

En matière d'accès à l'avortement, les États-Unis rencontrent-ils leurs obligations internationales en vertu du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*?

Félix Pominville Archambault

Volume 32, Number 1, 2019

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1070487ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1070487ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Pominville Archambault, F. (2019). En matière d'accès à l'avortement, les États-Unis rencontrent-ils leurs obligations internationales en vertu du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*? *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 32(1), 203–238. <https://doi.org/10.7202/1070487ar>

Article abstract

In the United States, abortion is still a highly polarizing issue. Since 2010, there has been a significant increase in the number of legal restrictions on abortion in several states despite the fact that access to abortion has been recognized by the Supreme Court as a constitutional right in 1973 in the decision *Roe v. Wade*. However, this article goes beyond the United States' domestic law. Rather, it addresses access to abortion in the United States from a different angle, under-studied, which is public international law. Precisely, the article will demonstrate why, in terms of access to abortion, the United States do not respect their obligations under the *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)* which they ratified in 1992. In order to determine the obligations of the States that have ratified the *ICCPR*, the protections related to access to abortion that the *Covenant* provides will then be illustrated through an analysis of the "jurisprudence" of the Human Rights Committee. Access to abortion in the United States will then be examined. To this end, the evolution and current state of the Supreme Court of the United States' jurisprudence on access to abortion will be analyzed. The reality on the ground will also be analyzed to capture the real effects of legal restrictions limiting access. The current political situation regarding the Supreme Court's composition will be exposed in order to highlight the political nuances beyond the legal aspect regarding abortion in the United States.

EN MATIÈRE D'ACCÈS À L'AVORTEMENT, LES ÉTATS-UNIS RENCONTRENT-ILS LEURS OBLIGATIONS INTERNATIONALES EN VERTU DU *PACTE INTERNATIONAL RELATIF AUX DROITS CIVILS ET POLITIQUES*?

*Félix Pominville Archambault**

Aux États-Unis, l'accès à l'avortement demeure un enjeu politique hautement controversé. Depuis 2010, on assiste à une hausse significative du nombre de restrictions en limitant l'accès, et ce, dans plusieurs États, malgré le fait que la Cour suprême américaine définisse cet accès à l'avortement comme un droit constitutionnel depuis le jugement *Roe v. Wade* rendu en 1973. Le présent article aborde le sujet de l'accès à l'avortement aux États-Unis sous l'angle du droit international public. Précisément, il sera question de démontrer pourquoi, en matière d'accès à l'avortement, les États-Unis ne respectent pas leurs obligations en vertu du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)* qu'ils ont ratifié en 1992. Afin de déterminer les obligations des États ayant ratifié le *PIDCP*, les protections que confère ce dernier en matière d'accès à l'avortement seront ensuite illustrées à travers une analyse de la « jurisprudence » du Comité des droits de l'homme. L'accès à l'avortement aux États-Unis sera ensuite examiné. Pour ce faire, l'évolution et l'état actuel de la jurisprudence de la Cour suprême en la matière seront analysés. La réalité sur le terrain le sera également afin de saisir l'effet réel des restrictions légales limitant l'accès. La situation politico-juridique entourant la composition de la Cour suprême sera exposée afin de mettre en lumière les nuances politiques relatives à l'avortement aux États-Unis.

In the United States, abortion is still a highly polarizing issue. Since 2010, there has been a significant increase in the number of legal restrictions on abortion in several states despite the fact that access to abortion has been recognized by the Supreme Court as a constitutional right in 1973 in the decision *Roe v. Wade*. However, this article goes beyond the United States' domestic law. Rather, it addresses access to abortion in the United States from a different angle, under-studied, which is public international law. Precisely, the article will demonstrate why, in terms of access to abortion, the United States do not respect their obligations under the *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)* which they ratified in 1992. In order to determine the obligations of the States that have ratified the *ICCPR*, the protections related to access to abortion that the *Covenant* provides will then be illustrated through an analysis of the "jurisprudence" of the Human Rights Committee. Access to abortion in the United States will then be examined. To this end, the evolution and current state of the Supreme Court of the United States' jurisprudence on access to abortion will be analyzed. The reality on the ground will also be analyzed to capture the real effects of legal restrictions limiting access. The current political situation regarding the Supreme Court's composition will be exposed in order to highlight the political nuances beyond the legal aspect regarding abortion in the United States.

En los Estados Unidos, el acceso al aborto sigue siendo un tema político altamente controvertido. Desde 2010, ha habido un aumento significativo en el número de restricciones que limitan su acceso, en varios estados, a pesar de que la Corte Suprema de los Estados Unidos haya definido el acceso al aborto como un derecho constitucional en la sentencia *Roe v. Wade* de 1973. Este artículo aborda el tema del acceso al aborto en los Estados Unidos desde la perspectiva del derecho internacional público. Específicamente, será cuestión de demostrar por qué, en lo que respecta al acceso al aborto, Estados Unidos no respeta sus obligaciones bajo el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)* ratificado en 1992. A fin de determinar las obligaciones de los Estados que han ratificado el *PIDCP*, las protecciones que este último

* B.A. en études internationales (2016), LL.B. (2019), Université de Montréal ; Candidat à la LL.M. à l'Université de Montréal et étudiant à l'École du Barreau (2019). Je tiens à remercier Madame Isabelle Duplessis, professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, pour ses précieux conseils tout au long de la rédaction de cet article.

confiere con respecto al acceso al aborto se ilustrarán a través de un análisis de la “jurisprudencia” del Comité de Derechos Humanos. Luego se examinará el acceso al aborto en los Estados Unidos. Para este fin, se analizará el desarrollo y el estado actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema al respecto de este tema. También será analizada la realidad en el campo para comprender el efecto real de las restricciones legales que limitan el acceso. Se expondrá la situación política y legal que rodea la composición de la Corte Suprema para resaltar los matices políticos relacionados con el aborto en los Estados Unidos.

How Trump helped inspire a wave of strict new abortion laws

Vox, 21 novembre 2018¹

Here's why Donald Trump attacked abortion in his State of the Union address

USA Today, 5 février 2019²

At least 20 abortions cases are in the pipeline to the Supreme Court. Any one could gut Roe v. Wade

The Washington Post, 15 février 2019³

Georgia's heartbeat abortion bill is dangerous for women nationwide

The Hill, 13 mars 2019⁴

Judge blocks Kentucky fetal heartbeat law that bans abortion after six weeks

The New York Times, 16 mars 2019⁵

Ces quelques titres de grands journaux et magazines américains tirés entre novembre 2018 et mars 2019 illustrent que l'accès à l'avortement demeure un enjeu d'actualité majeur aux États-Unis, et ce, encore plus depuis l'élection du républicain Donald Trump à la présidence en novembre 2016.

Parallèlement, pour souligner la Journée mondiale de l'avortement du 28 septembre 2018, dans un communiqué, un groupe d'experts des Nations Unies en droits humains déclarent notamment ceci :

¹ Anna North, « How Trump helped inspire a wave of strict new abortion laws » (21 novembre 2018), *Vox*, en ligne : <www.vox.com/2018/3/22/17143454/trump-ohio-heartbeat-bill-abortion-ban-mississippi>.

² Maureen Grope, « Here's why Donald Trump attacked abortion in his State of the Union address » (5 février 2019), *USA Today*, en ligne : <www.usatoday.com/story/news/politics/2019/02/05/abortion-politics-why-trump-raised-during-state-union/2743380002/>.

³ Ariana Eunjung Cha, « At least 20 abortions cases are in the pipeline to the Supreme Court. Any one could gut Roe v. Wade » (15 février 2019), *The Washington Post*, en ligne : <www.washingtonpost.com/health/2019/02/15/least-abortion-cases-are-steps-us-supreme-court-any-one-could-gut-roe-v-wade/?utm_term=.6ec61299bb28>.

⁴ Laura M Gaydos, Elizabeth A Mosley et Subasri Narasimhan, « Georgia's heartbeat abortion bill is dangerous for women nationwide » (16 mars 2019), *The Hill*, en ligne : <thehill.com/opinion/healthcare/434372-georgias-heartbeat-abortion-bill-is-dangerous-for-women-nationwide>.

⁵ Sarah Mervosh, « Judge blocks Kentucky Fetal Heartbeat Law that bans abortion after six weeks » (16 mars 2019), *The New York Times*, en ligne : <www.nytimes.com/2019/03/16/us/kentucky-fetal-heartbeat-abortion-law.html>.

[They] urged governments across the world to decriminalise abortion and enhance their progress towards ensuring the right of every woman or girl to make autonomous decisions about her pregnancy. This is at the very core of her fundamental right to equality, privacy and physical and mental integrity and is a precondition for the enjoyment of other rights and freedoms.

Le groupe d'experts ajoute:

Concerns about unsafe abortion must be addressed through public health, relevant medical malpractice and civil laws. It is therefore crucial that countries demonstrate their commitment to eliminating discrimination against women in their legislation and to advancing women's and adolescents' sexual and reproductive rights, in accordance with international human rights standards," the experts emphasized⁶.

Avant d'aller plus loin, rappelons quelques faits relatifs à l'avortement : selon l'Organisation mondiale de la santé (OMS), l'avortement correspond à l'une des procédures médicales les plus sûres si les directives en la matière sont suivies⁷. Par contre, les complications dues à un avortement non médicalisé demeurent la cause d'au moins un décès maternel sur six⁸. En 2008, une étude de l'OMS basée sur les données et estimations provenant de l'ensemble des États démontre que plus le cadre légal permettant l'avortement est large, moins il y a de décès résultant d'avortements non médicalisés⁹. De plus, un rapport de recherche de 2017 du Guttmacher Institute révèle que la mise en place de restrictions légales n'entraîne pas de baisse significative dans le nombre d'avortements pratiqués. En effet, entre 2010 et 2014, le rapport indique que 34 femmes sur 1000 âgées de 15 à 44 ans ont eu recours à l'avortement dans les États où il est banni ou seulement permis dans les cas où il est nécessaire pour sauver la vie de la femme enceinte. Dans les États où l'avortement est permis sans aucune restriction, entre 2010 et 2014, on note que 37 femmes sur 1000 âgées de 15 à 44 ans y ont eu recours¹⁰. Le même rapport constate en fait que plus il y a de restrictions légales quant à l'accès à l'avortement, plus le nombre d'avortements pratiqués de façon moins sécuritaire augmente¹¹.

Ceci étant dit, les États-Unis respectent-ils les « standards internationaux de

⁶ Haut-Commissariat des droits de l'Homme (HCDH), « International Safe Abortion Day – Friday 28 September 2018 » (28 septembre 2018), *HCDH*, en ligne : <www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23644&LangID=E>; HCDH, « States must act now to allow safe, legal abortions for women and girls, say UN rights experts » (27 septembre 2018), *HCDH*, en ligne : <www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23646&LangID=E>.

⁷ WHO et Department of Reproductive Health and Research, *Safe abortion: technical and policy guidance for health systems*, 2^e éd, Genève, WHO, 2012 à la p 1.

⁸ Nicholas J Kassebaum et al, « Global, Regional, and National Levels and Causes of Maternal Mortality During 1990–2013: a Systematic Analysis for the Global Burden of Disease Study 2013 » (2014) 384:9947 *The Lancet* 980 à la p 996.

⁹ WHO, *Primary Health Care: Now More than Ever World Health Report 2008*, Genève, WHO, 2008 à la p 65.

¹⁰ Susheela Singh et al, *Abortion Worldwide 2017, Uneven Progress and Unequal Access*, Guttmacher Institute, 2017 à la p 4.

¹¹ *Ibid* à la p 5.

droits humains » mentionnés dans le communiqué en marge de la Journée mondiale de l'avortement? Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)* adopté en 1966 et entré en vigueur en 1976¹² correspond certainement à l'un des traités cardinaux en matière de droits humains. En effet, c'est dans ce traité, ainsi que dans le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)*¹³, qu'on retrouve pour la première fois la codification en termes juridiques des droits contenus dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*¹⁴ adoptée en 1948. Les 172 États ayant ratifié le *PIDCP*, dont les États-Unis depuis 1992¹⁵, ont donc des obligations précises en matière de droits humains. Parmi celles-ci, on en retrouve notamment en matière d'accès à l'avortement. En l'espèce, il sera donc question de déterminer si, en matière d'accès à l'avortement, les États-Unis remplissent leurs obligations en vertu du *PIDCP*.

Premièrement, afin de déterminer les obligations des États ayant ratifié le *PIDCP*, les protections que confère ce dernier en matière d'accès à l'avortement seront abordées à travers une analyse de la jurisprudence du Comité des droits de l'homme (ci-après « CDH »). Cette analyse sera divisée selon les circonstances où le CDH a reconnu la nécessité de permettre l'accès à un avortement soit lorsque l'avortement est nécessaire pour sauver la vie de la femme enceinte, lorsqu'il est nécessaire pour préserver sa santé, lorsque la grossesse résulte d'un viol ou d'inceste et lorsque le fœtus souffre d'une malformation sévère. Les dispositions du *PIDCP* concernées sont le droit à la vie (art. 6), le droit à la protection contre la torture, peines ou traitements inusités, inhumains ou dégradants (art. 7), le droit à la vie privée (art. 17) et le droit à la non-discrimination à l'égard de la loi (art. 26).

Deuxièmement, la situation de l'avortement aux États-Unis sera examinée. Il sera principalement question d'étudier l'évolution et l'état actuel de la jurisprudence de la Cour suprême concernant l'accès à l'avortement. Ensuite, la réalité sur le terrain sera analysée afin de saisir l'effet réel des restrictions légales limitant l'accès. Finalement, l'actuelle situation politico juridique de la Cour suprême américaine sera exposée afin d'éclaircir les questions politiques relatives à l'avortement aux États-Unis.

Enfin, il sera alors possible de démontrer en quoi les États-Unis ne remplissent pas leurs obligations en matière d'avortement en vertu du *PIDCP*.

¹² *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976) [*PIDCP*].

¹³ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 RTNU 3 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976).

¹⁴ *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés AG 217A (III), Doc off AG NU, 3^e sess, supp n° 13, Doc NU A/810 (1948) 71.

¹⁵ *PIDCP*, supra note 12 et l'état des ratifications, en ligne : *Nations Unies* <treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_fr>.

I. Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Le *PIDCP* sera tout d'abord présenté. Les circonstances dans lesquelles le *PIDCP* confère une protection en matière d'accès à l'avortement seront ensuite illustrées par l'entremise d'une étude de la « jurisprudence » du CDH. Ces circonstances sont les suivantes : lorsque l'avortement est nécessaire pour sauver la vie de la femme, lorsqu'il est nécessaire pour préserver la santé de la femme, lorsque la grossesse est le résultat d'un viol ou d'inceste, et lorsque le fœtus souffre de malformations sévères.

