

Les Cahiers de droit

Pour une réforme du droit de l'avortement

Martin Bouffard



Volume 31, Number 2, 1990

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043025ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043025ar>

[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 note

Bouffard, M. (1990). Pour une réforme du droit de l'avortement. *Les Cahiers de droit*, 31(2), 575–597. <https://doi.org/10.7202/043025ar>

Article abstract

Since the Supreme Court of Canada handed down its judgment in the cases of *Morgentaler vs R.* in 1988 and *Daigle vs Tremblay* in 1989, the debate on the right to abortion and the foetus' right to life has one more sprung to be forefront. The author makes no pretensions as to settling all the legal questions raised by abortion, nor does he propose any cure-all solution to rally a consensus on the subject. By using an analysis chart, he seeks to ground arguments on rational criteria.

Pour une réforme du droit à l'avortement

Martin BOUFFARD *

Depuis que la Cour suprême du Canada a rendu jugements dans l'affaire Morgentaler c. R., en 1988, et dans l'affaire Daigle c. Tremblay en 1989, le débat relativement au droit à l'avortement et au droit à la vie du fœtus est à nouveau relancé. L'auteur ne prétend pas résoudre tous les problèmes juridiques que soulève la question de l'avortement, ni formuler la solution miracle qui rallierait toutes les opinions sur le sujet. À l'aide d'une grille d'analyse, il cherche plutôt une voie fondée sur des critères rationnels.

Since the Supreme Court of Canada handed down its judgment in the cases of Morgentaler vs R. in 1988 and Daigle vs Tremblay in 1989, the debate on the right to abortion and the foetus' right to life has once more sprung to the forefront. The author makes no pretensions as to settling all the legal questions raised by abortion, nor does he propose any cure-all solution to rally a consensus on the subject. By using an analysis chart, he seeks to ground arguments on rational criteria.

	Pages
1. Analyse de la problématique de l'avortement et nécessité d'une réforme	577
1.1. La problématique de l'avortement	577
1.2. Les personnes concernées par cette problématique	578
1.3. Le fondement de cette problématique	578
1.4. La manifestation de cette problématique	578

* Avocat, Québec.

2. Le droit à l'avortement ?	579
2.1. Historique	579
2.2. La situation canadienne	580
2.3. La situation aux États-Unis	585
3. Le droit à la vie	587
3.1. Au Québec	587
3.2. Au Canada	588
3.3. À l'étranger	589
4. La réforme du droit à l'avortement	591
4.1. Le projet de Loi C-43	591
4.2. Pour une proposition de réforme	592
Conclusion	595

Avec l'euthanasie, l'avortement est sans doute l'une des questions les plus difficiles sur le plan juridique, parce que toutes deux touchent au fondement même de l'humanité : la vie.

Depuis le début du XX^e siècle¹, les pays occidentaux ont tous eu à prendre une décision sur la politique à adopter en matière d'avortement. Les solutions retenues sont variables mais il semble qu'on puisse les classer en cinq grandes catégories. D'abord, la prohibition totale de l'avortement, régime sous lequel vit 10 % de la population mondiale ; la prohibition sauf pour sauver la vie de la mère, 18 % de la population mondiale ; la prohibition sauf pour sauvegarder la vie ou la santé de la mère, 8 % de la population ; la permissivité dans les cas par exemple de faible revenu ou de logement inadéquat de la mère, 25 % de la population ; et, enfin, le régime de la permissivité total lors du premier trimestre de la grossesse, avec interdiction partielle par la suite, 39 % de la population².

Notre objectif n'est pas ici de trouver le compromis le plus équitable qui soit, pour faire plaisir au plus de gens possible. Il est plutôt de tenter de présenter une solution logique, cohérente et rationnelle au problème, plutôt qu'une solution où l'on ne saurait distinguer la règle de l'exception et où les exceptions n'auraient pas de lien rationnel avec la règle établie.

Pour y arriver, il faudra réussir à cerner le problème, et ce à l'aide d'une grille d'analyse où tous les éléments du problème devront être étalés. Il faudra

1. Hélène DUMONT, « L'abolition du crime d'avortement dans la perspective de la réforme du droit criminel », (1980-81) 15 *R.J.T.* 153.

2. « Abortion Laws and Policies », dans *Induced Abortion, A World Review*, The population Council, New York, 1983.

aussi tenir compte de la façon dont on a historiquement abordé la question ainsi que des récents développements constitutionnels concernant le sujet. Enfin, il faudra tenir compte de ce qui se fait à l'étranger pour finalement s'attarder à la question du droit à la vie du fœtus. On devrait normalement, suite à cette analyse, être capable de formuler un principe et d'y inclure les exceptions nécessaires s'il y a lieu, tout en respectant le plus objectivement possible la grille d'analyse de la problématique ainsi que tous les éléments juridiques pertinents.

1. Analyse de la problématique de l'avortement et nécessité d'une réforme

1.1. La problématique de l'avortement

La problématique de l'avortement comporte plusieurs facettes ; c'est d'ailleurs pour cette raison que le sujet est si difficile. Elle réside d'abord dans la diversité des disciplines qui sont touchées de près ou de loin par la question. En plus du domaine juridique, on peut entre autres, mentionner le domaine médical, la sociologie, la religion, la morale et la déontologie. Le droit ne peut donc pas adopter une solution sans tenir compte de la vision que ces autres disciplines ont du problème. La problématique réside aussi dans l'opportunité pour l'État d'intervenir et de réglementer l'avortement. Il faut se demander si l'on s'en remet à la conscience de la mère ou si l'on doit plutôt instaurer une règle qui dicterait sa conduite.

Ensuite, la problématique résulte du fait qu'il n'y a pas de consensus social sur la question. Contrairement au meurtre ou au viol, que personne n'hésite à condamner, l'avortement ne fait pas l'unanimité auprès de la population. Une minorité y est farouchement opposée ; une autre minorité y est fortement favorable, alors que la majorité de la population se situe quelque part entre les deux extrêmes³.

Enfin, l'élément le plus important de la problématique découle de l'éternelle confrontation qu'implique l'avortement entre deux êtres qui réclament chacun de leur côté des droits différents qui semblent inconciliables. D'une part, on a la mère, qui invoque le droit à la liberté et à la vie privée, d'autre part on a le droit du fœtus à l'intégrité et à la vie.

Pour cerner la problématique de l'avortement, il faut donc se demander s'il est possible de trouver un compromis rationnel. Dans la négative il faudra déterminer quel droit doit avoir priorité et fixer alors une règle conforme au

3. Groupe de travail sur le statut juridique de fœtus, section de recherche sur la protection de la vie, Document de consultation présenté à la C.R.D. Canada, 1986, page 129.

respect de cette priorité. Dépendamment de la conclusion il faudra alors voir s'il y a lieu de réglementer le sujet et, si oui, jusqu'à quel point on doit le faire.

1.2. Les personnes concernées par cette problématique

En laissant de côté pour l'instant tout le débat qui entoure la question du statut du fœtus, on peut certes affirmer que ce dernier, ainsi que la femme enceinte, sont les deux personnes les plus concernées par la problématique. En tant que personnes directement touchées, on peut certes aussi mentionner le père de l'enfant, les parents de la femme enceinte dans le cas où celle-ci est mineure, le médecin ou l'infirmière que la femme consulte, et enfin la personne qui procède à l'avortement. De plus, en prenant pour acquis que l'on accepte de réglementer l'avortement, seront alors aussi des personnes intéressées le ministère public et la société en général.

