

Daigle : un oubli des questions de droit civil et constitutionnel ?

Jean Rhéaume

Volume 21, Number 1, March 1990

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1058324ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1058324ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Rhéaume, J. (1990). *Daigle* : un oubli des questions de droit civil et constitutionnel ? *Revue générale de droit*, 21(1), 151–167.
<https://doi.org/10.7202/1058324ar>

Article abstract

Examining the *Daigle c. Tremblay* case, the author notes that the courts reached different conclusions according to their qualification of abortion as a matter of civil law or, on the contrary, of criminal law. He expresses the opinion that the importance given to the *Morgentaler* case induced the error of considering the new questions raised as pertaining to the realm of criminal law.

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

Daigle : un oubli des questions de droit civil et constitutionnel ? *

JEAN RHÉAUME
Avocat, Ottawa

RÉSUMÉ

Examinant l'affaire Daigle c. Tremblay, l'auteur observe que les cours sont arrivées à des conclusions différentes en fonction de la qualification de l'avortement comme matière de droit civil ou, au contraire, de droit criminel. Il exprime l'opinion que l'importance démesurée accordée à l'affaire Morgentaler a amené l'erreur de considérer les nouvelles questions soulevées comme relevant du droit criminel.

ABSTRACT

Examining the Daigle c. Tremblay case, the author notes that the courts reached different conclusions according to their qualification of abortion as a matter of civil law or, on the contrary, of criminal law. He expresses the opinion that the importance given to the Morgentaler case induced the error of considering the new questions raised as pertaining to the realm of criminal law.

SOMMAIRE

Introduction	152
I. Le jugement de première instance	152
II. Le jugement de la Cour d'appel	155
III. Le jugement de la Cour suprême du Canada	160
IV. Un oubli?	163
Conclusion	167

* Ce texte est une version légèrement modifiée d'un extrait de *Droits et libertés de la personne et de la famille*, un ouvrage de l'auteur à paraître chez Wilson & Lafleur Ltée à l'été 1990.

INTRODUCTION

Dans l'affaire *Morgentaler, Smoling et Scott c. R.*¹, les tribunaux avaient été contraints d'examiner l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*² à l'avortement dans le contexte du droit criminel. Dans la plus récente affaire *Tremblay c. Daigle*³, ils avaient l'occasion de l'aborder dans le contexte du droit civil. Certains juges ont saisi cette opportunité mais la plupart l'ont laissée filer.

Nous le verrons en résumant successivement les jugements rendus par le juge de première instance, par la Cour d'appel et par la Cour suprême du Canada. Pour terminer, nous commenterons ce qui semble être pour le moins un oubli des questions de droit civil et constitutionnel.

I. LE JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE

Les circonstances entourant l'origine du litige ont été largement commentées dans les journaux mais il convient, compte tenu de leur importance, de les rappeler brièvement. Les parties se sont connues en novembre 1988 et ont commencé, peu de temps après, à vivre ensemble. Jean-Guy Tremblay a proposé le mariage à Chantal Daigle en janvier 1989 et il lui a demandé de cesser l'utilisation des moyens anticonceptionnels. Prévu pour juillet 1989, le mariage n'a pas eu lieu car la situation entre les parties s'est détériorée, à compter de la confirmation de la grossesse à la fin de mars, pour aboutir au départ de Daigle le 3 juillet. Le jour suivant, celle-ci a entrepris des démarches afin de subir un avortement : elle a été référée à un hôpital de Sherbrooke et s'y rendait le 8 juillet lorsqu'elle a été avisée de l'injonction provisoire émise le jour précédent à Montréal⁴.

À la demande de Tremblay, le juge Richard de la Cour supérieure a en effet ordonné à Daigle de « s'abstenir sous toute peine que de droit de se soumettre à un avortement ou de recourir volontairement à toutes méthodes qui, directement ou indirectement, conduiraient à la mort du fœtus qu'elle porte en elle »⁵.

1. *Morgentaler, Smoling et Scott c. R.*, [1988] 1 R.C.S. 30.

2. *Loi de 1982 sur le Canada*, R.-U. 1982, c. 11, dont l'Annexe B intitulée *Loi constitutionnelle de 1982* comporte une *Partie I* ainsi désignée. Nous utiliserons l'abréviation usuelle *Charte canadienne*, dont le texte est aussi publié dans L.R.C. (1985), *Appendice II*, n° 44.

3. *Tremblay c. Daigle*, [1989] R.J.Q. 1980 (C.S.), confirmé par *Daigle c. Tremblay*, [1989] R.J.Q. 1735 (C.A.) et infirmé par [1989] 2 R.C.S. 530.

4. Le texte de cette décision, non publié, est résumé dans *Tremblay c. Daigle*, *ibid.*, p. 1981.

5. *Ibid.*

Le 17 juillet, jour auquel prenait fin la première interdiction, le juge Viens de la Cour supérieure a émis une injonction interlocutoire au même effet ⁶. Examinant les faits mis en preuve dans les déclarations sous serment produites au soutien et à l'encontre de la demande, il a constaté que ⁷ :

Tout d'abord, il n'est aucunement contesté que le requérant soit le père de l'enfant à naître.

Deuxièmement, la grossesse était désirée ou à tout le moins que l'intimée Chantal Daigle était consentante tant aux relations sexuelles qu'à la grossesse qui pouvait en résulter.

Troisièmement, à l'époque de la relation qui a entraîné la grossesse, les parties envisageaient le mariage et de fonder une famille.

Quatrièmement, la preuve ne révèle en aucune façon que cette grossesse ait des conséquences sur l'état de santé de l'intimée, quelle que soit la définition que nous donnions aux termes « santé ». [...]

Cinquièmement, il n'y a aucun problème en ce qui concerne le fœtus lui-même.

Sixièmement, il s'agit d'une grossesse tout à fait normale.

Septièmement, le seul problème réside dans la rupture des relations entre le père et la mère de l'enfant à naître et ce sont ces circonstances qui, selon l'*affidavit* de l'intimée, motivent son désir de mettre un terme à sa grossesse.

