

"Source : *Les crimes contre le fœtus*, 112 pages, Commission de réforme du droit du Canada, 1989. Reproduit avec la permission du ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2010."



Commission de réforme du droit
du Canada

Law Reform Commission
of Canada

PROTECTION DE LA VIE

les crimes contre le foetus

Document de travail 58

Canada

Rapports et documents de travail de la Commission de réforme du droit du Canada

Rapports au Parlement

1. *La preuve** (19 déc. 1975)
2. *Principes directeurs — Sentences et mesures non sentencielles dans le processus pénal** (6 fév. 1976)
3. *Notre droit pénal* (25 mars 1976)
4. *L'expropriation** (8 avril 1976)
5. *Le désordre mental dans le processus pénal** (13 avril 1976)
6. *Le droit de la famille** (4 mai 1976)
7. *L'observance du dimanche** (19 mai 1976)
8. *La saisie des rémunérations versées par la Couronne du chef du Canada** (19 déc. 1977)
9. *Procédure pénale — Première partie : amendements divers** (23 fév. 1978)
10. *Les infractions sexuelles** (29 nov. 1978)
11. *Le chèque** (8 mars 1979)
12. *Le vol et la fraude** (16 mars 1979)
13. *Les commissions consultatives et les commissions d'enquête** (18 avril 1980)
14. *Le contrôle judiciaire et la Cour fédérale** (25 avril 1980)
15. *Les critères de détermination de la mort** (8 avril 1981)
16. *Le jury** (28 juill. 1982)
17. *L'outrage au tribunal** (18 août 1982)
18. *L'obtention de motifs avant la formation d'un recours judiciaire — Commission d'appel de l'immigration** (16 déc. 1982)
19. *Le mandat de main-forte et le télémandat** (22 juill. 1983)
20. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (11 oct. 1983)
21. *Les méthodes d'investigation scientifiques : l'alcool, la drogue et la conduite des véhicules** (10 nov. 1983)
22. *La communication de la preuve par la poursuite* (15 juin 1984)
23. *L'interrogatoire des suspects* (19 nov. 1984)
24. *Les fouilles, les perquisitions et les saisies* (22 mars 1985)
25. *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne* (12 juin 1985)
26. *Les organismes administratifs autonomes** (23 oct. 1985)
27. *La façon de disposer des choses saisies* (24 avril 1986)
28. *Quelques aspects du traitement médical et le droit pénal** (12 juin 1986)
29. *L'arrestation* (6 nov. 1986)
30. *Pour une nouvelle codification du droit pénal, vol. 1* (3 déc. 1986)
31. *Pour une nouvelle codification du droit pénal — Édition révisée et augmentée du rapport n° 30* (19 mai 1988)
32. *Notre procédure pénale* (21 juin 1988)
33. *Expropriation** (1975)
34. *Les confins du droit pénal : leur détermination à par de l'obscénité** (1975)
35. *Emprisonnement — Libération** (1975)
36. *Les divorcés et leur soutien** (1975)
37. *Le divorce** (1975)
38. *Processus pénal et désordre mental** (1975)
39. *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire** (1975)
40. *Responsabilité pénale et conduite collective** (1976)
41. *Les commissions d'enquête — Une nouvelle loi** (1977)
42. *La Cour fédérale — Contrôle judiciaire** (1977)
43. *Le vol et la fraude — Les infractions** (1977)
44. *L'outrage au tribunal — Infractions contre l'administration de la justice** (1977)
45. *Les paiements par virement de crédit** (1978)
46. *Infractions sexuelles** (1978)
47. *Les critères de détermination de la mort** (1979)
48. *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux** (1979)
49. *Les organismes administratifs autonomes** (1980)
50. *Le traitement médical et le droit criminel** (1980)
51. *Le jury en droit pénal** (1980)
52. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (1982)
53. *Partie générale : responsabilité et moyens de défense* (1982)
54. *Les pouvoirs de la police : les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal** (1983)
55. *Les dommages aux biens — Le vandalisme* (1984)
56. *L'interrogatoire des suspects** (1984)
57. *L'homicide* (1984)
58. *Les méthodes d'investigation scientifiques** (1984)
59. *Le libelle diffamatoire* (1984)
60. *Les dommages aux biens — Le crime d'incendie* (1984)
61. *La juridiction extra-territoriale* (1984)
62. *Les voies de fait* (1984)
63. *Les procédures postérieures à la saisie* (1985)
64. *Le statut juridique de l'Administration fédérale** (1985)
65. *L'arrestation** (1985)
66. *La bigamie* (1985)
67. *Les techniques de modification du comportement et le droit pénal* (1985)
68. *Les crimes contre l'environnement** (1985)
69. *La responsabilité secondaire : complicité et infractions inchoatives* (1985)
70. *L'omission, la négligence et la mise en danger* (1985)
71. *La surveillance électronique* (1986)
72. *L'intrusion criminelle* (1986)
73. *Les crimes contre l'État* (1986)
74. *La propagande haineuse** (1986)
75. *Droit, objectifs publics et observation des normes** (1986)
76. *Les poursuites privées* (1986)
77. *La pollution en milieu de travail* (1986)
78. *La classification des infractions* (1986)
79. *Le document d'inculpation* (1987)
80. *L'accès du public et des médias au processus pénal* (1987)
81. *Les mesures assurant la comparution, la mise en lib provisoire et la détention avant le procès* (1988)

Documents de travail

1. *Le tribunal de la famille** (1974)
2. *La notion de blâme — La responsabilité stricte** (1974)
3. *Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence** (1974)
4. *La communication de la preuve** (1974)
5. *Le dédommagement et l'indemnisation** (1974)
6. *L'amende** (1974)
7. *La déjudiciarisation** (1975)
8. *Les biens des époux** (1975)

La Commission a également publié au-delà de soixante-dix documents d'étude portant sur divers aspects du droit. Pour obtenir le catalogue des publications, écrire à : Commission de réforme du droit du Canada, 130 rue Albert, Ottawa (Ontario) OL6, ou Bureau 310, Place du Canada, Montréal (Québec) H3B 2N2.

* Ces documents sont épuisés mais ils peuvent être consultés dans de nombreuses bibliothèques.

LES CRIMES
CONTRE
LE FŒTUS

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à :

Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7^e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

© Commission de réforme du droit du Canada 1989
N° de catalogue J32-1/58-1989
ISBN 0-662-56432-4

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail 58

LES CRIMES
CONTRE
LE FŒTUS

1989

Avis

Ce document de travail présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. Son opinion définitive sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire à l'adresse suivante:

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

La Commission

M. le juge Allen M. Linden, président
M^e Gilles Létourneau, vice-président
M^e Joseph Maingot, c.r., commissaire
M^e John Frecker, commissaire
M^{me} la juge Michèle Rivet, commissaire

Secrétaire

François Handfield, LL.L.

Coordonnateur de la section de recherche sur la protection de la vie

Edward W. Keyserlingk, LL.M., Ph.D.*

Conseillers principaux

Patrick Fitzgerald, M.A. (Oxon.)
Joseph Gilhooly, M.A.

Conseillers

Jean-Louis Baudouin, Docteur en droit (Paris)
Benjamin Freedman, Ph.D.
Bartha Maria Knoppers, Docteur en droit (Paris)
Robert Kouri, D.C.L.
Abby Lippman, Ph.D.
Ellen Picard, LL.M.**
Sanda Rodgers, LL.M.
David Smith, Ph.D.

Collaborateurs

Dan Johnston
Harriet Simand, LL.B.
Lori Luther, LL.B.

* Monsieur Keyserlingk a été coordonnateur de la Section de recherche sur la protection de la vie jusqu'en août 1986 et coordonnateur du Groupe de travail sur le statut juridique du fœtus.

** M^{me} Picard a été conseillère jusqu'à son accession à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta le 1^{er} janvier 1987.

Table des matières

INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE PREMIER : Le fœtus : considérations d'ordre historique et juridique	5
I. L'attitude des civilisations anciennes à l'égard du fœtus et du nouveau-né	5
II. La common law et le droit anglais.....	6
III. Le droit canadien	7
IV. Le problème du fœtus.....	8
CHAPITRE DEUX : Les dispositions actuelles — leurs défauts.....	15
I. Le <i>Code criminel</i> actuel	15
II. Les défauts des règles actuelles.....	18
A. La présentation inutilement compliquée	18
B. Le manque de clarté.....	20
C. Le manque de cohérence	22
D. Les lacunes actuelles	24
E. Le retard du droit	26
F. Conclusion	27
CHAPITRE TROIS : La réforme des règles actuelles	29
I. Une nouvelle rédaction	29
II. Une nouvelle approche.....	31
A. La recherche des principes — les quatre critères énoncés dans <i>Notre droit pénal</i>	32
B. L'application des principes — les critères énoncés dans <i>Notre droit pénal</i>	33
Le 1 ^{er} critère — Le préjudice grave à autrui	33
a) La femme enceinte	34
b) Le fœtus.....	34
Le 2 ^e critère — La violation grave des valeurs fondamentales de la société	36
Le 3 ^e critère — La mise en œuvre de la prohibition pénale viole-t-elle nos valeurs fondamentales?	37
a) Les droits des tiers	38
b) Les droits de la mère.....	39
(i) L'opposition entre la vie du fœtus et celle de la mère	39
(ii) L'opposition entre la vie du fœtus et la sécurité de la mère	41

(iii) L'opposition entre la vie du fœtus et la liberté de la mère.....	42
c) La solution fondée sur la reconnaissance de trois stades.....	44
d) La solution fondée sur la reconnaissance de deux stades.....	45
Le 4 ^e critère — Le droit pénal est-il d'un apport substantiel.....	48
C. Conclusions.....	50
CHAPITRE QUATRE : La réforme proposée.....	51
Nouvelles dispositions législatives.....	51
Définitions.....	51
«Personne».....	51
Le terme «fœtus».....	52
Un nouveau titre consacré au fœtus.....	53
1. Le fait de détruire un fœtus ou de lui causer un préjudice corporel.....	53
2. Le traitement médical.....	55
3. L'avortement légal.....	56
4. L'aptitude à survivre d'une façon autonome.....	60
Incidence sur le droit actuel.....	61
La recherche sur les fœtus et les embryons.....	62
Questions devant faire l'objet de recherches.....	65
CHAPITRE CINQ : Sommaire des recommandations.....	67
ANNEXE A : La réglementation de l'avortement dans divers pays.....	71
ANNEXE B : Bibliographie.....	83
DISSIDENCE : J. Maingot, c.r., commissaire.....	91

Introduction

Lors de sa création, en 1971, la Commission de réforme du droit du Canada s'est vu confier la mission d'entreprendre une étude approfondie des fondements mêmes de notre droit pénal. Après plusieurs années de travail et de collaboration avec le ministère de la Justice, le ministère du Solliciteur général et les gouvernements provinciaux, elle a publié en 1986 dans son rapport n° 30, *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, la première partie de son projet de code pénal. En 1988 a paru le rapport n° 31, édition révisée et augmentée du précédent, où l'on trouve des dispositions sur la plupart des sujets laissés de côté dans celui-ci.

Nous avons cependant remis à plus tard l'élaboration de dispositions sur certains types d'infractions mettant en jeu des facteurs particuliers et au sujet desquelles la réflexion n'était pas encore terminée, comme les fraudes commerciales et relatives aux valeurs mobilières, les infractions sexuelles, la prostitution et la pornographie. Faisaient aussi partie de ce groupe, au chapitre de la protection de la vie, les crimes contre le fœtus, c'est-à-dire les infractions touchant la naissance, la recherche sur le fœtus et l'avortement.

Dès 1975, toutefois, la Commission avait mis sur pied une section de recherche chargée spécifiquement d'étudier la protection de la vie dans tous ses aspects. Cette équipe multidisciplinaire, formée de juristes, de spécialistes de l'éthique, de sociologues et de médecins avait alors entrepris des recherches, adoptant une perspective tantôt fondamentalement juridique (par exemple, étude des rapports entre le droit pénal et la protection de la personne), tantôt médicale et juridique (sur l'euthanasie, notamment) et tantôt sociologique et éthique (en ce qui a trait par exemple aux rapports entre l'éthique, la société et le droit, dans le domaine de la protection de la vie). Ces travaux ont donné lieu à la publication, par la Commission, de nombreux documents d'étude, de sept documents de travail et de trois rapports au Parlement¹.

Pendant ce temps, une certaine insatisfaction commençait à se manifester à l'égard de l'ensemble de ce domaine du droit. On déplorait l'absence de critères légaux sur certains aspects du traitement médical, sur la recherche relative au fœtus et sur

1. Rapports au Parlement : *Les critères de détermination de la mort*, n° 15, 1981; *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement*, n° 20, 1983; *Quelques aspects du traitement médical et le droit pénal*, n° 28, 1986. Documents de travail : *Les critères de détermination de la mort*, n° 23, 1979; *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux*, n° 24, 1979; *Le traitement médical et le droit criminel*, n° 26, 1980; *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement*, n° 28, 1982; *Les techniques de modification du comportement et le droit pénal*, n° 43, 1985; *Les crimes contre l'environnement*, n° 44, 1985; *La pollution en milieu de travail*, n° 53, 1987. Documents d'étude : E.W. KEYSERLINGK, *Le caractère sacré de la vie ou la qualité de la vie*, 1979; M.A. SOMERVILLE, *Le consentement à l'acte médical*, 1980; T.F. SHRECKER, *L'élaboration des politiques en matière d'environnement*, 1984; J. SWAIGEN et G. BUNT, *La détermination de la peine en droit de l'environnement*, 1985; J.F. CASTRILLI et T. VIGOD, *Les pesticides au Canada : étude de la législation et de la politique fédérales*, 1987.

l'euthanasie. En outre, le manque d'uniformité des décisions rendues par les comités de l'avortement, souligné dans le rapport Badgley, était particulièrement troublant². Enfin, le compromis que représente l'article du *Code criminel* consacré à l'avortement (art. 251) a été remis en question par l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*³.

Le mécontentement a pris diverses formes. Les groupements «pro-choix» et «pro-vie» ont intensifié leur lobbying dans toutes les régions du pays. Les tribunaux ont été saisis d'une série de poursuites intentées contre le D^r Henry Morgentaler⁴. Enfin, en 1984, l'Association du Barreau canadien demandait par une requête spéciale à la Commission d'entreprendre une étude en profondeur sur le statut juridique de l'enfant non encore né au Canada et de faire des recommandations au besoin⁵.