1.3. Le fondement de cette problématique

Comme toute question d'intérêt public, celle de l'avortement recueille des points de vue très diversifiés. Cependant, contrairement à d'autres sujets controversés, où il est possible de trouver un compromis, il est ici très difficile de le faire tellement les points de vue sont diamétralement opposés et les revendications inconciliables. Il semble que nous soyons aux prises avec cette problématique parce qu'une faction considère le droit à la vie du fœtus comme inviolable, alors qu'une autre faction prône le droit pour la femme de disposer librement de son corps, le fœtus étant considéré comme étant partie intégrante de celui-ci.

On constate donc que la problématique provient plus du combat que se livrent deux factions que d'une manifestation de l'ensemble de la population. Les factions mises ensemble représentent en effet un peu moins de 40 % de la population, alors que 60 % de la population serait en faveur d'un compromis qui se situerait quelque part entre ces deux idéaux opposés⁴. L'existence de la problématique dépend donc du fait qu'une bonne partie de la population, bien qu'elle soit minoritaire, ne puisse pas accepter de compromis.

1.4. La manifestation de cette problématique

La problématique se manifeste de deux façons. D'abord par le non-respect flagrant de la loi auquel on assistait avant que la Cour suprême du Canada ne statue sur l'affaire *Morgentaler* en janvier 1988. Effectivement,

4. *Id.*, p. 129-130.

toute femme qui désirait obtenir un avortement pouvait d'abord passer par un comité d'avortement thérapeutique, mais si elle refusait de suivre cette procédure, ou si elle essayait un refus de la part du comité, elle pouvait facilement obtenir l'avortement en se rendant à une clinique comme celle du Dr Morgentaler, et ce sans aucune crainte de représailles que ce soit de la part de l'État.

Ensuite, on peut voir s'extérioriser la problématique de par la contestation constante à laquelle on assiste de la part des différents groupes impliqués. On a par exemple qu'à regarder les manifestations publiques de certains groupes et les pressions sans cesse grandissantes auxquelles doivent faire face les politiciens pour comprendre que la question de l'avortement constitue un problème de taille où beaucoup d'intérêts sont en jeu.

2. Le droit à l'avortement ?

2.1. Historique

Aussi loin que l'on puisse remonter en common law, on constate que l'on n'a jamais considéré l'avortement comme un crime grave. En effet, en common law, l'enfant non encore né ne pouvait pas être victime d'un meurtre⁵. Si l'avortement était pratiqué avant que le fœtus n'eut bougé dans le ventre de sa mère (*quickening*), il n'était alors pas illégal. Cependant, s'il était pratiqué après que le fœtus eut bougé, on considérait alors qu'il s'agissait là d'un délit (*misdemeanour*) autant pour la femme que pour l'avorteur⁶. Donc, le fait de tuer un enfant non encore né (*unborn child*) ne constituait un crime en aucune circonstance, tout au plus le considérait-on comme un délit s'il était pratiqué après que le fœtus eut bougé.

Au Canada, deux ans après la confédération, soit en 1869, le Parlement fédéral adopta la *Loi sur les infractions contre la personne*⁷. Les articles 59 et 60 de cette Loi sont la copie conforme des articles 58 et 59 de la *Offence Against the Person Act* de 1837 de l'Angleterre. Commettait donc une infraction la femme ou l'avorteur qui, dans l'intention de procurer un avortement, employait une substance nocive ou délétère, ou encore employait illégalement un instrument.

Plus tard, en 1892, le Canada adopta son *Code criminel*. Les articles 272 à 274 de ce Code étaient la reproduction des articles 59 et 60 de la Loi concernant les offenses contre la personne⁸. Cependant l'article 271 innovait,

5. « The unborn child », (1976) 14 *Osgoode Hall Law Journal* 645.

6. *Supra*, note 1.

7. *Loi sur les offenses contre la personne*, 32-33 Victoria, chap. 20, art. 59 et 60 (1869).

8. *Code criminel*, 55-56 Victoria, chap. 29, art. 272 à 274.

car il créait une infraction de destruction d'enfant. Or contrairement aux autres articles sur l'avortement, qui prohibaient l'intervention chirurgicale, ce nouvel article prohibait le fait d'enlever la vie à un enfant non encore né, et ce sans faire aucune distinction relativement au stade de développement du fœtus.

En 1955, il y eut une refonte du *Code criminel*, et les articles 272 à 274 sont devenus l'article 237⁹. Cette modification n'en fut pas seulement une de numérotation : le nouvel article 237 était modifié par le retrait du mot « illégalement ». L'argument du Gouvernement était que s'agissant d'une infraction d'intention, la défense d'absence de *mens rea* demeurerait toujours possible même en l'absence du mot « illégalement ». Cette opinion ne faisait cependant pas l'unanimité : on faisait référence à la décision anglaise *R. c. Bourne*¹⁰, où le médecin avorteur avait été acquitté grâce à la présence du mot « illégalement » (*unlawfully*), pour affirmer qu'en l'absence de ce mot, un médecin pourrait être reconnu coupable même s'il avait pratiqué l'avortement pour sauver la vie de la mère.

Finalement, deux articles de la *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal* sont venus rendre les choses comme elles étaient le 28 janvier 1988, lorsque la Cour suprême a rendu jugement dans l'affaire *Morgentaler*. D'abord l'article 271 du Code de 1892 (devenu l'article 209 en 1955), qui avait pour effet de protéger le fœtus de la conception à la naissance, a été modifié de façon à n'assurer sa protection qu'au cours de sa mise au monde¹¹. C'est donc dire que l'infraction de destruction de fœtus n'existe plus car le seul moment où une personne peut commettre cette nouvelle infraction, c'est lors de la mise au monde ; à ce stade, on ne peut parler d'avortement. Ensuite, l'article 238 du Code de 1955 était modifié par l'ajout des paragraphes 4, 5, 6 et 7. Par cette modification, le législateur introduit soit l'avortement thérapeutique et, par le fait même, l'exception permettant à une femme de se faire avorter lorsque sa vie ou sa santé est mise en danger par la grossesse.

Lors de la refonte en 1970, les articles 209 et 237 de 1955 sont respectivement devenus les articles 221 et 251, et ce sans aucune modification au texte¹².

2.2. La situation canadienne

Comme on vient de le voir, l'avortement au Canada était jusqu'à tout récemment régi par l'article 251, paragraphes 1 à 7 C.cr. Il est intéressant de

9. *Code criminel*, 2-3 Elizabeth II, chap. 51, art. 237 et 238 (1953-54).

10. [1938] 3 ALL. E.R. 615.

11. *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, 17-18, Elizabeth II, chap. 38, art. 15.

12. *Code criminel*, S.C.R. 1970, chap. C-34.

noter que l'article 251 se retrouve dans la partie VI du Code portant sur *Les infractions contre la personne et la réputation*. Or, pour qu'il y ait infraction contre la personne, il doit nécessairement y avoir une victime. Logiquement, on serait porté à croire que le fœtus est cette victime, mais la lecture de l'article 251 nous oblige à conclure autrement. Comme on l'a vu plus tôt, ce que prohibe l'article 251 n'est pas la destruction d'enfant mais plutôt une opération chirurgicale ou l'administration d'une substance nocive ou délétère. Le crime prévu à l'article 251 est l'emploi par *quiconque* d'un *moyen quelconque* dans l'intention de procurer l'avortement.

