médicales et scientifiques, la Cour suprême des États-Unis prend la question sous l'angle juridique pour conclure que le respect de la vie privée implique le droit à l'avortement. Mais le droit n'est pas absolu : « The pregnant woman cannot be isolated in her privacy. She carries an embryo and, later, a fetus, if one accepts the medical definitions of the developing young in the human uterus »¹³.

La Cour suprême étudie la signification du terme « personne » dans le quatorzième amendement¹⁴ à l'aide de connaissances scientifiques sur le commencement de la vie. Puis, elle poursuit son raisonnement en tentant de voir à quel moment au cours de la grossesse l'intérêt de la mère et l'intérêt de l'enfant sont liés (« compelling point »). À quel moment la vie de la mère et la vie de l'enfant doivent-elles également être protégées ? La Cour suprême conclut que c'est à partir du quatrième mois de la grossesse¹¹. Durant les trois premiers mois de la grossesse, la décision appartient au médecin et à la mère sans restriction aucune de l'État.

9. Le phénomène des lois uniformes américaines dont l'*Uniform Commercial Code* est sans doute la plus belle réussite est souligné, entre autres, par R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 1971, p. 467 ; voir également R. DAVID, *Cours de droit comparé*, Paris, 1966-67, pp. 557 à 570 où les lois uniformes américaines sont étudiées en tant qu'agent d'unification du droit.

10. *Uniform Abortion Act*, (1972) 58 A.B.A. J. 380.

11. Après ce temps, l'avortement ne peut être pratiqué que pour certaines raisons déterminées : danger pour la vie ou la santé physique ou mentale de la mère, danger que l'enfant naisse mentalement ou physiquement déficient, lorsque la grossesse est le résultat d'un viol ou d'un inceste, ou de relations illicites avec une fille de moins de seize ans.

12. Pour une étude des dispositions du *Model Penal Code* relatives à l'avortement, voir J. MONTJOY, *Abortion and the law*, (1969) *Tulane L. Rev.* 834.

13. Le juge Blackmun, à la p. 731.

14. Le 14^e amendement, à l'article I, se lit : « Tout individu né ou naturalisé dans les États-Unis et soumis à leur juridiction est citoyen des États-Unis et de l'État où il réside. Aucun État ne pourra faire appliquer des lois restreignant les privilèges ou les immunités des citoyens des États-Unis ; aucun État ne pourra non plus priver une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans une procédure légale ni refuser à quiconque relève de sa juridiction une égale protection des lois. » Traduction de M. DUVERGER, *Constitutions et documents politiques*, P.U.F., 1966, p. 308.

La décision de la Cour suprême des États-Unis témoigne de la souplesse dont ce tribunal peut faire preuve¹⁶. Un civiliste reste pantois devant ce qu'il qualifie de « fragilité » du raisonnement juridique. Le droit américain donne à l'exemple d'un droit progressif à un pays qui est de tradition anglo-saxonne comme le Canada.

II — LE DROIT CANADIEN

Les dispositions du Code pénal canadien

Les dispositions du droit canadien¹⁷ se rapprochent de celles du *Model Penal Code*, invalidées dans l'arrêt *Doe v. Bolton*¹⁸, en ce qui a trait à l'approbation d'un Comité requise avant de pouvoir pratiquer l'avortement. La loi canadienne est rigoureuse¹⁹; elle exige à l'article 251(4) qu'un Comité thérapeutique composé de trois membres qui soient des médecins qualifiés nommés par le Conseil de l'hôpital déclarent que « la continuation de la grossesse mettrait en danger la vie ou la santé de la mère » avant que l'avortement ne soit pratiqué.

La loi canadienne est inadéquate; d'une part, le Comité de l'avortement thérapeutique est une structure paralysante et empreinte de subjectivisme; d'autre part, la « vie ou la santé » de la mère sont des termes ambigus et restrictifs.

Le Comité de l'avortement thérapeutique

En 1970, une enquête a été menée à Toronto et à Winnipeg auprès des Comités d'avortement dans les hôpitaux non catholiques²⁰.