La Commission a alors formé, au sein de la Section de recherche sur la protection de la vie, un groupe de travail spécialement chargé d'étudier le statut juridique du fœtus. Constitué d'éminents spécialistes de diverses disciplines (biologie, philosophie, sociologie et droit), ce groupe de travail a effectué des recherches et des consultations sur différents aspects de la question, comme les nouvelles techniques de reproduction, l'expérimentation sur l'embryon et le fœtus, le tri et les conseils génétiques, et ce que l'on appelle les «infractions relatives à la naissance» contenues dans le Code. Le groupe avait pour coordonnateur le professeur Edward Keyserlingk, assisté de M. Joseph Gilhooly; il était formé des professeurs Jean-Louis Baudouin, Benjamin Freedman, Bartha Knoppers, Robert Kouri, Abby Lippman, Ellen Picard, Sanda Rodgers et David Smith. D'autres personnes ont également contribué aux travaux de cette équipe, notamment le D^r Peter Gillett, du Département d'obstétrique et de gynécologie de l'Hôpital Général de Montréal, et le professeur Gail Sheehy, de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

En 1986, le groupe de travail a publié un document de consultation intitulé *La réforme en matière d'avortement : les solutions possibles*, où il présentait un certain nombre de possibilités et leurs conséquences, et qu'il a remis à plusieurs associations professionnelles, groupes de pression et particuliers intéressés par la question. Ce document a fait l'objet des consultations habituelles auprès du conseil consultatif de juges de la Commission, des représentants des sous-ministres de la justice provinciaux, d'avocats de la défense représentant l'Association du Barreau canadien, de chefs de

2. *Rapport du Comité sur l'application des dispositions législatives sur l'avortement* (Rapport Badgley), Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1977, p. 19.

3. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., ch. 11)].

4. *R. c. Morgentaler*, [1976] 1 R.C.S. 616, 53 D.L.R. (3d) 161, 30 C.R.N.S. 209, 20 C.C.C. (2d) 449, 4 N.R. 277; *R. c. Morgentaler (N° 1)* (1973), 14 C.C.C. (2d) 435; *R. c. Morgentaler (N° 2)* (1973), 14 C.C.C. (2d) 450; *R. c. Morgentaler (N° 3)* (1973), 14 C.C.C. (2d) 453; *R. c. Morgentaler (N° 4)* (1973), 14 C.C.C. (2d) 455; *R. c. Morgentaler (N° 5)* (1973), 14 C.C.C. (2d) 459.

5. ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, Résolution n° 4; le texte intégral de la résolution a paru dans le *National*, mars 1984, p. 35.

police et de professeurs de droit pénal⁶. La Commission est reconnaissante des nombreux commentaires utiles qui lui ont été transmis.

Puis, en janvier 1988, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'affaire *R. c. Morgentaler*⁷. Pour des motifs expliqués plus loin dans ce document, la Cour a fait droit à l'appel formé par l'accusé et conclu à la nullité de l'article 251 du *Code criminel* (la disposition régissant l'avortement), en raison de son incompatibilité avec la Charte.

Finalement, le groupe de travail spécial chargé d'étudier le statut juridique du fœtus a achevé ses travaux en mai 1988 et soumis son rapport à la Commission⁸. Ce rapport traitait diverses questions : le développement biologique du fœtus, les principes de la réforme, le statut juridique du fœtus et le régime légal qui s'y applique, une éventuelle infraction consistant à causer la mort du fœtus ou à lui causer un préjudice corporel, l'avortement, la recherche et les traitements relatifs au fœtus, les nouvelles techniques de reproduction. Le groupe a tenté d'élaborer une politique globale au sujet du fœtus, qui soit à la fois défendable sur le plan éthique, inattaquable du point de vue juridique, acceptable d'une manière générale dans notre société pluraliste, et qui permette un juste équilibre entre les droits et intérêts en cause. À ce titre, le rapport du comité de travail constitue l'une des sources du présent document.

Celui-ci, comme on le voit, est le fruit d'un imposant travail accompli par un grand nombre de personnes. Parmi les travaux de défrichage, rappelons les études générales menées par la Section de recherche sur la protection de la vie, sous la direction des commissaires Jean-Louis Baudouin, Louise Lemelin et Michèle Rivet, et du coordonnateur Edward Keyserlingk. Par la suite, la Commission a amorcé le processus de délibérations, à la lumière des travaux du groupe de travail et des commentaires qu'il a suscités. De plus, les membres de la Commission ont participé à des séminaires, donné des conférences et des entrevues, et participé à des discussions publiques, tout cela afin de mieux connaître la diversité d'opinions sur ces questions controversées.

La Commission présente maintenant son propre document de travail sur les règles du droit pénal qui intéressent le fœtus. Le terme «fœtus» vise ici (on trouvera cette définition plus loin dans le présent document) le produit de l'union, dans l'utérus, d'un spermatozoïde et d'un ovule humains, à quelque stade de la vie qui précède l'accession au statut de personne⁹. Il ne s'applique donc pas aux embryons fécondés hors de

6. Les discussions des comités consultatifs font partie du processus officiel de consultation appliqué à l'égard de tous les documents de la Commission de réforme du droit. Ces consultations ont eu lieu aux dates suivantes : Groupe gouvernemental, le 28 octobre 1986; Juges, le 30 octobre 1986; Association du Barreau canadien, Association canadienne des chefs de police et Association canadienne des professeurs de droit, le 31 octobre 1986.

7. [1988] 1 R.C.S. 30, infirmant (1985), 22 D.L.R. (4th) 641 (C.A. Ont.).

8. *Report of the Working Group on the Legal Status of the Fœtus*, rapport présenté à la Commission de réforme du droit du Canada, le 9 mai 1988.

9. Voir la définition recommandée, p. 52.

l'utérus; ceux-ci feront l'objet d'un document ultérieur consacré à l'expérimentation humaine. Essentiellement, nous proposons l'établissement d'un crime spécifique contre le fœtus, en nous inspirant des suggestions du groupe de travail. La définition de ce crime comporterait deux exceptions, à savoir : (1) le traitement médical et (2) l'avortement légal.

Sur la question de l'avortement, le point de vue de la majorité des commissaires qui est présenté dans ce document de travail ne traduit pas leur opinion personnelle quant à la moralité ou l'immoralité de cette pratique : il représente la position de la Commission sur l'opportunité d'en faire un crime. Car le fait de proposer la dépénalisation de l'avortement ne constitue pas nécessairement une reconnaissance de sa légitimité en soi; il s'agirait simplement, le cas échéant, de le soustraire à la sanction du droit pénal. À cet égard, nous avons tenté dans ce document d'élaborer une solution qui tienne compte de la diversité des principes, des besoins et des convictions dans notre société pluraliste.

CHAPITRE PREMIER

Le fœtus : considérations d'ordre historique et juridique

I. L'attitude des civilisations anciennes à l'égard du fœtus et du nouveau-né

Les règles applicables à l'égard du fœtus et du nouveau-né ont varié énormément selon les époques. Certaines cultures réprimaient sévèrement l'avortement et l'infanticide. De nombreux codes de loi antiques, par exemple ceux des Sumériens (2000 av. J.-C.), des Assyriens (1500 av. J.-C.), des Babyloniens (code d'Hammourabi, 1300 av. J.-C.), des Hittites (1300 av. J.-C.) et des Perses (600 av. J.-C.) interdisaient tout acte de violence dirigé contre une femme enceinte et destiné à causer la mort de l'enfant qu'elle portait; ils accordaient ainsi au fœtus une protection légale au moins indirecte¹⁰. D'autres cultures ont en revanche considéré l'avortement et l'infanticide comme légitimes dans la mesure où ils contribuaient à résoudre divers problèmes : insuffisance des ressources, malformations congénitales et déséquilibre des sexes dans la société. Ni les anciens Grecs¹¹ ni, à ses débuts, le droit romain¹² n'interdisaient l'avortement; chez les Romains, en fait, l'enfant non encore né n'était pas tenu pour un être humain vivant, mais seulement pour une personne virtuelle faisant encore partie du corps de sa mère. Et lorsqu'on interdisait l'avortement, c'était à cause des risques qu'il faisait courir à la mère, de l'atteinte aux droits du père et du mauvais exemple pour la société, et non en raison des droits dont aurait pu jouir le fœtus.

Sur cette question, il en va différemment du droit occidental qui, dans son évolution, a été profondément influencé par la tradition judéo-chrétienne¹³. La doctrine judaïque, avant l'ère chrétienne et au début de celle-ci, ne réprimait pas l'avortement pratiqué par la mère elle-même et ne considérait pas le fœtus comme un être humain au plein sens du terme. Elle condamnait néanmoins l'avortement accompli par des tiers, ne l'autorisant que lorsqu'il s'avérait nécessaire pour sauver la vie de la mère. On en viendra plus tard, semble-t-il, à considérer le fœtus comme un être humain dès le moment de sa formation, soit bien avant la naissance, et à punir de mort l'expulsion du fœtus déjà formé. Pour sa part, la tradition chrétienne a pendant onze siècles

10. Voir D. GRANFIELD, *The Abortion Decision*, New York, Doubleday, 1969, p. 44.

11. *Id.*, p. 49.

12. *Id.*, p. 51.

13. Voir J.R. CONNERY, *Abortion: The Development of the Roman Catholic Perspective*, Chicago, Loyola University Press, 1977; G.G. GRISEZ, *Abortion: The Myths, The Realities, and The Arguments*, New York, Corpus Books, 1970.

condamné la destruction du fœtus à tous les stades de sa formation, tandis que, pendant les six siècles suivants, elle l'a assimilée à un homicide dès lors que le fœtus était formé ou animé. Mais après 1869, on renonça à cette distinction, pour sanctionner tout avortement par l'excommunication — cette doctrine trouvera d'ardents partisans parmi la chrétienté protestante, à partir de Calvin jusqu'à un comité d'évêques anglicans à la conférence de Lambeth¹⁴.

II. La common law et le droit anglais

Des changements tout aussi profonds ont marqué l'évolution de la common law. Au treizième siècle, Bracton tient tout avortement pour un homicide¹⁵. Au dix-septième siècle, Coke estime qu'il ne constitue pas un crime avant les premiers mouvements du fœtus, mais qu'il s'agit en revanche d'un crime grave à partir de ce moment-là, et d'un meurtre si l'enfant était bel et bien vivant à sa naissance et qu'il soit mort peu après¹⁶. En 1803, la loi de lord Ellenborough donne un caractère criminel à tous les avortements : l'avortement entraîne la peine de mort s'il est commis après les premiers mouvements du fœtus, et une peine moindre s'il est commis avant ce moment¹⁷. En 1837, on renonce à la distinction fondée sur les premiers mouvements du fœtus et on abolit la peine de mort en cas d'avortement¹⁸. En 1939, la jurisprudence reconnaît jusqu'à un certain point un moyen de défense fondé sur la nécessité de protéger la vie de la mère¹⁹. En 1967, enfin, le Parlement britannique permet l'avortement thérapeutique dans deux cas : d'une part lorsque la poursuite de la grossesse comporte un risque pour la vie ou la santé physique ou mentale de la femme enceinte ou des enfants qu'elle a déjà, et d'autre part lorsqu'il existe un risque important que l'enfant à naître présente des anomalies physiques ou mentales susceptibles de le handicaper gravement²⁰.

Par ailleurs, les règles relatives à la peine capitale témoignent jusqu'à un certain point du respect de la common law pour le fœtus. Au dix-huitième siècle, lorsqu'une femme condamnée à mort se trouvait enceinte, son exécution était suspendue jusqu'à la fin de la grossesse, soit habituellement jusqu'à la naissance de l'enfant. Plus tard, la coutume voudra que l'on ordonne la suspension définitive de l'exécution. Puis, après l'adoption en 1931 du *Sentence of Death (Expectant Mothers) Act*, la femme déclarée

14. Voir CONNERY, *id.*, p.72.

15. Voir GRISSEZ, *op. cit.*, note 13, pp. 186-187.

16. COKE, *Institutes of the Laws of England*, Londres, E. & R. Brooke, 1797, partie 3, ch. 7.

17. 1803 (R.-U.), 43 Geo. III, ch. 58.

18. 1837 (R.-U.), 1 Vict., ch. 85, art. 6.

19. Voir *R. c. Bourne*, [1939] 1 K.B. 687, [1938] 3 All E.R. 615 (C.C.C.).

20. *The Abortion Act 1967*, (R.-U.), 1967 ch. 87.

coupable d'un crime capital mais que le jury reconnaissait enceinte, devait être condamnée non pas à la peine de mort, mais à l'emprisonnement à perpétuité²¹. Cette règle est donc restée en vigueur jusqu'à l'abolition de la peine de mort²² en 1965.

III. Le droit canadien

Le Canada d'avant 1867 a dans une très large mesure suivi l'exemple de l'Angleterre. Ainsi, en 1810, le Nouveau-Brunswick adopte un texte inspiré de la loi de lord Ellenborough, qui interdit l'avortement sauf lorsqu'il est pratiqué par la femme elle-même²³. En 1836, des dispositions semblables entrent en vigueur à l'Île-du-Prince-Édouard²⁴. En 1837, Terre-Neuve fait sien le droit pénal anglais, y compris les règles sur l'avortement²⁵. En 1841, le Parlement du Haut-Canada interdit l'avortement, sans aucune distinction quant aux premiers mouvements du fœtus, par le moyen du *Offences against the Person Act*²⁶. En 1842, la distinction relative aux premiers mouvements du fœtus est également abolie au Nouveau-Brunswick²⁷.

Jusqu'à ce moment-là, le crime d'avortement ne pouvait être reproché qu'à l'avorteur. Mais en 1849, le Nouveau-Brunswick décide de réprimer pénalement l'avortement pratiqué par la femme enceinte elle-même²⁸. La Nouvelle-Écosse fait de même²⁹ en 1851 et légifère à nouveau en 1864 pour déclarer que l'infraction peut être poursuivie que la femme ait ou non été enceinte³⁰.

En 1867, le Parlement fédéral se voit conférer la compétence législative en matière de droit pénal. Il unifie donc en 1869 le droit pénal applicable à toutes les provinces et adopte sur l'avortement des dispositions identiques aux règles en vigueur au Nouveau-Brunswick; l'infraction est punissable de l'emprisonnement à perpétuité³¹. Enfin, le premier *Code criminel*³² est édicté en 1892. Ce code renferme diverses dispositions qui

21. Voir *Kenny's Outlines of Criminal Law*, 17^e éd., J.W.C. TURNER (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 1958, p. 575.

22. *Murder (Abolition of Death Penalty) Act 1965* (R.-U.), 1965, ch. 71.

23. S.N.B. 1810, ch. 2.

24. S.P.E.I. 1836, ch. 22, art. 8.

25. S.Nfld. 1837, ch. 4, art. 2.

26. *Statuts provinciaux du Canada* 1841, ch. 27, art. 13. Cette distinction a été abolie au Bas-Canada en 1859, *Statuts refondus de la Province du Canada*, ch. 91, art. 24.

27. S.N.B. 1842, ch. 33, art. 2.

28. S.N.B. 1849, ch. 29, art. 7.

29. R.S.N.S. 1851, ch. 162, art. 11.

30. R.S.N.S. 1864, ch. 164, art. 11.

31. S.C. 1869, ch. 20, art. 59, 60.

32. S.C. 1892, ch. 29.

Morula — Stade atteint environ trois ou quatre jours après la fécondation, où l'œuf prend l'aspect d'une petite mûre, formée par l'amas de trente-deux à cent cellules, qui flotte librement dans la cavité utérine.

Blastocyste — Stade où l'œuf se creuse d'une cavité centrale entourée d'une couche de plus de cent cellules. Seules trois ou quatre de ces cellules formeront l'embryon comme tel.