Puis le juge Viens a retenu des plaidoiries sept questions de droit soulevées par ces faits et portant respectivement sur le droit du requérant d'empêcher l'intimée d'avorter, les droits de l'enfant à naître, l'intérêt suffisant requis au sens de l'article 55 C.p.c. pour présenter une telle requête, l'apparence de droit du requérant, le respect des critères de l'article 752 C.p.c., la personne favorisée par la balance des inconvénients et, enfin, les droits fondamentaux de l'intimée en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de la *Charte des droits et libertés de la personne* ⁸ du Québec.

Analysant d'abord l'impact de la décision rendue l'année précédente par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Morgentaler*, le juge Viens a refusé d'y voir une affirmation « que la grossesse constitue en soi une atteinte aux droits d'une femme garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* » ⁹. Considérant l'arrêt de la même Cour rendu ultérieurement dans l'affaire *Borowski c. P.G. du Canada* ¹⁰, il a cependant ajouté que « dans les circonstances actuelles, nous sommes

6. *Id.*, p. 1987.

7. *Id.*, pp. 1983-1984.

8. *Id.*, p. 1983. La *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, sera simplement désignée comme la Charte québécoise.

9. *Tremblay c. Daigle*, *supra*, note 3, p. 1983. Voir aussi p. 1987.

10. [1989] 1 R.C.S. 342.

d'avis que l'article 7 de la charte canadienne n'est pas d'une grande utilité au requérant, ni au fœtus, mais, s'il a soulevé cet article de la charte canadienne, ce n'est pas le seul argument du requérant et surtout pas son principal argument »¹¹.

Après avoir scruté le texte de la Charte québécoise¹², et en particulier la distinction entre « être humain » et « personne », le juge Viens a conclu que « le législateur n'a pas parlé pour rien dire, que, s'il a pris soin de faire les distinctions dont on vient de faire état, c'est qu'il avait clairement l'intention de garantir le droit à la vie à tout être humain, et nous ne pouvons concevoir comment on ne pourrait inclure le fœtus humain dans l'expression "tout être humain" ou *every human being* »¹³. Il a ensuite cité quelques dispositions du Code civil¹⁴ pour étayer des exemples de situations où la personnalité juridique et certains droits de l'enfant non encore né sont reconnus et protégés. À cet égard, il a rejeté l'argument voulant que le droit à la vie de l'enfant non encore né soit déterminé en fonction du nombre de semaines de grossesse de la mère¹⁵.

Abordant alors les questions d'ordre procédural, le juge Viens s'est appuyé sur l'article 49 de la Charte québécoise¹⁶ pour affirmer son devoir d'appliquer en l'espèce les dispositions pertinentes de celle-ci¹⁷. Il a de plus conclu que le père de l'enfant à naître, personnellement et aussi pour ce dernier vu l'incapacité de celui-ci d'agir et de veiller à ses propres intérêts, possède l'intérêt suffisant requis par les articles 55¹⁸ et 752 C.p.c.¹⁹.

Enfin, le juge Viens a nié l'existence d'une atteinte aux droits fondamentaux de l'intimée²⁰ tout en précisant que, s'il y avait eu atteinte, « le droit à la vie de l'enfant qu'elle porte l'emporte nettement et sans ambiguïté sur les inconvénients que l'intimée pourrait subir éventuellement »²¹.

11. *Tremblay c. Daigle*, *supra*, note 3, p. 1984.

12. Voir *ibid.*, où le juge a cité le préambule et les articles 1 et 2 en plus d'analyser les articles 3 à 9.1.

13. *Id.*, pp. 1984-1985.

14. Voir *id.*, pp. 1985-1986, où il a cité les articles 338, 345, 608, 771, 838 et 945.

15. *Id.*, p. 1986. Sur cette approche, voir *Morgentaler, Smoling and Scott c. R.*, *supra*, note 1, pp. 127-128, 182-183.

16. *Tremblay c. Daigle*, *ibid.*, où il a cité la partie suivante de cette disposition : « Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnue par la présente charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation [...] ».

17. *Ibid.*

18. *Ibid.*, où le juge a précisé : « Qui oserait contester le droit et d'ailleurs l'obligation d'un être humain de vouloir protéger sa progéniture et un autre être humain ? ».

19. *Ibid.*

20. *Id.*, p. 1987.

21. *Ibid.* Le juge VIENS a ajouté : « si nous en étions arrivé à la conclusion que tant le droit du requérant que celui du fœtus à la vie était douteux, nous estimons qu'entre la

II. LE JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL

Immédiatement porté en appel et entendu, le jugement de première instance a été confirmé neuf jours plus tard par les juges Bernier, Nichols et LeBel de la Cour d'appel, les juges Tourigny et Chouinard étant dissidents ²².

Rappelant que la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Morgentaler* avait été rendue dans le contexte du droit criminel, le juge Bernier a souligné que :

la question dont nous sommes ici saisis porte sur le droit du père de forcer la mère à ne pas faire terminer sa grossesse, question qui se situe à un tout autre niveau, soit celui du droit privé. Pour y répondre, il faut cerner le statut civil de l'enfant conçu mais non encore né, et les conséquences juridiques quant au père résultant de sa participation à la conception. ²³

Concernant ce statut civil, il a d'abord mis l'accent sur la réalité concrète de l'existence de cet enfant : « il n'est pas un objet inanimé ni la propriété de personne, mais une entité humaine vivante, distincte de celle de la mère qui le porte, à qui deux êtres humains ont donné existence, qu'ils ont procréée, qui, de prime abord, a droit à la vie et à la protection de ceux qui l'ont conçue » ²⁴.

Le juge Bernier a ensuite repris à son compte l'avis du juge Viens voulant que « la grossesse n'est pas en soi une atteinte à l'intégrité physique d'une femme, une ingérence à l'égard de son corps, mais une fonction qui fait fondamentalement partie de sa nature » ²⁵. Il a également partagé l'opinion du juge Viens voulant que « les motifs invoqués par l'appelante ne sont pas suffisamment sérieux pour priver l'enfant conçu du droit d'être porté à terme et de naître » ²⁶.