A. Information générale

Les États-Unis ont ratifié le *PIDCP* en 1992. Le Sénat, dans son rapport relatif à la ratification du *PIDCP* écrit :

The International Covenant on Civil and Political Rights is one of the fundamental instruments created by the international community for the global promotion and protection of human rights. Over 100 States, including the member states of the European Community, Canada, and other traditional U.S. allies, have ratified the Covenant. In view of the leading role that the United States plays in the international struggle for human rights, the absence of U.S. ratification of the Covenant is conspicuous and, in the view of many, hypocritical. The Committee believes that ratification will remove doubts about the seriousness of the U.S. commitment to human rights and strengthen the impact of U.S. efforts in the human rights field¹⁶.

La ratification est tout de même accompagnée de réserves rendant certaines parties des dispositions du *PIDCP* inopérantes aux États-Unis, notamment celle prohibant la peine de mort imposée aux enfants, celle interdisant la propagande raciste et haineuse et celle prohibant les traitements cruels, inhumains et dégradants à l'exception de ce qui est déjà conforme avec ce que la loi américaine prévoit¹⁷. Bien que plusieurs auteurs¹⁸ avancent que de telles réserves sont le prix à payer afin de faire ratifier un traité de droits humains par le plus grand nombre d'États, d'autres¹⁹ avancent plutôt que d'un point de vue théorique, cela va à l'encontre du caractère universel des traités de droits humains.

Notons que la ratification du *PIDCP* est contraire à la pratique générale de résistance des États-Unis à l'égard des traités internationaux. Au cœur de cette résistance, repose la notion de souveraineté, la suprématie ultime de la *Constitution*

¹⁶ É-U, *US Senate Report on Ratification of the International Covenant on Civil and Political Rights*, 102^e Cong, 1992 à la p 3.

¹⁷ *PIDCP*, *supra* note 1215.

¹⁸ Michael Ignatieff, *Introduction to American Exceptionalism and Human Rights 1*, Princeton, Princeton University Press, 2009 à la p 6.

¹⁹ Aaron X Fellmeth, « Leading from (a Bit) Behind : The United States and International Human Rights Law » (2015) 40:4 *NCJ Intl L & Com Reg* 977 à la p 992.

des États-Unis d'Amérique de 1787²⁰ ainsi que le partage de compétences entre le fédéral et les différents États²¹. En d'autres mots, une partie importante de la classe politique américaine, incluant plusieurs sénateurs, craint que les traités internationaux, surtout ceux en matière de droits humains, n'affaiblissent la souveraineté américaine, créant une obligation de modifier les lois adoptées par les réels représentants du peuple américain au Congrès²². Ce faisant, le traité central en matière de protection des droits des femmes, la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*²³, entrée en vigueur en 1981, n'a pas été ratifiée par les États-Unis. Les seuls autres États à ne pas l'avoir ratifiée sont l'Iran, les Palaos, la Somalie, le Soudan et les Tonga²⁴. Ce traité impose d'ailleurs des obligations aux États parties en matière d'accès à l'avortement²⁵. Cette non-ratification par les États-Unis entraîne son lot de conséquences. En effet, cela empêche, ou du moins, ralentit considérablement les normes qui y sont prévues d'être considérées comme partie intégrante de la coutume internationale²⁶.

Le *PIDCP* prévoit les droits humains tels le droit à la vie²⁷, la protection contre les traitements cruels, dégradants et inhumains²⁸, la protection contre l'esclavage²⁹, le droit à la vie privée³⁰, la liberté de conscience³¹, la liberté d'expression³², le droit à l'égalité et à la non-discrimination devant la loi³³.

Un comité formé d'experts indépendants, le CDH, est mis en place afin de surveiller la mise en œuvre du *PIDCP* par les États parties³⁴. Ces derniers doivent lui présenter à intervalles réguliers des rapports sur la mise en œuvre des droits prévus dans le *PIDCP*. Un premier rapport doit être soumis un an après la ratification et généralement, un autre rapport doit suivre tous les quatre ans. Le CDH, suite à l'examen d'un rapport, fait à l'État concerné ses recommandations et préoccupations par l'entremise de ses « observations finales ». Le CDH publie aussi ses observations

²⁰ US Const.

²¹ Ann M Piccard, « U.S. Ratification of CEDAW : From Bad to Worse? » (2010) 28:1 Law & Ineq 119 à la p 132.

²² *Ibid* à la page 133.

²³ *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 1^{er} mars 1979, 1249 RTNU 13 (entrée en vigueur : 3 septembre 1981).

²⁴ *Ibid*; état des ratifications, en ligne : *Nations Unies*

<treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=fr>.

²⁵ Voir notamment sur la teneur des obligations en matière d'accès à l'avortement : Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Enquête concernant le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord en application de l'article 8 du Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, Doc off HCDH NU, 2018, Doc NU CEDAW/C/OP.8/GBR/1.

²⁶ Voir notamment Kelly Fasbinder, « International Women's Human Rights : United States Stalling Progress from Cedaw into CIL » (2016) 61:3 Wayne L Rev 691 à la p 716.

²⁷ *PIDCP*, *supra* note 12, art 6.

²⁸ *Ibid*, art 7.

²⁹ *Ibid*, art 8.

³⁰ *Ibid*, art 17.

³¹ *Ibid*, art 18.

³² *Ibid*, art 19.

³³ *Ibid*, art 26.

³⁴ *Ibid*, art 28 et voir la quatrième partie.

générales correspondant à une interprétation par le CDH du contenu des dispositions du *PIDCP*³⁵. Adopté en 1966 et entré en vigueur en 1976, le premier *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*³⁶ permet au CDH d'examiner des plaintes individuelles provenant de particuliers se disant victimes de violation de droits reconnus au *PIDCP*. Ce *Protocole* est ratifié par 116 États, mais pas par les États-Unis³⁷. Toutefois, le mécanisme qui y est prévu a permis au CDH de développer une jurisprudence étoffée relative aux droits prévus dans le *PIDCP*. Cette jurisprudence permet donc de définir leur portée et de mieux délimiter les obligations des États parties au *PIDCP* et non seulement ceux parties au *Protocole*. Cette jurisprudence comprend également les observations générales ainsi que les observations finales. En l'espèce, bien que dépourvue de valeur juridique contraignante, mais non pas de valeur politique et morale, c'est cette « jurisprudence » qui permettra de déterminer les obligations des États-Unis en matière d'accès à l'avortement en vertu du *PIDCP*³⁸.

B. Le Pacte et le droit à l'avortement

Le *PIDCP* ne prévoit pas le droit à l'avortement de façon expresse. C'est plutôt à travers la « jurisprudence » du CDH et l'évolution de l'interprétation et de l'application de certains droits du *PIDCP* en faveur de la reconnaissance d'un droit à l'avortement qu'il est possible aujourd'hui de dire que les femmes bénéficient d'un droit à l'avortement en vertu du *PIDCP*³⁹. Comme illustré par les auteures Zampas et Gher, la jurisprudence du CDH s'est précisée en matière d'avortement autour de cas particuliers : quand l'avortement est nécessaire pour sauver la vie de la femme enceinte, quand il est nécessaire pour préserver sa santé, quand la grossesse résulte d'un viol ou d'inceste, quand le fœtus souffre d'une malformation⁴⁰.

1. L'AVORTEMENT POUR SAUVER LA VIE DE LA FEMME ENCEINTE

L'article 6 (1) du *PIDCP* prévoit que « le droit à la vie est inhérent à la personne humaine ». Débutons par les observations générales pertinentes du CDH. L'*Observation générale n° 6* du CDH rendue en 2004 stipule que le droit à la vie ne doit pas être interprété restrictivement et ajoute que « la protection de ce droit exige

³⁵ *Ibid*, art 40.

³⁶ *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 RTNU 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976) [*Protocole se rapportant au PIDCP*].

³⁷ *Ibid*; état des ratifications, en ligne : [Nations Unies <treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&clang=_fr>](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&clang=_fr).

³⁸ Olivier Delas, Manon Thouvenot et Valérie Bergeron-Boutin, « Quelques considérations entourant la portée des décisions du Comité des droits de l'homme » (2017) 30:2 RQDI 1 à la p 33.

³⁹ Christina Zampas et Jaime M Gher, « Abortion as a Human Right – International and Regional Standards » (2008) 8:2 Hum Rts L Rev 249 à la p 251.

⁴⁰ *Ibid* à la p 251.

que les États adoptent des mesures positives »⁴¹. Le CDH, dans une autre observation générale, l'*Observation générale n° 28 sur l'égalité des droits entre les hommes et les femmes*, demande aux États lorsqu'ils font leur rapport sur la mise en œuvre du droit à la vie de :

fournir des données sur les taux de natalité ainsi que sur le nombre de décès imputables à la fonction de procréation des femmes. Ils devraient également fournir des données ventilées par sexe sur les taux de mortalité infantile. Ils devraient communiquer des informations sur toutes les mesures adoptées par eux pour aider les femmes à éviter les grossesses non désirées et à veiller à ce qu'elles ne doivent pas subir d'avortements clandestins mettant leur vie en danger⁴².

La même observation générale ajoute que le fait pour un État d'imposer un devoir légal aux médecins et aux autres membres du personnel soignant de signaler aux autorités les femmes ayant choisi de se faire avorter peut constituer une violation du droit à la vie des femmes concernées. On note également qu'une telle situation peut aussi constituer une violation à leur droit de ne pas subir de traitement cruel, dégradant et inhumain prévu à l'article 7 du *PIDCP*⁴³.

En 2018, l'*Observation générale n° 36 sur le droit à la vie* réaffirme le lien fort pour les femmes entre leur droit à l'avortement et l'exercice de leur droit à la vie prévu au *PIDCP*. Le CDH énonce que les États peuvent adopter des mesures encadrant l'avortement, mais que celles-ci ne doivent pas violer le droit à la vie des femmes enceintes ou tout autre droit prévu au *PIDCP*. Ainsi, sans donner d'exemples, peu importe le type de mesures, elles ne doivent pas mettre la vie des femmes enceintes en danger ou les soumettre à une douleur ou souffrance mentale ou physique correspondant à une violation de l'article 7 (protection contre peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants)⁴⁴.

Le CDH innove dans cette observation relativement au droit à l'avortement, car il spécifie pour la première fois que les États doivent fournir un accès à l'avortement sécuritaire, légal et efficace pour protéger la vie et la santé de la femme enceinte et aussi lorsque pour la femme, mener la grossesse à terme engendrerait une souffrance ou une douleur considérable. Relativement à cette souffrance ou douleur considérable, le CDH nomme spécifiquement les circonstances où les États se doivent de permettre l'avortement, soit lorsque la grossesse est le résultat d'un viol ou d'inceste et lorsque le fœtus présente des malformations mortelles⁴⁵.

De plus, l'observation ajoute que les États ont le devoir de s'assurer que les femmes n'aient pas recours à des avortements non sécuritaires. Pour se faire, ils

⁴¹ CDH, *Observation générale n° 6 sur l'article 6 du PIDCP, concernant le droit à la vie*, Doc off CES NU, 2004, Doc NU CCPR/C/GC/36 au para 4.

⁴² CDH, *Observation générale No 28 sur l'article 3 du PIDCP, concernant le droit à l'égalité des droits entre les hommes et les femmes*, Doc off CES NU, 2000, Doc NU CCPR/C/21/Rev.1/Add.10 au para 10.

⁴³ *Ibid* au para 20.

⁴⁴ CDH, *Observation générale N° 36 sur l'article 6 du PIDCP, concernant le droit à la vie*, Doc off CES NU, 2018, Doc NU CCPR/C/GC/36 au para 8.

⁴⁵ *Ibid*.

doivent réviser leurs lois en la matière. Le CDH guide les États relativement à ce devoir en énumérant plusieurs exemples de ce qu'ils doivent et ne doivent pas faire :

For example, they should not take measures such as criminalizing pregnancy of unmarried women or applying criminal sanctions to women and girls who undergo abortion or to medical service providers who assist them in doing so, since taking such measures compels women and girls to resort to unsafe abortion. States parties should remove existing barriers to effective access by women and girls to safe and legal abortion, including barriers caused as a result of the exercise of conscientious objection by individual medical providers, and should not introduce new barriers⁴⁶.

On peut conclure que cette observation générale du CDH interprète le droit à la vie de l'article 6 du *PIDCP* comme requérant que les États rendent l'avortement accessible dans les situations où la vie et la santé de la femme enceinte est en danger et où mener à terme la grossesse engendrerait pour la femme enceinte une souffrance ou une douleur considérable. En exigeant la légalisation de l'avortement dans ces situations précises, il s'agit de la première observation générale du CDH où il est exigé que l'avortement soit légalisé dans une quelconque situation faisant ainsi du droit à l'avortement, bien qu'il ne soit pas expressément prévu au *PIDCP*, un droit humain.

Parallèlement aux observations générales du CDH, les observations finales du CDH offrent également un fort soutien au droit à l'avortement et exigent dans certaines circonstances particulières, que nous verrons dans les prochains paragraphes, que les États prennent des mesures concrètes afin que les femmes bénéficient du droit à la vie dans le contexte d'un avortement⁴⁷. Effectivement, tel que le soulignent les auteures Zampas et Gher, le CDH a fait le lien entre les avortements non sécuritaires et illégaux et les taux élevés de décès chez les femmes enceintes⁴⁸. D'autres ont notamment relevé que la pratique d'un avortement illégal engendre des conséquences sérieuses et nocives pour la vie, le bien-être⁴⁹ et la santé⁵⁰.

Ces observations finales soulignent aussi les effets néfastes des lois limitant l'accès à l'avortement sur la vie des femmes. Par exemple, l'observation finale sur l'Équateur de 1998, se basant sur le fait que plus il y a de restrictions limitant l'accès à l'avortement, plus il y a de suicides chez les mineures, a statué que l'Équateur violait le droit à la vie de ces mineures et que conséquemment, le CDH lui

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Zampas et Gher, *supra* note 39 aux pp 256-58.

⁴⁸ Voir notamment les observations finales suivantes du CDH : CDH, *Observations finales du Comité des droits de l'homme, Chili*, Doc off CES NU, 1999, Doc NU CCPR/C/79/Add.104 au para 15; CDH, *Observations finales du Comité des droits de l'homme, Mongolie*, Doc off CES NU, 2000, Doc NU CCPR/C/79/Add.120 au para 8 b); CDH, *Observations finales du Comité des droits de l'homme, Pologne*, Doc off CES NU, 1999, Doc NU CCPR/C/79/Add.110 au para 11.