L'article 251 a été interprété à deux reprises par la Cour suprême, et les deux fois l'appelant était le même, soit le D^r Morgentaler. D'abord en 1976, le D^r Morgentaler s'est retrouvé devant la Cour suprême après avoir été reconnu coupable de crime d'avortement par la Cour d'appel du Québec¹³. Le D^r Morgentaler invoquait deux moyens de défense, qui ont tous deux été rejetés¹⁴. Son premier argument reposait sur l'article 45 qui autorise un médecin à pratiquer une opération pour le bien d'une personne. La Cour a jugé que cet article ne s'appliquait pas à l'article 251 qui constitue en lui-même un code entier et complet sur l'avortement. Le deuxième argument était la défense de nécessité. La Cour a admis que ce moyen de défense était possible en droit canadien mais qu'il ne pouvait être utile au D^r Morgentaler car celui-ci refusait carrément de se conformer aux dispositions de la loi.

En 1983, le D^r Morgentaler fut de nouveau accusé du crime d'avortement. Cependant, cette fois-ci, un élément nouveau s'ajoutait : la *Charte Canadienne des droits et libertés*¹⁵. Plusieurs questions de droit ont été soulevées mais la cause s'est jouée sur l'article 7 de la Charte. Comme cette décision a invalidé l'article 251 et a posé des balises devant guider le législateur lors d'une éventuelle rédaction d'un texte sur l'avortement, il convient de décortiquer les motifs de la décision de la Cour suprême¹⁶.

Parmi les motifs des juges majoritaires on retrouve ceux du juge en chef, auxquels le juge Lamer souscrit. Le juge Dickson est d'opinion que l'article 251 viole de deux façons le droit à la sécurité de la personne protégé par l'article 7 de la Charte. D'abord, l'intégrité de la personne comprend l'absence de toute ingérence à l'égard de son corps. Comme l'interdiction de l'avortement vise l'usage qu'une personne fait de son corps, il s'agit là d'une ingérence et par conséquent d'une atteinte au droit à la sécurité¹⁷. L'article 251 viole aussi le

13. [1974] C.A. 129.

14. [1976] 1 R.C.S. 616.

15. *Loi constitutionnelle de 1982*, U.K. 1982, c. 11, Annexe B, Partie I.

16. [1988] 1 R.C.S. 30.

17. *Id.*, p. 56-57.

droit à la sécurité en ce qu'il affecte l'intégrité psychologique¹⁸. Comme l'interdiction de l'avortement cause un traumatisme psychologique chez la femme, il viole son droit à la sécurité. Le Juge Dickson après une étude détaillée des effets du système de 251(4), conclut également que celui-ci viole les principes de justice fondamentale.

Ayant constaté l'atteinte à l'article 7, le Juge en chef passe alors au critère de raisonnabilité de l'article 1 de la Charte en faisant subir à 251 le test de l'arrêt *R. c. Oakes*²⁰. L'article 251 franchit le premier volet du test car l'objectif principal de la protection de la vie et de la santé de la mère et l'objectif incident de la protection du fœtus sont jugés suffisamment importants pour justifier la violation de l'article 7²¹. L'article 251 ne franchit cependant pas le deuxième volet du test de l'arrêt *Oakes*, car il n'est conforme à aucun des trois éléments de la proportionnalité. En effet, la procédure est souvent arbitraire et injuste, l'article porte atteinte aux droits au-delà de ce qui était nécessaire et, enfin, ses effets sont disproportionnés par rapport à l'objectif recherché.

Les motifs les plus prudents de la majorité sont certes ceux du Juge Beetz, auxquels le Juge Estey souscrit. Le Juge Beetz en vient à la conclusion que l'article 251 contrevient au droit à la sécurité de la personne mais pour des motifs tout autres que ceux du juge en chef. À aucun endroit dans son jugement, il ne fait référence au fait que 251(1) et (2) violeraient le droit à la sécurité de la personne. La violation se trouve plutôt selon lui dans la procédure d'avortement thérapeutique, c'est-à-dire à 251(4)²².

Ainsi, selon lui, il y a violation du droit à la sécurité si une loi force quelqu'un dont la vie ou la santé est en danger à choisir entre, d'une part, la perpétration d'un crime, et, d'autre part, un traitement inadéquat ou pas de traitement²³. Comme la procédure prévue par 251(4) entraîne inévitablement des délais, et que ces délais entraînent des risques médicaux supplémentaires de complications post-opératoires, la procédure viole le droit à la sécurité.²⁴

Tout comme le Juge Dickson, le Juge Beetz parvient aussi à la conclusion que 251(4) n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Selon lui, 251(4) viole les principes de justice fondamentale en raison des délais inutiles qu'engendrent certaines de ses exigences. Comme les délais créés par

18. *Idem*.

20. *Id.*, p. 103.

21. *Id.*, p. 75.

22. *Id.*, p. 81-82.

23. *Id.*, p. 90.

24. *Id.*, p. 104-105.

251(4) n'ont aucun lien rationnel avec les objectifs poursuivis par le législateur, soit la protection du fœtus et la protection de la santé de la mère, il en vient donc à la conclusion que les principes de justice fondamentale ont été violés, et, par le fait même, que l'article 7 de la Charte n'a pas été respecté.

Le Juge Beetz applique ensuite l'article 1 de la Charte. Il considère que la protection du fœtus est pour le législateur une préoccupation suffisamment importante pour satisfaire au premier volet du test²⁵. Pour ce qui est du deuxième, celui de la proportionnalité, il n'a qu'à examiner la première de ses trois composantes pour en venir à la conclusion que 251 doit succomber. Comme le délai occasionné par la procédure de 251(4) n'est pas nécessaire à la réalisation de l'objectif, il n'y a pas de lien rationnel entre les deux.

Les motifs les plus radicaux sont certes ceux du Juge Wilson, qui tout comme ses collègues de la majorité, reconnaît une atteinte à la Charte ; mais en plus d'une violation aux droits à la sécurité, celle-ci fonde ses motifs sur une violation du droit à la liberté. Selon elle, le droit à la liberté de l'article 7 garantit à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur les décisions importantes touchant à sa vie privée²⁶. À l'intérieur de cette sphère, une personne a donc le droit de faire ses choix en fonction de ses propres aspirations personnelles. Parce qu'il s'agit d'une décision ayant des conséquences psychologiques, économiques et sociales profondes pour la femme enceinte²⁷, elle en vient à la conclusion que la décision d'interrompre une grossesse en est une qui entre dans cette catégorie. L'article 251 brime donc ce droit car un comité décide pour la femme ce qu'elle a le droit de décider elle-même²⁸. Pour ce qui est du droit à la sécurité de la personne, le Juge Wilson souscrit aux motifs des juges Dickson et Beetz.

Selon le juge Wilson, lorsque l'on se demande si les principes de justice fondamentale sont respectés, il faut se demander si l'atteinte garantie par l'article 7 respecte non seulement l'équité en matière procédurale mais aussi les droits et libertés fondamentaux énoncés dans la Charte²⁹. Comme la décision d'interrompre une grossesse est essentiellement une décision morale, le fait pour l'État de prohiber l'avortement correspond donc à l'imposition d'une opinion dictée par la conscience, et viole donc par le fait même la liberté de conscience de la femme³⁰. La violation par l'article 251 de la liberté de conscience de al. 2a) de la Charte entraîne donc l'incompatibilité entre l'article 7 et l'article 251.