Implantation (ou nidation) — Processus qui débute environ une semaine après la fécondation et au cours duquel le produit de la conception (voir définition *a*) ci-dessus) se fixe sur la muqueuse utérine. La nidation est plus ou moins terminée quatorze jours après la fécondation.

Embryon — Stade de développement s'étendant entre la fécondation et la fin de l'organogénèse. À la fin de ce stade, l'organisme mesure environ 2,5 cm de long.

Fœtus — Stade du développement qui suit la période embryonnaire et se poursuit jusqu'à l'avortement ou la naissance. La transition entre le stade embryonnaire et le stade foetal s'opère environ huit semaines après la fécondation et sept semaines après l'implantation.

Pour déterminer l'âge de l'embryon ou du fœtus, on peut partir du moment de la fécondation (habituellement incertain, sauf lorsqu'elle a lieu *in vitro*) ou du début de la dernière menstruation avant la grossesse (habituellement désignée DM). La DM est le point de repère le plus communément utilisé; la durée moyenne d'une grossesse menée à terme est ainsi de quarante semaines. Conformément aux méthodes employées par les spécialistes, l'âge du fœtus et les étapes de son développement sont toujours indiqués, dans le présent document, en nombre de semaines après la DM.

Ce n'est qu'à la huitième semaine environ que la tête et les membres sont clairement reconnaissables, bien que le cœur ait commencé à battre quelque temps auparavant (à la fin de la cinquième semaine). La transition entre le stade embryonnaire et le stade foetal s'opère à la dixième semaine environ (soit huit semaines après la fécondation, sept semaines après la nidation) lorsque la plupart des organes essentiels sont formés.

Comment s'étonner alors de la diversité des points de vue sur le statut juridique du fœtus (ce terme étant utilisé au sens donné à la p. 3 ci-dessus)? Outre l'incertitude tenant à la complexité du développement biologique, l'importance relative que l'on attache aux étapes qui le jalonnent varie considérablement au sein de la société. Pour certains, le fœtus est une personne en miniature semblable à tous égards au nouveau-né (même s'il n'est pas «visible») et le droit ne devrait donc faire aucune distinction entre le bébé et l'enfant non encore né³³. D'autres, estimant que le fœtus n'est pas une

33. Cette thèse a été plaidée avec succès par les demandeurs dans les affaires *Dehler c. Ottawa Civic Hospital et al.* (1979), 25 O.R. (2d) 748, 101 D.L.R. (3d) 686 (H.C.J.); et *Borowski c. Attorney General of Canada* (1983), 4 D.L.R. (4th) 112, [1984] 1 W.W.R. 15 (B.R. Sask.), conf. par [1987] 4 W.W.R. 385, (1987), 39 D.L.R. (4th) 731, 59 C.R. (3d) 223 (C.A. Sask.).

personne, souhaitent que le législateur tienne compte de la différence déterminante existant selon eux entre les êtres dont l'activité se limite à un développement biologique dans l'utérus, et ceux qui participent aux relations sociales hors du sein de la mère, et cela, tout particulièrement en cas de conflit entre les intérêts du fœtus et d'autres intérêts humains³⁴. Enfin, certaines personnes défendent un point de vue à mi-chemin entre ces deux conceptions : elles considèrent le fœtus comme une personne virtuelle, assimilable à certains égards seulement à une personne, en définitive comme un être tout à fait spécial qui n'est pas simplement un amas de cellules humaines mais qui, la plupart du temps, ne peut être mis sur le même pied que la personne au sens habituel du terme³⁵.

Comme nous l'avons vu, l'incertitude qui entoure le fœtus et le nouveau-né se retrouve aussi dans l'histoire. Certaines sociétés ont vu dans l'avortement et l'infanticide des méthodes courantes et acceptables de contrôle des naissances. D'autres cultures ont interdit l'un et l'autre avec plus ou moins de vigilance et de sévérité.

On constate une semblable diversité d'attitudes dans le monde contemporain³⁶. Dans son plus récent relevé, le *Alan Guttmacher Institute* répartit en quatre grandes catégories les solutions retenues dans les divers États du globe. Ainsi, 40 % environ de la population mondiale vit dans des pays où l'avortement est pratiqué sur demande, surtout au cours du premier trimestre (par exemple, la France, l'Italie, les États-Unis, l'Union Soviétique et la Chine). Ensuite, il y a les pays regroupant 25 % environ de la population mondiale, où l'avortement peut à toutes fins utiles être obtenu sur demande (comme la Grande-Bretagne, l'Inde, le Japon, la plupart des États socialistes d'Europe et certaines parties du Canada, avant l'arrêt *Morgentaler*). Par ailleurs, dans 25% des pays, l'avortement est carrément interdit ou n'est permis que dans la mesure où la vie de la mère est en jeu; ainsi en est-il des pays où les religions catholique romaine ou musulmane exercent une forte influence (par exemple, la Belgique, la république d'Irlande, Malte, près des deux tiers des pays d'Amérique Latine, la moitié de ceux d'Afrique et la plupart des États musulmans de l'Asie). Le reste de la population (10 % environ) vit dans des pays qui autorisent l'avortement même lorsque la vie de la mère

34. Voir M. TOOLEY, «Abortion and Infanticide» (1972), 2 *Philosophy and Public Affairs* 37; c'est l'exposé le plus clair de cette thèse. Voir également, M.A. WARREN, «On the Moral and Legal Status of Abortion», *The Monist*, vol. 57, n° 1, janv. 1973.

35. Voir R.M. HARE, «Abortion and the Golden Rule» (1975), 4 *Philosophy and Public Affairs* 212; D. CALLAHAN, *Abortion: Law, Choice and Morality*, New York, MacMillan, 1970; B. BRODY, «On the Humanity of the Fetus», dans R.L. PERKINS (dir.), *Abortion: Pro and Con*, Cambridge (Mass.), Shenkman Pub., 1974.

36. Voir l'annexe A intitulée «La réglementation de l'avortement dans certains pays». Voir également C. TIETZE et S.K. HENSHAW, *Induced Abortion: A World Review*, New York, The Alan Guttmacher Institute, 1986, où l'on trouvera un bref résumé des textes de loi ainsi que des statistiques.

Pour un survol des lois régissant l'avortement dans les pays occidentaux, consulter : M.A. GLENDON, *Abortion and Divorce In Western Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1987.

On trouvera des analyses fouillées des règles régissant l'avortement en Espagne et en République fédérale d'Allemagne, respectivement, dans : R. STITH, «New Constitutional and Penal Theory in Spanish Abortion Law» (1987), 35 *American Journal of Comparative Law* 513, et «West German Abortion Decision: A contrast to *Roe v. Wade*» (1976), 9 *John Marshall Journal of Practice and Procedure* 605.

n'est pas en danger, mais uniquement pour des raisons de santé très précisément définies, ou parfois en cas de viol ou d'inceste.

Cette grande disparité n'a pourtant rien d'étonnant, parmi des nations aux origines et aux traditions si diverses. On parle moins souvent, par ailleurs, des changements tout aussi profonds qui marquent l'évolution des différentes sociétés. En Angleterre, comme nous l'avons vu, l'avortement était à l'origine considéré comme *misdemeanour*³⁷ s'il avait lieu avant les premiers mouvements du fœtus, et comme *felony* s'il avait lieu après; puis, il a constitué un *felony* dans tous les cas; par la suite, les tribunaux ont reconnu l'existence d'un moyen de défense restreint fondé sur l'état de nécessité³⁸; récemment, le législateur a établi des exceptions de portée très large. Au Canada, le *Code criminel* comportait d'abord une prohibition similaire à celle en vigueur en Angleterre. Plus tard, le Parlement a institué certaines exceptions concernant l'avortement thérapeutique. Enfin, avec l'arrêt *Morgentaler*, toute interdiction a disparu du droit canadien.

D'autre part, l'incertitude relative au statut juridique du fœtus découle dans une certaine mesure de l'absence de consensus sur les principes qui doivent servir de base à l'édification d'un régime légal cohérent. Il est en effet essentiel que ces principes soient acceptés par la grande majorité des citoyens et commandent le respect social, ou alors prennent leur source dans d'autres principes répondant à ce critère. Ils devraient aussi être compatibles avec les intérêts de tous — la femme enceinte, le fœtus, la société dans son ensemble.

Or, il n'est pas facile de dégager de tels principes en se fondant sur des sondages d'opinion, sur des doctrines religieuses ou même sur la morale populaire. Le sondage d'opinion ne saurait en effet offrir une solution, car les techniques sur lesquelles il repose ne permettent pas à elles seules l'élaboration de principes. Elles permettent tout au plus de vérifier, par extrapolation des réponses obtenues, si ceux qui ont été formulés dans les questionnaires sont tenus pour acceptables par le public.

37. Voir COKE, *Institutes*, op. cit., note 16.

38. Voir *R. c. Bourne*, précité, note 19.

La doctrine religieuse ne s'avère guère plus utile³⁹. D'une part, les principes fondés exclusivement sur des convictions religieuses risquent bien de ne susciter l'appui que des personnes partageant la foi en cause. Or dans les pays comme le Canada, il n'existe pas véritablement de religion jouissant de l'adhésion de la majorité, de très nombreux citoyens n'en pratiquant aucune. D'autre part, le fait d'imposer des principes s'inspirant de telle ou telle religion risquerait de porter atteinte non seulement à la tolérance caractérisant notre démocratie pluraliste, mais aussi à nos traditions de laïcité et de coexistence respectueuse de l'Église et de l'État.

Par ailleurs, on s'expose à de terribles difficultés même en adoptant une perspective fondée sur la morale populaire. La plupart des gens s'entendent, il faut en convenir, sur deux points : premièrement, pour ce qui a trait à la protection du fœtus et en particulier au problème de l'avortement, la question essentielle concerne le caractère humain du fœtus, son statut de personne sur le plan moral⁴⁰; deuxièmement, c'est nécessairement à une étape précise du développement du fœtus que se produit, du moins sur le plan juridique, son accession au genre humain, à ce statut de personne.

Cela posé, deux questions surgissent. D'abord, à quel moment précis le fœtus devient-il une personne — dès la conception, à l'étape de la nidation, au début de l'activité cérébrale spontanée, à la fin de l'organogénèse, aux premiers mouvements du fœtus, au moment où il devient viable, à la naissance? Si certaines de ces étapes revêtent une importance intrinsèque, alors que l'intérêt des autres tient à ce qu'elles témoignent de l'existence virtuelle d'un être humain, toutes sont néanmoins liées à

39. Les principales Églises canadiennes ont des positions qui diffèrent fortement les unes des autres. En août 1988, le Conseil général de l'Église unie du Canada a réaffirmé la position exprimée en 1980 au sujet de l'avortement. On recommande le retrait du *Code criminel* de toutes les dispositions ayant trait à l'avortement accompli au cours des vingt premières semaines : «Contraception and Abortion: A Statement of the 28th General Council of the United Church of Canada», United Church Publishing House, août 1980. L'Église anglicane du Canada a pour sa part mis sur pied un groupe de travail chargé de faire des recommandations à la suite de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Morgentaler*. L'Église accepte l'avortement pour des motifs thérapeutiques et propose l'adoption de dispositions exigeant l'approbation de deux médecins, un processus de consultation, une période d'attente entre la consultation initiale et l'exécution de l'avortement, et la tenue de dossiers. On peut trouver le texte de la position de l'Église anglicane dans le rapport du groupe de travail adressé au Conseil exécutif daté du 13 mai 1988. De son côté, l'Église catholique romaine estime que le fait de tuer directement un enfant non encore né est toujours répréhensible et considère comme immorales les règles admettant la légitimité de l'avortement. La position de l'Église catholique a été exprimée dans une déclaration du Vatican datée de 1974. L'Église baptiste a quant à elle exprimé sa position à l'assemblée de l'Union baptiste de l'Ouest canadien, à Winnipeg en avril 1988. Elle presse le Parlement fédéral d'enchâsser les droits de l'enfant nouveau-né dans la Charte et d'adopter des dispositions législatives en vue de protéger les droits de ces enfants à titre de personnes. La lecture de certains textes théologiques pourra également éclairer cette question : D.M. FELDMAN, «Abortion-Rabbinic Comment» (1984), 51 *Mount Sinai Journal of Medicine* 20; J.T. NOONAN, «An Almost Absolute Value in History» (1985), 11 *Human Life Review* 125; G. BRENNEMAN, «Abortion: Review of Mennonite Literature 1970-1977» (1979), 53 *Mennonite Quarterly Review* 160; L.J. NELSON, «The Churches and Abortion Law Reform», dans L.J. NELSON (dir.), *The Death Decision*, Ann Arbor (Mich.), Servant Books, 1984, 29; A. STEINBERG, «Induced Abortion According to Jewish Law» (1981), 1 *Journal of Halacha and Contemporary Society* 29; voir également W. GOODMAN, «Troublesome Abortion Issue: Theological Roots Spread Wide and Deep», *New York Times*, 8 sept. 1984, p. 29.

40. Au sujet de ce débat, voir : J. ENGLISH, «Abortion and the Concept of a Person» (1975), 5 *Canadian Journal of Philosophy* 233; B. BRODY, *loc. cit.*, note 35; M.A. WARREN, *loc. cit.*, note 34; voir également les références contenues dans les documents cités ci-dessus.

l'idée que l'on se fait de ce qui est proprement humain et partant digne de respect. Pour telle personne, le moment crucial résidera dans la conception, parce que la seule possession du génotype humain, ou le fait d'être capable d'acquiescer les caractéristiques de l'être humain, marque l'accession à la personnalité. Telle autre choisira plutôt le début de l'activité neurologique, estimant que le trait distinctif du genre humain réside dans l'accomplissement intellectuel. Une troisième personne retiendra quant à elle la naissance comme moment déterminant, en faisant valoir que l'humain est essentiellement un être social et que, partant, le fœtus enfermé dans l'utérus n'est pas encore une véritable personne à part entière.

Ensuite, comment peut-on parvenir à un consensus sur la question qui précède? Les progrès de la biologie en matière de gestation et de développement du fœtus n'ont pas permis de résoudre le problème moral de l'avortement, bien que chacun des camps en présence ait pu invoquer plus d'une découverte scientifique à l'appui de son point de vue. En effet, les partisans d'une thèse, quelle qu'elle soit, sont rarement disposés à admettre qu'ils pourraient épouser un point de vue différent à la lumière des progrès de la biologie. Car après tout, les principaux éléments de la controverse revêtent un caractère plutôt moral que scientifique. Les points de désaccord ne portent pas sur les faits touchant le développement du fœtus, mais bien sur l'appréciation de ces faits.

S'agissant de la situation du fœtus sur le plan moral, par conséquent, il y a incertitude non seulement au niveau de la ligne de démarcation à retenir, mais aussi sur l'approche qui doit guider la résolution du problème. Or, l'existence de ce second niveau d'incertitude montre bien la gravité de l'atteinte à la liberté de conscience individuelle qui se produirait si la loi imposait telle ou telle ligne de démarcation aux tenants d'une autre thèse. Car le législateur se verrait à cause d'elle obligé de recourir au commandement plutôt qu'à la persuasion. Un groupe de personnes retient telle ligne de démarcation, pour des motifs d'ordre religieux par exemple, un deuxième en choisit une autre pour des raisons d'ordre scientifique et un troisième en retient une dernière en se fondant sur ce qui à ses yeux caractérise le genre humain. Tous ces points de vue sont sincères, logiques, et s'accordent avec les principes fondamentaux de notre société. Ils sont pourtant irréconciliables dans une large mesure, parce qu'ils reposent sur des définitions différentes de la personne et de sa place dans la nature.