⁴⁹ CDH, *Observations finales du Comité des droits de l'homme, El Salvador*, Doc off CES NU, 2003, Doc NU CCPR/CO/78/SLV au para 14.

⁵⁰ CDH, *Observations finales du Comité des droits de l'homme, Mali*, Doc off CES NU, 2003, Doc NU CCPR/CO/77/MLI au para 14; CDH, *Observations finales du Comité des droits de l'homme, Pologne*, Doc off CES NU, 2004, Doc NU CCPR/CO/82/POL au para 8 [CDH, *Pologne*].

recommandait d'adopter les mesures et législations nécessaires afin de corriger la situation⁵¹. Dans les cas de grossesses résultant d'un viol, le CDH a confirmé qu'une législation interdisant l'avortement dans une telle circonstance est incompatible avec le droit à la vie prévu à l'article 6 du *PIDCP*⁵² et que par conséquent, le CDH recommande à l'État fautif d'adapter sa législation afin que le droit à la vie des femmes soit respecté lorsque ces dernières choisissent de mettre fin à leur grossesse⁵³.

Dans ses observations finales, le CDH s'intéresse aussi au manque d'accessibilité à l'avortement, et ce, même quand ce dernier est légalement autorisé. Son analyse va donc au-delà de l'aspect purement formel du droit. Par exemple, dans son observation finale sur la Pologne en 2004, le CDH a exprimé sa profonde préoccupation à l'égard des lois polonaises relatives à l'avortement. Ces dernières rendant dans les faits l'avortement inaccessible, le CDH conclut que ces lois restrictives incitent les Polonaises à recourir à des avortements illégaux et non sécuritaires mettant ainsi leur santé et leur vie en danger. Le CDH n'arrête pas son analyse au fait que l'avortement est légal en Pologne. Il met plutôt l'accent sur la réalité du terrain, soit l'inaccessibilité dans les faits. Ce faisant, le CDH conclut en conseillant à la Pologne de libéraliser sa législation et sa pratique en matière d'avortement afin de se conformer à ses obligations en vertu du droit à la vie prévu au *PIDCP*⁵⁴.

Par contre, avant de clore la section sur le droit à la vie prévu à l'article 6, quelques commentaires s'imposent sur le fœtus. Tel que l'expliquent les auteures Zampas et Gher⁵⁵, le fœtus ne bénéficie pas du droit à la vie prévu dans le *PIDCP*. Si c'était le cas, ce serait incompatible avec le droit à la vie des femmes tel qu'illustré précédemment. En plus, ce serait également incompatible avec leur droit à la santé et leur droit à l'autonomie. Un tel droit accordé au fœtus imposerait aux femmes des grossesses non désirées compromettant ainsi leur vie au nom de la vie de leur futur enfant. Au-delà de cette flagrante opposition, les auteures rappellent qu'au moment où le *PIDCP* était négocié, un amendement à l'article 6 a été proposé par un groupe d'États réunissant la Belgique, le Salvador, le Mexique et le Maroc afin de conférer à la personne humaine le droit à la vie à partir du moment de la conception. Or, cet amendement a été battu. De plus, accorder le droit à la vie au fœtus serait totalement incohérent avec la jurisprudence du CDH qui à maintes reprises a appelé les États à libéraliser leurs lois en matière d'avortement. Les auteures illustrent que l'approche du CDH en matière du droit à la vie et du fœtus est cohérente avec les autres instruments pertinents de droits humains universels (la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et la *Convention internationale des droits de l'enfant*)⁵⁶. Notons

⁵¹ CDH, *Observations finales du Comité des droits de l'homme, Équateur*, Doc off CES NU, 1998, Doc NU CCPR/C/79/Add.92 au para 11.

⁵² CDH, *Observations finales du Comité des droits de l'homme, Pérou*, Doc off CES NU, 2000, Doc NU CCPR/C/0/70/PER au para 20 [CDH, *Pérou*].

⁵³ CDH, *Observations finales du Comité des droits de l'homme, Vénézuëla*, Doc off CES NU, 2001, Doc NU CCPR/C/0/71/VEN au para 19.

⁵⁴ CDH, *Pologne*, *supra* note 50.

⁵⁵ Zampas et Gher, *supra* note 39 aux pp 262-64.

⁵⁶ *Ibid* aux pp 262-63.

toutefois que la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* se distingue puisqu'elle prévoit à son article 4 que « [t]oute personne a droit au respect de sa vie. Ce droit doit être protégé par la loi, et en général à partir de la conception. Nul ne peut être privé arbitrairement de la vie »⁵⁷.

2. L'AVORTEMENT POUR PRÉSERVER LA SANTÉ DE LA FEMME

Comme le démontrent les auteures Zampas et Gher⁵⁸, le *PIDCP* ne protège pas expressément le droit à la santé. Par contre, dans la constatation fort importante *KL c. Pérou (KL)*⁵⁹ rendue en 2005, le CDH reconnaît que l'accès à l'avortement est à l'intersection entre la santé des femmes, leur droit à la vie privée ainsi que leur droit de ne pas subir de peine ou traitement cruel, inhumain et dégradant. Ce faisant, relativement aux lois des États parties encadrant et limitant l'accès à l'avortement, le CDH a conclu que les États parties ne devaient pas interpréter restrictivement les exceptions basées sur la santé qui y sont prévues afin de préserver la santé des femmes. Avant d'approfondir *KL* et cette conclusion du CDH en matière d'exception basée sur la santé, notons qu'avant de rendre cette constatation, le CDH avait déjà à plusieurs reprises dans le contexte de l'avortement, à travers ses observations finales, souligné le lien entre le droit à la vie des femmes et leurs conditions de santé⁶⁰. Le CDH avait aussi soulevé les effets négatifs des restrictions légales à l'avortement sur la santé des femmes⁶¹.

KL était une jeune adolescente de 17 ans enceinte d'un fœtus souffrant d'anencéphalie. L'anencéphalie est une condition incompatible avec la vie du fœtus et met en péril la santé et la vie de la femme enceinte. Mise au courant de la situation par son médecin, suivant son conseil, l'adolescente décide de mettre fin à sa grossesse. De plus, la preuve présentée révèle qu'une travailleuse sociale lui a fortement conseillé de prendre cette décision sinon, son sentiment de détresse et d'instabilité émotionnelle ne serait que prolongé. Un psychiatre a, quant à lui, affirmé que mener la grossesse à terme risquerait fortement de causer une dépression chez l'adolescente menaçant ainsi sérieusement son développement et sa santé mentale⁶².

Au Pérou, l'avortement est prohibé en vertu de la loi, mais demeure exceptionnellement permis lorsque la vie ou la santé de la femme est en danger. Or,

⁵⁷ *Convention américaine relative aux droits de l'homme « Pacte de San José de Costa Rica »*, 22 novembre 1969, 1144 RTNU 123 (entrée en vigueur : 18 juillet 1998); voir notamment à propos du débat sur les normes interaméricaines : Paul Alvaro, « Controversial Conceptions : The Unborn and the American Convention on Human Rights » (2012) 9:2 *Loy U Chicago LJ* 209; Ligia De Jesus, « *Post Baby Boy v. United States* Developments in the Inter-American System of Human Rights : Inconsistent Application of the American Convention's Protection of the Right to Life from Conception » (2011) 17:3 *L & Bus Rev Americas* 435.

⁵⁸ Zampas et Gher, *supra* note 39 aux pp 269-71.

⁵⁹ CDH, *Communication n° 1153/2003*, Doc off CES NU, 2005, Doc NU CCPR/C/85/D/1153/2003 [*CDH, Communication n° 1153/2003*].

⁶⁰ CDH, *Pologne, supra* note 50.

⁶¹ *Ibid*, Mali au para 13.

⁶² CDH, *Communication n° 1153/2003, supra* note 59 aux para 2.2-2.5.

malgré la recommandation du médecin de mettre fin à la grossesse et cette exception légale, l'hôpital public péruvien a refusé de pratiquer l'avortement plaidant qu'il ne s'agissait pas d'un cas tombant dans l'exception et que la loi ne prévoit pas de droit à l'avortement dans les cas de malformations sévères du fœtus. L'adolescente a donc accouché d'une fille souffrant d'anencéphalie. Tel que le prévoyait le médecin de l'adolescente, son enfant n'a vécu que quatre jours, durant lesquels l'adolescente dut l'allaiter. L'adolescente, suite à la mort de sa fille, tomba dans une profonde dépression⁶³.

Le CDH a déterminé que le Pérou, en refusant à l'adolescente l'accès à un avortement thérapeutique permis légalement par le droit péruvien, était en violation des articles 2, 7, 17 et 24 du *PIDCP*.

L'article 7 sur l'interdiction de peine et traitement cruel, inhumain et dégradant est violé puisque d'après le CDH, la profonde dépression et la détresse émotionnelle vécue par l'adolescente étaient prévisibles et que l'omission de pratiquer l'avortement thérapeutique chez cette dernière est la cause des souffrances qu'elle a expérimentées⁶⁴. Ceci veut dire qu'un État partie doit, afin de remplir ses obligations relatives à l'article 7, garantir l'accès à l'avortement légal aux femmes dans les cas où la grossesse menace leur santé mentale ou physique incluant les cas de malformations sévères du fœtus⁶⁵. Notons que l'adolescente avait aussi plaidé une violation de son droit à la vie prévu à l'article 6 du *PIDCP*, mais le CDH n'a pas jugé nécessaire de se pencher sur une potentielle violation à ce droit étant donné l'établissement de la violation de l'article 7⁶⁶.

L'article 17 sur le droit à la vie privée est violé parce que l'adolescente avait légalement droit à l'avortement et que le refus par l'hôpital public péruvien de se plier à sa décision était injustifié. Le CDH se base sur la définition de l'OMS comme incluant la santé mentale. Le cas en l'espèce était alors un cas d'application de l'exception relative à la santé de la femme dans la loi péruvienne encadrant l'avortement. La décision, de nature privée, de mener à terme la grossesse ou non ne revenait qu'à l'adolescente et non pas au personnel de l'hôpital péruvien⁶⁷.

L'article 24 sur les mesures spéciales à l'égard des mineurs est aussi violé. Le CDH souligne la vulnérabilité particulière d'une jeune fille mineure lorsque celle-ci tente d'obtenir un avortement. Ce faisant, il reconnaît les obstacles additionnels qu'elle peut rencontrer ainsi que la plus grande possibilité de voir ses droits violés durant le processus⁶⁸. Quant à l'article 2 sur l'obligation des États parties de garantir et de respecter les droits prévus au *PIDCP*, le CDH rappelle que les États parties ont le devoir de prévoir un mécanisme administratif ou légal permettant de redresser toute situation de violation de droit⁶⁹.

⁶³ *Ibid* au para 2.6.

⁶⁴ *Ibid* au para 6.3.

⁶⁵ Zampas et Gher, *supra* note 39 à la p 270.

⁶⁶ CDH, *Communication n° 1153/2003*, *supra* note 59 aux para 6.2, 6.3.

⁶⁷ *Ibid* au para 6.4.

⁶⁸ *Ibid* au para 6.5.

⁶⁹ *Ibid* au para 9.

Bref, tel que l'expliquent les auteures Zampas et Gher, l'*affaire KL* est d'une importance significative puisqu'il s'agit de la première fois où un comité des Nations Unies relatif aux droits humains trouve un gouvernement responsable d'avoir violé les droits d'une femme en ne lui ayant pas assuré l'accès à un avortement auquel elle avait droit en vertu de sa santé. De plus, le CDH, en confirmant que la santé de la femme enceinte doit être interprétée de façon large et libérale, énonce qu'une exception permettant l'avortement pour préserver ladite santé de la femme enceinte doit également être interprétée de façon large et libérale. Ainsi, une telle exception ne peut être lue comme servant à préserver uniquement la santé physique de la femme enceinte. Sa santé mentale doit l'être également. Ce faisant, l'État partie doit assurer que dans les faits, l'avortement soit réalisable dans les cas de malformations sévères du fœtus. Il doit s'assurer que les mesures nécessaires pour garantir aux mineures l'accès à des services de santé reproductive soient mises en place. Finalement, un mécanisme d'appel accessible doit exister pour les femmes enceintes qui se voient refuser par un médecin l'accès à un avortement légal en vertu de leur santé. Cette constatation est d'autant plus importante puisqu'elle établit que les États parties ont le devoir de s'assurer que l'avortement soit accessible dans les faits lorsqu'ils reconnaissent formellement un droit à l'avortement nécessaire pour protéger la santé de la femme enceinte. Cela est une avancée majeure en matière de droit à l'avortement. Seulement le reconnaître dans un texte de loi n'est pas suffisant pour protéger la santé des femmes enceintes. Effectivement, dans bien des États où l'avortement est légal lorsque nécessaire pour la santé de la femme enceinte, ce dernier demeure dans les faits inaccessible de par l'imposition de diverses conditions qui implicitement constituent des restrictions au libre et effectif accès à l'avortement nécessaire pour des raisons de santé. Le Pérou dans l'*affaire KL* en est un exemple⁷⁰.

3. L'AVORTEMENT LORSQUE LA GROSSESSE EST LE RÉSULTAT D'UN VIOL OU D'INCESTE

Le *PIDCP* ne confère pas expressément le droit à l'avortement dans les cas où la grossesse est le résultat d'un viol ou d'inceste. C'est encore une fois le CDH, à travers ses observations finales rendues entre 2000 et 2004 comme le démontrent les auteures Zampas et Gher⁷¹ et notamment la constatation *L.M.R. v. Argentina*⁷² rendue en 2011, qui inférera à partir d'autres droits du *PIDCP* le droit à l'avortement dans les cas de viol ou d'inceste.

Le CDH a exprimé ses préoccupations à l'égard d'États parties criminalisant l'avortement lorsque la grossesse est le résultat d'un viol⁷³ et en 2000, a confirmé dans une observation finale à l'égard du Pérou qu'une telle législation viole le droit

⁷⁰ Zampas et Gher, *supra* note 39 à la p 273.

⁷¹ *Ibid* aux pp 280-281.

⁷² CDH, *Communication n° 1608/2007*, Doc off CES NU, 2011, Doc NU CCPR/C/101/D/1608/2007 [CDH, *Communication n° 1608/2007*].

⁷³ CDH, *Observations finales du Comité des droits de l'homme, Gambie*, Doc off CES NU, 2004, Doc NU CCPR/CO/75/GMB au para 17.