Elle démontre, en autres, que la loi peut être interprétée différemment

15. La Cour suprême n'étudie pas les droits du père dans l'avortement; la discussion portait uniquement sur les statuts du Texas et de la Georgie qui n'en font pas mention.

16. Le juge en chef Burger, dans des notes sur les deux arrêts, 93 S. Ct. 755 (1973), affirme: « I am somewhat troubled that the Court has taken notice of various scientific and medical data in reaching its conclusion; however, I do not believe that the Court has exceeded the scope of judicial notice accepted in other contexts ».

17. Arts 209 et 237 du *Code criminel*; ces articles ont été édictées par la *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, 17-18 Eliz II, S. Can. 1968-69, ch. 38, arts. 15 et 18; les arts. 209 et 237 sont devenus, en 1970, les art. 221 et 251.

18. Voir supra.

19. Pour une étude du droit canadien antérieur à 1968, voir I. LAGARDE, *Droit pénal canadien*; 1962 p. 325 et ss.; également: N. FOCHS ISAACS, *Abortion and the just society*, (1970) 5 R.J.T. 25 pp. 29 à 36 qui fait de plus un compte rendu des débats de la Chambre des Communes. La nouvelle loi est étudiée, entre autres, par G.E. PARKER, *Bill C-150: Abortion reform*, (1968-69) 11 Cr. L.Q. 267 et I. LAGARDE, *op. cit.*, supp. 2^e, 1970, p. 166 et ss.

20. K.D. SMITH and H.S. WINEBERG, *A survey of therapeutic abortion Committees*, (1969-70) 12 Cr. L.Q. 279.

par le Comité de chaque hôpital et que les termes « santé mentale » sont beaucoup trop vagues. Par ailleurs, cette enquête note qu'il n'existe aucun mécanisme d'appel d'une décision d'un Comité, et que tous les citoyens n'ont pas également accès au Comité²¹.

En effet, aux termes de l'article 251(6) les différents hôpitaux dans lesquels peuvent se pratiquer les avortements sont les hôpitaux accrédités par le Conseil canadien d'accréditation des hôpitaux et les hôpitaux approuvés par le ministre de la Santé de la province, mais rien dans la loi n'oblige un hôpital à constituer un tel Comité²². On peut donc penser, que les citoyens qui habitent les régions rurales ont plus difficilement accès à un hôpital qui pratique les avortements que les citadins qui peuvent trouver, dans leur ville, au moins un hôpital qui comporte un Comité pour l'avortement thérapeutique.

Dans quels cas permettre l'avortement ?

Les termes qui permettent l'avortement dans le code criminel sont ambigus : qu'entend-on par la « vie ou la santé de la mère » ?

L'article 251(4) (c) n'est pas sans rappeler la décision anglaise *R. v. Bourne*²³ où le juge McMaghten a acquitté un médecin qui avait pratiqué un avortement dans le but de sauver la vie de la mère, c'est-à-dire qui a mis fin à une grossesse qui aurait fait de la mère une épave physique ou mentale. Il semble que le législateur de 1969 ait voulu s'inspirer du droit anglais antérieur à 1967²⁴.

La jurisprudence ne nous aide guère à interpréter l'article 251(4)(c). En effet, sous l'empire de la nouvelle loi, les décisions rapportées sont très rares²⁵.

Pour quels motifs conviendrait-il d'autoriser l'avortement ? Le débat ne relève pas de l'ordre juridique. Il est social, idéologique et empreint de passion²⁶. Dans le monde anglo-saxon, l'Angleterre constitue un exemple

21. *Ibid* à la p. 306 ; voir note (33).

22. Voir J.N. TURNER, *Hansard*, 1969, p. 8058 ; il serait intéressant de faire une enquête auprès des hôpitaux du Québec sur l'existence de tels Comités afin de connaître et de comparer leur composition, les différents dossiers présentés aux Comités et les décisions rendues selon l'appartenance religieuse des différents hôpitaux.

23. *R. v. Bourne*, (1939) 1 K.B. 687 ; 108 L.J.K.B. 471 ; 1938, 3 All. E.R. 615.