Reprenant aussi l'idée, émise dans l'affaire *Morgentaler*, que l'État a un intérêt à protéger l'enfant conçu mais non encore né, le juge Bernier a précisé que « là où l'intérêt public n'est pas en jeu, c'est sans contredit au père que revient en premier lieu le droit, pour des motifs sérieux et raisonnables, non contraires à l'intérêt de l'enfant à naître, de

mort et la vie nous aurions considéré que la balance des inconvénients jouait sans aucun doute en faveur du requérant et du fœtus, puisqu'il s'agit manifestement d'une question de vie ou de mort et que, à moins d'accorder l'injonction immédiatement, c'est un être humain qui perdra la vie que lui ont donnée librement et sans contrainte l'intimée et le requérant et que l'intimée veut maintenant lui retirer, bien que ce droit soit garanti au fœtus par l'article 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec ».

22. *Daigle c. Tremblay*, *supra*, note 3.

23. *Id.*, p. 1739.

24. *Ibid.*

25. *Ibid.* La mention du concept d'« ingérence » réfère à l'utilisation qui en fut faite par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Morgentaler, Smoling et Scott c. R.*, *supra*, note 1, pp. 56-57, 105.

26. *Daigle c. Tremblay*, *ibid.* Voir aussi p. 1754, par le juge LEBEL.

s'opposer à l'avortement. *Cet intérêt juridique se fonde sur le fait même de la conception* dont le père et la mère ont également été la cause »²⁷. À la fin de son jugement, il a de nouveau insisté sur le fait que « permettre l'avortement dans les circonstances malgré l'opposition du père [...] serait dénier tout intérêt juridique au père qui, autant que la mère, et avec elle, fut l'auteur de la conception; ce serait considérer l'enfant conçu mais non encore né comme une non-entité »²⁸.

D'emblée, le juge Nichols a également distingué le présent cas de l'affaire *Morgentaler* en soulignant qu'en l'espèce « la preuve prépondérante est à l'effet que ni la vie ni la santé de la mère ne sont en danger »²⁹. À son avis, ce n'est donc pas le droit à la sécurité de l'appelante qui est en cause ici, mais son droit à la liberté³⁰. Examinant les conséquences de l'arrêt *Morgentaler* sur cet aspect, il a observé que cette décision n'avait pas accordé à la femme un droit illimité, une liberté sans restriction en matière d'avortement³¹. La liberté en ce domaine demeure sujette aux droits de l'enfant non encore né, et en particulier son droit à la vie³².

À cet égard, le juge Nichols a avoué sa difficulté à trouver dans la Charte canadienne ou dans la Charte québécoise la reconnaissance des droits fondamentaux de cet enfant³³. Il a expliqué toutefois que les dispositions du *Code civil du Bas-Canada* permettant de nommer un curateur au ventre et accordant des droits patrimoniaux à l'enfant non encore né indiquent et prennent pour acquis son droit à la vie³⁴. Insistant sur le fait que les droits de l'enfant non encore né « n'existent pas seulement en fonction du droit pénal »³⁵, qu'« ils ont été reconnus par la coutume et implicitement consacrés par nos lois »³⁶, le juge Nichols a alors conclu :

27. *Ibid.* (Les italiques sont de nous). Sur l'intérêt de l'État en cette matière, voir *Morgentaler, Smoling et Scott c. R.*, *supra*, note 1, pp. 124, 181-182.

28. *Daigle c. Tremblay*, *id.*, p. 1740. Par la terminologie employée ici, le juge Bernier confirme explicitement le fait que la paternité, la maternité et la filiation commencent à la conception.

29. *Ibid.*

30. *Ibid.*

31. *Id.*, p. 1742.

32. *Ibid.*

33. *Id.*, p. 1740.

34. *Id.*, pp. 1741-1742, où le juge NICHOLS a expliqué ainsi cette présomption : « Il serait paradoxal que le législateur ait voulu protéger les droits patrimoniaux d'un enfant non encore né tout en restant indifférent sur son droit à la vie. Il faut se reporter à l'époque de l'adoption du *Code civil* pour saisir la portée et le sens de ces dispositions. La prémisse s'imposait à l'époque que l'enfant non encore né était investi du droit à la vie. À mon avis, on ne se serait jamais soucié de ses droits économiques si d'abord l'enfant non encore né n'avait pas acquis le droit fondamental à la vie ».

35. *Id.*, p. 1742.

36. *Ibid.*

Sans qu'il soit nécessaire de préciser davantage la limite du droit à la liberté de l'appelante, j'estime qu'au stade où est rendue sa grossesse il ne peut être question d'y mettre fin librement, compte tenu du fait qu'il s'agisse d'une grossesse désirée, que la vie et la santé de la mère ne sont pas en danger et que tout porte à croire que l'enfant est normal.³⁷

Pour sa part, le juge LeBel a d'abord rappelé la portée limitée de l'arrêt *Morgentaler* : « la Cour suprême n'a cependant jamais décidé dans cette affaire que le droit à l'interruption de grossesse était garanti de façon absolue en toute circonstance et sans limite par l'application de la charte »³⁸. Ajoutant que la Cour suprême ne s'était pas prononcée sur les droits de l'enfant non encore né, ni dans cet arrêt ni dans celui de *Borowski c. P.G. du Canada*³⁹, il a alors entrepris d'examiner la Charte québécoise et le Code civil pour déterminer si la législation québécoise reconnaissait des droits à l'enfant non encore né.

Après avoir cité le préambule et les articles 1 à 6 de la Charte québécoise⁴⁰, le juge LeBel a mentionné l'argument de l'appelante voulant que « le fœtus ne serait un être et ne deviendrait humain que dans la mesure où il serait parvenu jusqu'à une naissance vivante »⁴¹. Il a toutefois rejeté cet argument au motif que l'enfant non encore né, ayant atteint en l'espèce la vingtième semaine de son développement, « se rattache à l'espèce humaine. Il est humain au sens de ce qualificatif, même s'il n'est pas encore parvenu à la vie extérieure hors du corps de la mère. S'il reste un être rattaché à la femme enceinte, il se situe cependant dans un rapport d'altérité juridique par rapport à celle-ci »⁴². Il a trouvé confirmation de cette interprétation dans les dispositions du Code civil reconnaissant des droits patrimoniaux et « une vie juridique partielle »⁴³

37. *Ibid.* En référant à la « mère » et à « l'enfant », le juge Nichols confirme implicitement le fait que la maternité et la filiation commencent à la conception. À cet égard, voir aussi la citation correspondant à la note 28.