à la vie des femmes prévu à l'article 6 du *PIDCP*⁷⁴. Le CDH recommande aussi au Pérou d'amender son cadre législatif qui criminalise l'avortement, car il pénalise les femmes enceintes lorsqu'elles mettent fin à leur grossesse résultant d'un viol. Le CDH détermine qu'une telle législation viole l'article 3 obligeant les États à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits du *PIDCP*, l'article 6 du droit à la vie et l'article 7 sur l'interdiction des peines et traitements cruels, inhumains et dégradants⁷⁵. En 2004, dans une autre observation finale cette fois concernant la Pologne, le CDH, allant au-delà de l'aspect formel du droit, s'est dit préoccupé face à l'inaccessibilité de l'avortement dans les faits en Pologne, et ce, même si l'avortement est permis lorsque la grossesse est le résultat d'un viol. Le CDH recommande donc que la Pologne libéralise sa législation et sa pratique relative à l'avortement⁷⁶.

Les faits dans la constatation *L.M.R.* sont les suivants. Suite à une visite à l'hôpital, on découvre qu'une femme de 20 ans ayant un âge mental entre 8 et 10 ans est enceinte. La grossesse est le résultat d'un viol commis par son oncle. Le *Code criminel* argentin permet l'avortement lorsqu'il est le résultat d'un viol commis sur une personne handicapée mentalement. Elle en fit donc la demande. Malgré ceci, elle dut plaider la légalité d'y recourir jusqu'à la plus haute instance judiciaire en Argentine où on lui reconnut le droit de se faire avorter vu les circonstances. Or, sous pression de groupes antiavortement affirmant que la grossesse était trop avancée (entre 20 et 22 semaines), l'hôpital refuse de pratiquer l'avortement. Comme aucun autre hôpital accepta de le pratiquer, et comme c'est généralement le cas lorsqu'on empêche le recours à un avortement légal, la jeune femme enceinte se fit avorter clandestinement⁷⁷.

Selon le CDH, l'Argentine n'a pas respecté ses obligations en vertu du *PIDCP* de par ses violations de ses articles 2, 3, 7 et 17⁷⁸. L'État argentin, en n'ayant pas garanti à *L.M.R.* l'exercice du droit à l'avortement prévu dans la législation lorsque celle-ci l'avait dûment demandé, lui a causé « une souffrance physique et morale » violant ainsi l'article 7 du *PIDCP* interdisant les peines et traitements cruels, inhumains et dégradants. Le Comité souligne également que la violation est « d'autant plus grave » puisqu'il « s'agissait d'une jeune fille handicapée »⁷⁹.

L'article 17 sur le droit à la vie privée est violé. En effet, le CDH constate que « l'immixtion illégitime de l'État » par l'entremise du pouvoir judiciaire dans une affaire qui devait concerner uniquement « la patiente et son médecin » correspond dans ces circonstances à une violation du *PIDCP*⁸⁰.

Conséquemment, l'article 2 est violé, car l'État partie, par omission, ne s'est pas assuré de disposer d'un mécanisme permettant à *L.M.R.* d'interrompre sa

⁷⁴ CDH, *Pérou*, *supra* note 52 au para 20.

⁷⁵ *Ibid* au para 20.

⁷⁶ *Pologne*, *supra* note 50 au para 8.

⁷⁷ CDH, *Communication n° 1608/2007*, *supra* note 72 aux para 2.1-2.8.

⁷⁸ *Ibid* au para 10.

⁷⁹ *Ibid* au para 9.2.

⁸⁰ *Ibid* au para 9.3.

grossesse et d'ainsi exercer ses droits prévus au *PIDCP*. Bien qu'ultimement les juridictions argentines aient rendu une décision favorable quant à l'interruption de sa grossesse, cela a nécessité trois procédures judiciaires prolongeant ainsi la gestation de plusieurs semaines. Cela a entraîné des conséquences sur la santé de L.M.R. qui en fin de compte, a été obligée de recourir à un avortement illégal et n'a pu se prévaloir de ses droits⁸¹.

La constatation du CDH dans cette affaire réaffirme le consensus voulant que limiter l'accès à l'avortement peut être considéré comme une violation de l'article 7 du *PIDCP* interdisant les peines et traitements cruels, inhumains et dégradants, mais ajoute que si la victime est une personne handicapée, cela rend la violation encore plus grave. Finalement, la constatation démontre aussi qu'obstruer l'accès à une procédure médicale légale tel l'avortement dans ces circonstances peut violer les articles 7 et 17 du *PIDCP*.

Également, mais sans en faire une analyse approfondie, pour la première fois, le CDH reconnaît, vu la violation de différents articles du *PIDCP*, qu'une femme est victime de discrimination dans l'accès à des services reproductifs. Le CDH reconnaît donc également que l'Argentine a violé l'article 3 voulant que les hommes et les femmes jouissent également des droits prévus au *PIDCP*. Les questions de discrimination en matière d'accès à l'avortement seront davantage développées lorsque sera abordé dans la sous-section suivante la constatation du CDH *Mellet v. Ireland*⁸².

4. L'AVORTEMENT EN CAS DE MALFORMATIONS SÉVÈRES DU FŒTUS

Comme développée précédemment, le CDH, dans sa jurisprudence, a déjà eu à se pencher sur cette question. Dans *KL*, rendue en 2005, par l'entremise d'une analyse des droits des femmes à la santé et à l'interdiction des peines et traitements cruels, inhumains et dégradants, le CDH a confirmé que le refus d'administrer un avortement médicalement nécessaire à une jeune fille enceinte d'un fœtus souffrant d'une malformation grave constituait une violation de ses droits⁸³. Pour arriver à cette conclusion, le CDH a mis l'accent sur le fait qu'être forcée de porter jusqu'à l'accouchement un fœtus souffrant de malformations sévères a causé à *KL* une immense détresse mentale qui était prévisible et évitable⁸⁴. Cette constatation, en démontrant les liens entre la malformation sévère du fœtus, la santé mentale et physique des femmes, leur vie privée et leur droit à ne pas subir de peine ou traitement cruel, inhumain et dégradant a ouvert la porte afin que la malformation sévère du fœtus soit une raison indépendante justifiant un avortement en vertu des droits humains prévus au *PIDCP*⁸⁵.

⁸¹ *Ibid* au para 9.4.

⁸² CDH, *Constataions adoptées par le Comité au titre de l'article 5 (par.4) du Protocole facultatif, concernant la communication n° 2324/2013*, Doc off CES NU, 2016, Doc NU CCPR/C/116/D/2324/2013 [CDH, *Mellet*].

⁸³ CDH, *Communication n° 1153/2003*, *supra* note 59 au para 6.3.

⁸⁴ *Ibid* au para 6.3.

⁸⁵ *Zampas et Gher*, *supra* note 39 à la p 285.

Rendue en 2016, la constatation du CDH *Mellet* mettant en cause l'Irlande reprend la balle au bond et précise l'analyse du CDH en la matière. Le CDH va encore plus loin et innove dans son approche à l'égard du droit à l'avortement puisque pour la première fois, il reconnaît explicitement que la prohibition et la criminalisation de l'avortement sont en soi une violation des droits humains⁸⁶. Rappelons que dans *KL*, le CDH avait reproché au Pérou d'empêcher une femme de bénéficier d'un avortement auquel elle avait droit en vertu du droit péruvien puisqu'il était nécessaire à sa santé. Le droit péruvien prévoyait effectivement une exception permettant l'avortement lorsque c'était le cas. Le CDH s'est donc basé sur cette exception du droit péruvien pour énoncer que le Pérou ne respectait pas ses obligations en vertu du *PIDCP* en interdisant à *KL* de bénéficier d'un avortement.

La situation est différente dans *Mellet*, car, en droit irlandais, l'exception légale permettant l'avortement est beaucoup plus restrictive. En effet, l'avortement y est permis uniquement lorsque la vie de la femme enceinte est substantiellement menacée et que cette dernière ne peut être sauvée que par l'entremise d'un avortement. Dans les faits, l'avortement est donc criminellement interdit dans pratiquement l'ensemble des circonstances en Irlande. Le CDH a alors l'occasion d'évaluer si un État partie prohibant l'avortement d'une telle manière respectait ses obligations en vertu du *PIDCP*. Il conclut que non.

Dans *Mellet*, une femme enceinte nommée Mellet est mise au courant au cours de sa vingt-et-unième semaine de grossesse que l'enfant qu'elle porte est atteint de malformations congénitales et allait mourir avant la naissance ou peu de temps après. En Irlande, le cadre législatif ne permet l'avortement que dans les cas où il est établi selon toute probabilité que la vie, et non pas seulement la santé, de la femme enceinte est menacée et que ce risque sérieux et réel ne peut être écarté que par la pratique d'un avortement. Autrement, l'avortement est légalement interdit. Comme la situation de la femme en l'espèce ne se qualifiait pas dans l'exception prévue, elle devait soit mener la grossesse à terme, tout en sachant très bien que le fœtus allait mourir avant en elle, soit obtenir un avortement illégal ou soit aller à l'étranger se faire avorter légalement⁸⁷. Mellet, ne voulant pas accoucher d'un enfant dont les chances de vie sont nulles, décide donc de parcourir 268 km entre Dublin, l'hôpital où elle était suivie en Irlande, et Liverpool en Angleterre, là où elle peut bénéficier d'un avortement.

Le CDH affirme qu'en l'espèce, l'article 7 interdisant les peines et traitements cruels, inhumains et dégradants est violé par l'Irlande. Suivant la tendance jurisprudentielle du CDH tel qu'illustré dans *KL* et *L.M.R.*, le CDH énonce que « l'État partie a causé à l'auteure [Mellet] des souffrances physiques et morales intenses »⁸⁸. Le CDH ajoute que Mellet était préalablement vulnérable puisqu'elle venait d'apprendre que son enfant souffrait de malformations sévères et que son angoisse physique et mentale en résultant était exacerbée par les facteurs suivants :

⁸⁶ Johanna B Fine, Katherine Mayall et Lilian Sepulveda, « The Role of International Human Rights Norms in the Liberalization of Abortion Laws Globally » (2017) 19:1 Health & Hum Rts 69 à la p 76.

⁸⁷ CDH, *Mellet*, *supra* note 82 au para 7.2.

⁸⁸ *Ibid* au para 7.4.

de n'avoir pas pu continuer de bénéficier des soins médicaux et de l'assurance maladie prévus par le système de santé publique irlandais; d'avoir dû choisir entre poursuivre une grossesse non viable ou partir à l'étranger dans cet état à ses frais et sans le soutien de sa famille, et rentrer en Irlande alors qu'elle n'était pas complètement remise; de la honte et de la stigmatisation associées à la pénalisation d'un avortement motivé par des malformations létales du fœtus; d'avoir dû laisser le corps de son bébé derrière elle et de recevoir sa dépouille ultérieurement des mains d'un coursier, alors qu'elle ne s'y attendait pas; et du refus de l'État partie de lui procurer les soins postérieurs à l'avortement dont elle avait besoin et de l'accompagner dans son deuil⁸⁹.

Le CDH poursuit en affirmant que le tout aurait pu être évité si :

elle avait été autorisée à interrompre sa grossesse dans l'environnement familial de son propre pays et en étant prise en charge par les professionnels de santé qu'elle connaissait et en qui elle avait confiance, et si elle avait bénéficié des prestations de santé nécessaires qui sont disponibles en Irlande, qui sont offertes à d'autres et auxquelles elle aurait eu accès si elle avait poursuivi sa grossesse non viable et accouché d'un enfant mort-né dans ce pays⁹⁰.

De plus, rendant les souffrances de Mellet encore plus grandes, des obstacles causés par la loi irlandaise l'ont empêchée d'obtenir les informations dont elle avait besoin relativement aux circonstances particulières de sa grossesse par des professionnels de la santé qu'elle connaissait. Effectivement, la loi irlandaise réprime la promotion de l'avortement de grossesse et limite les différentes circonstances où une personne est autorisée à fournir des informations en lien avec des services d'avortement légalement disponibles à l'étranger ou en Irlande. Dans le cas de Mellet, cette dernière n'a reçu aucune de ces informations. Ceci représente une interruption dans l'apport de soins et conseils sanitaires dont elle avait besoin vu sa situation précaire et a donc aggravé la détresse qu'elle vivait⁹¹. En somme, le traitement qu'a subi Mellet est cruel, inhumain et dégradant⁹².

Soulignant sa jurisprudence en la matière, le CDH rappelle que la décision d'une femme de demander de mettre fin à sa grossesse relève de l'exercice de son droit à la vie privée prévu à l'article 17 du *PIDCP*. En l'espèce, l'État irlandais s'est bel et bien immiscé arbitrairement dans l'exercice de ce droit en refusant à Mellet la seule option possible ou valable « respectueuse de son intégrité physique et mentale et de son autonomie procréative »⁹³. Le CDH relève que cette immixtion, interdisant que la grossesse soit interrompue en Irlande, était rendue possible par la *Constitution irlandaise (Bunreacht na hÉireann)*⁹⁴ qui d'après le gouvernement irlandais met en équilibre les intérêts du fœtus et ceux de la femme enceinte. Ce faisant, ladite

⁸⁹ *Ibid* au para 7.4.

⁹⁰ *Ibid* au para 7.4.

⁹¹ *Ibid* au para 7.5.

⁹² *Ibid* au para 7.6.

⁹³ *Ibid* au para 7.7.

⁹⁴ *Constitution irlandaise (Bunreacht na hÉireann)*, (entrée en vigueur : 27 décembre 1937).

intrusion de l'État irlandais dans la vie privée de Mellet que constate le CDH était légale selon le droit interne irlandais puisqu'il prévoit tel que mentionné précédemment que l'avortement est permis uniquement lorsqu'il est nécessaire pour sauver la vie de la femme enceinte. En l'espèce, la vie de Mellet n'était pas en jeu et donc, celle-ci ne se qualifiait pas pour obtenir un avortement en Irlande⁹⁵. Cependant, le CDH énonce qu'une telle atteinte à la vie privée de Mellet n'est pas conforme aux obligations de l'Irlande en vertu du *PIDCP*. En effet, le CDH est d'avis que l'équilibre recherché que propose l'Irlande entre les intérêts du fœtus et ceux de Mellet n'est pas une justification valable à une telle atteinte à sa vie privée. Aux yeux du CDH, l'atteinte est déraisonnable et arbitraire et constitue une violation du droit à la vie privée prévu au *PIDCP*. Effectivement, le CDH considère que :

l'équilibre que l'État partie a choisi de réaliser en l'espèce entre la protection du fœtus et les droits de la femme n'est pas justifiable. Le Comité rappelle son observation générale n° 16 (1988) sur le droit au respect de la vie privée, selon laquelle la notion d'arbitraire a pour objet de garantir que même une immixtion prévue par la loi soit conforme aux dispositions, aux buts et aux objectifs du Pacte et soit, dans tous les cas, raisonnable eu égard aux circonstances particulières. Le Comité relève que la grossesse ardemment désirée de l'auteure n'était pas viable, que les solutions qui s'offraient à elle étaient inévitablement source de souffrances intenses et que le fait qu'elle ait dû se rendre à l'étranger pour mettre fin à sa grossesse a eu pour elle, comme indiqué plus haut, des répercussions très néfastes qui auraient pu être évitées si elle avait été autorisée à mettre fin à sa grossesse en Irlande, et qui lui ont causé un préjudice contraire à l'article 7. De ce fait, le Comité estime que l'immixtion dans la décision de l'auteure concernant la meilleure manière de faire face à sa grossesse non viable a été déraisonnable et arbitraire en violation de l'article 17 du Pacte⁹⁶.