25. *Id.*, p. 124.

26. *Id.*, p. 171.

27. *Id.*, p. 171.

28. *Id.*, p. 172.

29. *Id.*, p. 175.

30. *Id.*, p. 175-176, 179.

Passant ensuite au test de raisonnablement de l'article 1 de la Charte, le juge Wilson se dit d'opinion que l'objectif de 251 est la protection du fœtus. Elle conclut toutefois que cet objectif n'est pas nécessairement une préoccupation urgente du législateur. La protection du fœtus ne deviendrait en effet objectif urgent qu'à un certain stade de la grossesse³¹. La protection à accorder au fœtus serait fonction de son stade de développement et l'intérêt de l'État dans sa protection deviendrait suffisamment urgent au cours du second trimestre de la grossesse³². Par conséquent 251 n'est pas une limitation du droit de la femme, mais plutôt une négation totale de ce droit car la décision d'interrompre la grossesse ne lui est reconnue à aucun stade de la grossesse³³.

Plusieurs critiques pourraient être formulées à l'égard des motifs du Juge Wilson, mais nous nous contenterons ici d'en formuler deux.

D'abord, il nous semble que sa façon d'aborder la question du droit à la liberté est à tout le moins contestable. L'interprétation qu'elle en fait transforme le droit à la liberté en droit omnibus qui peut regrouper tout ce qui n'a pas de place ailleurs. Il semble que ce soit là une façon à tout le moins dangereuse d'aborder ce droit car, à chaque fois qu'une personne voudra se faire reconnaître un droit individuel plus ou moins reconnu historiquement et qui ne fait pas nécessairement l'unanimité auprès de tous, elle n'aura qu'à plaider que le déni de ce droit viole son droit à la liberté enchassé dans la Constitution. Le droit à la liberté de l'article 7 de la Charte fait partie intégrante d'un document qui se nomme la Charte des « droits et libertés ». Est-ce que cette fameuse sphère privée dont fait référence le Juge Wilson ne serait pas plutôt constituée par la somme de ces droits et de ces libertés plutôt que par une seule disposition isolée ? Certes, il ne faut pas dénier de tout sens le droit à la liberté reconnu à l'article 7, mais ne serait-il pas préférable de faire comme le propose la Cour d'appel de l'Ontario et les juges dissidents en Cour suprême sous la plume du Juge McIntyre, c'est-à-dire interpréter comme faisant partie du droit à la liberté des droits non enchassés qui étaient traditionnellement reconnus lorsque l'on a adopté la charte³⁴. Cette façon d'agir serait probablement plus conforme à la volonté du constituant et sauvegarderait notre système juridique contre la menace de l'imprévisibilité et de l'incohérence.

Autre critique mais pas la moindre, c'est cette hâte qui pousse le Juge Wilson à vouloir appliquer ici des principes américains pas nécessairement applicables. Pourtant, c'est elle-même qui précise qu'il faut éviter d'appliquer

31. *Id.*, p. 181.

32. *Id.*, p. 183.

33. *Id.*, p. 183.

34. *Id.*, p. 148.

de façon mécanique des principes constitutionnels différents des nôtres³⁵. On a vu plus tôt que l'on a assisté à la création à l'intérieur de l'article 7 d'une zone privée qui correspond en toutes pièces au *right of personal privacy* créé par la Cour suprême des États-Unis. Cependant, elle va encore plus loin lorsqu'elle affirme ce que sont les droits de la femme et ce sans même définir ou exposer ce que sont les droits du fœtus.

Que l'on soit ici pour ou contre l'avortement, ou quelque part entre les deux, n'a aucune espèce d'importance. Ce qui est important, c'est de savoir pourquoi et comment un juge a pu en arriver à une conclusion donnée. Comment peut-on délimiter les droits de la femme si ce n'est qu'en les confrontant avec ceux du fœtus s'il en a ? Comment peut-on rationnellement décider à quel moment le fœtus représente un intérêt urgent pour l'État si on ne prend pas le temps de décortiquer la question ? Le Juge Wilson nous semble avoir raté une belle occasion d'expliquer le fondement juridique de la position voulant que l'avortement soit un droit. Peut-être ne l'a-t-elle pas fait parce que cela n'est tout simplement pas possible...

2.3. La situation aux États-Unis

En 1973, la Cour suprême des États-Unis a rendu deux décisions ayant pour effet d'invalider les lois sur l'avortement du Texas et de la Georgie. La Cour suprême a alors interprété le 14^e amendement de la Constitution comme pouvant inclure le droit de terminer une grossesse. Au moment où la Cour suprême a rendu ces décisions, pas moins de 26 États américains avaient des lois prohibant l'avortement sauf pour sauver la vie de la mère³⁶. Dans la première affaire, il fut allégué que la loi violait le droit à la vie privée protégé par les 1^{er}, 4^e, 5^e, 9^e et 14^e amendements de la Constitution³⁷.

La Cour suprême a jugé que le *droit à la vie privé* était assez large pour inclure la décision d'une femme de terminer sa grossesse. Ce droit n'est cependant pas absolu car à partir d'un moment pendant la grossesse, les intérêts de l'État dans la protection de la santé de la mère et de la vie du fœtus deviennent assez importants pour justifier une réglementation qui brime les droits de la femme³⁸. À l'opposé, certains auraient voulu voir le mot « personne » du 14^e amendement prendre un sens suffisamment large pour inclure le fœtus. En se fondant sur le fait que l'avortement n'a jamais été considéré comme un crime en common law et que la notion de « personne »

35. *Id.*, p. 167.

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

37. *Id.*, p. 129.

38. *Id.*, p. 153-154.

aurait toujours été utilisée pour désigner des êtres nés, la Cour refusa de considérer le fœtus comme une personne au sens de la Constitution.

Donc, suite à cette décision, la règle était que la femme a un droit de cesser sa grossesse sous réserve des intérêts de l'État. Le premier de ces intérêts, la protection de la santé de la femme, devient suffisamment important pour justifier une intervention de l'État vers la fin du premier trimestre de la grossesse. Le second intérêt de l'État, la protection de la vie potentielle, devient suffisamment important pour justifier une intervention de l'État lorsque le fœtus est viable, puisqu'à partir de ce moment le fœtus est présumé capable d'une vie significative (*meaningful*) à l'extérieur du ventre de sa mère³⁹. Pendant le premier trimestre de la grossesse, aucune réglementation concernant l'avortement n'est donc justifiée. Entre la fin du premier trimestre et le moment où le fœtus devient viable, la seule réglementation justifiée est celle visant à protéger la santé de la femme. À partir de la viabilité du fœtus, la réglementation pourra porter à la fois sur la protection de la santé de la femme et sur la protection du fœtus, allant même jusqu'à prohiber complètement l'avortement sauf pour préserver la vie ou la santé de la mère⁴⁰.

L'autre décision rendue en 1973 par la Cour suprême des États-Unis concernait une loi de la Georgie qui créait un système procédural ressemblant à celui de 251(4) C.cr.⁴¹. La Cour a invalidé cette loi pour deux motifs. D'abord, elle a repris le motif invoqué dans l'autre affaire. Ensuite, elle a invoqué le manque de rationalité entre les moyens choisis par l'État dans sa réglementation et l'objectif qu'il est censé poursuivre, soit la protection de la santé de la femme.