38. *Id.*, p. 1749. À cette même page, le juge LeBel a cité un long extrait de L. VIAU, « Chroniques sectorielles. L'arrêt *Morgentaler* : une nouvelle page dans l'histoire du droit des femmes », (1988) 22 *R.J.T.* 259-264, aux pp. 261-262, et notamment le passage où cette auteure affirme : « Cependant ceux qui ont affirmé que la Cour suprême du Canada reconnaissait désormais le droit à l'avortement sur demande vont beaucoup trop loin et frisent la malhonnêteté intellectuelle ». Vraie à propos de la décision *Morgentaler*, cette remarque doit être examinée à nouveau depuis l'affaire *Daigle* : même si la Cour suprême du Canada n'y a pas reconnu comme tel le droit à l'avortement sur demande, ses motifs dans cette dernière décision indiquent clairement une attitude favorable à cette reconnaissance et équivalent à toutes fins utiles à ce résultat.

39. *Supra*, note 10.

40. Voir *Daigle c. Tremblay*, *supra*, note 3, p. 1750.

41. *Id.*, p. 1751.

42. *Ibid.* À l'appui, le juge LeBel a invoqué les décisions de la Cour suprême du Canada dans *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456 et *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480.

43. *Daigle c. Tremblay*, *ibid.*, où il a mentionné les articles 338, 608, 771, 838 et 945.

à l'enfant non encore né. Il a alors conclu que vis-à-vis l'enfant conçu mais non encore né, considéré comme déjà né à chaque fois que son intérêt l'exige, « l'on se retrouve devant une personnalité juridique reconnue et aménagée »⁴⁴.

Le juge LeBel a pris soin de mentionner le fait que le droit civil semble plus favorable que le droit pénal à la reconnaissance de la personnalité juridique de l'enfant à naître⁴⁵. Il a observé par ailleurs « une évolution analogue en droit civil et en common law dans le droit de la responsabilité civile, à l'égard du préjudice causé à l'enfant non encore né »⁴⁶. Une fois ces précisions apportées, il a brièvement commenté l'application de la Charte canadienne en l'espèce. À cet égard, il a abordé cette question de la façon suivante :

La reconnaissance de cette forme de personnalité juridique [de l'enfant non encore né par le Code civil] implique toutefois une possibilité de conflit avec les droits de la femme à sa sécurité et à sa liberté tant en vertu de l'article 7 de la charte canadienne que de la charte québécoise.

S'impose alors une mise en équilibre et une comparaison des intérêts de chacun. Même dans le cadre de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'arrêt *Morgentaler* paraît avoir réservé cette possibilité.⁴⁷

Comparant ces intérêts respectifs de l'appelante et de son enfant non encore né, le juge LeBel a estimé que ce dernier était nettement favorisé : « l'on met en balance la fin immédiate de l'existence et d'autre part des inconvénients et des restrictions importantes de la vie de l'appelante. À cette étape du développement de l'enfant, la balance des inconvénients paraît clairement favoriser le fœtus et justifier la demande d'injonction »⁴⁸. Il a admis le caractère draconien de l'injonction demandée par l'intimé, mais aussi sa nécessité compte tenu de « l'importance des intérêts en cause et l'impossibilité de préserver d'une autre manière les intérêts juridiques du fœtus conçu par les deux parties »⁴⁹. Sur ce dernier aspect, il a encore ajouté que l'intimé avait, en tant que « père éventuel et reconnu de l'enfant », l'intérêt juridique requis pour agir en justice afin de veiller « à l'établissement et à la préservation du rapport de filiation qui découlait de cette paternité potentielle »⁵⁰.

44. *Ibid.*

45. *Id.*, pp. 1751-1752, où il cite un long passage d'A. MAYRAND, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1975, pp. 73-75.

46. *Id.*, p. 1753.

47. *Id.*, p. 1754.

48. *Ibid.* En référant au développement de « l'enfant », le juge LeBel se trouve à confirmer le fait que la filiation commence à la conception.

49. *Ibid.*

50. *Ibid.* Curieusement, la terminologie employée ici par le juge LeBel laisse croire que, pour lui, la paternité est potentielle avant la naissance et actuelle à compter de la naissance.

Dissidente, le juge Tourigny a également examiné la portée de l'arrêt *Morgentaler* en l'espèce. Elle a mentionné à cet égard que cette décision, rendue dans le contexte du droit criminel, indiquait néanmoins que « si le droit à la sécurité des femmes enceintes est violé par une *procédure* qui aurait pour effet de rendre l'accès aux services d'avortement si difficile que cela constituerait une atteinte au droit à la sécurité, ce serait à plus forte raison une violation »⁵¹ de ce droit si une femme en était complètement empêchée par une injonction.

Le juge Tourigny a ensuite exprimé son désaccord avec l'interprétation de la Charte québécoise et du Code civil retenue par le juge de première instance⁵². D'une part, elle a affirmé que « le fœtus n'est pas une *personne* et ne peut bénéficier des droits accordés aux personnes par les chartes »⁵³. D'autre part, elle a considéré les articles du Code civil déjà mentionnés comme des « mesures conservatoires qui, en attendant la naissance, protégeront les intérêts de celui qui naît vivant et viable »⁵⁴. Elle a par conséquent conclu que les dispositions de ces lois ne peuvent « avoir pour effet de porter atteinte aux droits garantis aux femmes enceintes par la Constitution canadienne, encore moins d'en nier l'existence »⁵⁵ en l'absence de texte clair et précis visant à limiter ces droits.

Dissent aussi, le juge Chouinard a partagé les motifs exprimés par le juge Tourigny⁵⁶ tout en ajoutant quelques observations. Ainsi, le litige concerne à son avis le conflit entre le respect de la vie de l'enfant à naître et le droit à l'intégrité corporelle de la mère⁵⁷. Comme le juge Tourigny, il a estimé à cet égard que « la priorité du droit fondamental de l'appelante de décider en toute liberté de sa santé et de sa sécurité doit primer sur les droits sans doute importants mais non encore déterminés du fœtus »⁵⁸. Il a néanmoins précisé que « l'importance du droit à la vie du fœtus, du moins à compter d'un certain stade de développement, pourrait être reconnue par le législateur et même prévaloir sur le droit de la mère de disposer d'elle-même au cas d'absence de motifs suffisamment sérieux à être déterminés »⁵⁹. Toutefois, compte tenu de l'état actuel du droit, il a conclu qu'une telle limite n'existait pas⁶⁰.