Le CDH constate également que Mellet est victime de discrimination à l'égard de la loi et que par conséquent, l'Irlande viole l'article 26 du *PIDCP*. Le CDH raisonne ainsi :

dans le cadre du régime juridique de l'État partie les femmes enceintes d'un fœtus présentant une malformation létale qui décident néanmoins de mener leur grossesse à terme continuent de bénéficier de la protection intégrale du système de soins de santé publique. [...] À l'opposé, les femmes qui choisissent d'interrompre une grossesse non viable doivent le faire à leurs frais, totalement en dehors du système de soins de santé publique. Elles ne bénéficient pas de la couverture de l'assurance maladie à cette fin : elles doivent se rendre à l'étranger à leurs frais pour se faire avorter et supporter la charge financière, psychologique et physique qu'impose un tel voyage, et les soins médicaux postérieurs à l'interruption de leur grossesse et l'accompagnement dans leur deuil dont elles peuvent avoir besoin leur sont refusés⁹⁷.

Le CDH note donc que le régime juridique irlandais traite différemment une

⁹⁵ CDH, *Mellet*, *supra* note 82 au para 7.7.

⁹⁶ *Ibid* au para 7.8.

⁹⁷ *Ibid*, au para 7.10.

femme selon qu'elle veuille ou non mettre fin à sa grossesse comme c'est le cas de *Mellet*. Évidemment, il rappelle également qu'un traitement différent ne constitue pas dans tous les cas de la discrimination puisque ledit traitement peut viser un but légitime à l'égard du *PIDCP* et être basé sur des critères raisonnables et objectifs. Or, le CDH confirme que ce n'est pas le cas en l'espèce. Effectivement, d'après le CDH, le traitement différencié qu'a subi *Mellet* par rapport aux femmes décidant de mener à terme leur grossesse constitue de la discrimination puisqu'on « n'a pas suffisamment tenu compte de ses besoins médicaux et de sa situation socio-économique et ne répondait pas aux critères de caractère raisonnable et objectif de légitimité du but visé ». Bref, on conclut que pour le CDH, un État partie ne fournissant pas les services médicaux dont une femme enceinte a besoin constitue de la discrimination et viole l'article 26 du *PIDCP*⁹⁸.

Notons cependant que plusieurs auteurs⁹⁹ insistent sur le fait que l'analyse du CDH en matière de discrimination ne va pas assez loin. Effectivement, on reproche au CDH d'aborder la question de discrimination suivant le concept d'égalité formelle plutôt que celui d'égalité réelle. Selon le premier concept, pour déterminer s'il y a discrimination en l'espèce, on se demandera si les services de santé concernés traitent les femmes et les hommes de la même façon. Si on cherche plutôt à atteindre l'égalité réelle, on se questionnera à savoir si lesdits services de santé répondent adéquatement aux besoins particuliers des hommes en tant qu'hommes et des femmes en tant que femmes¹⁰⁰. L'égalité réelle permet de lutter et d'éliminer les différentes formes de discrimination systémiques associées à la race, le genre, le handicap et d'autres vecteurs d'inégalité¹⁰¹. En l'espèce, le service de santé est l'avortement. Donc, le CDH, pour conclure à une discrimination a dû se tourner vers un comparable possible soit une femme enceinte dans les mêmes circonstances décidant de poursuivre sa grossesse. Suivant cette approche, le CDH ne pourra jamais conclure en matière d'avortement à une discrimination de genre, car il ne trouvera jamais un homme pouvant jamais servir de comparable. Cela occulte le fait que les femmes et les hommes ont en matière de santé des besoins différents. Afin de satisfaire ces derniers, et l'avortement en est un bon exemple, les hommes et les femmes doivent être traités différemment afin de s'assurer que chacun et chacune puissent jouir également de ses droits prévus au *PIDCP*¹⁰².

La professeure Cleveland, dans son opinion concurrente dans *Mellet*, aborde la discrimination selon une approche mettant de l'avant l'égalité réelle. Elle avance qu'aborder ainsi la discrimination permet de reconnaître la vulnérabilité des femmes

⁹⁸ *Ibid* au para 7.11.

⁹⁹ Voir notamment Katarzyna Sekowska-Kozłowska, « A Tough job: recognizing access to abortion as a matter of equality. A commentary on the views of the UN Human Rights Committee in the cases of *Mellet v Ireland* and *Whelan v Ireland* » (2018) 26:54 *Reproductive Health Matters* 25.

¹⁰⁰ Molly Joyce, « The Human Rights Aspects of Abortion » (2017) 16 *Hibernian Law Journal* 27 à la p 34 [Joyce].

¹⁰¹ Charles G Ngwena, « Conscientious Objection to Abortion and Accommodating Women's Reproductive Health Rights: Reflections on a Decision of the Constitutional Court of Colombia from an African Regional Human Rights Perspective » (2014) 58:2 *J Afr L* 183 à la p 204.

¹⁰² Sekowska-Kozłowska, *supra* note 99 aux pp 27-28.

en tant que femmes, car elle note que « *women's unique reproductive biology traditionally has been one the primary grounds for the jure and de facto discrimination against women* »¹⁰³. Pour la professeure Cleveland, la criminalisation de l'avortement en Irlande est le résultat d'un stéréotype sexiste basé sur le rôle reproductif des femmes réduisant ces dernières à un seul rôle; celui d'être mère. Réduites au statut d'instruments reproductifs, elles sont alors sujettes à une discrimination¹⁰⁴. Une discrimination qui leur est propre en tant que femme. La professeure Cleveland soutient que les Irlandaises sont discriminées précisément parce que le régime législatif irlandais basé sur un stéréotype sexiste oblige les femmes à « *continue their pregnancies regardless of circumstances, because their primary role is to be mothers and caregivers* »¹⁰⁵. Pour la professeure, la non-discrimination suppose que les États reconnaissent et accommodent les différences fondamentales biologiques entre les femmes et les hommes en matière de reproduction et qu'ils protègent sur une base égale les besoins uniques de chacun des sexes¹⁰⁶. Cela suppose, et la professeure l'admet, que les femmes et les hommes soient sujets à des traitements différenciés dans certaines circonstances qui autrement engendreraient une forme de discrimination¹⁰⁷. Un État ne fournissant pas les services de santé reproductive dont seules les femmes nécessitent constituerait donc une discrimination basée sur le sexe¹⁰⁸. Quant à l'Irlande, la professeure, suivant le concept d'égalité réelle, confirme qu'en l'espèce, son régime législatif traite les femmes et les hommes différemment en fonction de leur sexe puisqu'il refuse l'accès à un service de santé dont seules les femmes ont besoin et n'impose pas de charges équivalentes aux hommes quant à leur accès aux soins de santé en matière de reproduction¹⁰⁹. Non justifiée¹¹⁰, ladite discrimination correspond à une violation de l'article 26 du *PIDCP*¹¹¹.

Il est fondamental de distinguer l'*affaire Mellet* des autres constatations du CDH et de faire les nuances nécessaires. Les précédentes constatations, notamment *KL*, avaient énoncé que lorsque l'avortement est légal en vertu du droit interne de l'État partie, ce dernier doit s'assurer que l'avortement soit accessible dans les faits. S'il ne le rend pas accessible lorsqu'il le doit, cela peut constituer une violation du droit à la vie privée des femmes et à leur droit de ne pas subir de traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Dans *Mellet*, le CDH va plus loin. Il constate que l'interdiction de l'avortement en soi entraîne des violations des droits prévus au *PIDCP*. Le CDH confirme en effet que l'Irlande viole le droit à la vie privée (art. 17 du *PIDCP*), le droit de ne pas subir de traitement cruel, inhumain et dégradant (art. 7) ainsi que le

¹⁰³ CDH, *Mellet*, *supra* note 82 à l'Annexe II et au para 12.

¹⁰⁴ *Ibid* à l'Annexe II et au para 4.

¹⁰⁵ *Ibid* à l'Annexe II, para 4.

¹⁰⁶ *Ibid* à l'Annexe II, para 7.

¹⁰⁷ *Ibid* à l'Annexe II, para 10.

¹⁰⁸ *Ibid* à l'Annexe II, para 11.

¹⁰⁹ *Ibid* à l'Annexe II, para 13.

¹¹⁰ *Ibid*.

¹¹¹ *Ibid* à l'Annexe II, para 15.

droit à la non-discrimination (art. 26) de Mellet. Il affirme aussi que dans le cas où on constate une malformation sévère du fœtus, l'État partie doit rendre légal l'avortement. Pour se faire, le CDH énonce que pour se conformer à ses obligations découlant du *PIDCP*, l'État partie, l'Irlande en l'espèce, doit modifier sa législation y compris sa constitution si nécessaire¹¹². L'*affaire Mellet* permet donc d'illustrer qu'un État partie au *PIDCP* comme l'Irlande doté d'un régime extrêmement restrictif en matière d'avortement ne respecte pas ses obligations en vertu du *PIDCP*. Cette constatation du CDH reconnaît donc bel et bien l'accès à l'avortement comme un droit humain en vertu du *PIDCP* lorsqu'on constate une malformation sévère du fœtus.

Notons toutefois que bien que l'*affaire Mellet* ait entraîné la tenue d'un référendum en Irlande¹¹³ où près des deux tiers des électeurs se sont prononcés en faveur d'abroger la disposition de la constitution interdisant l'avortement, l'avortement demeure difficilement accessible. En effet, même si la loi a changé et que l'avortement y est aujourd'hui légal, la nouvelle législation encore très restrictive, les actions illégales de groupes anti-choix et l'héritage persistant de la stigmatisation de l'avortement constituent des barrières bien réelles au libre et effectif accès à l'avortement¹¹⁴.

En conclusion, à travers plusieurs de ses observations et constatations, on constate que le CDH a déterminé que le *PIDCP* conférerait des protections en matière de droit à l'avortement, mais il l'a fait dans des circonstances particulières : quand l'avortement est nécessaire pour sauver la vie de la femme enceinte, pour préserver sa santé, quand la grossesse résulte d'un viol ou d'inceste et quand le fœtus souffre d'une malformation sévère.

II. L'avortement aux États-Unis

Dans cette section sur l'accès à l'avortement aux États-Unis, il sera premièrement question de l'évolution du droit américain à travers une étude des principales décisions de la Cour suprême en la matière. Ensuite, la réalité dans les faits sera illustrée afin de démontrer que dans bien des régions des États-Unis, l'avortement demeure difficilement accessible. Finalement, l'actuelle situation politico-juridique sera exposée afin de mettre en lumière les nuances politiques au-delà de l'aspect purement juridique des questions relatives à l'accès à l'avortement aux États-Unis.

¹¹² CDH, *Mellet*, *supra* note 82 au para 9.

¹¹³ Isaac Stanley-Becker, « How an Irish-American woman's legal case helped spur Ireland's abortion referendum » (17 mai 2018), *The Washington Post*, en ligne : <www.washingtonpost.com/world/europe/how-an-irish-american-womans-legal-case-helped-spur-irelands-abortion-referendum/2018/05/16/c84e506e-4d7a-11e8-85c1-9326c4511033_story.html>.

¹¹⁴ Caelainn Hogan, « Why Ireland's battle over abortion is far from over » (3 octobre 2019), *The Guardian*, en ligne : <www.theguardian.com/lifeandstyle/2019/oct/03/why-irelands-battle-over-abortion-is-far-from-over-anti-abortionists>.

A. Évolution de l'état du droit américain en matière d'accès à l'avortement: de *Roe* à *Whole Woman's Health*

En 1973, la Cour suprême dans *Roe v. Wade*¹¹⁵ stipule clairement que le droit à l'accès à l'avortement est un droit fondamental découlant du droit à la vie privée protégé par le 14^e amendement de la Constitution américaine :

*In a line of decisions [...] the Court has recognized that a right of personal privacy, or a guarantee of certain areas or zones of privacy, does exist under the Constitution [...] These decisions make it clear that only personal rights that can be deemed fundamental or implicit in the concept of ordered liberty are included in the guarantee of personal privacy [...]. This right of privacy, whether it be founded in the 14th Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state actions, as we feel it is, as the District Court determined, in the 9th Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy*¹¹⁶.

Les faits de cette célèbre affaire se résument ainsi. Une femme célibataire (Roe) enceinte de son troisième enfant souhaite se faire avorter pour mettre fin à sa grossesse. Résidant au Texas, elle n'arrive pas à obtenir un avortement légal, car le Texas, ayant criminalisé l'avortement, le permet seulement lorsque l'interruption de la grossesse sauverait la vie de la mère. Ses avocats plaident que la loi texane criminalisant l'avortement violait notamment son droit à la vie privée prévu dans la Constitution américaine¹¹⁷.

Considérant que la loi en question viole la clause de *due process* prévue au premier alinéa du 14^e amendement de la Constitution, la Cour suprême, par un verdict 7-2, donne raison à Roe, décriminalise l'avortement et constitutionnalise ce droit¹¹⁸. La clause de *due process* permet à un État de justifier une loi portant atteinte à un droit constitutionnel. Deux standards d'analyse existent sous cette clause : le premier étant un contrôle rigoureux du fondement rationnel (aux États-Unis, la *strict scrutiny*) pour les droits jugés fondamentaux et le deuxième étant un contrôle minimum du fondement rationnel (aux États-Unis, le *rational basis review*) pour les droits non fondamentaux. Dans les deux cas, on reconnaît que l'État peut avoir un intérêt à agir justifiant ladite atteinte. Selon le standard du contrôle rigoureux, la Cour fait preuve de peu de déférence à l'égard de l'État et exige que sa loi porte le moins atteinte au droit tandis que selon le standard du contrôle minimum, la Cour fait preuve de grande déférence à l'égard de l'État. Dès lors qu'un lien rationnel est prouvé entre la loi et l'intérêt à agir de l'État, la loi est présumée valide¹¹⁹.