Le 3 juillet 1989, la Cour suprême des États-Unis a rendu sa décision dans *Webster c. Reproductive Health Service*. Cette décision qui a eu pour effet de remettre en question l'état du droit, tel qu'établi dans les décisions de 1973⁴².

Dans cette affaire, la Cour suprême devait juger de la constitutionnalité d'une loi du Missouri ayant pour effet d'interdire à tout employé de l'État, qu'il soit médecin, infirmier ou autre, de pratiquer ou d'assister quelqu'un dans un avortement qui ne soit pas nécessaire pour sauver la vie de la mère. La loi prévoyait aussi qu'il était interdit de pratiquer un avortement dans un établissement public, à moins que celui-ci soit nécessaire pour sauver la vie de la mère. Constatant que l'effet de la loi adopté par l'État du Missouri plaçait

39. *Id.*, p. 163.

40. *Id.*, p. 163-164.

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

42. *Webster et Attorney General of Missouri v. Reproduction Health Services*, Cour suprême des États-Unis, n° 88-605, 3 juillet 1989.

la femme enceinte devant une situation similaire à celle où l'État aurait choisi de ne pas du tout opérer l'hôpital public, la majorité de la Cour suprême américaine a néanmoins reconnu la validité de la loi ⁴³.

Dans cet arrêt, la Cour a aussi jugé valide une disposition de la Loi ayant pour effet de créer une présomption de viabilité du fœtus à vingt semaines de gestation. Comme on le sait, la Cour avait établi seize ans plus tôt, que l'intérêt de l'État pour l'enfant non encore né ne devient suffisamment important pour justifier une violation du droit à la vie privée que lorsque le fœtus est viable. Conséquemment, cette disposition permettant à un médecin de vérifier la viabilité du fœtus après seulement vingt semaines de gestation devait être inconstitutionnelle, puisqu'elle permettait à l'État d'intervenir dans la grossesse pour sauvegarder les droits du fœtus à l'intérieur du deuxième trimestre de la grossesse !

Tel n'a pas été l'opinion de la Cour. Celle-ci admet ⁴⁴ que la vérification médicale faite après seulement vingt semaines de gestation permettra dans la plupart des cas de conclure que l'on se situe effectivement au deuxième trimestre de la grossesse, mais selon elle l'intérêt de l'État dans la protection d'une vie humaine potentielle constitue un justificatif suffisant ⁴⁵. Cette décision nous semble marquer un revirement significatif du droit aux États-Unis. Pour justifier ce revirement, la Cour s'appuie sur un principe qui voudrait que le *stare decisis* ait moins d'autorité en droit constitutionnel ⁴⁶.

Aussi, bien que la décision *Webster* n'ait pas pour effet de rejeter complètement l'état du droit découlant des arrêts de 1973, nous croyons néanmoins qu'il faille s'attendre à ce que la Cour suprême aille plus loin dans un avenir rapproché. Nous fondons cette prédiction sur un *obiter* exprimé par la majorité dans *Webster* : «... we do not see why the state's interest in protecting potential human life should come into existence only at the point of viability, and that there should therefore be a rigid line allowing state regulation after viability but prohibiting it before viability» ⁴⁷.

3. Le droit à la vie

3.1. Au Québec

Jusqu'à tout récemment il n'existait pas de décision au Québec où l'on avait analysé en profondeur les droits du fœtus. Le 16 novembre 1989, en

43. *Id.*, p. 13.

44. *Id.*, p. 21.

45. *Id.*, p. 21.

46. *Id.*, p. 20.

47. *Id.*, p. 21.

déposant ses motifs dans la décision *Daigle c. Tremblay*, la Cour suprême du Canada confrontait pour la première fois, le droit à la vie du fœtus aux dispositions de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* ainsi qu'à celles du Code civil.

La Cour a d'abord rejeté l'argument voulant que l'expression « être humain », employé aux articles de la Charte qui énoncent le droit à la vie, comprenne le fœtus. Elle a refusé de reconnaître qu'un droit d'une telle importance puisse résulter d'un argument linguistique. Selon la Cour, si le législateur avait voulu conférer au fœtus le droit de vivre, il n'aurait pas permis que la protection de ce droit soit sujet à de tels aléas⁴⁹. Donc, pour la Cour suprême, la Charte québécoise prise dans son ensemble « ne traduit aucune intention manifeste de la part du législateur de prendre en considération le statut du fœtus »⁵⁰.

Ensuite, la Cour suprême analysa les droits du fœtus en regard des dispositions du Code civil. Elle établit la prémisse que si d'une manière générale le Code civil traite le fœtus comme une personne juridique, il sera alors possible de prétendre que le fœtus est un être humain au sens de la Charte québécoise et du Code civil⁵¹. Mais elle refusa de tirer cette conclusion car selon elle, la reconnaissance de la personnalité juridique du fœtus a toujours été une fiction du droit civil à laquelle on a recours pour protéger les intérêts futurs du fœtus. Selon son interprétation, « la condition que le fœtus naisse vivant et viable est une condition suspensive », ce qui exclut donc toute reconnaissance possible du fœtus en tant que personne juridique⁵³.

Il faut donc retenir de cette décision que la Cour suprême a jugé qu'au Québec le fœtus n'a pas, et n'a jamais eu, de personnalité juridique grâce à laquelle il pourrait réclamer le droit de vivre. Tout ce que le Code civil lui accorde, c'est le droit d'être traité comme une personne dans les cas où il est nécessaire de le faire pour protéger ses intérêts après sa naissance⁵⁴.

3.2. Au Canada

L'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés reconnaît entre autres à « chacun » le droit à la vie. Selon certains l'utilisation du terme « chacun » par opposition au terme « personne » pour désigner le titulaire du droit à la vie, aurait dénoté l'intention du constituant de délaisser le concept

49. *Id.*, p. 21-22.

50. *Id.*, p. 21.

51. *Id.*, p. 23.

53. *Id.*, p. 26-27.

54. *Id.*, p. 29.

de personne humaine pour opter pour le concept de personne potentielle, protégeant ainsi le fœtus⁵⁵. Cette interprétation a cependant été rejetée par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'affaire *Borowski*⁵⁶. D'abord, le langage même de la Charte emploie le terme « chacun » à plus de cinq reprises dans des circonstances où la disposition ne peut manifestement pas être étendue au fœtus⁵⁷. Ensuite, l'histoire législative de la Charte démontre clairement que le constituant n'avait pas l'intention d'effectuer un changement radical à la situation qui existait alors⁵⁸ et qui démontre aussi que l'on avait l'intention de demeurer neutre sur les sujets de l'avortement et des droits du fœtus.

Le 9 mars 1989, la Cour suprême du Canada rendait son jugement dans l'affaire *Borowski*⁵⁹. Malheureusement, compte tenu du fait que l'article 251 C.cr. avait été déclaré inconstitutionnel un an auparavant, dans *Morgentaler*, la Cour suprême refusa de se prononcer, le pourvoi étant devenu théorique.