51. *Id.*, p. 1756 (L'italique est du juge.).

52. *Id.*, pp. 1756-1757.

53. *Id.*, p. 1757 (L'italique est du juge.). Le juge Tourigny contredit ainsi l'article 338 C.c.B.-C. qui déclare le statut de personne de l'enfant conçu mais non encore né.

54. *Ibid.*

55. *Id.*, p. 1758, où le juge Tourigny n'exclut cependant pas la possibilité pour le législateur d'apporter de telles limites.

56. *Id.*, p. 1743.

57. *Ibid.*

58. *Id.*, p. 1744. Il convient de noter que le juge Chouinard, par cette affirmation, considère que la vie et le droit à la vie et à la sécurité du « fœtus » existent à compter de la naissance et non de la conception.

59. *Ibid.*

60. *Id.*, p. 1745.

Le juge Chouinard a également refusé de voir dans les dispositions du Code civil et de la Charte québécoise un fondement au recours du père :

Ni une certaine interprétation de la charte québécoise des droits et libertés ni non plus la reconnaissance de certains droits surtout patrimoniaux à l'enfant à naître (conditionnellement à la naissance et à la viabilité de celui-ci) ne m'apparaissent former une base réelle au droit de l'intimé dans la présente cause de sorte qu'il puisse l'opposer au droit fondamental de l'appelante prévu à l'article 7 de la charte des droits et libertés tel qu'interprété dans l'arrêt *Morgentaler*.⁶¹

Il a par conséquent décidé que l'intimé, à titre de père naturel, n'avait pas au sens de l'article 752 C.p.c. l'intérêt requis pour obtenir une injonction interlocutoire⁶², d'autant plus qu'il s'agit d'une « matière aussi personnelle que l'interruption ou la continuation d'une grossesse qui implique des droits aussi fondamentaux quant à la mère et quant à la protection de la vie »⁶³.

III. LE JUGEMENT DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

Immédiatement après cette décision majoritaire confirmant le jugement de première instance accordant l'injonction, Daigle a obtenu la permission de présenter un pourvoi devant la Cour suprême du Canada⁶⁴. Le 8 août 1989, le pourvoi a été entendu mais, après la plaidoirie des procureurs des parties et avant celle des intervenants⁶⁵, a surgi la question de savoir si la Cour devait se prononcer compte tenu d'un fait nouveau et imprévu : quelques jours auparavant, Daigle s'était rendue aux États-Unis pour obtenir un avortement, malgré l'ordre des tribunaux québécois et sans attendre le résultat final du litige.

L'objet du litige — l'interdiction faite à Daigle d'avorter — n'ayant plus sa raison d'être puisque l'avortement avait eu lieu, la Cour aurait pu considérer qu'il s'agissait d'un débat académique et, comme dans l'affaire *Borowski c. P.G. du Canada*⁶⁶ quelques mois plus tôt,

61. *Ibid.* Voir aussi p. 1744.

62. *Id.*, p. 1746.

63. *Ibid.*

64. Le mardi 1^{er} août 1989, cinq juges ont accepté d'entendre le pourvoi dès le mardi suivant.

65. Voir G. PAQUIN, « La Cour suprême casse l'injonction même si Chantal Daigle s'est déjà fait avorter », in *La Presse*, 9 août 1989, p. 1. Au moment précis où la cour a appris que l'avortement avait eu lieu, le procureur du père aurait pu renoncer à exécuter le jugement rendu par la Cour d'appel, dont l'exécution était de toute façon devenue impossible. Par cette renonciation, il aurait enlevé à la Cour suprême la possibilité d'infirmar cette décision.

66. *Supra*, note 10.

refuser de se prononcer. Au contraire, elle a décidé d'entendre les intervenants puis, après un bref délibéré, elle a ce même jour-là accueilli à l'unanimité le pourvoi⁶⁷. Trois mois plus tard, soit le 16 novembre 1989, elle a publié les motifs de cette décision sous la forme anonyme et impersonnelle « par la Cour »⁶⁸.

Les motifs qui sous-tendent l'accueil du pourvoi se rattachent à un seul des trois arguments principaux soulevés devant la cour, à savoir le premier concernant l'existence de droits substantifs pouvant servir de fondement à l'injonction demandée⁶⁹. Ils sont directement liés aux trois aspects de l'argumentation de l'intimé Tremblay sur cette question, à savoir la reconnaissance du droit à la vie du fœtus dans la Charte québécoise et le Code civil, la reconnaissance de ce droit dans la Charte canadienne et le droit de « l'intimé, en tant que père en puissance » à l'égard des « décisions concernant sa progéniture éventuelle »⁷⁰.

Sur le premier point, la Cour suprême a d'une part exprimé l'avis que « 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 »⁷¹. Elle a tiré cette conclusion en raison de l'absence, dans cette Charte, de définition des termes « être humain » et « personne »⁷². Cette conclusion et sa justification doivent pour le moins surprendre car la cour a affirmé, un peu plus tôt, qu'« une analyse linguistique ne peut trancher la question difficile et controversée de savoir s'il était de l'intention de l'Assemblée nationale du Québec que le fœtus soit visé par l'art. 1 »⁷³.

D'autre part, la cour a également conclu que le Code civil « ne reconnaît généralement pas au fœtus la personnalité juridique »⁷⁴. Pour arriver à cette conclusion, elle a d'abord écarté de nouveau l'argument « linguistique » en ce qui concerne l'article 18 énonçant que « tout être humain possède la personnalité juridique »⁷⁵. Elle a ensuite considéré les articles 338 et 345 comme établissant « simplement un mécanisme qui permet de protéger les droits énoncés ailleurs dans le Code : ils ne confèrent au fœtus aucun droit additionnel »⁷⁶. En dernier lieu, elle a

67. *Daigle c. Tremblay*, *supra*, note 3.