Dans *Roe*, la Cour reconnaît que les États ont un certain pouvoir permettant de limiter l'accès à l'avortement puisque protéger le potentiel de vie humaine après le

¹¹⁵ *Roe v Wade*, 410 US 113 (1973) [*Roe*].

¹¹⁶ *Ibid* aux pp 152-53.

¹¹⁷ *Ibid* à la p 120.

¹¹⁸ *Ibid* à la p 164.

¹¹⁹ Chelsea M Donaldson, « Constitutional Law/Reproductive Justice – Breaking the Trap : How Whole Woman's Health Protects Abortion Access, and the Substantive Due Process Clause's Rebuke Anti-Abortion Regulations » (2018) 40:257 W New Eng L Rev aux pp 263-64 [Donaldson].

premier trimestre de la grossesse constitue un intérêt légitime des États tout comme est légitime l'intérêt de protéger la santé de la femme enceinte. L'habileté des États à s'ingérer dans la grossesse varie donc en fonction de l'avancement de celle-ci. Plus la grossesse est avancée, plus le fœtus est développé et conséquemment, plus le fœtus pourra être protégé par les États et moins la grossesse est avancée, moins les États pourront le protéger. De plus, la Cour est d'avis que plus la grossesse est avancée, plus l'avortement devient risqué. Ce faisant, plus la grossesse est avancée, plus l'État peut réglementer l'avortement pour protéger la santé de la femme enceinte¹²⁰. Durant le premier trimestre, les États ne peuvent limiter l'accès à l'avortement. La décision de se faire avorter ne concerne que la femme enceinte et son médecin. Pour l'étape suivant la fin du premier trimestre, les États peuvent encadrer l'avortement si ladite régulation est raisonnablement liée à la santé maternelle. Une fois la viabilité du fœtus atteinte, au nom de l'intérêt des États dans la protection du potentiel de vie humaine, ils peuvent limiter et interdire l'avortement sauf lorsqu'il s'avère nécessaire pour préserver la santé et la vie de la mère. Il est toutefois important de clarifier que ce système de trimestres ne vient en aucun cas conférer quelques droits que ce soit au fœtus. Effectivement, la Cour suprême conclut que si l'État peut intervenir dans la grossesse d'une femme enceinte à un point donné, c'est parce qu'il possède deux intérêts légitimes de le faire : la protection de la santé de la femme enceinte et la protection du potentiel de vie humaine que représente le fœtus¹²¹. Bref, durant le premier trimestre, où le fœtus est scientifiquement considéré comme non viable, la Cour détermine que le standard du contrôle rigoureux du fondement rationnel s'impose. Une fois le premier trimestre passé, et plus la grossesse progresse, c'est plutôt le contrôle minimum du fondement rationnel qu'applique la Cour et ainsi elle donne plus de latitude aux États¹²². Ce faisant, bien que la Cour établisse les fondations constitutionnelles du droit à l'avortement aux États-Unis, celles-ci sont peu solides puisqu'en ne conférant pas une pleine protection à l'avortement par l'entremise de l'application du standard du contrôle rigoureux du fondement rationnel tout au long de la grossesse, la Cour ouvre la porte à de futures contestations¹²³.

En effet, vu le standard de protection par *Roe*, les États ne pouvant plus bannir l'avortement se tournent vers des lois y limitant l'accès. La question se pose alors à savoir jusqu'où les États peuvent aller. La Cour élabore sur cette question dans *Planned Parenthood v. Casey*¹²⁴, rendue en 1992. Dans cette affaire, la Cour se penche sur une loi de la Pennsylvanie exigeant notamment qu'une femme voulant se faire avorter, si mariée, en notifie son mari, si mineure, obtienne le consentement des parents et dans tous les cas, attende vingt-quatre heures après l'émission du consentement de la femme enceinte pour obtenir la procédure¹²⁵. La Cour jugera constitutionnel l'ensemble des dispositions de cette loi à l'exception de celle sur la notification du mari¹²⁶.

¹²⁰ *Roe*, *supra* note 115 aux pp 162-63.

¹²¹ *Ibid* aux pp 163-65.

¹²² Donaldson, *supra* note 119 à la p 278.

¹²³ *Ibid* aux pp 278-79.

¹²⁴ *Planned Parenthood of Southeastern Pa v Casey*, 505 US 833 (1992) [*Casey*].

¹²⁵ *Ibid* à la p 844.

¹²⁶ *Ibid* aux pp 893-95 et 899-901.

L'analyse de la Cour est la suivante. Elle maintient ce qu'elle appelle les « trois piliers » de *Roe* relatif à l'avortement constitutionnellement protégé par le 14^e amendement et la clause de *due process*. Elle énonce qu'ils sont les suivants : que la femme a le droit de choisir de se faire avorter avant que le fœtus soit viable, que les États peuvent limiter l'accès à l'avortement une fois le fœtus viable et que les États ont un intérêt à agir légitime en la matière tout au long de la grossesse autant pour protéger la santé de la femme que pour protéger le potentiel de vie que représente le fœtus¹²⁷. La Cour va cependant rejeter l'approche de *Roe* basée sur les trimestres de la grossesse où, rappelons-le, les États ne pouvaient encadrer en aucune circonstance l'avortement dans le premier trimestre de la grossesse. La Cour adopte plutôt dans *Casey* une approche ayant comme point central la viabilité du fœtus¹²⁸. Cette approche reconnaît aux États tout au long de la grossesse un intérêt légitime de protection autant du potentiel de vie que de la santé de la femme et introduit un nouveau standard dans l'analyse d'une loi limitant l'avortement : le fardeau excessif (aux États-Unis, le *undue burden*)¹²⁹. Suivant ce standard, les États peuvent limiter l'accès à l'avortement pourvu que ladite limitation ne cause un fardeau excessif à la femme voulant se faire avorter¹³⁰. Reconnaisant l'intérêt légitime des États à agir tout au long de la grossesse, cela veut dire que si un État adopte une loi limitant l'accès à l'avortement qui ne cause pas un fardeau excessif aux femmes enceintes, cette loi, aux yeux de la Cour, sera constitutionnelle et ce même si elle limite l'accès à l'avortement avant même que le fœtus ne soit viable¹³¹. *Casey* est donc une victoire pour les États puisqu'ils peuvent dorénavant, s'ils sont en mesure de le justifier en vertu du standard du fardeau excessif, encadrer et limiter l'accès à l'avortement dans le premier trimestre de la grossesse. *Roe* les en empêchait. Tel que mentionné précédemment, dans *Casey*, la Cour a ainsi permis aux États d'exiger le consentement des parents d'une mineure voulant se faire avorter. Elle a aussi permis aux États de forcer la femme enceinte à suivre une consultation informative sur l'avortement et à attendre 24 heures après avoir donné son consentement avant de bénéficier de l'avortement. Le tout n'était pas, d'après la Cour suprême, un fardeau excessif. Par contre, elle tranche que l'obligation pour une femme enceinte de notifier son mari avant l'avortement correspond à un fardeau excessif.

L'utilisation du standard du fardeau excessif par la Cour dans l'évaluation de la constitutionnalité des lois encadrant l'avortement crée de nombreuses incertitudes. En effet, dans *Casey*, la Cour ne spécifie pas précisément ce qu'est un fardeau excessif pour une femme enceinte. Dans l'après *Casey*, certains auteurs affirment que ce standard s'apparente au contrôle minimal du fondement rationnel, mais plus exigeant. Aucun consensus n'existe sur la teneur exacte de ce fardeau excessif¹³². Néanmoins, *Casey* révèle que ce standard, donnant une plus grande latitude aux États, est assurément bien moins sévère que le standard du contrôle rigoureux du fondement

¹²⁷ *Ibid* à la p 846.

¹²⁸ *Ibid* à la p 872.

¹²⁹ *Ibid* à la p 874.

¹³⁰ *Ibid* à la p 875.

¹³¹ *Ibid* à la p 878.

¹³² Cathren Cohen, « Beyond Rational Belief: Evaluating Health-Justified Abortion Restrictions After Whole Woman's Health » (2018) 42:2 NYU Rev L & Soc Change 173 à la p 178.

rationnel établi dans *Roe* notamment dans le premier trimestre de la grossesse. Également, étant donné les diverses interprétations possibles du fardeau excessif, l'utilisation de ce standard ouvre la porte à une jurisprudence incertaine relative à la clause du *due process* du 14^e amendement, mais surtout, relativement au droit à l'accès à l'avortement¹³³.

Effectivement, après *Casey*, les États se mettent à adopter des *Targeted regulation of abortion providers laws (TRAP laws)* supposément au nom de leur intérêt légitime dans la protection de la santé et de la sécurité des femmes. Dans les faits, ces lois ne font que placer des obstacles rendant l'obtention d'un avortement plus difficile. En d'autres mots, elles ne font que limiter l'accès à l'avortement. En plus de tenter de dissuader la femme d'avoir recours à un avortement, comme c'était le cas dans *Casey*, ces lois s'attaquent aux cliniques fournissant les avortements. Par exemple, au nom de la santé des femmes subissant un avortement, ces cliniques doivent dorénavant se doter d'équipements médicaux spécifiques très dispendieux, mais qui dans les faits, sont totalement inutiles dans la pratique d'un avortement. N'ayant pas les moyens de se conformer aux exigences de ce type de lois, bien des cliniques durent fermer rendant ainsi l'avortement de moins en moins accessible de facto. À défaut de pouvoir déclarer l'avortement illégal, les États peuvent donc maintenant, en vertu de *Casey*, adopter des *TRAP laws* qui elles, rendent dans les faits l'avortement quasiment impraticable¹³⁴. D'ailleurs, des groupes pro-vie, en tant que lobbyistes, vont conseiller les législatures de différents États conservateurs dans la rédaction même de ces lois¹³⁵. En 2012, le président de American United for Life, l'un de ces groupes, vantera ainsi cette stratégie législative : « *As we're moving forward at the state level, we end up hollowing out Roe, even without the Supreme Court* »¹³⁶. Dans une autre déclaration en 2015, l'un des vice-présidents de la même organisation explique que « *[s]tates can't outlaw abortion. That does not mean there's a constitutional right to abortion being convenient* »¹³⁷. L'objectif de ces groupes demeure le même, à savoir qu'on ne pratique plus d'avortement. C'est plutôt la stratégie qui a changé. Au lieu de l'interdire *de jure*, on profite du nouveau cadre juridique pour l'interdire *de facto*.

Rendue en 2016 par la Cour suprême, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*¹³⁸ représente l'état du droit actuel aux États-Unis en matière d'accès à l'avortement. C'est dans cette affaire que la Cour a finalement clarifié la teneur du fardeau excessif établi dans *Casey* en 1992. Ce faisant, la Cour tranche aussi sur la légalité des *TRAP laws* ayant proliféré dans l'après *Casey*.

¹³³ Donaldson, *supra* note 119 à la p 280.

¹³⁴ *Ibid* à la p 281.

¹³⁵ Linda Greenhouse et Reva B Siegel, « The Difference a Whole Woman Makes : Protection for the Abortion Right After Whole Woman's Health » (2016-2017) 126 Yale LJ 149 aux pp 151-54.

¹³⁶ Emily Bazelon, « Charmaine Yoest's cheerful war on abortion » (4 novembre 2012), *The New York Times*, en ligne : <www.nytimes.com/2012/11/04/magazine/charmaine-yoests-cheerful-war-on-abortion.html>.

¹³⁷ Olga Khazan, « Planning the End of Abortion » (16 juillet 2015), *The Atlantic*, en ligne : <www.theatlantic.com/politics/archive/2015/07/what-pro-life-activists-really-want/398297/> [Khazan].

¹³⁸ *Whole Woman's Health v Hellerstedt*, 136 S Ct 2292 (2016) [*Whole Woman*].

La loi texane en cause dans *Whole Woman* est un parfait exemple de *TRAP laws*. Celle-ci, entrée en vigueur en 2013, stipule que les médecins travaillant dans des cliniques offrant des avortements aient des privilèges d'admission (capacité du médecin de faire admettre ses patients dans un hôpital spécifique afin qu'ils puissent y passer la nuit). La loi exige également que les cliniques offrant des avortements respectent les mêmes standards des centres de chirurgie ambulatoires¹³⁹. À première vue, ladite loi semble respecter le critère flou du fardeau excessif de *Casey* puisqu'elle semble protéger la santé des femmes. Cependant, dans les faits, avant l'entrée en vigueur de la loi, un peu plus de quarante cliniques offrant des avortements opéraient au Texas. Or, après l'entrée en vigueur, ne pouvant se conformer aux exigences de la loi, la moitié ferme ses portes¹⁴⁰.

Effectivement, la preuve présentée à la Cour démontre que les médecins pratiquant des avortements ne peuvent obtenir les privilèges d'admission exigés par la nouvelle loi. Un hôpital les accorde en fonction du nombre de patients qui y seront ultimement admis pour recevoir des traitements. Or, les faits révèlent qu'au cours des dix années précédant *Whole Woman*, plus de 17 000 avortements ont eu lieu à la clinique d'El Paso et de ce nombre aucune des patientes n'a dû être transférée à l'hôpital suite à des complications. Les hôpitaux ont donc intérêt à accorder les privilèges d'admission à des médecins qui pourront en bénéficier et non pas à ceux qui n'auront vraisemblablement pas à les utiliser¹⁴¹. La preuve révèle également que pour se conformer à l'exigence de respecter les mêmes standards que ceux des centres de chirurgie ambulatoires, les cliniques offrant des avortements doivent faire en moyenne un investissement d'environ 1.5 à 3 millions de dollars et des travaux d'envergure pour adapter la clinique¹⁴². Ces exigences étant très difficiles à rencontrer, la Cour constate donc que les cliniques ferment.

Les jugements de première et deuxième instance illustrent parfaitement l'ambiguïté du standard du fardeau excessif. En première instance, on détermine que la loi viole le standard du fardeau excessif et donc qu'elle est inconstitutionnelle. En appel, on déclare plutôt qu'en application de *Casey*, le standard du fardeau excessif est respecté. On avance que la loi est constitutionnelle dès lors que l'État l'ayant adoptée déclare l'avoir fait dans le but de protéger la santé des femmes. De plus, aucune preuve ne serait nécessaire pour démontrer que la loi, dans les faits, sert réellement la santé des femmes¹⁴³. Cette interprétation du fardeau excessif donne donc carte blanche aux États. En effet, aussitôt qu'un État invoquerait son intérêt légitime dans la protection de la santé des femmes, ces lois limitant l'accès à l'avortement des États ne seraient alors même plus sujettes au contrôle judiciaire¹⁴⁴.