Il est intéressant de noter que la Cour suprême, dans l'affaire *Daigle*, fait une étude des droits du fœtus en droit anglo-canadien⁶⁰. La conclusion à laquelle elle arrive est sensiblement la même qu'en ce qui concerne le droit québécois : le fœtus n'aurait jamais été considéré dans toute l'histoire de la common law comme « possédant les droits d'une personne dans le plein sens du terme »⁶¹. La conclusion est donc que le fœtus ne serait détenteur de droits indépendants de sa mère que lors de sa naissance⁶². Bien qu'elle ne se soit pas alors prononcée sur l'article 7 de la Charte canadienne, nous pensons que la Cour suprême serait arrivée à la même conclusion dans ce cas. Nous croyons que la distinction entre « personne » et « chacun » aurait reçu le même traitement que la distinction entre « personne » et « être humain ».

3.3. À l'étranger

En 1973, dans l'arrêt *Roe v. Wade*, la Cour suprême des États-Unis a discuté des droits du fœtus⁶³. Elle en est venue à la conclusion que le terme « personne », au 14^e amendement de la Constitution, ne comprend pas

55. Patrice GARANT, « Libertés fondamentales et justice naturelle » dans Beaudoin et Tornapolsky, *Charte canadienne des droits et libertés*, Wilson et Lafleur-Sorej, 1982, p. 329-333.

56. *Borowski v. Canada*, (1987) 56 S.R., p. 129.

57. *Id.*, p. 132.

58. *Id.*, p. 147-148.

59. *Borowski c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 342.

60. *Daigle c. Tremblay*, *supra*, note 48, p. 31.

61. *Id.*, p. 33.

62. *Id.*, p. 35.

63. 410 U.S. (1973) 113.

l'« unborn »⁶⁴. L'effet de cette décision n'ayant jamais été modifié par une loi, une modification constitutionnelle ou un jugement de la Cour suprême, c'est dire que les droits du fœtus se limitent à l'intérêt que l'État a dans sa protection. Cependant, comme on l'a vu plus tôt, lors de l'examen de l'arrêt *Webster*, une nouvelle tendance semble s'installer à l'intérieur de la Cour suprême : il ne serait pas surprenant de voir à plus ou moins brève échéance, la Cour suprême accroître les droits reconnus au fœtus. Avant *Roe v. Wade*, certains auteurs américains avaient d'ailleurs pris position en faveur de la reconnaissance du droit à la vie du fœtus⁶⁵. Le raisonnement suivi était assez simple. Selon la common law, un avortement avant que le fœtus ne bouge (*quickening*) n'était pas un crime parce qu'il était impossible de savoir s'il y avait vie auparavant. Dès que l'enfant bougeait, on disait alors qu'il y avait vie et la destruction de cette vie constituait un délit⁶⁶. Comme les développements médicaux modernes montrent que l'embryon a une vie différente de celle de sa mère, et ce dès la conception, l'utilisation du critère du *quickening* ne pouvait donc plus se justifier. On concluait donc que le fœtus était une personne au sens du 14^e amendement. Selon ce raisonnement, une loi qui aurait permis l'avortement sans aucune justification aurait été incompatible avec le 14^e amendement⁶⁷.

En Grande-Bretagne, le droit à la vie est reconnu de façon partielle par l'*Infant Life Preservation Act* de 1929. Cette Loi, reconnue par l'*Abortion Act* de 1967, protège le fœtus « *capable of being born alive* ». La Cour d'appel a décidé dans l'arrêt *C. v. S.*, que ce droit n'est reconnu qu'à l'enfant capable de respirer⁶⁸. La Cour ne dit pas si l'enfant doit être capable de respirer pour une courte période ou pour une période substantielle, mais on sait tout de même que le droit à la vie ne sera reconnu qu'au fœtus qui est capable de respirer au moins un peu...

Enfin, en Allemagne de l'Ouest, la Cour constitutionnelle a, dans une décision du 25 février 1975, reconnu le droit à la vie au fœtus⁶⁹. Ce droit trouve son fondement à l'article 2 de la Loi fondamentale du pays, qui dit que « chacun a droit à la vie ... » Selon la Cour, sont titulaires de ce droit tous ceux qui sont vivants, ce qui enlève donc toute pertinence aux distinctions fondées sur le stade de développement du fœtus.

64. 410 U.S. (1973) 158.

65. *The unborn child and the constitutional conception of life*, (1970-71) 56 *Iowa Law Review* 994.

66. *Id.*, p. 1001.

67. *Id.*, p. 1013.

68. (1987) W.L.R. 1108.

69. Jugement du 25 février 1975, 39 Br erf G.I., 1975.

4. La réforme du droit à l'avortement

4.1. Le projet de Loi C-43

Suite aux décisions de la Cour suprême du Canada, dans *Morgentaler* en 1988, et *Daigle c. Tremblay* en 1989, on peut certes affirmer que le pays est dans une situation confuse en matière de droit à l'avortement et de protection du fœtus.

Quelques jours avant le dépôt des motifs de la Cour suprême dans *Daigle c. Tremblay*, la Chambre des communes du Canada votait en première lecture le projet de Loi C-43 visant le remplacement de l'article 287 C.cr. (ancien 251 C.cr.), invalidé par la Cour suprême dans *Morgentaler*. Ce projet de loi a pour effet de créer un nouveau crime d'avortement, en ces termes :

Est coupable d'un acte criminel, et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans, quiconque provoque l'avortement chez une personne du sexe féminin, sauf quand il est provoqué par un médecin, ou sur ses instructions, qui en est arrivé à la conclusion que, sans l'avortement, la santé ou la vie de la personne serait vraisemblablement menacée.

Tout d'abord, soulignons que le projet de Loi définit le terme « santé ». Donc, contrairement à ce qu'était la situation avec l'ancienne loi, on sait maintenant que la santé dont fait état le législateur peut être physique, psychologique ou mentale.

Relativement au texte de Loi lui-même, on peut constater que la règle que le législateur établit est la prohibition de l'avortement, et que le droit à l'avortement demeure l'exception. Cependant, le mécanisme mit en place à l'intérieur du projet de Loi, nous pousse à nous interroger sérieusement sur ce qu'est la règle et ce qu'est l'exception. Normalement, lorsque le législateur édicte un crime, il prend les moyens nécessaires pour faire en sorte que l'on ne puisse le contourner facilement. A l'intérieur de ce projet de Loi, il nous semble que le législateur n'a pas pris ces moyens : l'État délaisse tout mode de contrôle que ce soit sur l'avortement ; celui-ci peut être pratiqué à n'importe quel endroit, sans aucun contrôle sur les motifs de l'intervention.

Cela nous amène à une seconde critique du projet de loi : elle concerne l'ampleur des responsabilités confiées au médecin. Dans sa forme actuelle, l'application de la loi repose entièrement sur les épaules d'un médecin. Comme les termes « santé », « vraisemblablement » et « menacé » laissent place à beaucoup de subjectivité, il nous est extrêmement difficile d'imaginer une situation où un médecin peut être reconnu coupable d'avortement. À notre sens, la règle que le législateur veut instaurer sera théorique ; en pratique, elle sera l'exception.

4.2. Pour une proposition de réforme

On a vu plus tôt qu'on ne pouvait espérer trouver un compromis faisant l'unanimité. La seule façon d'arriver à un résultat est d'établir une règle conforme aux valeurs fondamentales de la société dans laquelle nous vivons et d'y ajouter les exceptions qui s'imposent s'il y a lieu. Parmi les différentes valeurs en cause, on retrouve le droit à la vie privée, le droit à la sécurité de la personne, le droit à la liberté, le droit à une qualité de vie intrinsèque convenable, et aussi le droit à la vie.