68. *Ibid.*

69. *Id.*, p. 548. Aux pages 549-550, la cour mentionne comme autres arguments généraux celui que l'injonction n'est pas le recours approprié pour protéger les droits du « fœtus » et du « père en puissance » et celui fondé sur le fédéralisme.

70. *Id.*, p. 551. Il convient de noter que la cour, en utilisant cette terminologie, considère que la paternité et la filiation commencent à la naissance et non à la conception.

71. *Id.*, p. 555.

72. *Ibid.*

73. *Id.*, pp. 553-554.

74. *Id.*, p. 564. Voir aussi p. 563.

75. *Id.*, p. 556.

76. *Id.*, p. 557.

estimé que les articles 608, 771, 838, 945 et 2543⁷⁷ du Code civil ne soutiennent pas davantage la thèse de la personnalité juridique du fœtus puisque celui-ci doit naître vivant et viable pour en bénéficier⁷⁸. Elle a par ailleurs ajouté que le célèbre arrêt *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*⁷⁹, dans lequel la Cour suprême du Canada avait affirmé le droit de poursuivre en vertu de l'article 1053 C.c.B.-C. l'auteur d'une blessure prénatale, ne reconnaît pas davantage la personnalité juridique du fœtus⁸⁰. De plus, « pour éviter la répétition, dans les provinces de *common law*, de l'expérience subie par l'appelante »⁸¹, elle a pris soin d'affirmer que la personnalité juridique du fœtus n'est pas davantage reconnue en *common law*⁸².

Sur le deuxième point, la cour n'a pas jugé « nécessaire dans le cadre de ce pourvoi » de déterminer si le terme « chacun » à l'article 7 de la Charte canadienne pouvait viser le fœtus⁸³. Elle a cependant laissé entendre que, même si ce terme devait effectivement concerner ce dernier, l'article 7 ne pourrait pas être invoqué dans un litige pareil :

Il s'agit d'une action civile entre deux particuliers. Pour que la Charte canadienne puisse être invoquée, l'État doit avoir pris une mesure quelconque qu'on attaque [...]. L'argument selon lequel la Charte suffit par elle-même pour fonder l'injonction en cause ne constitue pas une attaque dirigée contre un acte de l'État. L'intimé n'a cité aucune « loi » dont il peut affirmer qu'elle porte atteinte à ses droits ou à ceux d'autrui. On n'a pas soulevé la question de savoir si l'art. 7 pourrait servir de fondement à une demande de protection par l'État. Ni l'intimé ni les intervenants qui ont invoqué la Charte canadienne comme base possible de l'injonction n'ont contesté le bien-fondé de l'arrêt

77. Il convient de noter que cet article 2543 n'avait pas été mentionné par les juges de la Cour supérieure et de la Cour d'appel.

78. *Daigle c. Tremblay*, *supra*, note 3, p. 560.

79. *Supra*, note 42.

80. *Daigle c. Tremblay*, *supra*, note 3, pp. 561-562.

81. *Id.*, p. 565. Voir aussi p. 550. Un tel souci s'explique en partie par le fait qu'au moins un autre cas, l'affaire *Dodd*, était survenu en Ontario et avait également été largement commenté dans les journaux : voir notamment D. LESSARD, « Barbara Dodd lance un appel à Chantal Daigle », in *La Presse*, 27 juillet 1989, p. A-2. Néanmoins, il convient de s'interroger sur le genre d'« expérience » auquel la cour réfère : s'il s'agit de la publicité donnée à son cas, l'appelante n'est certainement pas une « victime » puisqu'elle a elle-même voulu accorder des entrevues et participer à une émission télévisée spéciale, même après avoir subi l'avortement. S'il s'agit de la nécessité d'avoir comparu devant les tribunaux avant de poser son geste, il faut reconsidérer l'importance de la primauté du droit dans notre société, y compris son aspect consistant dans le rôle des tribunaux et le devoir des citoyens de respecter les décisions de ceux-ci aussi longtemps qu'elles ont force de loi.

82. *Id.*, pp. 569-570.

83. *Id.*, p. 571. Une telle conclusion surprend puisque, dans le cadre précis de ce pourvoi, le deuxième aspect du premier argument de l'intimé concernait précisément la reconnaissance du droit à la vie du « fœtus » dans la Charte canadienne : voir *supra*, la note 70 et le texte correspondant.

Dolphin Delivery ni offert de raison de distinguer cet arrêt de l'espèce. En conséquence, cet arrêt permet de répondre entièrement à l'argument fondé sur la Charte.⁸⁴

Compte tenu du rappel effectué au paragraphe suivant des motifs, à l'effet que « la jurisprudence de notre Cour indique qu'il convient d'éviter en matière constitutionnelle toute déclaration inutile »⁸⁵, il faut en déduire que cet obiter sur l'application de la Charte canadienne est « utile » même s'il n'était pas « nécessaire ». Il convient toutefois de s'interroger sur la façon dont il sera suivi car la jurisprudence en matière familiale postérieure à l'arrêt *Dolphin Delivery Ltd.*⁸⁶ ne s'est pas préoccupée de la restriction « imposée » par celui-ci⁸⁷.

Sur le troisième point, enfin, la cour a jugé « dénué de tout fondement jurisprudentiel » l'argument voulant que « le père en puissance, en raison de sa participation à la conception, possède un droit égal de décider du sort du fœtus »⁸⁸. Ne trouvant de plus aucune disposition dans la législation québécoise à l'appui de cet argument, elle a dès lors rejeté ce dernier⁸⁹. Du même coup, elle éliminait le dernier aspect du premier argument invoqué par le père au soutien de l'injonction et accueillait le pourvoi de l'appelante.