L'existence de telles divergences sur des questions relevant de la morale montre les limites de la loi en tant qu'instrument de coercition. En faisant primer un point de vue moral défendable, l'État rejette les autres, avec les croyances religieuses qui éventuellement les sous-tendent. Or dans une société comme la nôtre, où l'on accorde un prix élevé à la liberté de conscience et à l'autonomie individuelle, il faut manifestement éviter que l'État impose un point de vue moral, si défendable soit-il, aux personnes qui épousent en toute sincérité une conception différente mais du reste parfaitement légitime.

Comme dans tout autre domaine, il y a lieu de recourir au droit pénal avec modération. Il serait inopportun d'y faire appel pour proscrire l'avortement dans des cas où il est tenu pour moralement défendable par la majorité des gens. Cela ne veut pas dire, toutefois, que l'on ne peut utiliser le droit pénal pour protéger le fœtus

lorsque sa destruction est totalement injustifiée. On ne saurait non plus se réclamer de la modération pour prétendre que l'avortement est nécessairement la seule ou la meilleure solution pour les femmes enceintes contre leur volonté, ou encore que l'État doit renoncer, dans la recherche du bien commun, à protéger l'enfant non encore né par des moyens non coercitifs.

Après tout, personne dans notre société ne regarde la destruction du fœtus comme une chose bonne en soi, et cela malgré les divergences de vues au sujet de l'avortement. Au contraire, même les partisans les plus ardents du libre choix y voient simplement un moyen nécessaire pour mettre fin aux grossesses non désirées, et reconnaissent le caractère souvent déchirant de la décision. Pour la plupart des gens, toutefois, la meilleure solution consiste d'abord dans un meilleur planning familial. D'autre part, la société doit fournir un appui efficace aux femmes enceintes, afin qu'elles puissent envisager d'une manière réaliste de poursuivre leur grossesse et d'élever l'enfant sans s'imposer une charge insupportable. Par conséquent, au lieu de fustiger les femmes qui recourent à l'avortement et les médecins qui les aident, nous devrions tenter, grâce à un système adéquat d'aide sociale, de leur offrir des solutions de rechange réalistes, en améliorant les services de garderie, en luttant contre la discrimination dont les mères célibataires sont la cible et en assurant la protection efficace des emplois et des chances d'avancement au travail pour les femmes bénéficiant de congés de maternité.

Par ailleurs, le droit pénal peut très bien contribuer à empêcher la destruction injustifiée des enfants à naître. En premier lieu, l'incertitude morale découlant des conflits entre les intérêts du fœtus et ceux de la mère ne se pose pas au regard des droits des tiers; dans ce cas, le droit pénal peut certainement remplir une fonction utile. En deuxième lieu, dans la recherche de l'équilibre souhaitable entre les intérêts du fœtus et ceux de la mère, il est primordial de tenir compte de l'évolution que connaissent les rapports entre la femme enceinte et son fœtus à mesure que la naissance approche et que le fœtus est près d'accéder au statut de personne. Par conséquent, les arguments fondés sur l'autonomie de la mère deviennent plus difficiles à soutenir aux derniers stades de la grossesse. On pourra alors juger parfaitement défendable la répression pénale de l'avortement, à moins qu'il existe des raisons légitimes pour subordonner la vie du fœtus aux intérêts de la mère.

En conclusion, il est nécessaire d'accorder au fœtus tout au moins une certaine protection, différente de celle dont jouit l'enfant après sa naissance, mais s'intensifiant au fur et à mesure de son développement⁴¹.

41. D'après un sondage Angus Reid effectué les 17 et 23 février 1988, 73 % des répondants croient que l'enfant nouveau-né devrait bénéficier d'une certaine forme de protection juridique. 52 % se sont déclarés opposés à l'avortement après les douze premières semaines, et 63 %, après les dix-huit premières semaines.

Un sondage Gallup du 7 mai 1988 indique que 60 % des répondants conviennent que l'avortement devrait faire l'objet de certaines restrictions.

Les sondages effectués aux États-Unis vont dans le même sens : *Public Opinion*, avril/mai 1985, pp. 25-28, 53-55; J.A. DAVIS, *General Social Surveys 1972-1985*, Chicago, National Opinion Research Center, 1985.

CHAPITRE DEUX

Les dispositions actuelles — leurs défauts

I. Le *Code criminel* actuel

Les règles du droit pénal canadien qui intéressent le fœtus et le nouveau-né sont exprimées dans un grand nombre de dispositions du *Code criminel* actuel; nous en donnons le texte ci-dessous. Par souci d'exhaustivité, nous avons inclus l'article 251 sur l'avortement, déclaré inconstitutionnel, et l'article 252 qui risque de l'être à son tour. On trouvera donc ci-dessous les articles concernant : le fait de causer la mort et des lésions corporelles par négligence criminelle, la définition du terme «être humain» applicable en matière d'homicide, l'infanticide, le fait de tuer un enfant pendant sa naissance, la négligence à se procurer de l'aide lors de l'enfantement, la suppression de part, l'avortement et le fait d'administrer des substances délétères. Nous n'avons toutefois pas reproduit intégralement les longues dispositions régissant l'homicide, malgré leur relative pertinence; nous avons simplement indiqué le titre et le numéro d'article. Voici donc le texte des dispositions en cause :

202. (1) Est coupable de négligence criminelle quiconque,

a) en faisant quelque chose, ou

b) en omettant de faire quelque chose qu'il est de son devoir d'accomplir,

montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui.

(2) Aux fins du présent article, l'expression «devoir» signifie une obligation imposée par la loi.

203. Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, quiconque, par négligence criminelle, cause la mort d'une autre personne.

204. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans, quiconque, par négligence criminelle, cause des lésions corporelles à autrui.

(205. Homicide.)

206. (1) Un enfant devient un être humain au sens de la présente loi lorsqu'il est complètement sorti, vivant, du sein de sa mère,

a) qu'il ait respiré ou non;

b) qu'il ait ou non une circulation indépendante; ou

c) que le cordon ombilical soit coupé ou non.

(2) Commet un homicide, quiconque cause à un enfant, avant ou pendant sa naissance, des blessures qui entraînent sa mort après qu'il est devenu un être humain.

(207. Lorsque la mort aurait pu être empêchée.)

- (208. Mort découlant du traitement de blessures.)
- (209. Hâter la mort.)
- (210. Mort survenue dans l'an et jour.)
- (211. Homicide par influence sur l'esprit.)
- (212. Meurtre.)
- (213. Infraction accompagnée d'un meurtre.)
- (214. Classification du meurtre.)
- (215. Meurtre réduit à un homicide involontaire coupable.)

216. Une personne du sexe féminin commet un infanticide lorsque, par un acte ou omission volontaire, elle cause la mort de son enfant nouveau-né, si au moment de l'acte ou omission elle n'est pas complètement remise d'avoir donné naissance à l'enfant et si, de ce fait ou par suite de la lactation consécutive à la naissance de l'enfant, son esprit est alors déséquilibré.

- (217. Homicide involontaire coupable.)
- (218. Peine pour meurtre.)
- (219. Puntion de l'homicide involontaire coupable.)
- (220. Puntion de l'infanticide.)

221. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'emprisonnement à perpétuité, toute personne qui, au cours de la mise au monde, cause la mort d'un enfant qui n'est pas devenu un être humain, de telle manière que, si l'enfant était un être humain, cette personne serait coupable de meurtre.

(2) Le présent article ne s'applique pas à une personne qui, par des moyens que, de bonne foi, elle estime nécessaires pour sauver la vie de la mère d'un enfant, cause la mort d'un enfant.

- (222. Tentative de meurtre.)
- (223. Complice de meurtre après le fait.)

226. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans, une personne de sexe féminin qui, étant enceinte et sur le point d'accoucher, avec l'intention d'empêcher l'enfant de vivre ou dans le dessein de cacher sa naissance, néglige de prendre des dispositions en vue d'une aide raisonnable pour son accouchement, si l'enfant subit, par là, une lésion permanente ou si, par là, il meurt immédiatement avant, pendant ou peu de temps après sa naissance.

227. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, quiconque, de quelque manière, fait disparaître le cadavre d'un enfant dans l'intention de cacher le fait que sa mère lui a donné naissance, que l'enfant soit mort avant, pendant ou après la naissance.

251. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement à perpétuité, quiconque, avec l'intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, qu'elle soit enceinte ou non, emploie quelque moyen pour réaliser son intention.

(2) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, toute personne du sexe féminin qui, étant enceinte, avec l'intention d'obtenir son propre avortement, emploie, ou permet que soit employé quelque moyen pour réaliser son intention.

- (3) Au présent article, l'expression «moyen» comprend
- a) l'administration d'une drogue ou autre substance délétère,
 - b) l'emploi d'un instrument, et
 - c) toute manipulation.
- (4) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas
- a) à un médecin qualifié, autre qu'un membre d'un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital, qui emploie de bonne foi, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen pour réaliser son intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, ou
 - b) à une personne du sexe féminin qui, étant enceinte, permet à un médecin qualifié d'employer, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen mentionné à l'alinéa a) aux fins de réaliser son intention d'obtenir son propre avortement,

si, avant que ces moyens ne soient employés, le comité de l'avortement thérapeutique de cet hôpital accrédité ou approuvé, par décision de la majorité des membres du comité et lors d'une réunion du comité au cours de laquelle le cas de cette personne du sexe féminin a été examiné,

- c) a déclaré par certificat qu'à son avis la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière, et
- d) a fait remettre une copie de ce certificat au médecin qualifié.

(5) Le ministre de la Santé d'une province peut, par ordonnance,

- a) requérir un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital, dans cette province, ou un membre de ce comité, de lui fournir une copie d'un certificat mentionné à l'alinéa (4)c) émis par ce comité, ainsi que les autres renseignements qu'il peut exiger au sujet des circonstances entourant l'émission de ce certificat, ou
- b) requérir un médecin qui, dans cette province, a procuré l'avortement d'une personne de sexe féminin nommée dans un certificat mentionné à l'alinéa (4)c), de lui fournir une copie de ce certificat, ainsi que les autres renseignements qu'il peut exiger au sujet de l'obtention de l'avortement.

(6) Aux fins des paragraphes (4) et (5) et du présent paragraphe,

«comité de l'avortement thérapeutique» d'un hôpital désigne un comité formé d'au moins trois membres qui sont tous des médecins qualifiés, nommé par le conseil de cet hôpital pour examiner et décider les questions relatives aux arrêts de grossesse dans cet hôpital;

«conseil» désigne le conseil des gouverneurs, le conseil de direction ou le conseil d'administration ou les *trustees*, la commission ou une autre personne ou un autre groupe de personnes ayant le contrôle et la direction d'un hôpital accrédité ou approuvé;

«hôpital accrédité» désigne un hôpital accrédité par le Conseil canadien d'accréditation des hôpitaux, dans lequel sont fournis des services de diagnostic et des traitements médicaux, chirurgicaux et obstétricaux;

«hôpital approuvé» désigne un hôpital approuvé aux fins du présent article par le ministre de la Santé de la province où il se trouve;

«médecin qualifié» désigne une personne qui a le droit d'exercer la médecine en vertu des lois de la province dans laquelle est situé l'hôpital mentionné au paragraphe (4);

«ministre de la Santé» désigne

- a) dans la province d'Ontario, de Québec, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba, de Terre-Neuve et de l'Île-du-Prince-Édouard, le ministre de la Santé;

- a.1) dans la province d'Alberta, le ministre de la Santé (hôpitaux et assurance-maladie);
- b) dans la province de Colombie-Britannique, le ministre des Services de santé et de l'assurance-hospitalisation,
- c) dans les provinces de Nouvelle-Écosse et de Saskatchewan, le ministre de la Santé publique, et,
- d) dans le territoire du Yukon, et les territoires du Nord-Ouest, le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social.

(7) Rien au paragraphe (4) ne doit s'interpréter de manière à faire disparaître la nécessité d'obtenir une autorisation ou un consentement qui est ou peut être requis, autrement qu'en vertu de la présente loi, avant l'emploi de moyens destinés à réaliser une intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin.

252. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, quiconque illégalement fournit ou procure une drogue ou autre substance délétère, ou un instrument ou une chose, sachant qu'elle est destinée à être employée ou utilisée pour obtenir l'avortement d'une personne du sexe féminin, que celle-ci soit enceinte ou non.

590. Lorsqu'une personne du sexe féminin est accusée d'infanticide et que la preuve démontre qu'elle a causé la mort de son enfant, mais n'établit pas que, au moment de l'acte ou omission par quoi elle a causé la mort de l'enfant,

- a) elle ne s'était pas complètement remise d'avoir donné naissance à l'enfant ou de la lactation consécutive à la naissance de l'enfant, et
- b) son esprit était alors déséquilibré par suite de la naissance de l'enfant ou de la lactation consécutive à la naissance de l'enfant,

elle peut être déclarée coupable, à moins que la preuve n'établisse que l'acte ou omission n'était pas volontaire.

II. Les défauts des règles actuelles

La simple lecture de ces dispositions fait ressortir nombre de leurs défauts. Elles sont présentées d'une manière inutilement compliquée, leur formulation est loin d'être claire, l'ensemble présente des incohérences et relativement au fœtus, les lacunes sont nombreuses. En outre, elles s'avèrent de plus en plus inadéquates au regard des faits récents sur les plans médical, social et constitutionnel.

A. La présentation inutilement compliquée

Sous le rapport de la forme, ce qui frappe avant tout, c'est le nombre et la complexité des dispositions actuelles. Cette complexité s'explique par cinq facteurs. Elle tient en premier lieu à ce que le législateur a choisi de répartir les victimes de ces infractions dans différentes catégories : celles qui ne sont pas encore nées et celles qui le sont déjà; parmi ces dernières, d'une part, les victimes d'un homicide ordinaire et les victimes d'un infanticide (nouveau-nés); parmi les victimes non encore nées, d'autre part, celles qui sont tuées avant la naissance et celles qui sont tuées pendant l'accouchement. À ces catégories secondaires sont attachés quatre types différents de

crimes définis dans diverses dispositions disséminées dans le Code : homicide, infanticide, fait de tuer un enfant pendant la naissance, avortement.

En second lieu, la complexité découle du chevauchement des dispositions du Code. Prenons tout d'abord le cas de l'homicide. Comme la Commission l'a souligné dans son document de travail n° 33 traitant de ce crime⁴², deux problèmes se posent à cet égard. Tout d'abord, il y a coïncidence totale entre l'homicide involontaire coupable défini par la common law et l'article 217, d'une part, et le crime prévu à l'article 203 (le fait de causer la mort par négligence criminelle) d'autre part, ainsi qu'une extrême imprécision de la notion de négligence criminelle à l'article 202 : alors que les articles 202 à 204 figurent sous la rubrique «négligence criminelle», il est question à l'article 202 de «montre[r] une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui», c'est-à-dire de la témérité (les italiques sont de nous).