On peut affirmer que, parmi tous, le droit à la vie est celui duquel dépend tous les autres. En effet, la liberté et la sécurité de la personne seraient des valeurs inutiles si l'individu qui prétend en être le détenteur ne se voyait pas reconnaître le droit de vivre. Parmi les valeurs de la société, la vie est la plus fondamentale. Or qui est le détenteur de ce droit ? Tout être humain ou tout être humain potentiel ? Au Canada, le Code criminel interdit de causer la mort d'un être humain. Son article 223 dit qu'un être humain est un enfant qui est complètement sorti vivant du sein de sa mère. Aux États-Unis, on a vu que la Cour suprême a décidé dans *Roe v. Wade*, que la vie devenait « protégeable » à partir de la viabilité. En Grande-Bretagne, on a vu que la vie est protégée à partir du moment où celui qui la réclame est « capable of being born alive ».

Sur quelle logique reposent donc ces différentes façons de reconnaître et d'accorder le droit à la vie ? Au Canada et en Grande-Bretagne, comme il s'agit de principes datant, dans le premier cas, de la fin du XIX^e siècle, et dans l'autre cas, du début du XX^e siècle, on peut penser que la non reconnaissance du fœtus comme être humain trouve son fondement dans le manque de connaissances en matière médicale. Comme on ne savait pas exactement ce qui se passait entre la naissance et la fécondation, on attendait donc à la naissance pour considérer l'individu que la mère portait en son sein comme un être humain.

La décision de la Cour suprême des États-Unis de n'accorder de façon indirecte le droit à la vie au fœtus qu'à partir du moment où il est viable ne peut cependant pas recevoir la même explication, quoique le fondement soit le même. En effet, la Cour suprême des États-Unis était en face d'un droit reconnu par la Constitution et d'un droit non reconnu selon elle dans la Constitution. Cependant, si elle n'a pas reconnu l'enchaînement du droit à la vie du fœtus, c'est précisément parce qu'en common law, l'avortement n'a jamais été considéré comme un crime, excluant donc du même coup la possibilité que les rédacteurs du 14^e amendement de la Constitution aient eu l'intention de reconnaître le droit à la vie au fœtus.

Considérant les développements dans le domaine médical, il est maintenant impossible de confondre la vie de la mère à celle du fœtus. Il est en effet unanimement reconnu que le fœtus possède une vie différente de celle de sa mère, et ce dès que cette vie s'empare de lui. On est donc en droit de se demander quelle peut être la justification logique à l'exigence de la viabilité du fœtus pour lui accorder le droit à la vie. Pourquoi le fœtus viable aurait plus le droit de vivre que le fœtus qui ne l'est pas, alors qu'autant l'un que l'autre représente une vie humaine potentielle ? Si ce que l'on entend protéger, c'est la vie, il n'y a aucune justification à ne pas accorder la protection à partir du moment où il y a effectivement vie. La caractéristique que le fœtus viable possède par rapport au fœtus non viable n'est pas la vie mais plutôt l'indépendance face à la mère, ce qui ne saurait en rien être pertinent pour la détermination d'une telle protection. Le fait que le fœtus soit dépendant de sa mère pendant toute la grossesse crée donc une situation particulière pour la mère, mais cela ne lui donne certes pas le droit de mettre fin à la vie du fœtus sous prétexte que le fœtus est à l'intérieur de son corps.

On voit donc que le fait d'accorder un droit en fonction du stade de développement n'est fondé sur rien de logique et de rationnel. Bien que rien ne semble pouvoir justifier la non reconnaissance du droit à la vie dès que celle-ci est présente, il faudrait quand même voir si certaines des valeurs fondamentales énumérées plus tôt n'entreraient pas en conflit avec la reconnaissance d'un droit absolu de vivre du fœtus. On a vu que la vie privée, la sécurité et la liberté sont toutes autant de valeurs fondamentales sous-jacentes au droit à la vie ; mais qu'en est-il lorsque l'on confronte le droit de vivre avec un autre droit de vivre ou encore avec le droit à une certaine qualité de vie.

Lorsque l'on confronte le droit de vivre du fœtus et celui de la mère, il n'est pas très difficile de donner priorité à celui de la mère. En effet, contrairement à la vie qui anime la mère, celle du fœtus n'est qu'une vie humaine potentielle. De plus, lorsque la vie de la mère est en danger, il ne fait pas de doute que celle du fœtus est par le fait même aussi mise en danger, ce qui rendrait donc souvent utopique la protection d'une vie qui par nature exige la protection d'une autre vie.

Le droit à la vie du fœtus peut aussi parfois être confronté au droit à une qualité de vie raisonnable de la mère. La qualité de vie d'une personne est une variable pouvant être affectée par divers éléments. L'intégrité physique ou mentale d'une personne, ou encore l'environnement dans lequel un individu vit, et même l'estime qu'une personne a envers elle-même, sont autant d'éléments pouvant affecter la qualité de la vie. Néanmoins, comme il s'agit ici de décider du sort d'une vie, il faut tenter d'éviter de s'arrêter à des motifs totalement externes à l'individu et qui risquent de n'être que temporaires. Le droit à la vie du fœtus devrait céder le pas à la qualité de vie de la mère

lorsqu'il s'agit d'un motif intrinsèque à la mère et que le motif n'est pas simplement temporaire. Pourraient alors être des motifs suffisants pour obtenir un avortement, le fait que la santé physique ou mentale de la femme risque d'être gravement atteinte, les circonstances criminelles de la conception et, aussi, le fait que le fœtus souffre de graves malformations.

Si le fait pour la femme de mener à terme un fœtus constitue un risque tel pour sa santé physique ou mentale que sa qualité de vie intrinsèque risque d'en être gravement affectée, l'avortement devrait se justifier. En effet, il semble justifié qu'une vie humaine potentielle cède le pas devant une vie humaine qui risque de souffrir d'un handicap physique ou mental total ou partiel permanent, car on doit d'abord accorder le maximum de protection à la vie humaine déjà existante.

Un autre motif pouvant justifier l'aliénation du droit à la vie du fœtus serait que la grossesse résulte de « circonstances criminelles ». Par cette expression, on entend la conception qui résulte d'une relation incestueuse ou encore d'une agression sexuelle. Ce motif justificatif de l'avortement n'est en fait qu'une sous-catégorie de la grande catégorie qu'est celle de la santé mentale de la mère. En effet, le fait pour la femme de subir la grossesse dans de telles circonstances constitue certes un traumatisme psychologique grave qui peut au moins être atténué par un avortement. Aussi, comme dans les cas d'inceste, il s'agit la plupart du temps d'adolescentes, point n'est besoin d'insister sur le fait que le traumatisme ne peut en être que plus grand.

Enfin, comme dernier motif pouvant être invoqué pour l'obtention d'un avortement, on pourrait considérer les malformations graves du fœtus. Bien que l'on puisse difficilement évaluer la souffrance endurée par une personne souffrant d'un handicap mental grave, on peut certes présumer que la qualité de vie d'une personne dans cette situation est réduite. Comme on ne peut cependant pas avec certitude affirmer que la qualité de vie de tel ou tel fœtus en particulier sera gravement atteinte, on peut difficilement conclure qu'il s'agit là d'un motif juste et rationnel. Cependant, ce que l'on sait, c'est que le fœtus atteint d'une grave malformation n'aura jamais de vie indépendante, ce qui risque par conséquent de bouleverser de manière plus que significative la vie de la mère et par le fait même sa qualité de vie. Dans ces circonstances, on peut certes affirmer que le fœtus devient une menace pour la santé de la femme dans l'optique où celle-ci ne se sent pas capable d'élever un enfant atteint d'une telle déficience.