IV. UN OUBLI?

La décision de la Cour suprême du Canada rendue dans cette affaire *Daigle* pourrait être analysée sous de nombreux aspects. Mentionnons par exemple le fait d'utiliser la terminologie et les règles du droit criminel pour résoudre une question de droit civil, le rejet des

84. *Ibid.* Dans la mesure où l'appelante invoque sa liberté ou sa sécurité pour obtenir l'avortement, l'article 7 de la Charte canadienne constituerait précisément la disposition de la « loi » que la cour reproche à l'intimé de ne pas avoir citée. Toute autre disposition qu'elle aurait par hypothèse invoquée aurait également répondu à cette exigence de la cour. En fait, la véritable question demeure : sur quelle disposition la mère pouvait-elle s'appuyer pour obtenir l'avortement d'un enfant conçu librement et volontairement?

85. *Ibid.*

86. *Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.

87. Voir, par exemple, toute la jurisprudence postérieure à cet arrêt étudiée dans la Partie III de notre ouvrage *Droits et libertés de la personne et de la famille*, à paraître.

88. *Daigle c. Tremblay*, *supra*, note 3, p. 572. À la page 552 cependant, la cour avait affirmé : « il convient de faire observer que si les droits du fœtus invoqués par l'intimé devaient être reconnus, il semble qu'il aurait qualité pour faire valoir ces droits. En tant que père en puissance, M. Tremblay aurait autant et plus que quiconque, à l'exception de l'appelante, un intérêt à l'égard du fœtus et un droit de parler en son nom ».

89. *Ibid.*

arguments linguistiques et scientifiques pour aider à résoudre un problème de droit, l'obiter sur la portée de l'arrêt *Dolphin Delivery Ltd.*, la publication des motifs sous une forme — « par la Cour » — ordinairement réservée aux questions d'ordre politique et la préoccupation de la cour d'éviter la répétition de ce genre de situations.

Serait aussi susceptible de commentaires le « silence » de la Cour suprême sur les faits suivants : les droits du *foetus* parvenu à un stade de développement avancé lorsque sa mère veut, comme ici, avorter ; il s'agissait d'une grossesse désirée ; la vie et la sécurité de la mère n'étaient pas en danger ; l'identité du père était connue et non contestée et tout portait à croire que l'enfant était normal. En Cour d'appel, chacun des juges du camp majoritaire a tenu compte de ces faits. Par ailleurs le juge La Forest avait dans l'affaire *Morgentaler* souscrit aux motifs de dissidence exprimés par le juge McIntyre. Compte tenu de ces motifs, les raisons du ralliement inconditionnel du juge La Forest à l'opinion de ses collègues dans la présente décision mériteraient aussi d'être étudiées.

Toutefois, nous limiterons ici nos propos à la façon dont la Cour suprême a traité les deux questions de droit civil et constitutionnel suivantes soulevées par le pourvoi. D'une part, l'enfant conçu mais non encore né est-il *en droit civil* québécois une « personne » ? D'autre part, est-il visé par l'expression « chacun » à l'article 7 de la Charte canadienne ? Dans le cas d'une réponse affirmative à l'une de ces deux questions, se soulevait la question subsidiaire consistant à savoir si le père de l'enfant conçu mais non encore né peut invoquer en faveur de ce dernier l'article 7 de la Charte canadienne garantissant à « chacun » le droit à la vie et à la sécurité de sa personne. Il semble cependant que la Cour suprême, en accordant trop d'importance à l'affaire *Morgentaler*, ait « oublié » le contexte particulier de ces questions ou du moins ait décidé de les résoudre suivant des prémisses inappropriées.

Cité par la cour, l'article 338 C.c.B.-C. énonce que « *les personnes auxquelles on donne des curateurs sont [...] les enfants conçus mais qui ne sont pas encore nés* »⁹⁰. En se tenant strictement au texte de cette disposition, il apparaît clairement que le législateur québécois qualifie l'enfant conçu mais non encore né de « personne ». Compte tenu de la nature de cet enfant et donc sans faire d'« acrobatie linguistique », il s'avère également facile de conclure qu'il s'agit dès lors d'un être humain et non d'une personne morale comme une société par actions. Selon

90. Les italiques sont de nous. Voir aussi l'article 17 C.c.B.-C. dont le paragraphe 11 se lit comme suit : « le mot "personne" comprend les corps politiques et constitués en corporation, et s'étend aux héritiers et représentants légaux, à moins que la loi ou les circonstances particulières du cas s'y opposent ». Les enfants conçus mais non encore nés, pouvant être héritiers, sont donc inclus dans le sens du terme « personne » suivant cette disposition générale.

l'article 1 de la Charte québécoise et l'article 7 de la Charte canadienne⁹¹, cet enfant conçu mais non encore né bénéficie par conséquent du droit à la vie et à la sécurité de sa *personne*.

Curieusement, et comme nous l'avons déjà brièvement souligné, la Cour suprême n'a vu dans les articles 338 et 345 qu'« un mécanisme qui permet de protéger les droits énoncés ailleurs dans le Code : ils ne confèrent au *fœtus* aucun droit additionnel »⁹². Avec déférence, cette dernière opinion est erronée car les articles 338 et 345 confèrent précisément aux personnes visées par ces dispositions, notamment l'enfant conçu mais non encore né, le droit à la nomination d'un curateur. Or, la loi n'étend pas ce droit à tous les citoyens mais le restreint à certaines personnes ayant particulièrement besoin d'aide et de protection : il ne s'agit pas d'un droit « ordinaire », commun à tous, mais d'un droit « spécial », « additionnel » pour le bénéfice de quelques individus.

Par ailleurs, la référence dans ce passage — et tout au long du jugement — au « *fœtus* » plutôt qu'à l'« enfant conçu mais non encore né » acquiert dans les circonstances une importance singulière sous deux aspects. D'une part, du point de vue médical et biologique, le « *fœtus* » désigne un « enfant conçu mais non encore né » ayant déjà franchi le stade embryonnaire pour atteindre un stade avancé de son développement pré-natal. Dans une perspective scientifique, la terminologie choisie ici par la Cour suprême réfère ainsi à une réalité plus limitée que celle ordinairement admise par le sens usuel des mots « enfant conçu mais non encore né ».