Ensuite, on observe un chevauchement entre le crime consistant à causer la mort d'autrui par négligence criminelle (art. 203) et le fait de tuer, au cours de la mise au monde, un enfant non encore né (art. 221). Pour l'application de l'article 203, on a considéré comme une personne un fœtus à terme qui est engagé dans le processus de la naissance⁴³, alors qu'on ne l'assimile pas à un être humain pour l'application des dispositions relatives à l'homicide. Par conséquent, le fait de tuer un fœtus pendant la mise au monde pourrait actuellement constituer en même temps deux infractions différentes, dont l'une (le fait de causer la mort par négligence criminelle) n'est pas directement touchée par l'arrêt *Morgentaler*.

Il faut parler en troisième lieu de l'organisation tortueuse des dispositions sur l'homicide elles-mêmes. La Commission a traité cette question en long et en large dans son document de travail n° 33⁴⁴, et son rapport n° 31, *Pour une nouvelle codification du droit pénal* (édition révisée et augmentée)⁴⁵, et elle a suggéré certaines améliorations. Nous nous intéresserons uniquement ici à l'infanticide, qui touche de très près notre sujet et qui fait actuellement l'objet de dispositions prêtant à la critique. Pour commencer, l'infraction est régie par deux articles insérés dans des chapitres tout à fait différents du Code, soit les articles 216 et 590. Deuxièmement, l'infanticide est défini à l'article 216 comme le fait pour une femme de tuer son enfant nouveau-né tandis que son esprit est déséquilibré par suite de la lactation ou de l'accouchement, alors que l'article 590 autorise une condamnation pour infanticide sans qu'ait été établi le déséquilibre mental; la contradiction est manifeste. Troisièmement, comme le soulignait la Commission⁴⁶ dans son document de travail n° 33, la science médicale ne permet

42. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *L'homicide*, Document de travail n° 33, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1984, p. 26.

43. Voir *R. c. Marsh*, [1979] 2 C.C.C. (3d) 1 (C. comté, C.-B.). Cette interprétation a été jugée erronée dans l'arrêt *R. c. Sullivan*, [1988] B.C.J. n° 1494 (C.A. C.-B.). Toutefois, la Cour suprême du Canada n'a pas encore tranché la question.

44. *Op. cit.*, note 42.

45. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Pour une nouvelle codification du droit pénal — édition révisée et augmentée*, Rapport n° 31, Ottawa, CRD, 1987.

46. *Op. cit.*, note 42, p. 86.

pas de conclure à un lien certain entre le déséquilibre mental et les effets de l'accouchement ou de la lactation.

En quatrième lieu, la présence d'infractions complémentaires vient encore compliquer les choses. Outre les deux crimes principaux — avortement et fait de tuer un enfant pendant la mise au monde — on relève les trois infractions suivantes : négligence à se procurer de l'aide lors de l'enfantement (art. 226), suppression de part (art. 227) et fourniture de substances délétères (art. 252). La première, dont la constitution exige que l'enfant subisse une lésion permanente ou meure immédiatement avant ou peu de temps après sa naissance, pourrait être présentée plus simplement dans le cadre d'une règle générale interdisant de tuer le fœtus ou de lui causer un préjudice corporel. La deuxième, qui consiste à faire disparaître le cadavre d'un enfant dans l'intention de cacher le fait que sa mère lui a donné naissance, équivaut essentiellement à la complicité après le fait en matière d'homicide, d'avortement ou de meurtre commis durant la naissance, et devrait donc être intégrée aux dispositions définissant ces infractions. La troisième, soit la fourniture de substances délétères, complète l'infraction principale prévue à l'article 251. Or, maintenant que celui-ci a été déclaré inconstitutionnel, on peut s'interroger sur la portée de l'infraction définie à l'article 252.

En cinquième lieu, la complexité découle de l'application de dispositions comme celles des articles 203, 204, 205, et 216 lorsque la mort ou le préjudice corporel résulte d'une omission. Car si une bonne partie des règles subtiles du droit pénal général sur cette question sont contenues aux articles 197 à 202 du Code, soit immédiatement avant les dispositions sur l'homicide, la plupart cependant sont énoncées dans la jurisprudence et les principes théoriques de la common law⁴⁷.

B. Le manque de clarté

Il est aussi de notoriété que les dispositions en cause baignent dans la confusion. À preuve, par exemple, la signification donnée aux termes «être humain», «personne» et «santé» dans l'ensemble de ce chapitre du Code; à preuve également le sens du terme «avortement» à l'article 251.

Prenons tout d'abord l'expression «être humain». Ce terme, employé pour décrire la victime de l'homicide, est défini à l'article 206 de façon à viser notamment l'enfant qui «est complètement sorti, vivant, du sein de sa mère, qu'il ait respiré ou non, qu'il ait ou non une circulation indépendante ou que le cordon ombilical soit coupé ou non». Mais qu'en est-il du fœtus qui a été temporairement retiré du sein de la mère pour une

47. Voir, d'un point de vue général, COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *L'omission, la négligence et la mise en danger*, Document de travail n° 46, Ottawa, CRDC, 1985. Voir également : *R. c. McLeod*, [1941] R.C.S. 228, 75 C.C.C. 305, [1941] 1 D.L.R. 773; *R. c. Colucci*, [1965] 2 O.R. 665, [1965] 4 C.C.C. 56, 46 C.R. 256 (C.A.); *R. c. Kysant*, [1932] 1 K.B. 442 (C.C.A.); J.C. SMITH et B. HOGAN, *Criminal Law*, 5^e éd., Londres, Butterworths, 1983, pp. 43-47; G. WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, 2^e éd., Londres, Stevens and Sons, 1983, pp. 148-153; A.W. MEWETT et M. MANNING, *Criminal Law*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1985, pp. 78-85.

intervention chirurgicale et y a été replacé par la suite? de l'embryon que l'on a retiré de l'utérus pour le mettre dans une boîte de Petri? de l'embryon produit par la fertilisation in vitro d'un ovule? Si la réponse est incertaine dans le dernier cas, elle est inéluctable dans les deux autres : le fœtus vivant retiré de l'utérus à quelque stade remplit tous les critères de l'article 206, parce qu'il «est complètement sorti, vivant, du sein de sa mère». Mais au moment où il est retiré de l'utérus, ce fœtus devient-il irrévocablement un être humain pour l'application des dispositions sur l'homicide, ou le devient-il temporairement, seulement jusqu'à sa réinsertion? Par ailleurs, la destruction d'un embryon fertilisé in vitro ou in utero; puis placé dans une boîte de Petri constitue-t-elle un homicide?

Deuxièmement, nous avons vu que le mot «personne», pour les fins de l'infraction consistant à causer la mort par négligence criminelle (art. 203), a été considéré comme visant notamment le fœtus à terme et vivant⁴⁸; or ce mot est utilisé dans la définition de nombreuses autres infractions — fait de causer des lésions corporelles par négligence criminelle (art. 204), voies de fait (art. 245), infraction illégale de lésions corporelles (art. 245.3), torture (art. 245.4) et enlèvement (art. 247), pour n'en citer que quelques-unes. Faut-il en conclure que ces crimes peuvent aussi être commis à l'égard d'un fœtus à terme et vivant? Peuvent-ils également être commis à l'égard d'un fœtus avant le terme de la grossesse?

Troisièmement, le mot «santé». L'ancien article sur l'avortement, invalidé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Morgentaler* (1988), autorisait l'avortement lorsque la poursuite de la grossesse constituait une menace pour la vie ou la santé de la mère⁴⁹. Mais qu'est-ce que la santé? Vu l'absence de définition dans le Code, certains estiment qu'il ne s'agit que de la santé physique, d'autres lui donnent un sens plus large et d'autres enfin — notamment la plupart des médecins — retiennent la définition adoptée par l'Organisation mondiale de la santé et la considèrent comme «un état de complet bien-être physique, mental et social ne consistant pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité».

Finalement, le mot «avortement». L'article 251 du Code interdit l'avortement, sauf en certaines circonstances. Mais qu'entend-on par «avortement»? Le paragraphe 251(1) dispose que «quiconque, avec l'intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin [...] emploie quelque moyen pour réaliser son intention», est coupable d'un acte criminel, tandis qu'aux termes du paragraphe 251(2), est coupable d'un acte criminel «toute personne du sexe féminin qui, étant enceinte, avec l'intention d'obtenir son propre avortement emploie, ou permet que soit employé quelque moyen pour réaliser son intention». Or, si le mot «avortement» n'est défini nulle part dans le Code, le terme utilisé dans la version anglaise, *miscarriage*, montre que l'article 251

48. Voir *supra*, note 43.

49. Le juge en chef Dickson, en déclarant l'article 251 inconstitutionnel, a conclu que dans la pratique, cette disposition porte clairement atteinte à l'intégrité corporelle et psychologique de la femme et viole ainsi l'article 7 de la Charte, qui consacre le droit à la sécurité de la personne (pp. 53-62). Le juge Beetz a déclaré pour sa part que la sécurité de la personne comporte le droit d'accès au traitement médical, sans craindre la sanction pénale, relativement à tout état qui constitue un danger pour la vie ou la santé (pp. 89-91). Arrêt précité, note 7.

concerne l'expulsion prématurée du fœtus avant qu'il soit suffisamment développé pour être viable. Pourtant, le mot «avortement» (en anglais *abortion*) désigne souvent d'autres méthodes visant à empêcher la naissance d'un enfant vivant; citons à cet égard Glanville Williams :

[TRADUCTION]

En droit, le terme avortement désigne le «fœticide» : soit la destruction intentionnelle du fœtus dans le sein de la mère, ou l'expulsion prématurée provoquée dans l'intention de causer la mort du fœtus⁵⁰.

Selon cette conception, l'avortement pourrait viser non seulement les actes dont il est question à l'article 251, mais également des actes qui relèvent plus justement de l'article 221 (fait de tuer un enfant au cours de la mise au monde), ainsi que des méthodes récentes d'interruption de la grossesse qui entraînent la mort de fœtus mesurant jusqu'à quatre centimètres de long et leur absorption par l'organisme de la mère, sans expulsion à proprement parler⁵¹.

C. Le manque de cohérence

Cela nous amène à parler d'un certain manque de cohérence dans les dispositions en question. Ainsi, celles qui ont trait à l'avortement présentent de curieuses anomalies au regard de celles qui régissent l'homicide, en particulier le paragraphe 206(2), aux termes duquel «[c]ommet un homicide, quiconque cause à un enfant, avant ou pendant sa naissance, des blessures qui entraînent sa mort après qu'il est devenu un être humain⁵²». Comme l'explique le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Morgentaler*, la méthode d'avortement habituellement utilisée au Canada à partir de la seizième semaine de grossesse est la méthode médicamenteuse, qui «requiert l'introduction dans le liquide amniotique de prostaglandine, d'urée ou d'une solution saline qui provoque les contractions; la femme accouche d'un fœtus, habituellement mort-né, encore que ce ne soit pas toujours le cas⁵³». Mais si le fœtus naît vivant, et qu'il meure par la suite à cause du procédé utilisé, le médecin n'est-il pas carrément coupable d'homicide, indépendamment du but thérapeutique visé et de l'inconstitutionnalité des dispositions sur l'avortement?

50. WILLIAMS, *op. cit.*, note 47, p. 292.

51. Voir : «Selective Termination in Quintuplet Pregnancy During First Trimester», *The Lancet*, 21 juin 1986, p. 1447 et «Assisted Reproduction and Selective Reduction of Pregnancy», *The Lancet*, 12 décembre 1987, p. 1409.

52. Voir *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480, où il a été établi que le fait d'infliger à une femme enceinte une blessure entraînant la mort de l'enfant après sa naissance pouvait constituer deux crimes distincts : (1) avoir causé des lésions corporelles à la mère et (2) homicide involontaire coupable à l'égard de l'enfant décédé.

53. Arrêt précité, note 7, p. 58; voir le rapport Badgley, *op. cit.*, note 2, pp. 306-309; STATISTIQUE CANADA, *Avortements thérapeutiques, 1985*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986, p. 43; *Rapport sur l'avortement thérapeutique en Ontario — Enquête ordonnée par le ministère de la Santé*, Toronto, Le Ministère, 1987 (M. Powell, commissaire).

Il y a là un incontestable manque de logique. Car si le médecin commet alors un homicide, suivant l'argument présenté ci-dessus, ne peut-on en conclure que les règles régissant l'homicide sont incompatibles avec l'article sur l'avortement et la décision *Morgentaler*? À l'inverse, s'il ne s'agit pas d'un homicide, ce résultat n'est-il pas incompatible avec les actuelles dispositions relatives à l'homicide? Malgré l'arrêt *Morgentaler*, donc, quiconque exécute un avortement thérapeutique pourrait vraisemblablement être déclaré coupable dans certains cas du crime d'homicide pour avoir causé la mort du fœtus après la naissance.

Par ailleurs, l'article 221 semble présenter, depuis l'arrêt *Morgentaler*, une certaine incohérence ou tout au moins un élément de doute, car une alternative se présente inévitablement. Ou bien le mot avortement embrasse le fait de tuer un enfant pendant la mise au monde, auquel cas l'article 221 serait tout aussi inconstitutionnel et incompatible avec la Charte que l'article 251. Ou bien il exclut cette action, et alors l'article 221 ne contrevient pas nécessairement à la Charte, et l'arrêt *Morgentaler* n'a pas toute la portée que lui prêtent les partisans du libre choix.

Certains problèmes de cohérence pourraient également se poser à l'égard de l'article 252 qui interdit de fournir ou de procurer illégalement une substance délétère en sachant qu'elle est destinée à être employée pour provoquer un avortement. L'un des problèmes tient à l'emploi du mot «sachant». D'après la jurisprudence, le fait que la personne à qui la substance est fournie n'ait en réalité pas eu l'intention de l'utiliser à cette fin ne constitue pas un moyen de défense; en d'autres termes, on peut savoir qu'une chose sera utilisée à une certaine fin, bien que la personne à qui la chose est fournie, elle, n'en sache rien⁵⁴. Pourtant, dans le langage ordinaire, comment une personne peut-elle «savoir» une chose qui n'est pas vraie?