Qu'en est-il de motifs comme le manque d'argent, le nombre d'enfants de la famille, l'absence de conjoint, l'interruption d'une carrière... ? Dans la mesure où ces éléments ne constituent pas en plus un risque grave pour la santé mentale ou physique de la mère, il devient difficile de soutenir une telle position. Tous ces éléments pourraient facilement être classés sous la bannière

« liberté ». Bien qu'important, on a vu plus tôt que ce principe fondamental devait céder devant un principe encore plus fondamental : celui du droit à la vie. On pourrait alors peut-être rétorquer que la qualité de vie de la mère risque dans certains cas d'être atteinte, mais cet argument doit aussi succomber car la qualité de vie dont on parle ici n'est pas intrinsèque à la femme. En effet, ces différents éléments sont trop extérieurs et temporaires pour justifier la violation d'un droit aussi fondamental que celui de vivre.

L'arrêt du 28 janvier 1988 de la Cour suprême ne nous a pas beaucoup appris sur le droit à l'avortement, mais il a néanmoins tracé certaines balises concernant la procédure d'une éventuelle loi sur l'avortement. La Cour a dit que toute exigence procédurale, n'ayant pas de lien rationnel avec l'objectif poursuivi par la loi, ne serait pas justifiée. Comme l'objectif de la réforme serait ici la protection du droit à la vie du fœtus, et aussi de façon secondaire la protection de la santé de la femme, toute exigence procédurale devra viser la réalisation de ces objectifs. Il faut donc qu'une ou des personnes puissent évaluer si les conditions d'application de l'une des exceptions sont respectées. Pour juger de la santé physique de la femme, on pourrait demander l'aide d'un médecin alors que pour juger de sa santé mentale, on pourrait demander l'assistance d'un psychologue ou d'un psychiatre. Ces personnes n'auraient pas à agir par l'intermédiaire d'un comité thérapeutique, car l'ajout d'un tel comité n'apporterait rien à leur compétence ou à leur intégrité et aurait pour effet de prolonger les délais occasionnés pour l'obtention d'un avortement. Aussi, pour assurer un minimum de protection à la femme, l'intervention devrait être pratiquée dans un hôpital ou dans tout autre endroit suffisamment équipé pour effectuer l'intervention de façon sécuritaire. Enfin, pour assurer le respect de la règle, il faudrait à tout le moins prévoir un système de suivi des avortements.

Conclusion

Compte tenu de la règle, des exceptions et des quelques éléments procéduraux, la nouvelle loi sur l'avortement pourrait ressembler à ceci :

Loi sur l'avortement

Article 1

- 1.- Commet un acte criminel quiconque procure ou tente de procurer l'avortement d'une personne de sexe féminin par quelque moyen que ce soit ;
- 2.- Commet un acte criminel toute personne de sexe féminin qui utilise ou permet que soit utilisé quelque moyen que ce soit pour procurer son avortement, si cet avortement a effectivement lieu ;

- 3.- Au présent article, l'expression « moyens » comprend :
 - a) l'administration d'une drogue ou de toute autre substance délétère ;
 - b) l'emploi d'un instrument ;
 - c) toute manipulation.
- 4.- a) Toute personne reconnue coupable d'un crime en vertu du paragraphe 1 doit être condamnée à un emprisonnement minimum d'un an et maximum de cinq ans ;
- b) Toute personne reconnue coupable d'un crime en vertu du paragraphe 2 est passible d'un emprisonnement maximal de deux ans ;

Article 2

- 1.- L'article 1 ne s'applique pas à l'avortement pratiqué lorsque la vie de la mère ou lorsque sa qualité de vie intrinsèque est gravement mise en péril..
- 2.- En application du paragraphe 1, la qualité de vie intrinsèque de la mère est gravement mise en péril dans les cas suivants :
 - a) la continuation de la grossesse mettrait probablement en danger la santé physique ou mentale de la femme ;
 - b) la grossesse résulte d'une agression sexuelle ou de rapports incestueux ;
 - c) il n'y a un risque substantiel que l'enfant à naître souffrira d'un handicap physique ou mental sérieux.

Article 3

- 1.- L'article 2 ne s'applique que si les conditions suivantes sont respectées :
 - i) le danger pour la vie de la femme ou la mise en péril de sa qualité de vie intrinsèque est constatée ;
 - a) par un médecin et un psychologue, ou ;
 - b) par un médecin et un psychiatre, ou ;
 - c) par deux médecins ;si ceux-ci ont valablement le droit d'exercer leur profession respective au Québec ou au Canada ;
 - ii) l'avortement est pratiqué dans un hôpital public, un C.L.S.C., ou dans une clinique privée préalablement approuvée par le Ministre de la santé.
- 2.- Un avortement peut être pratiqué dans un des établissements mentionnés au paragraphe 1 si cet établissement tient un registre conforme aux normes du Ministère de la santé ; où sont inscrits tous les avortements qui y sont pratiqués.

L'introduction au *Code criminel* de ces trois articles aurait pour effet de créer un nouveau crime d'avortement. Comme ces dispositions innoveraient sur certains points, il convient de souligner certains de leurs éléments les plus importants.

L'article 1 prévoit d'abord que le crime d'avortement pourrait être un crime de tentative pour l'avorteur, parce que ce dernier est susceptible de le commettre plus souvent que la femme qui se fait avorter. Comme l'avorteur peut dans certains cas pratiquer plusieurs interventions dans un court laps de temps, la loi devrait absolument prévoir pour lui une peine minimale,

contrairement à la femme qui peut ne subir l'intervention qu'une seule fois au cours de sa vie entière.

L'article 2 introduirait une nouvelle notion, celle de la qualité de vie intrinsèque. L'inclusion des trois exceptions à l'article 2.2 aurait été possible sans la présence de cette notion, mais sa présence a l'avantage de démontrer que ce n'est que sur cette base que l'on peut brimer le droit à la vie du fœtus.

Enfin, l'article 3 institue une procédure ne prévoyant que ce qui est rationnellement nécessaire à la réalisation des objectifs de la loi. L'exigence du double assentiment professionnel s'explique par le souci de la justesse de la décision pour que celle-ci reflète le plus possible l'intention du législateur, alors que l'exigence de la tenue d'un registre des avortements a sa raison d'être dans la volonté d'assumer un suivi et un respect acceptable de la loi.

Contrairement à l'ancien article 251 C.cr., la réforme proposée n'est pas le fruit d'un compromis mais plutôt le résultat du principe de départ voulant que le droit à la vie soit accordé à chacun ayant cette vie, et que ce principe ne peut être attaqué que par un autre principe devant rationnellement avoir prépondérance. Pour contester la criminalisation de l'avortement, plusieurs invoquent le fait qu'il soit difficile d'appliquer efficacement une telle loi. L'argument, qui s'appuie sur des statistiques de plusieurs pays, comporte sûrement du vrai, mais il faudrait alors se demander jusqu'à quel point il s'agit là d'un argument discréditant la théorie de la criminalisation de l'avortement. Est-ce que le législateur doit éviter de protéger un droit fondamental de la société sous le prétexte qu'il est concrètement difficile à appliquer ?