Pressentant peut-être cette difficulté, la cour a écarté les considérations d'ordre linguistique et scientifique : à propos de l'expression « être humain » explicitement et relativement au terme « *fœtus* » de manière implicite quoique directe. Elle a en effet déclaré : « un argument purement linguistique présente la même faille qu'un argument purement scientifique : il tente de trancher un débat juridique par des moyens non juridiques, en l'occurrence par le recours à la prétendue définition au « dictionnaire » de l'expression « être humain »⁹³. Or, si cette affirmation était vraie et fondée, ce qu'il reste à démontrer, elle n'explique pas et ne justifie pas l'emploi par la cour du terme « *fœtus* » lorsque le législateur québécois a voulu qu'elle utilise l'expression « enfant conçu mais non encore né ». Elle n'explique pas non plus le fait que la cour ait refusé de reconnaître au « *fœtus* », de toute façon compris dans l'expression « enfant *conçu mais non encore né* », le statut de « personne » reconnu à un tel enfant par

91. Rappelons que l'article 1 de la Charte québécoise, *supra*, note 8, se lit comme suit : « tout être humain a droit à la vie ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne ».

92. *Daigle c. Tremblay*, *supra*, note 3, p. 557 (L'italique est de nous.).

93. *Id.*, pp. 553-554.

l'article 338 C.c.B.C.⁹⁴, disposition citée par la cour et qui, étant un texte de loi, vise à régler ce genre de débat juridique.

D'autre part, le terme « fœtus » est davantage utilisé en droit criminel, dans le contexte de l'avortement, alors que l'expression « enfant conçu mais non encore né » est couramment employée en droit civil. Dans une perspective juridique, la terminologie choisie ici par la Cour suprême s'éloigne ainsi de celle indiquée en la matière par le législateur québécois. Elle suggère que la Cour suprême a abordé le dossier comme s'il s'agissait d'une question de droit criminel⁹⁵, contrairement à trois juges de la Cour d'appel et à celui de la Cour supérieure qui l'avaient traité comme un problème de droit civil⁹⁶. Or, si l'élimination d'un enfant conçu mais non encore né est à l'égard de la mère un domaine relevant du droit criminel en tant qu'avortement, sa protection et son maintien par la mère et le père relèvent pour eux et pour leur enfant du droit civil et du droit constitutionnel en ce qu'ils concernent, d'une part la paternité et la maternité des parents ainsi que leur droit à l'égalité, et d'autre part la filiation ainsi que le droit à la vie et à la sécurité de l'enfant⁹⁷.

94. Cette disposition, en établissant le statut de « personne » dès la conception de l'enfant et jusqu'à sa naissance, reconnaît du même coup ce statut au « fœtus » à moins qu'il soit prétendu, et cela semblerait pour le moins absurde, que le « fœtus » n'est pas « un enfant conçu mais non encore né ».

Le lecteur observera que seul le juge McIntyre, dans *Morgentaler, Smoling et Scott c. R.*, *supra*, note 1, pp. 134-135, a utilisé l'expression « enfant qui n'est pas encore né » (*unborn child*). Il était d'ailleurs le seul, *id.*, p. 148, à qualifier une fois la femme enceinte comme mère. Pourtant, dans la première affaire *Morgentaler c. R.*, [1976] 1 R.C.S. 616, p. 627, le juge Laskin avait également parlé de la « mère »; de même, le juge Dickson avait souvent référé à la « mère » et à son « enfant » dans l'affaire *R. c. Prince*, *supra*, note 42.

95. Voir en ce sens l'intervention que rapporte G. PAQUIN, *loc. cit.*, note 65, p. 2 : « "La question est de savoir si *en droit criminel* le fœtus est un être humain et si oui, c'est à compter de la conception ou de la 20^e semaine", a lancé le juge Lamer » (L'italique est de nous.).

96. Voir *Daigle c. Tremblay*, *supra*, note 3, p. 1739, par le juge BERNIER, p. 1742, par le juge NICHOLS, p. 1748, par le juge LEBEL; *Tremblay c. Daigle*, *supra*, note 3, p. 1984, où le juge VIENS a précisé : « le présent litige concerne une matière de droit civil relevant de la compétence de la législature du Québec. Il ne s'agit pas d'une question de droit criminel, soit l'avortement en tant que crime, qui, lui, est de la compétence du parlement fédéral ».

97. Par application du principe de l'égalité entre homme et femme, la reconnaissance du « droit » de la mère de priver un homme de sa paternité par l'exercice de son droit à la liberté et à la sécurité devrait entraîner celle du « droit » du père de priver une femme de sa maternité de la même manière, de sorte qu'un père pourrait demander que la mère de son enfant avorte. L'absurdité d'une telle situation laisse le juriste devant l'alternative suivante : ou bien le principe de l'égalité ne s'applique pas entre homme et femme, ou bien une femme n'a pas le « droit » de priver un homme de sa paternité et le principe s'applique.

CONCLUSION

L'affaire *Daigle c. Tremblay* illustre à merveille la façon dont les juges peuvent déterminer l'issue d'un litige par leur qualification ou leur formulation du problème posé. En l'espèce, quinze juges confrontés aux mêmes faits ont qualifié différemment les questions de droit soulevées par la demande du requérant.

Quatre ont considéré le statut du requérant comme père, celui de l'intimée comme mère et celui de leur enfant comme « conçu mais non encore né » pour aborder l'avortement comme une matière de droit civil. L'affaire *Morgentaler* n'ayant pas aboli les règles de droit civil, ils ont estimé que celles-ci protégeaient l'enfant conçu et non encore né à l'encontre de l'avortement. Au contraire, onze juges ont approché le dossier du seul point de vue de la mère pour traiter l'avortement comme une matière de droit criminel : appliquant la décision *Morgentaler* qui a déclaré inconstitutionnel un article limitant l'accès à l'avortement, ils ont conclu à l'absence de règles empêchant la mère de mettre un terme à la vie de son enfant non encore né.

Se servir de l'affaire *Morgentaler* pour inclure toute question relative à l'avortement dans le champ du droit criminel revient à dire que tout litige concernant un préjudice corporel causé à autrui doit être résolu suivant le droit criminel, du fait qu'il est visé par ce dernier. Cela équivaut à soutenir que, dans le cas où un comportement revêt des conséquences à la fois civiles et pénales, il faut écarter la responsabilité civile pour n'appliquer que la responsabilité pénale. Souhaitons qu'il ne s'agisse pas là de la leçon à retenir de l'affaire *Daigle* !