Une difficulté plus grave se pose quant au lien entre cette disposition et celle qui la précède, soit l'article 251, déclaré inconstitutionnel. Comment peut-on soustraire à la sanction pénale le fait de procurer un avortement, alors que le fait de fournir un moyen propre à procurer l'avortement constitue, lui, un crime? Il est possible que le fait de fournir une substance délétère ne soit plus un crime, parce que l'article 252, intrinsèquement lié à l'article 251, doit lui aussi être contraire à la Charte. Mais d'un autre côté, on pourrait faire valoir qu'il n'est pas plus illogique de dépénaliser l'avortement tout en conservant le crime complémentaire, que d'enlever au suicide son caractère criminel tout en maintenant le crime d'aide au suicide, d'autant plus que ce dernier crime consiste simplement dans le fait de conseiller, d'aider ou d'encourager une personne à se suicider, tandis que la fourniture de substances délétères consiste à les fournir *illégalement*. Pourtant, comment le fait de fournir une substance pourrait-il être illégal si l'acte principal ne l'est pas? À cela, on pourrait répondre que le terme «illégalement» employé à l'article 252 signifie «en violation de quelque règle de droit», y compris une disposition provinciale, et qu'il est tout à fait plausible qu'une province interdise la fourniture de substances délétères destinées aux avortements. Mais dans ce cas, la responsabilité pénale en vertu de l'article 252 risque de différer d'une province à l'autre, alors que le droit pénal est censé s'appliquer d'une manière uniforme dans

54. Voir *Irwin c. The Queen*, [1968] R.S.C. 462, 4 C.C.C. 119, 3 C.R.N.S. 377.

tout le Canada. Quoi qu'il en soit, le pire reste encore l'impuissance que l'on ressent devant un écheveau impossible à démêler.

Pour finir, on relève un manque d'uniformité dans l'emploi de différents termes pour décrire la même réalité, soit le fait de causer la mort du fœtus ou de lui causer un préjudice corporel. Ainsi, le législateur utilise les termes «personne» en français et «person» en anglais à l'article 203, le terme «person» en anglais et le terme «autrui» en français à l'article 204, le terme «être humain» à l'article 205, le terme «enfant» à l'article 206 et à l'article 221, le terme «enfant nouveau-né» à l'article 216.

D. Les lacunes actuelles

Malgré leur nombre et leur complexité, les dispositions reproduites ci-dessus présentent encore trop de lacunes pour former un régime complet à l'égard du fœtus. En effet, elles ne précisent aucunement les limites de ce qui peut être fait et de ce qui est interdit. Au contraire, les règles sont exprimées d'une manière implicite et dans des termes vagues comme «être humain», «personne», «santé», et demeurent silencieuses devant de nombreuses questions que pose la pratique médicale actuelle. Ainsi, on n'y trouve aucune disposition concernant la recherche sur le fœtus, la conservation et la destruction des embryons humains, la responsabilité pouvant découler du fait d'exposer un fœtus à un préjudice corporel, les interventions légitimes pour protéger la santé du fœtus et bien d'autres questions connexes. Bien sûr, les dispositions en cause ont été adoptées avant la mise au point d'une bonne partie des techniques actuellement utilisées, mais le mutisme du législateur a déjà trop duré.

Par ailleurs, le Code ne fait aucun cas du moment où est pratiqué l'avortement. Or, dans la mesure où l'avortement est tenu pour légitime, on s'entend d'une manière générale pour dire qu'il doit être pratiqué le plus tôt possible : plus il est tardif, plus grave est le risque pour la santé de la femme enceinte⁵⁵. Dans cette perspective, les règles actuelles sont difficilement justifiables, quel que soit l'objectif fondamental auquel elles répondent, à savoir protéger la santé de la femme enceinte ou protéger les intérêts du fœtus.

D'aucuns retiennent le premier de ces objectifs. Ils considèrent que les dispositions en cause visent à protéger la santé des femmes enceintes et à garantir la sécurité médicale d'interventions qui, autrement, sont confiées à des avorteurs clandestins⁵⁶. Mais alors, comment concilier ce point de vue avec les moyens d'application actuellement décrits aux paragraphes 251(4) et (5), la lourde structure de comités qui

55. Voir le rapport Badgley, *op. cit.*, note 2, pp. 341-348; en 1985, on a relevé seulement 0,7 complications pour 100 avortements thérapeutiques, lorsque l'intervention a lieu avant la neuvième semaine de gestation. Par contre, lorsqu'elle est pratiquée après vingt et une semaines, le taux s'élève à 39,8 complications pour 100 avortements thérapeutiques : STATISTIQUE CANADA, *op. cit.*, note 53, p. 50.

56. Voir les motifs exposés par le juge Beetz dans l'arrêt *Morgentaler* (1988), précité, note 7, pp. 80-132. Tout en estimant que la protection du fœtus est un objectif primordial, le juge Beetz déclare : «l'intérêt que représente la vie ou la santé de la femme enceinte l'emporte sur celui qu'il y a à interdire les avortements, y compris l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus» (p. 81).

est souvent la source de retards importants? En effet, lorsque les lenteurs administratives entraînent la remise de l'avortement à une étape plus tardive de la grossesse, peut-on encore prétendre que l'objectif poursuivi est atteint?

Pour d'autres, cependant, c'est le second objectif fondamental, soit la protection maximale du fœtus, qui est à la source des dispositions sur l'avortement⁵⁷. Mais comment cela peut-il s'accorder avec le contexte général où s'inscrit l'article 251, soit les règles générales sur le fœtus? Ces règles générales sont en effet bien loin de conférer une protection maximale au fœtus.

En common law, à l'origine, aucune poursuite ne pouvait être intentée en cas de décès résultant d'une faute; du point de vue de la responsabilité délictuelle, mieux valait causer la mort d'autrui que lui occasionner des blessures. Certes, le législateur est par la suite intervenu pour autoriser les poursuites fondées sur l'abrégement de la vie et les préjudices subis par les personnes à charge, mais on ne peut toujours pas réclamer de dommages-intérêts au nom du fœtus qui a subi des blessures mortelles, s'il n'est pas né vivant d'abord. À cet égard, la position de la common law est énoncée dans l'arrêt *Smith c. Fox*⁵⁸. En revanche, lorsque le fœtus subit des blessures imputables à la faute d'autrui sans que la mort en résulte immédiatement, on lui reconnaît le droit d'obtenir réparation pour la raison suivante : [TRADUCTION] «Lorsqu'il est par la suite né vivant et viable, il s'est trouvé revêtu de tous les droits de poursuite qu'il aurait eus s'il avait effectivement existé à la date de l'accident⁵⁹». Ce principe du droit civil a été repris en Ontario dans l'affaire *Duval c. Séguin*⁶⁰. Le fait de tuer un fœtus, donc, ne constitue pas un acte fautif en droit civil, mais c'est une faute de lui causer des blessures s'il naît vivant par la suite.

Dans les systèmes de droit civil, le fœtus se trouvant dans l'utérus n'a en principe droit à aucune protection d'ordre juridique. Les droits et privilèges dont il peut jouir sont subordonnés à ce qu'il naisse vivant. Et les modifications apportées au *Code civil* du Québec en 1971 n'ont rien changé à ce principe⁶¹.

En droit pénal, situation inverse : il y a fort longtemps que la common law et, subséquemment, la législation qualifient de crime le fait de tuer intentionnellement un fœtus. Échappent par contre encore à la répression pénale le fait de causer des blessures au fœtus et de le tuer involontairement, exception faite peut-être de l'article 203 dont

57. Voir les motifs de la juge Wilson dans l'arrêt *Morgentaler* (1988), précité, note 7, pp. 161-184. Elle déclare à la p. 181 : «À mon avis, il faut voir dans l'objectif premier de la loi contestée la protection du fœtus». Elle atténue ensuite la portée de cet objectif en invoquant des «objectifs secondaires, telle la protection de la vie et de la santé de la femme enceinte».

58. [1923] 3 D.L.R. 785.

59. *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456, 4 D.L.R. 337.

60. (1973), 1 O.R. (2d) 482, 40 D.L.R. (3d) 666 (C.A.).

61. Suivant la maxime du droit civil *infans conceptus pro natura habetur quoties de commodus ejus agitur*, le fœtus jouit de certains privilèges pourvu qu'il naisse vivant et viable. «Cet enfant à naître n'est certes pas une personne [...] Il n'est pas non plus une chose, non plus qu'un membre ou un organe de sa mère. Il ne se situe, à vrai dire, dans aucune catégorie de biens ou de personne qu'identifie la loi», *Langlois c. Meunier*, [1973] C.S. 301, p. 305.

nous avons parlé. Et à moins que ne soit confirmée l'interprétation large donnée par une cour de comté au mot «personne» employé dans cette disposition⁶², on ne saurait guère prétendre que notre droit pénal assure au fœtus une protection maximale.

E. Le retard du droit

La plupart des dispositions régissant le domaine qui nous occupe ont été rédigées à une époque où la science médicale n'était pas aussi développée qu'aujourd'hui, il s'en faut de beaucoup. On s'accommodait alors fort bien de définitions approximatives de la naissance et de la mort. Mais aujourd'hui, comme nous le rappelions plus haut, la médecine est en mesure de produire des embryons hors de l'utérus et de retirer temporairement le fœtus du sein de sa mère pour ensuite l'y replacer. La définition simpliste du terme «être humain» figurant à l'article 206 du *Code criminel* s'avère dès lors nettement insuffisante. Par ailleurs, les dispositions qui régissent l'avortement lui-même se caractérisent par leur manque déconcertant de nuances à l'égard de l'enfant non encore né. Tandis que les législations d'autres pays occidentaux⁶³ établissent des distinctions fondées sur l'âge du fœtus et sur des notions telles que le découpage de la grossesse en trimestres, les premiers mouvements du fœtus et la viabilité pour délimiter le champ d'application des différents modes d'intervention et les degrés de la responsabilité pénale, le droit canadien, lui, fait totalement abstraction des divers stades du développement fœtal au point de vue biologique. Il applique à tous les avortements la même règle, peu importe l'étape de la grossesse : soit illégalité totale, soit autorisation pour des motifs d'ordre thérapeutique, quel que soit l'âge du fœtus.

Ce n'est pas seulement en médecine que la réflexion a évolué. Dans le domaine de l'éthique, en effet, le point de vue de la société sur bien des questions a beaucoup changé depuis cent ans, voire depuis seulement vingt ans. Nombre de choses à peine dénoncées au siècle dernier, comme la pollution de l'environnement et la cruauté à l'endroit des animaux, font aujourd'hui l'objet de critiques de plus en plus virulentes. En revanche, on fait preuve de nos jours d'une tolérance beaucoup plus grande qu'il y a cent ans à l'égard de pratiques sévèrement condamnées à l'époque, par exemple la sorcellerie et les relations sexuelles hors mariage. De tels changements d'attitude rendent nécessaire le réexamen d'une bonne partie des règles du droit pénal.

La Commission avait du reste proposé en 1976 un réexamen de cette nature dans son rapport au Parlement intitulé *Notre droit pénal*⁶⁴. Elle y recommandait au législateur de restreindre la portée du droit pénal et de limiter l'application du *Code criminel* aux actes que l'on juge en général suffisamment répréhensibles pour justifier la répression pénale. Les actes ne répondant plus à ce critère, suggérait-elle, devraient être retirés du *Code criminel* et échapper au droit pénal. Par ailleurs, pour les agissements dont le

62. Voir la note 43.

63. Voir l'annexe A.

64. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Notre droit pénal*, Rapport n° 3, Ottawa, Information Canada, 1976, p. 20.

caractère répréhensible prête à controverse, la Commission proposait que l'on étudie la question pour déterminer la voie à suivre : abolition de l'infraction, définition plus restrictive, adoption de dispositions plus rigoureuses.

Parmi cette dernière catégorie d'infractions figuraient l'obscénité, l'inceste, la bigamie, l'indécence et l'avortement. À l'évidence, et malgré le compromis de l'article 251 sur les motifs d'ordre thérapeutique et le moyen de défense fondé sur l'état de nécessité (art. 221), les dispositions sur l'avortement ne correspondent d'aucune façon aux convictions intimes des citoyens à l'heure actuelle. D'une part, le compromis en question ne tient aucun compte de l'opinion ferme d'un grand nombre de personnes, pour qui les femmes devraient avoir plein droit de regard sur leur corps et ce qu'elles veulent en faire, et devraient pouvoir obtenir l'avortement sur demande. Et d'autre part, la mise en œuvre de ce compromis a dans certains hôpitaux bafoué les opinions tout aussi profondes de nombreuses personnes, pour qui la vie de l'enfant non encore né mérite la même protection que celle des «êtres humains» au sens de l'article 206.

Enfin, l'article consacré à l'avortement ne satisfait plus aux récents impératifs d'ordre constitutionnel exprimés dans la Charte. Mentionnons en particulier le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, et le droit de ne pas en être privé sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale, pour reprendre les termes de l'article 7 de la Charte. C'est pour cette raison qu'en janvier 1988, la Cour suprême du Canada a, dans l'arrêt *Morgentaler*, conclu à l'inconstitutionnalité des dispositions du Code relatives à l'avortement. Elle s'est fondée pour cela sur le raisonnement suivant. En premier lieu, l'article 251 porte atteinte au droit des femmes à la sécurité de leur personne en ne leur permettant pas d'une manière générale de recourir, sans craindre les sanctions pénales, à un traitement médical approprié à un état qui constitue un risque pour leur vie ou leur santé⁶⁵. En second lieu, les mécanismes prévus à l'article 251 pour régir l'accès à l'avortement thérapeutique sont loin d'assurer le respect des principes de justice fondamentale de façon à justifier l'atteinte ainsi portée au droit à la sécurité⁶⁶. En troisième lieu, la protection du fœtus est certes un objectif public valide, qui justifie suivant l'article 1 l'établissement de limites raisonnables au droit à l'avortement, mais les moyens retenus par le législateur à l'article 251 pour réaliser cet objectif ne présentent pas avec celui-ci un lien logique suffisant pour justifier l'application de l'exception prévue à l'article premier⁶⁷.

F. Conclusion

Une chose est claire : les règles du droit pénal relatives au fœtus doivent faire l'objet d'un réexamen, quel que soit notre point de vue sur le problème de l'avortement. Ceux qui voudraient voir l'actuel article 251 remplacé par des dispositions davantage conformes à la Charte exigeront bien sûr des mesures législatives à cette fin. Mais

65. *Morgentaler* (1988), précité, note 7, pp. 53-63; motifs majoritaires du juge en chef Dickson.

66. *Id.*, pp. 63-73.

67. *Id.*, pp. 75-76.

même ceux qui préféreraient l'absence de toute disposition sur l'avortement n'accepteront probablement pas que les autres règles applicables au fœtus demeurent intactes; ils seront sans aucun doute d'accord avec les premiers pour demander l'intervention du législateur relativement à la définition jurisprudentielle du mot «personne», à la définition légale du terme «être humain», aux infractions consistant à tuer un enfant pendant la mise au monde et à fournir des substances délétères. Autrement dit, leur souci consistera dans le réexamen des articles 203, 205, 206, 221 et 252 du *Code criminel* actuel. Par conséquent, tous les intéressés — les partisans du libre choix, les adversaires de l'avortement et les tenants d'une solution intermédiaire — ne peuvent que s'entendre sur la nécessité de modifier les règles existantes.

CHAPITRE TROIS

La réforme des règles actuelles

Pour la réforme des règles actuelles, deux voies sont possibles. On pourrait s'employer à récrire avec soin les dispositions existantes, pour y supprimer les divers défauts exposés ci-dessus. Ou alors, on peut adopter carrément une nouvelle approche et repenser de fond en comble les assises mêmes de ces dispositions.