24. Le législateur s'est sans aucun doute aussi inspiré de l'arrêt *R. v. Newton et Stungo*, 1958 *Crim. L.R.* 469 où le juge a rappelé que l'avortement est permis s'il a pour but de conserver la vie ou la santé de la femme.

25. À preuve le silence des C.C.C. et C.R. en cette matière.

26. Les opinions énoncées dans des revues juridiques en témoignent : M.M. SEREDA, *Abortion: where is it at?*, (1972) 3 C.B.J. (ns) n° 3 p. 12 ; L. FORTIER *Le droit à la vie... doit être laissé à chacun*, (1972) 3 C.B.J. (ns) n° 4 p. 23 etc... Par ailleurs, les journaux rapportent souvent les procès en avortement. Ainsi en fut-il d'une injonction obtenue par un mari (S.C. Ontario) pour interdire à sa femme de se faire avorter : « Husband's intervention halts woman's legal abortion », *Montreal Star*, 28 janv. 72 p. 23 ; « No federal appeal against injunction denying abortion », *The Gazette*, 29 janv. 72, p. 11.

intéressant. En 1967, une loi sur l'avortement était adoptée²⁷. Elle autorise l'avortement lorsque la continuation de la grossesse implique pour la vie de la mère ou pour la santé physique ou mentale de la mère ou de tout autre enfant un risque plus grand que si elle était terminée. La loi permet également l'avortement lorsqu'il apparaît que l'enfant à naître souffrira de déficiences physique ou mentale. Pour déterminer le risque d'un tel danger, il faut considérer le « pregnant woman's actual or reasonably foreseeable environment ». [Art. I, (2)] c'est-à-dire les conditions du milieu dans lequel la femme vit au moment considéré ou peut être appelée à vivre de manière prévisible. La latitude laissée au médecin dans l'appréciation des conséquences d'une grossesse est donc très grande.

La loi anglaise précise qu'il appartient à deux médecins immatriculés de décider si l'avortement à pratiquer est licite aux termes de la loi [art. I(1)]. Toutefois cette disposition ne s'applique pas s'il s'agit de pratiquer une intervention qui s'impose sans délai²⁸.

Certaines modalités concernant la procédure à suivre pour l'obtention de l'autorisation de l'avortement thérapeutique ont, conformément aux pouvoirs dévolus au ministre de la Santé, par l'article 2 de la loi, été fixées par un règlement en date du 15 avril 1968. Les deux médecins qui se prononcent sur la légalité de l'avortement doivent établir un certificat conservé par le médecin qui pratique l'avortement tandis que ce dernier dans un délai de 7 jours après l'avortement doit faire une déclaration au ministère de la Santé²⁹.

Dans les dix-huit mois qui ont suivi l'entrée en vigueur de la loi anglaise, 65,241 interventions légales d'interruption de grossesse ont été pratiquées³⁰. Aux yeux des spécialistes de la question, cette augmentation du nombre des avortements — qui prouve le succès de la loi? — ne provient pas des motifs légaux qui permettent l'avortement³¹: L'économie de la loi qui oblige en effet les médecins à se préoccuper d'avortement rend ainsi l'accès à l'avortement plus facile pour la femme³².

Une des pierres d'achoppement du droit canadien tient à la structure des Comités pour l'avortement thérapeutique qui sont parfois paralysants,

27. *Abortion Act*, 1967 c. 87 adoptée le 27 octobre 1967 et entrée en vigueur le 27 avril 1968; pour le texte de la loi, voir *Halsbury's Statutes of England* (1968), 3 ed., vol. 8, p. 682.

28. Pour une étude de la loi anglaise, voir: A. SAMUEL, « The Abortion Act 1967: the legal aspects », (1969) *Med. Sci. and L.* 3; A.J.C. HOGGETT, « The Abortion Act 1967 », (1968) *Crim. L.R.* 247.

29. Ces déclarations cependant ne donnent pas une complète idée des motifs pour lesquels l'avortement est pratiqué à cause du peu d'espace dont le praticien dispose pour ces explications; voir *La documentation française*, Problèmes politiques et sociaux, « La législation de l'avortement dans le monde », 15 octobre 1971, p. 51.