La Cour suprême renverse cette interprétation du fardeau excessif¹⁴⁵. Face à une telle loi, la Cour confirme que les tribunaux doivent mettre en balance les

¹³⁹ *Ibid* aux pp 2302-03.

¹⁴⁰ *Ibid* à la p 2301.

¹⁴¹ *Ibid* aux pp 2311-12.

¹⁴² *Ibid* aux pp 2315-16.

¹⁴³ *Ibid* aux pp 2303-04.

¹⁴⁴ Donaldson, *supra* note 119 à la p 288.

¹⁴⁵ *Whole Woman*, *supra* note 138 aux pp 2309-10.

avantages d'une loi et les barrières qu'elle impose à l'accès à l'avortement¹⁴⁶. Un droit constitutionnel étant en jeu, la Cour rappelle également que l'examen judiciaire des preuves soutenant l'intérêt légitime d'un État de légiférer en matière d'accès à l'avortement est une part essentielle de l'évaluation par les tribunaux du standard du fardeau excessif¹⁴⁷. La Cour confirme l'importance capitale de la preuve scientifique présentée justifiant ou non la nécessité d'une telle loi. Ce faisant, la Cour détermine que la loi texane ne procure aucun bénéfice à la santé des femmes¹⁴⁸ et qu'en réalité elle nuirait plutôt à celle-ci en entraînant la fermeture des cliniques offrant l'avortement¹⁴⁹. En d'autres mots, la Cour confirme que si l'État veut limiter l'accès à l'avortement au nom de son intérêt légitime qu'est la protection de la femme, il devra prouver que ladite limitation est justifiée médicalement et scientifiquement. En l'espèce, la Cour déclare que les exigences d'avoir des privilèges d'admission et de se conformer aux standards des centres de chirurgie ambulatoires ne procurent aucun avantage médical aux femmes enceintes. Ce faisant, les limitations à l'accès à l'avortement découlant de ces exigences ne peuvent être justifiées¹⁵⁰. Rappelons que tel que mentionné en introduction, l'OMS confirme que l'avortement pratiqué selon ses standards est l'une des procédures médicales les plus sûres¹⁵¹.

La Cour précise aussi que dans l'évaluation du fardeau excessif, les tribunaux doivent accorder autant d'importance aux avantages d'une restriction à l'avortement qu'à ses inconvénients. Ce faisant, la Cour reconnaît que les *TRAP laws* peuvent avoir des effets considérables sur la santé des femmes. Effectivement, la Cour reconnaît qu'une telle loi a entraîné la fermeture de la moitié des cliniques au Texas offrant des avortements et que ces fermetures signifient moins de médecins, de plus longues listes d'attente et dans certains cas, de grandes distances à parcourir (plus de 150 miles) pour obtenir un avortement. La Cour constate que ces effets sont réels et entraînent une dégradation des conditions dans lesquelles une femme choisit d'exercer son droit à l'avortement. Dans son analyse à savoir si une restriction constitue un fardeau excessif, la Cour confirme qu'il est également nécessaire de considérer comment la restriction altère les conditions dans lesquelles une femme exerce son droit à l'avortement¹⁵².

Whole Woman est d'une importance capitale puisque, comme l'écrit la juge Ginsburg dans son opinion concordante, en exigeant des États des explications rationnelles relatives à leurs lois en matière d'avortement, ceux-ci ne pourront plus défendre les *TRAP laws* comme étant des lois protégeant les femmes¹⁵³. *Whole Woman* a permis de déclarer inconstitutionnelles plusieurs *TRAP laws*¹⁵⁴ et donc constitue une victoire pour le droit des femmes à l'avortement.

¹⁴⁶ *Ibid* à la p 2309.

¹⁴⁷ *Ibid* à la p 2310.

¹⁴⁸ *Ibid* aux pp 2312-13 et 2315.

¹⁴⁹ *Ibid* à la p 2318.

¹⁵⁰ *Ibid* à la p 2300.

¹⁵¹ WHO et Department of Reproductive Health and Research, *supra* note 7 à la p 1.

¹⁵² *Whole Woman*, *supra* note 138 à la p 2313.

¹⁵³ *Ibid* aux pp 2320-21.

¹⁵⁴ Voir notamment *Whole Woman*, *ibid* à la p 4.

B. L'accès à l'avortement dans les faits aux États-Unis

Avec *Whole Woman*, le standard de protection constitutionnelle du droit à l'avortement est renforcé, mais l'avortement est-il dans les faits accessible? Menée par un groupe de chercheuses d'universités californiennes, une étude¹⁵⁵ publiée en 2018 évaluant cette accessibilité à l'échelle nationale démontre à quel point, bien que formellement reconnu, l'avortement demeure dans les faits difficilement accessible pour bien des Américaines.

Normalement, 95 % des avortements sont pratiqués dans des cliniques spécialisées en la matière. Cependant, ce nombre de cliniques a diminué dans la moitié des États américains entre 2011 et 2014. Certains États ont connu une diminution de 22 %. L'étude rappelle également que 90 % des comtés américains n'ont pas d'établissement offrant des services d'avortement et que conséquemment une femme enceinte voulant se faire avorter doit dans la majorité des cas se déplacer à l'extérieur de son comté¹⁵⁶.

Ces déplacements nécessitent du temps, des coûts reliés aux transports et dans les cas où les femmes enceintes ont des enfants, des coûts reliés à leur garde durant leur absence. Ils entraînent des pertes de revenus et dans les cas où la femme enceinte est aux études, celle-ci doit s'absenter de ses cours. Ce faisant, la femme enceinte doit dans certains cas révéler la raison du déplacement et donc être sujette à une stigmatisation liée à l'avortement laquelle est très mal vue dans bien des États conservateurs. Surtout, ces déplacements entraînent des délais qui peuvent dans certains cas l'empêcher d'obtenir l'avortement légalement dans certains États selon les restrictions mises en place¹⁵⁷.

L'étude constate l'existence de vingt-sept « déserts de l'avortement » aux États-Unis. Un tel désert correspond à une ville où ses résidents doivent voyager plus de 160 km pour atteindre un établissement où on offre de faire des avortements. Ces déserts se trouvent dans quinze États américains principalement dans le sud et le Midwest. Avec dix, l'État en comptant le plus est le Texas. À titre d'exemple, à Rapid City, habitée par près de 68 000 personnes et deuxième ville d'importance du Dakota du Sud, une femme voulant un avortement doit parcourir 512 km. Six États (Missouri, Dakota du Sud, Dakota du Nord, Virginie de l'Ouest, Kentucky, Mississippi) n'ont qu'un seul établissement pratiquant des avortements. Dans ces cas précis ainsi que dans d'autres déserts, réussir à se faire avorter de façon sécuritaire et légale peut se révéler extrêmement difficile, et ce, particulièrement pour les femmes les plus pauvres. Ces dernières dans certains cas ne peuvent tout simplement pas couvrir les coûts rattachés au transport et doivent épargner en vue de l'avortement. Or, au Dakota du Sud et au Dakota du Nord, l'avortement est prohibé respectivement une fois la 14^e et 16^e semaine de grossesse dépassée laissant ainsi peu de temps aux femmes pour épargner. Ultiment, certaines femmes se voient dans l'impossibilité de se faire

¹⁵⁵ Alice F Cartwright et al, « Identifying National Availability of Abortion Care and Distance from Major US Cities : Systematic Online Search » (2018) 20:5 Journal of Medical Internet Research 1.

¹⁵⁶ *Ibid* à la p 2.

¹⁵⁷ *Ibid* à la p 3.

avorter et doivent mener leur grossesse à terme, et ce, bien que le droit à l'accès à l'avortement soit protégé par diverses décisions de la Cour suprême. Dans les faits, certaines femmes ne peuvent se prévaloir de leur droit et ces femmes sont généralement les plus démunies¹⁵⁸. Notons également que le Dakota du Sud, comme plusieurs autres États conservateurs tels la Louisiane et le Mississippi, ne prévoit pas d'exception en cas de malformation du fœtus permettant l'avortement une fois la date butoir l'interdisant dépassée¹⁵⁹.

De plus, comme le révèle le Guttmacher Institute¹⁶⁰, un centre de recherche américain spécialisé en droits reproductifs, malgré les décisions de la Cour suprême, notamment *Whole Woman*, en date du 1^{er} avril 2019, les législatures des différents États conservateurs continuent d'adopter des lois attaquant le droit à l'avortement. Un rapport de ce centre de recherche indique que trois États ont tenté de l'interdire tout au long de la grossesse et cinq ont tenté de l'interdire à la 6^e semaine par l'entremise des *heart beat laws* que nous aborderons plus loin. Des ordonnances des tribunaux les en ont tous empêchés. Cependant, dans quarante-trois États, l'accès à l'avortement est bel et bien limité à partir d'un certain point de la grossesse. Par exemple, vingt-deux États interdisent l'avortement à partir d'un certain point entre la treizième et vingt-quatrième semaine de la grossesse et vingt États l'interdisent à partir du moment où le fœtus est viable soit entre la vingt-quatrième et vingt-huitième semaine.

C. Avortement, politique et balance de pouvoir à la Cour suprême américaine

On assiste depuis 2010 à une hausse incroyable de ces lois limitant l'accès à l'avortement en l'interdisant après un certain nombre de semaines ou en imposant des exigences auxquelles les cliniques ne peuvent répondre les forçant ainsi à fermer. Effectivement, le tiers des restrictions à l'avortement depuis *Roe* ont été adoptées depuis 2010¹⁶¹. Ces restrictions fonctionnent, car les cliniques ne pouvant généralement pas se conformer aux nouvelles réglementations sont dans l'obligation de fermer leurs portes¹⁶². Cela contribue donc à l'essor de nouveaux déserts de l'avortement.

L'actuel président républicain Donald Trump affirme haut et fort qu'il est pro-vie¹⁶³ et qu'il nommera exclusivement des juges pro-vie afin de renverser *Roe*.

¹⁵⁸ *Ibid* aux pp 5 et 6.

¹⁵⁹ Ashley Edwards, « I need an abortion – Now what? » *Refinery 29*, en ligne : <www.refinery29.com/en-us/2019/01/217375/abortion-clinics-laws-map>.

¹⁶⁰ Guttmacher Institute, « State bans on abortion throughout pregnancy » (1er février 2020), *Guttmacher Institute*, en ligne : <www.guttmacher.org/state-policy/explore/state-policies-later-abortions>.

¹⁶¹ Guttmacher Institute, « Trends in state abortion restrictions » 2 janvier 2018, *Guttmacher Institute*, en ligne : <www.guttmacher.org/infographic/2018/trends-state-abortion-restrictions-2017>.

¹⁶² Voir notamment à propos des effets des restrictions sur les cliniques pratiquant des avortements : Carole Joffé, « The Struggle to Save Abortion Care » (2018) 17:3 *American Sociological Association* 22 aux pp 24-27.

¹⁶³ Groppe, *supra* note 2.

Or, c'est ce qu'il fait puisque les nominations des juges Brett Kavanaugh¹⁶⁴ et Neil Gorsuch¹⁶⁵ à la Cour suprême ont été chaudement accueillies par les groupes pro-vie.

La stratégie de ces groupes avec l'arrivée du président Trump est maintenant d'influencer les législatures des États afin que ces derniers adoptent des lois qui oui, ne respecteraient pas le droit comme prévu dans *Whole Woman*, mais donneraient à une Cour suprême composée de nouveaux membres l'opportunité de renverser *Roe* ou d'affaiblir son standard comme cela avait été le cas dans *Casey* où la Cour faisant davantage preuve de déférence à l'égard des décisions des États en matière d'accès à l'avortement¹⁶⁶. Les récentes *heart beat laws* en Géorgie¹⁶⁷, au Mississippi¹⁶⁸ et au Kentucky¹⁶⁹ en sont de parfaits exemples. Ces lois prohibent l'avortement dès le moment où on décerne un battement de cœur du fœtus. Généralement, cela correspond à la sixième semaine de la grossesse. Or, dans bien des cas où la grossesse n'est pas prévue, la femme enceinte découvre qu'elle l'est seulement après avoir manqué deux fois ses menstruations, soit environ à la huitième semaine. En plus, considérant le peu de cliniques fournissant des avortements dans ces États, celles découvrant leur grossesse avant la sixième semaine se retrouvent avec très peu de temps pour obtenir leur avortement dans les temps dans une de ces dites cliniques. Ces *heart beat laws* sont adoptées, mais immédiatement contestées devant les tribunaux. Appliquant les précédents, notamment *Whole Woman*, les cours de première instance suspendent temporairement leur application, mais l'affaire est aussitôt portée en appel. L'objectif est de se retrouver devant la Cour suprême maintenant dominée par des juges conservateurs depuis les nominations de Gorsuch et Kavanaugh et le départ d'Anthony Kennedy qui était d'accord avec la majorité dans *Whole Woman*¹⁷⁰.

C'est ce qui survient dans l'affaire *June Medical Services, LLC v Gee*¹⁷¹. Toutefois, la Cour suprême en a surpris plus d'un lorsqu'elle a déterminé dans un vote 5-4 que la loi de la Louisiane contestée, pratiquement identique à la *TRAP law* du Texas dans *Whole Woman*, n'entrerait pas en application avant que la Cour n'ait tranché l'affaire sur le fond. En effet, la nouvelle majorité conservatrice de la Cour aurait très bien pu décidé que la loi, imposant aux médecins pratiquant des

¹⁶⁴ Ed Kilgore, « If Kavanaugh respects abortion rights, why are anti-abortion groups celebrating his confirmation ? » (8 octobre 2018), *Intelligencer*, en ligne : <nymag.com/intelligencer/2018/10/anti-abortion-groups-are-celebrating-kavanaugh-confirmation.html>.

¹⁶⁵ Eliana Dockterman, « What Neil Gorsuch means in the battle over abortion rights » (10 février 2017), *Time*, en ligne : <time.com/4652322/donald-trump-gorsuch-abortion/>.

¹⁶⁶ Linda Greenhouse, « The flood of court cases that threaten abortion » (28 mars 2019) *The New York Times*, en ligne : <www.nytimes.com/2019/03/28/opinion/abortion-supreme-court.html>.

¹⁶⁷ Gaydos, Mosley et Narasimhan, *supra* note 4.

¹⁶⁸ Timothy Williams et Alain Blinder, « Mississippi bans abortion if heartbeat can be heard. Expect a legal fight » (21 mars 2019), *The New York Times*, en ligne : <www.nytimes.com/2019/03/21/us/abortion-laws-states.html>.

¹⁶⁹ Mervosh, *supra* note 5.