I. Une nouvelle rédaction

Une nouvelle rédaction permettrait sans conteste certaines améliorations. Il serait par exemple possible de supprimer l'ambiguïté résultant de la définition jurisprudentielle du mot «personne» dans le contexte de l'article 203, et de préciser dans quelle mesure cette disposition ainsi que les autres articles énumérés sont applicables à l'égard du fœtus. On pourrait en outre rendre plus rigoureuse la définition du terme «être humain» à l'article 206 et clarifier la situation juridique du fœtus momentanément ou définitivement retiré de l'utérus. Ensuite, le manque de cohérence entre l'article 221 (fait de tuer, au cours de la mise au monde, un enfant non encore né) et l'article 251 (avortement) pourrait être corrigé. Enfin, les règles relatives à l'infanticide pourraient être présentées d'une manière plus logique et cohérente.

La Commission a déjà proposé des modifications de cette nature dans de précédents documents. Ainsi, dans le rapport n° 31⁶⁸, nous limitons la définition de tous les crimes contre la personne — des voies de fait au meurtre — aux actes accomplis à l'égard d'«autrui» ou d'une «personne», ces termes étant définis comme suit : «toute personne déjà née, c'est-à-dire complètement sortie vivante du sein de sa mère». Nous avons également recommandé l'abrogation des dispositions consacrées à l'infanticide, car ces cas de responsabilité atténuée pourraient facilement être pris en compte au moment de la détermination de la peine (pour peu que soit supprimée la peine fixe en matière de meurtre au second degré, suivant la recommandation de la Commission). Ne seraient en outre tenus pour criminels que les actes et omissions expressément qualifiés tels au *Code criminel* ou dans une autre loi émanant du Parlement, et la responsabilité pénale ne pourrait plus être fondée sur l'inobservation d'une loi provinciale.

Dans le présent document aussi, la Commission présente des suggestions de cet ordre. Tout d'abord, nous recommandons une nouvelle définition des termes «autrui»

68. *Op. cit.*, note 45.

pas nécessaire pour garantir la déclaration des naissances à l'état civil, puisque cette obligation est prévue dans d'autres textes⁷¹.

Ajoutons simplement que, pour les cas d'homicide ou de destruction criminelle de fœtus, la dissimulation du cadavre sera visée par la recommandation 24(3)b) du nouveau code (dissimulation d'une preuve matérielle); pour ce qui est des autres cas, le droit pénal n'a pas pour mission de soutenir les textes régissant les statistiques de l'état civil.

Enfin, nous recommandons la suppression des dispositions figurant à l'article 252 (fournir des substances délétères). L'établissement d'une infraction générale sur le fœtus les rendrait inutiles : en vertu du nouveau code, la personne qui fournit la substance délétère dans un dessein illégal pourrait être accusée d'avoir favorisé la commission d'un crime contre le fœtus.

RECOMMANDATIONS

1. Il y aurait lieu de définir dans le nouveau code les termes «autrui» et «personne» de la façon suivante : «toute personne morale, et tout être humain qui est complètement et définitivement sorti du corps de sa mère, en vie et apte à survivre d'une façon autonome».

2. Le nouveau code ne devrait comporter aucune disposition particulière visant le fait de tuer un enfant non encore né pendant la mise au monde.

3. Le nouveau code ne devrait comporter aucune disposition particulière visant le fait de négliger de se procurer de l'aide au moment de l'enfantement.

4. Le nouveau code ne devrait comporter aucune disposition visant la suppression de part.

5. Le nouveau code ne devrait comporter aucune disposition visant le fait de fournir des substances délétères.

II. Une nouvelle approche

On ne saurait pourtant régler l'ensemble des problèmes en se limitant à des modifications de forme. S'il est possible de redéfinir les termes «autrui» et «personne» d'une façon plus précise, il faut encore se demander dans quelle mesure, hormis le cas de l'avortement, le fait de détruire un fœtus ou de lui causer des lésions corporelles devrait être tenu pour un crime, et aussi dans quelle mesure les dispositions régissant l'homicide devraient être applicables à l'embryon ou au fœtus extrait de l'utérus au moyen d'une intervention chirurgicale. Par ailleurs, on peut modifier ou supprimer la

71. *Op. cit.*, note 47, p. 292. Voir, au fédéral, la *Loi sur la statistique*, S.C. 1970-71-72, ch. 15, art. 29, et les textes provinciaux correspondants.

disposition traitant de la «fourniture de substances délétères», mais il faut aussi décider si tous les avortements (y compris par exemple ceux accomplis par des avorteurs clandestins) devraient échapper à la répression pénale.

Aussi une réflexion de nature globale s'impose-t-elle, qui permettra d'élaborer une approche législative plus cohérente. Le fœtus devrait-il bénéficier d'une quelconque protection juridique? Et dans l'affirmative, cette protection devrait-elle être celle du droit pénal? Pour répondre à de telles questions, il est indispensable de s'appuyer sur les principes fondamentaux reconnus par la société. -

A. La recherche des principes — les quatre critères énoncés dans *Notre droit pénal*

Comme nous l'avons déjà fait remarquer, il est impossible de dégager des principes généraux à partir d'une doctrine religieuse ou d'un simple sondage d'opinion. Pour la Commission, la seule voie possible consiste à s'inspirer des valeurs fondamentales de notre société. Ces valeurs, comme nous le disions dans *Notre droit pénal*⁷², se répartissent en deux catégories. Certaines sont nécessaires à l'existence même de toute société, alors que les autres sont propres au type de société qu'est la nôtre.

Les valeurs essentielles sont celles sans lesquelles la vie en société serait impossible. La société, après tout, est une entreprise de collaboration; ses membres doivent être prêts à faire des compromis, doivent respecter leurs faiblesses et leurs besoins respectifs, et il doit exister en son sein un certain degré de confiance mutuelle. En d'autres termes, les citoyens doivent préférer l'ordre à l'anarchie, la paix à la violence et l'honnêteté à l'improbité. La vie en société exige donc que ses membres s'engagent à soutenir des valeurs telles que le respect de la vie et l'inviolabilité de la personne.

D'un autre côté, parmi les valeurs qui sont essentielles non pas à l'existence même de la société, mais plutôt à l'existence de notre société en particulier, citons le prix que l'on accorde au Canada à la justice, à l'égalité, à la dignité et à la liberté individuelle. Ces valeurs ne sont pas indispensables à la vie en société, puisque bon nombre de sociétés ont pu survivre sans elles, mais elles font la fierté de la société canadienne.

Ces valeurs et principes fondamentaux, a fait valoir la Commission, doivent orienter la réforme du droit pénal. Ils nous indiquent que celui-ci doit jouer un rôle limité, être mis en œuvre avec modération et être considéré comme un outil de dernier recours. Dans cette optique, et devant l'approbation exprimée par le gouvernement fédéral dans le document intitulé *Le Droit pénal dans la société canadienne*⁷³, nous

72. *Op. cit.*, note 64.

73. GOUVERNEMENT DU CANADA, *Le Droit pénal dans la société canadienne*, Ottawa, 1982.

avons instamment recommandé l'application de quatre critères pour la détermination du champ d'application du droit pénal :

Afin de déterminer si une action devrait être un crime qui figure au Code criminel, nous devons nous demander :

- si l'action cause un préjudice grave à autrui;
- si elle viole de quelque façon nos valeurs fondamentales, à tel point qu'elle cause un tort à la société;
- si nous sommes sûrs que les mesures nécessaires pour mettre en œuvre le droit pénal contre cette action ne violeront pas elles-mêmes nos valeurs fondamentales;
- si après réponse affirmative à ces trois questions, nous croyons que le droit pénal est d'un apport substantiel à la solution du problème⁷⁴.

Les deux premiers critères permettent en fait de déterminer si une action doit d'une manière générale faire l'objet d'une règle de droit; les troisième et quatrième critères, si cette action doit relever du droit pénal, plus précisément. En l'occurrence, les deux premiers critères portent sur la question de savoir si le fœtus mérite une quelconque protection juridique, et les deux autres, sur celle de savoir si cette protection doit être celle du droit pénal.

B. L'application des principes — les critères énoncés dans *Notre droit pénal*

La destruction du fœtus et les actes lui causant un préjudice corporel répondent-ils à ces critères? Précisons d'abord que, de toute évidence, de tels agissements peuvent être accomplis dans deux situations différentes : avec ou sans le consentement de la femme qui porte le fœtus; par trois catégories différentes de personnes : la femme qui porte le fœtus, son médecin, des tiers; selon quatre degrés différents de responsabilité : intentionnellement, par témérité, par négligence, par accident. Pour bien des gens, par conséquent, l'éventuel caractère criminel de l'acte variera selon les circonstances. L'acte commis par négligence sera considéré comme «moins criminel» que l'acte commis par témérité, l'acte commis par témérité, moins que l'acte intentionnel, et l'acte accompli par une femme enceinte ou avec son consentement, moins que celui commis par un tiers malgré l'opposition de la femme.

Cela dit, on peut se demander, plus fondamentalement, si la répression pénale est opportune dans quelque cas que ce soit. Prenons le cas le plus grave, soit celui où un tiers détruit délibérément un fœtus contre la volonté de la mère. Cet acte devrait-il être considéré comme un véritable crime? Dans quelle mesure répond-il aux quatre critères exposés dans *Notre droit pénal*?

Le 1^{er} critère — Le préjudice grave à autrui

Premièrement, la destruction d'un fœtus cause-t-elle un préjudice à autrui? Manifestement, cet acte peut faire deux victimes, la mère et le fœtus.

74. *Op. cit.*, note 64, p. 34.

a) *La femme enceinte*

Le cas de la femme enceinte ne pose pas véritablement de problème. Consentante, elle ne peut se plaindre d'un préjudice que si l'acte a été accompli avec négligence et a ainsi mis en danger sa santé et sa sécurité. Non consentante, elle subit sans nul doute un préjudice; mais à l'égard de ce préjudice, comme pour tous ceux qui résultent d'un acte de violence, les dispositions relatives aux voies de fait et à l'infliction illégale de lésions corporelles sont parfaitement adéquates. Il n'est donc pas nécessaire d'instituer un texte spécial pour le cas de la destruction du fœtus.

b) *Le fœtus*

En ce qui concerne le fœtus, précisons d'emblée deux choses. Nous ne nous intéressons ici qu'au fœtus qui se trouve dans l'utérus ou en est retiré temporairement, et non à l'embryon qui se trouve complètement et définitivement hors de l'utérus, comme celui qui est obtenu par fécondation in vitro. Dans l'application de cette technique, on produit un plus grand nombre d'embryons que ce qu'il est possible d'implanter en toute sécurité. Les embryons non utilisés, n'étant pas destinés à devenir des enfants, forment donc une catégorie tout à fait particulière, devant le cas échéant être protégée non par les règles ordinaires du droit pénal en matière d'infractions contre les personnes, mais plutôt par des textes spéciaux dont il sera question ci-dessous. Aussi les actes causant un préjudice corporel à l'embryon ou sa destruction dans de telles circonstances débordent-ils le cadre de la présente discussion.

Il faut aussi apporter une précision au sujet du traitement médical. Pour les personnes au sens ordinaire du terme (êtres humains déjà nés), le principe interdisant d'infliger un préjudice corporel à autrui admet, aussi bien en droit que sur le plan moral, une exception relative au traitement médical⁷⁵. Normalement, le traitement est bénéfique pour le patient et ne lui cause pas de préjudice; et quand tel n'est pas le cas, c'est à l'encontre de l'intention des médecins. Les actes médicaux, dont nous parlerons plus loin, ont donc aussi été exclus de notre discussion.

Ces deux exceptions mises à part, peut-on dire que l'acte causant un préjudice corporel au fœtus ou sa destruction inflige aussi un préjudice à «autrui»? Le fœtus subit sans conteste un préjudice, soit, mais devrait-il être inclus dans le terme «autrui»? Est-ce une personne et, dans l'affirmative, à compter de quel moment? dès la conception? aux premiers mouvements, etc.?

Comme nous l'avons vu, cette question suscite une double difficulté. Premièrement, on s'entend en général pour dire que l'accession du fœtus au statut de personne doit se produire à un moment précis, mais aucun consensus ne s'est dégagé sur la détermination de ce moment. Deuxièmement, on ne parvient pas à se mettre d'accord sur les moyens par lesquels un consensus pourrait être réalisé, parce que la

75. Voir Rapport n° 31, *op. cit.*, note 45, version législative, al. 44(2)a); Rapport n° 28, *op. cit.*, note 1, p. 7.

controverse repose sur des considérations d'ordre moral davantage que scientifique — le désaccord ne porte pas tant sur les faits que sur leur appréciation. Il n'est donc pas étonnant de voir deux points de vue différents s'affronter. D'une part, certains tiennent sans aucune hésitation le fœtus pour une personne car, la vie étant un phénomène continu qui s'étend de la conception à la mort, le fœtus sur le point de naître est assimilable à l'enfant qui vient de naître et les deux sont susceptibles dans la même mesure de connaître la souffrance⁷⁶. En revanche, ceux qui insistent sur le caractère primitif du fœtus aux premières étapes de son développement, sur son entière dépendance envers la mère et sur la relation toute particulière existant entre les deux, concluront que ce n'est pas tout à fait une personne⁷⁷.

Il n'est cependant pas indispensable à notre avis de poser la question, et cela pour deux raisons. Tout d'abord, s'il est vrai que le premier critère, dans *Notre droit pénal*, emploie le terme «autrui», il n'a pas été élaboré dans le contexte des infractions concernant le fœtus, mais plutôt à titre de principe général applicable aux infractions ordinaires, celles qui visent les personnes et les biens. Nous voulions surtout insister sur la nécessité de réserver avant tout le droit pénal aux crimes de violence et de faire preuve de modération dans les autres domaines, notamment pour ce qui est des crimes ne faisant pas de victimes.

La Commission a depuis lors été amenée à élargir la portée de ce premier critère, à mesure que progressaient ses travaux en droit pénal. Elle a en effet conclu que la protection du droit pénal ne devrait pas s'appliquer qu'aux «personnes», mais s'étendre aussi aux animaux et à l'environnement : les actes causant un préjudice à ceux-ci, tout comme ceux qui causent un préjudice à «autrui», doivent être réprimés quoique dans une moindre mesure. Or de l'avis de la Commission, le fœtus devrait également bénéficier de cette protection.

Ensuite, pour décider s'il y a lieu d'accorder au fœtus la protection du droit pénal, il n'est pas nécessaire de déterminer si c'est ou non une personne⁷⁸. On peut directement se demander jusqu'à quel point il faut le protéger. Et en fait, la réponse à cette question — quelle protection lui accorder, quel statut lui reconnaître, comment le considérer du point de vue moral — est elle-même un élément de la réponse à la question de savoir si le fœtus devrait sur le plan moral être considéré comme une personne. Et si l'on se demande directement comment il convient de traiter le fœtus, l'intuition ordinaire peut nous indiquer la voie à suivre. D'un côté, lorsqu'une personne détruit un fœtus contrairement à la volonté de la mère, son geste sera considéré par bien des gens, ainsi que nous l'avons vu plus haut, comme une atteinte non seulement aux droits de la mère, mais également à ceux du fœtus. Prenons par exemple une situation rare, mais néanmoins éclairante : une femme enceinte de huit mois, sans proches parents, est tombée dans un coma irréversible; quelqu'un décide, dans un

76. *Supra*, note 33.