30. *La Documentation française*, op. cit., p. 24. Ce dossier de 70 pp. établit une classification de l'avortement dans le monde, et analyse les lois française, anglaise et japonaise; c'est une étude rigoureuse et fouillée.

31. Les motifs d'avorter les plus fréquents sont encore ceux qui étaient permis depuis l'arrêt *R. v. Bourne*; voir supra.

32. *La Documentation française*, op. cit., p. 51.

inaccessibles et même inexistant³³. En ce sens, le législateur qui opérera une réforme aura tout intérêt à consulter la loi anglaise beaucoup plus souple et beaucoup plus efficace. Quant aux motifs qui permettent l'avortement, le législateur pourra aussi consulter la loi anglaise. Il devra surtout prêter une oreille attentive aux principaux corps médicaux et sociaux ; il s'agit là d'un problème social qu'une seule étude de droit comparé ne peut résoudre.

Notons seulement avec M. Claude Ryan³⁴ : « Le législateur, en insérant dans la loi de 1969, un critère très large, a voulu faire confiance au jugement et au sens des responsabilités du corps médical. Les indications proprement physiques permettant de conclure médicalement à la nécessité d'un avortement sont, on le sait, assez limitées par suite des progrès considérables de la science. Nos médecins répugneraient-ils plus que ceux du reste du Canada à tenir compte d'indications de caractère psychiatriques ? Si tel était le cas, on pratiquerait au Québec, à l'endroit des femmes présentant un cas d'avortement, une discrimination qui ne fut probablement point voulue par le législateur. Il y aurait alors lieu de se demander si la prolifération d'avortements improvisés ou commercialisés qui ne peut que découler de cette situation, est vraiment le résultat désiré par le législateur, par le public et par les médecins eux-mêmes ».

33. K.D. SMITH et H.S. WINEBER, *op. cit.*, p. 306 concluent :

1. That there is a serious inequality of access to the therapeutic abortion committees.
2. That there is a regrettable absence of appeal procedures from decisions of the committees.
3. That the majority of the committees have rewritten the law so as to include the following as grounds for a therapeutic abortion :
 - a) rape,
 - b) incest,
 - c) extreme youth.
4. That every committee includes substantial risk of deformity to the fetus as a ground for a therapeutic abortion.
5. That « mental health » is so impossible of consistent definition as to render it meaningless as a legal or medical standard.
6. That many of the committees used the mental health avenue as a rationalization for what was in reality a decision based solely upon socio-economic considerations.
7. That thus freed from the constraints of legal standards, committee members were able to base decisions on all manner of personal biases.
8. That the present situation is unsatisfactory in a multitude of ways and that some reform would be desirable.

34. Suite à la position des évêques du Québec qui se sont prononcés contre l'avortement, *Les évêques du Québec et l'avortement*, *Le Devoir*, lundi 19 mars 1973, p. 5 et au procès du Dr Henry MORGENTALER, *Un médecin avoue avoir pratiqué 5.000 avortements au Québec*, *Le Soleil*, jeudi 29 mars 1973, p. 10, le directeur du *Devoir* M. Claude RYAN a publié deux éditoriaux sur le problème de l'avortement : *La loi dépassée par les événements*, mardi 3 avril 1973, p. 5, dont nous avons reproduit un extrait et *Un régime plus nuancé de l'avortement*, mercredi 4 avril 1973, p. 5. M. Claude Ryan y recommande, entre autres, une révision de la loi pour élargir les cas qui permettent l'avortement et la composition du Comité d'avortement et une action gouvernementale pour sensibiliser la population sur les effets physiques et psychiques de l'avortement sur la mère et les enfants qui en naîtraient plus tard. Les journaux sont d'ailleurs très sensibilisés à ce problème. Ils traitent de cette question à pleine page : Voir entre autres, Ghislaine RHÉAULT, *le débat de l'avortement*, *Le Soleil*, mardi 20 mars 1973, p. 20.