¹⁷⁰ Gabriela Resto-Montero, « Judge stays Kentucky's fetal heartbeat bill, keeping the state's lone abortion clinic open – for now » (16 mars 2019), *Vox*, en ligne : <www.vox.com/policy-and-politics/2019/3/16/18268651/kentucky-fetal-heartbeat-abortion-ban-judge>.

¹⁷¹ *June Medical Services, LLC v Russo* (rôle 18-1323), intitulé *June Medical Services, LLC v Gee* au moment de la rédaction de l'article.

avortements d'avoir des privilèges d'admission dans un hôpital à un maximum de 30 milles de leur clinique, s'appliquerait entre-temps. Or, bien que les juges Gorsuch et Kavanaugh étaient de cet avis, le juge en chef Roberts, ayant voté contre la majorité dans *Whole Woman*, s'est plutôt joint à ses collègues plus libéraux, et ainsi, a rendu cela impossible.¹⁷² L'application de cette loi aurait entraîné la fermeture de la majorité des cliniques spécialisées en avortement comme cela avait été le cas avec la loi du Texas dans *Whole Woman*. D'ailleurs, le juge Kavanaugh a choisi d'expliquer sa position dans une dissidence qui clairement remet en cause *Whole Woman*¹⁷³. Il est impossible de prévoir comment le juge en chef Roberts votera lorsque la Cour tranchera cette affaire sur le fond, mais quant aux affaires subséquentes, son vote pourrait s'avérer non pertinent puisque le juge Ginsburg, fortement en faveur d'un fort droit d'accès à l'avortement, a aujourd'hui 86 ans. Sa santé étant fragile, il est possible que le président Trump, surtout s'il demeure au pouvoir pour un deuxième mandat, ait l'occasion de nommer un autre juge pro-vie créant ainsi assurément une majorité de juges conservateurs pro-vie à la Cour suprême¹⁷⁴.

III. Les États-Unis respectent-ils leurs obligations en matière d'accès à l'avortement en vertu du Pacte?

Rappelons tout d'abord que le droit à l'avortement n'est pas prévu expressément au *PIDCP* tout comme il ne l'est pas dans la Constitution américaine. Tel que développé précédemment, le CDH, à travers sa « jurisprudence », est venu à protéger le droit à l'avortement par l'entremise de l'interprétation de divers droits prévus au *PIDCP*. C'est aussi le cas avec la Constitution américaine où la Cour suprême en est venue à le protéger constitutionnellement en vertu non pas de plusieurs droits, mais seulement un ; celui du droit à la vie privée découlant du 14^e amendement. Les Américaines bénéficient donc d'un droit constitutionnalisé leur donnant formellement le droit à un avortement sur demande jusqu'à un certain point de leur grossesse. On peut donc dire que le régime américain en matière d'avortement figure, sur papier, comme l'un des plus libéraux au monde¹⁷⁵.

Cependant, comme précédemment expliqué, bien que reconnu formellement, pour plusieurs Américaines, exercer leur droit à l'avortement se révèle très complexe lorsque ces dernières résident dans un désert de l'avortement. Ceci fait donc en sorte que dans les faits, bien que le droit à l'avortement y soit constitutionnalisé, les États-Unis ne remplissent pas leurs obligations juridiques positives relatives à l'avortement

¹⁷² Jordan Smith, « What Brett Kavanaugh's dishonest anti-abortion dissent reveals about his Supreme Court agenda » (17 février 2019), *The Intercept*, en ligne : <theintercept.com/2019/02/17/louisiana-abortion-law-brett-kavanaugh-dissent/>.

¹⁷³ Khazan, *supra* note 137.

¹⁷⁴ Lydia Wheeler, « Supreme Court's future rides on Ginsburgh's health » (22 novembre 2018), *The Hill*, en ligne : <thehill.com/regulation/court-battles/417809-supreme-courts-future-rides-on-ginsburgh-health/>.

¹⁷⁵ Guillaume Agnès et Clémentine Rossier, « L'avortement dans le monde. État des lieux des législations, mesures, tendances et conséquences » (2018) 73:2 *Population* 225 aux pp 244-45.

en vertu du *PIDCP*¹⁷⁶.

Le CDH a déterminé que le *PIDCP* conférait des protections en matière de droit à l'avortement, mais il l'a fait dans des circonstances particulières : quand l'avortement est nécessaire pour sauver la vie de la femme enceinte, pour préserver sa santé, quand la grossesse résulte d'un viol ou d'inceste et quand le fœtus souffre d'une malformation sévère. Le CDH a à plusieurs occasions rappelé notamment dans les *affaires KL* et *L.M.R.* que dans ces circonstances, pour qu'un État remplisse ses obligations en vertu du *PIDCP*, il doit s'assurer lorsque l'avortement est légal qu'il soit également accessible. Or, rappelons-nous l'étude révélant qu'une femme américaine de Rapid City au Dakota du Sud voulant se faire avorter doit parcourir 512 km pour atteindre un établissement le lui permettant. Dans *Mellet*, où la femme était enceinte d'un fœtus souffrant d'une malformation sévère, le CDH énonce vu ces circonstances que forcer une femme à se déplacer à l'étranger pour obtenir un avortement a été l'un des facteurs contribuant à son état de détresse qui ultimement, d'après le CDH, correspond à un traitement cruel, inhumain et dégradant violant ainsi l'article 7 du *PIDCP*. Dans *Mellet*, la femme a dû parcourir 268 km entre Dublin, l'hôpital où elle était suivie en Irlande, et Liverpool en Angleterre, là où elle a eu son avortement.

L'expérience vécue par *Mellet* n'est pas une expérience que vivent exclusivement les Irlandaises. En effet, des Américaines, notamment de Rapid City, ont vécu, vivent et vivront le même sentiment de détresse lorsqu'elles apprendront que le fœtus qu'elles portent souffre d'une malformation sévère et ne verra jamais le jour. Ces Américaines vivront alors exactement ce que *Mellet* aura vécu et donc, tout comme *Mellet*, leur droit à la vie privée (art. 17 du *PIDCP*), leur droit de ne pas subir de traitement cruel, inhumain et dégradant (art. 7) et leur droit à la non-discrimination (art. 26) ne seront pas respectés. Il est vrai par contre qu'en Irlande, *Mellet* ne pouvait tout simplement pas se faire avorter, car elle aurait enfreint la loi, tandis qu'aux États-Unis ce n'est pas le cas. Cependant, ultimement, le résultat est le même, la concernée ne peut se faire avorter et dans ces circonstances cela correspond à une violation de ses droits prévus au *PIDCP*.

Ajoutons toutefois une nuance quant à l'article 7 du *PIDCP* puisque comme expliqué précédemment, les États-Unis ont émis une réserve à cet article stipulant qu'il s'y conformait dans la mesure où l'expression traitements cruels, inhumains et dégradants s'entend comme ceux interdits par la Constitution américaine. Or, tel qu'expliqué, la Cour suprême américaine n'a pas déterminé que le droit à l'avortement était protégé par la Constitution parce qu'interdire à une femme enceinte de bénéficier d'un avortement pourrait constituer un traitement cruel, inhumain et dégradant en vertu de ladite Constitution. La Cour a plutôt inféré le droit à l'avortement du droit à la vie privée découlant du 14^e amendement de la Constitution. Ce faisant, on conclut que l'expression traitements cruels, inhumains et dégradants du *PIDCP* ne s'entend pas comme ceux interdits par la Constitution américaine. Donc, en vertu de la réserve émise, cette disposition du *PIDCP* ne peut s'appliquer relativement à l'accès à l'avortement. Cette situation permet d'illustrer comment une

¹⁷⁶ Rachel Rebouché, « Abortion Rights as Human Rights » (2016) 25:6 Social & Legal Studies 765 aux pp 774-76.

réserve à un traité peut énormément limiter la portée sensée être universelle de ce dernier¹⁷⁷.

Le droit à la vie prévu à l'article 6 du *PIDCP* est aussi violé par les États-Unis. Effectivement, tel que mentionné précédemment, l'*Observation générale n° 36 sur le droit à la vie* permet aux États parties d'adopter des mesures encadrant l'avortement pourvu que ces dernières ne violent aucun droit prévu au *PIDCP*. Or, comme expliqué, les mesures adoptées par les États-Unis en la matière, les *TRAP laws*, violent plusieurs droits prévus au *PIDCP* : le droit à la vie privée, le droit de ne pas subir de traitement cruel, inhumain ou dégradant et le droit à la non-discrimination. Ce faisant, le droit à la vie des femmes enceintes est violé aux États-Unis. D'ailleurs, rappelons que depuis 2010, les États-Unis adoptent de façon effrénée ce type de mesure servant de barrières limitant l'accès à l'avortement. De plus, la même observation stipule que les États parties doivent fournir un accès à l'avortement sécuritaire, légal et effectif afin de protéger la vie et la santé de la femme enceinte et afin de s'assurer qu'une femme n'ait pas obligatoirement à mener à terme une grossesse lui engendrant une souffrance ou une douleur considérable. Évidemment, puisque les *TRAP laws* entraînent la fermeture des cliniques offrant les avortements et ainsi créent des déserts de l'avortement, les États-Unis ne s'acquittent pas de leur obligation de s'assurer que les femmes aient accès à un avortement sécuritaire, légal et effectif.

Ne reconnaissant pas explicitement dans leur texte respectif le droit à l'accès à l'avortement, autant le *PIDCP* que la Constitution américaine en sont venus à le protéger par l'entremise d'une interprétation large et libérale d'autres droits. Du côté du *PIDCP*, c'est à travers le droit à la vie (art. 6), le droit de ne pas subir de traitement cruel, inhumain et dégradant (art. 7), le droit à la vie privée (art. 17) et le droit à la non-discrimination (art. 26) que s'est développé un droit à l'avortement dans certaines circonstances bien précises. Du côté américain, la Cour suprême américaine a plutôt basé le droit à l'avortement sur un seul droit : le droit à la vie privée reconnu dans le 14^e amendement de la Constitution. La comparaison entre les protections que confère le 14^e amendement aux Américaines en matière d'avortement avec celles que confère le *PIDCP* illustre que ce dernier offre dans les faits davantage de protection que la Constitution américaine. Ceci a aussi permis de démontrer que bien qu'un droit soit reconnu, et ce même dans une Constitution, si ce dernier ne peut être exercé, ce dernier devient inutile. Effectivement, dans le cadre américain, le droit à l'avortement peut être limité dans les circonstances propres à l'interprétation du 14^e amendement et du droit à la vie privée. Dans le cadre du *PIDCP*, justifier la limitation se révèle alors bien plus ardu étant donné le plus grand nombre de droits mis en cause. Ceci fait en sorte que le droit à l'avortement en vertu du *PIDCP* repose sur des assises bien plus

¹⁷⁷ Fellmeth, *supra* note 19 aux pp 991-94.

solides que le droit à l'avortement constitutionnellement protégé aux États-Unis¹⁷⁸.

La situation actuelle politique aux États-Unis révèle d'ailleurs parfaitement à quel point le droit à l'avortement n'y tient qu'à un fil et à quel point ce dernier est tributaire du climat politique. Effectivement, six États (Arkansas, Kentucky, Louisiane, Mississippi, Dakota du Nord et Dakota du Sud) ont déjà adopté des lois appelées *Trigger laws* qui, aussitôt que *Roe* serait renversée par la Cour suprême, rendraient l'avortement illégal. En violation claire des obligations américaines en matière d'avortement en vertu du *PIDCP*, la majorité de ces lois ne prévoit aucune exception advenant que la grossesse soit le résultat d'inceste ou d'un viol¹⁷⁹.

Bref, aux États-Unis, le droit à l'avortement est menacé plus que jamais. Il est impossible de prédire l'avenir quant à savoir si une éventuelle majorité conservatrice à la Cour suprême viendra renverser *Roe* ou considérablement l'affaiblir faisant en sorte que les Américaines soient à la merci des législateurs de leur État respectif. Quoi qu'il arrive, force est de constater que l'avortement n'est pas juridiquement adéquatement protégé et que peu de solutions juridiques s'offrent aux militants pro-choix. L'importance d'une mobilisation politique pro-choix est alors capitale. Cette situation révèle donc toute la pertinence et l'utilité du droit international en matière de droits humains qui aurait pu venir en aide aux Américaines sur une base individuelle si les États-Unis avaient ratifié le *Protocole se rapportant au PIDCP* permettant ce mécanisme de plainte. Il est vrai que les constatations du CDH ne sont pas formellement contraignantes, mais n'en demeure pas moins qu'une telle constatation de violation par les États-Unis aurait un poids politique et moral considérable¹⁸⁰.

Pour conclure, indépendamment de notre avis sur la protection dont devrait bénéficier le fœtus, peut-être serait-il pertinent de reconnaître que les restrictions à l'accès à l'avortement ne sont pas une solution et ne protègent pas le fœtus. Comme mentionné précédemment, l'OMS révèle que plus le cadre légal permettant l'avortement est large, moins il y a de décès résultant d'avortements clandestins¹⁸¹. Or, les chiffres révèlent également que l'augmentation du nombre de restrictions à l'accès à l'avortement n'entraîne pas de baisse significative du nombre d'avortements. Les femmes continueront de se faire avorter et conséquemment, ces restrictions n'entraînent qu'une augmentation du nombre de ces avortements clandestins non sécuritaires menaçant la vie des femmes enceintes¹⁸².

D'ailleurs, le fait que le CDH ait déterminé que l'accès à un avortement légal et sécuritaire est à l'intersection de plusieurs droits humains démontre à quel point cet accès peut être nécessaire et fondamental dans la vie des femmes.

¹⁷⁸ Joyce, *supra* note 100 à la p 39.

¹⁷⁹ Kate Smith, « Abortion would immediately be illegal in these states if Roe v. Wade is overturned » (2 avril 2019), *CBS*, en ligne : <www.cbsnews.com/news/abortion-law-abortion-automatically-illegal-roe-vs-wade-overturned-2019-04-02/>.

¹⁸⁰ Voir notamment Delas, Thouvenot et Bergeron Boutin, *supra* note 38 à la p 33.

¹⁸¹ WHO, *supra* note 9 à la p 65.

¹⁸² Singh et al, *supra* note 10 à la p 4.

En fin de compte, personne ne gagne. Ni les pro-vies et ni les pro-choix. Par contre, une chose demeure certaine, un groupe bien précis en ressort perdant et ce groupe, ce sont les femmes. Donc, comme c'est leur vie qui est en jeu, peut-être serait-il temps qu'aux États-Unis, on laisse les femmes choisir ce dont elles veulent faire de leur propre corps et ultimement, de leur propre vie.