77. *Supra*, notes 34 et 35.

78. Rien ne limite aux personnes la protection du droit pénal. En outre, même ceux qui nient que le fœtus soit une personne pourraient accepter l'existence de certaines protections pénales à certaines étapes du développement.

dessein qui lui est propre, de détruire le fœtus. La plupart des gens ne verraient-ils pas là non seulement un acte répréhensible en soi, mais une atteinte aux droits d'un être qui mérite d'être protégé?

D'autres arguments renforcent ce point de vue. Ainsi, les pays qui appliquent la peine de mort y soustraient habituellement les femmes enceintes, pour ne pas provoquer la mort de l'«enfant» qu'elles portent⁷⁹. Et les États occidentaux offrent des soins prénatals non seulement dans l'intérêt de la femme enceinte et de la société en général, mais également, on peut le présumer, dans celui du fœtus. La plupart des sociétés s'alarment à la perspective de voir des scientifiques détruire des fœtus simplement pour la recherche, l'expérimentation ou à des fins commerciales; l'utilisation de fœtus dans l'industrie des cosmétiques⁸⁰, par exemple, est absolument répugnante pour la grande majorité des gens. Force est donc de conclure que le fœtus n'est pas dénué de toute valeur intrinsèque.

D'un autre côté, nous l'avons vu, cette valeur n'est peut-être pas aussi grande que celle de l'enfant déjà né et le fœtus ne doit pas nécessairement bénéficier de la même protection que celui-ci. La perte d'un enfant n'est généralement pas considérée comme aussi traumatisante lorsqu'elle a lieu avant sa naissance. Et la destruction d'un fœtus, même contre la volonté de la mère, n'est d'ordinaire pas parfaitement assimilée à un meurtre. Pour la plupart des gens, en réalité, le fœtus est revêtu d'une valeur intrinsèque se situant entre celle d'une personne déjà née et celle d'une entité autre qu'une personne; on le tient pour un être *sui generis*, tout à fait unique. On estime aussi qu'il mérite une protection de plus en plus grande au fur et à mesure de son développement, sa valeur intrinsèque s'accroissant pendant la gestation : la perte d'un enfant conçu depuis huit mois provoque un traumatisme plus grave qu'une fausse-couche qui survient au bout d'un mois seulement.

En conclusion, la Commission estime que le fait de détruire un fœtus ou de lui infliger des lésions cause de toute évidence un préjudice à un être qui mérite à tout le moins une certaine protection juridique. Dans cette mesure, elle conclut que de tels actes répondent au premier des critères énumérés dans *Notre droit pénal*, qui voit ainsi sa portée encore élargie.

Le 2^e critère — La violation grave des valeurs fondamentales de la société

Deux questions se posent au regard du deuxième critère : La destruction d'un fœtus porte-t-elle atteinte à des valeurs fondamentales? Cause-t-elle ainsi un tort à la société? On peut répondre assez aisément à la première. La destruction d'un fœtus et le fait de lui causer des lésions corporelles portent atteinte à deux valeurs fondamentales

79. Comme l'a fait la Grande-Bretagne avant l'abolition de la peine de mort en 1965 : *Kenny's Outlines of the Criminal Law, op. cit.*, note 21.

80. On trouvera un exemple d'une tentative d'utilisation de fœtus pour la production de cosmétiques et des remous que cela a causés, dans : (1985) *The New Scientist*, n° 1477, 12.

dans notre société, du reste consacrées par la Charte : (1) le respect de la vie⁸¹ et (2) le droit à l'intégrité corporelle.

La seconde question est plus épineuse. Sans aucun doute, la destruction du fœtus non autorisée par la mère menace ces valeurs, diminue le respect qu'on leur témoigne et cause ainsi un tort à la société. La situation est moins claire lorsqu'elle a lieu avec le consentement de la mère ou à sa demande (par exemple, en cas d'avortement légal). Pour certains, elle diminue néanmoins le respect général à l'égard de la vie humaine et cause un tort à la société, tandis que pour d'autres, ce n'est pas le cas puisqu'elle est alors légitime. Enfin, d'aucuns avancent que c'est au contraire le fait de protéger le fœtus au détriment de la vie de la mère qui témoigne d'un manque de respect pour la vie.

Voici les conclusions de la Commission. Dans les cas extrêmes (soit lorsque la mère ne consent pas), le fait de détruire le fœtus ou de lui causer un préjudice corporel satisfait aux deux critères. Car il cause un préjudice à autrui et porte gravement atteinte à des valeurs fondamentales, à savoir le respect de la vie et le droit à l'intégrité corporelle, et ce, à tel point qu'il cause un tort à la société. Il paraît dès lors opportun de réprimer pénalement de tels actes accomplis sans le consentement de la mère.

Pour les cas revêtant un caractère moins grave, par exemple les avortements pratiqués avec le consentement de la mère, et singulièrement ceux qui visent à lui sauver la vie, la situation n'est pas aussi nette. En effet, le premier critère est bien rempli, mais pas le deuxième : la destruction du fœtus cause alors un préjudice à autrui, mais sans témoigner nécessairement d'un manque de respect manifeste à l'égard de la vie humaine.

Le 3^e critère — La mise en œuvre de la prohibition pénale viole-t-elle nos valeurs fondamentales?

Le recours au droit pénal peut en soi menacer des valeurs fondamentales de la société. Il peut même constituer une menace pour les valeurs que l'on cherche précisément à affirmer; son application est susceptible de porter atteinte à nos droits fondamentaux. Tous les citoyens voient leur liberté amoindrie par les interdictions du droit pénal, tandis que ceux contre qui s'exerce la répression pénale risquent de subir des atteintes à l'intimité de leur vie privée, à leur liberté, à leur intégrité corporelle et même à leur vie. Il importe bien entendu de tenir compte de tout cela lorsque l'on veut réprimer des actes portant préjudice à autrui et atteinte à des valeurs fondamentales.

81. Voir le document d'étude de la CRD, *Le caractère sacré de la vie ou la qualité de la vie*, et les références qui y sont contenues, *op. cit.*, note 1. Pour M. Keyserlingk, le principe du caractère sacré de la vie comporte trois éléments essentiels : la vie humaine est précieuse et mérite respect et protection; une vie humaine ne peut être supprimée sans justification adéquate; ce principe revêt un caractère fondamental dans notre société. Comme l'expression «caractère sacré de la vie» évoque un principe absolu dont la portée s'étend au-delà de ces trois éléments, nous préférons employer ici le terme «respect de la vie».

Dans cette perspective, le législateur porterait-il atteinte à des valeurs et des droits individuels fondamentaux s'il qualifiait de crimes la destruction du fœtus et le fait de lui causer un préjudice corporel? Créerait-il ainsi une menace pour la vie, la liberté et la sécurité de la mère ou pour celles d'autres personnes?

a) *Les droits des tiers*

Les droits des personnes autres que la mère ne soulèvent pas de grandes difficultés. Car la destruction du fœtus que porte une femme ne constitue de toute évidence aucune menace pour la vie ou l'intégrité corporelle de qui que ce soit d'autre. Et — à deux exceptions près — elle ne peut constituer non plus une menace pour la liberté d'autrui : aucun tiers n'a de droits relativement à la poursuite d'une grossesse. Car, si répréhensible qu'il puisse être de mettre fin à une grossesse, les droits des tiers ne sont pas en cause.

Une des éventuelles exceptions concerne le père du fœtus. Vu ses liens particuliers avec celui-ci, il peut bien entendu se soucier de la poursuite ou de l'interruption de la grossesse. La destruction délibérée du fœtus, provoquée contre la volonté de la mère, est non seulement répréhensible, mais cause en outre un préjudice, feraient valoir bien des gens, à plusieurs personnes : la mère, le fœtus lui-même et le père.

Cependant, nous pensons que le recours au droit pénal contre l'avortement ne porte pas sérieusement atteinte à la liberté du père qui souhaite l'interruption de la grossesse⁸². Car lorsque la mère la souhaite elle aussi, craignant pour sa vie ou sa santé, toute restriction établie par le droit pénal est nettement plus lourde de conséquences pour elle que pour le père. Et lorsque la mère souhaite au contraire poursuivre sa grossesse, sa volonté doit assurément l'emporter sur celle du père.

L'autre exception éventuelle a trait à la recherche scientifique et aux pratiques commerciales. Dans certains cas (usage de fœtus dans l'industrie des cosmétiques par exemple), le but recherché peut sembler tellement dérisoire qu'on ne peut s'empêcher d'y voir un total mépris pour la vie humaine. Dans d'autres cas, il peut s'avérer d'un plus grand intérêt sur le plan social (avancement des connaissances scientifiques, mise au point de nouveaux traitements, etc.), mais là encore, il faut veiller au respect de la vie du fœtus. Par conséquent, toutes ces pratiques devront sans doute être régies par des règles spéciales, dont il sera question plus loin.

82. Dans la décision américaine *Planned Parenthood of Central Missouri c. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976), 49 L. Ed. 2d 788, 96 S. Ct. 2831, le juge Blackmun a prononcé l'inconstitutionnalité d'une loi du Missouri qui exigeait le consentement du conjoint à l'avortement. C'est également le sens de *Coe c. Gerstein* (1975 CA5 Fla), 517 F.2d 787, conf. par 428 U.S. 901 (1976), 49 L. Ed. 2d 1205, 96 S. Ct. 3202.

Les tribunaux canadiens ont étudié la question du droit du père de demander une injonction pour empêcher l'avortement dans les affaires *Medhurst c. Medhurst et al.* (1984), 46 O.R. (2d) 263, et *Mock c. Brandenburg*, le 29 juillet 1988, B.R. Alb. (non publiée au moment de rédiger ces lignes). Le juge Veit a rejeté la demande, mais a mentionné que d'autres recours pourraient être recevables, peut-être sur la base des règles sur les contrats ou la responsabilité civile délictuelle.

D'une manière générale, la Commission conclut que les interdictions pénales visant la destruction du fœtus et le fait de lui causer un préjudice corporel ne portent pas atteinte à des valeurs fondamentales en ce qui concerne les tiers. Aussi, sous réserve des réponses touchant les deux derniers critères, nous faisons la recommandation suivante :

RECOMMANDATION

6. Il y aurait lieu d'instituer un crime de portée générale consistant à détruire un fœtus ou à lui causer un préjudice corporel.

b) *Les droits de la mère*

La question est plus complexe lorsque ce sont les droits de la mère qui sont en jeu. Les valeurs fondamentales que constituent la vie, la liberté et la sécurité de la personne peuvent alors s'opposer dans une certaine mesure. Au nom de la vie et de la sécurité du fœtus, on pourra conclure à la nécessité de garantir sa protection, tandis que si l'on fait primer la vie, la liberté et la sécurité de la mère, la destruction du fœtus pourra s'avérer opportune.

(i) *L'opposition entre la vie du fœtus et celle de la mère*

Il s'agit de l'hypothèse d'école où la poursuite de la grossesse entraînera la mort de la mère tandis que son interruption entraînera la destruction du fœtus. Par bonheur, cette cruelle alternative se présente très rarement de nos jours : presque toujours, les médecins tenteront de sauver les deux vies. Cette situation nous offre néanmoins un point de départ pour étudier dans une perspective générale le problème qui se pose lorsque s'affrontent les intérêts du fœtus et ceux de la mère. De la survie de l'un et de celle de l'autre, laquelle doit donc primer lorsque, par hypothèse, elles sont incompatibles?

En fait, il est tout à la fois malaisé et odieux de mettre en balance la vie de l'un et celle de l'autre. D'une part, la vie est ce que nous avons de plus précieux; supprimons-la, et nous supprimons du même coup tout l'univers de la personne en cause. D'autre part, quelles raisons peuvent justifier que l'on fasse prévaloir la vie d'une personne sur celle d'une autre? Toutes les vies ont à coup sûr la même valeur.

La théorie de la common law en matière d'état de nécessité offre un exemple de cette difficulté⁸³. Cette théorie excuse des agissements qui seraient par ailleurs criminels, lorsqu'ils constituent la façon la moins préjudiciable d'éviter un préjudice encore plus grave. Mais elle ne va toutefois pas jusqu'à permettre les actions que l'on

83. Voir par exemple : WILLIAMS, *op. cit.*, note 47, pp. 295-296, 302, 603; SMITH et HOGAN, *op. cit.*, note 47, pp. 201-204; MEWETT et MANNING, *op. cit.*, note 47, pp. 348-352; voir également *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232.

fait uniquement pour préserver sa propre vie, au prix de la vie d'une autre personne : en effet, le fait de perdre la vie n'est pas objectivement un préjudice plus grand que la mort de l'autre personne. C'est pourquoi l'on a jugé dans la célèbre affaire anglaise *R. c. Dudley and Stevens*⁸⁴ que le moyen de défense fondé sur l'état de nécessité ne pouvait être opposé à une accusation de meurtre.

En l'occurrence, ce principe semble interdire de faire primer la vie du fœtus ou celle de la mère. D'un côté, il suggère que le fœtus ne peut être sacrifié au profit de la vie de la mère : on ne saurait le tuer pour sauver celle-ci. De l'autre côté, la mère ne devrait pas non plus être sacrifiée en faveur du fœtus. On ne peut pas lui faire subir une intervention fatale pour sauver le fœtus; il faut laisser la nature suivre son cours.

Pourtant, divers arguments peuvent être invoqués à l'encontre de ce point de vue. En premier lieu, est-il vraiment juste de dire que toutes les vies ont la même valeur? Instinctivement, comme cela a été dit plus haut, on situe habituellement le fœtus — pour ce qui est de sa valeur au point de vue moral — quelque part entre la non-personne et la personne au sens complet du terme, soit la personne déjà née. On estime aussi qu'il mérite une protection de plus en plus grande à mesure qu'il se développe, cette protection étant donc moins importante aux premiers stades de la grossesse.

En deuxième lieu, le fait que la vie du fœtus dépend du métabolisme de la mère, tandis que celle de la mère est indépendante de celle du fœtus, peut également inciter à attribuer à la première une valeur moins grande qu'à la seconde. C'est pourquoi bien des gens rejetteraient-ils l'idée que la vie de la mère devrait être sacrifiée au profit de la vie qui dépend d'elle.

En troisième lieu, la vie du fœtus dans une telle situation constitue une menace pour celle de la mère. Or personne, pourrait-on faire valoir, n'a l'obligation morale de renoncer à la vie devant une telle menace. Personne n'a le devoir d'accepter passivement un pareil sacrifice⁸⁵.

Voici nos conclusions. Lorsqu'une seule des deux vies en cause, soit celle de la mère, soit celle du fœtus, peut être préservée, la destruction du fœtus peut s'avérer justifiée s'il n'existe pas d'autre moyen de mettre fin à la grossesse. Mais même si la destruction du fœtus dans ces conditions n'était pas moralement justifiée, nous recommanderions tout de même qu'elle ne soit pas réprimée pénalement. Aucune femme ne devrait être contrainte, par la menace de sanctions pénales, à renoncer à la vie au profit de son enfant non encore né; aucune femme ne devrait en d'autres termes

84. [1884] 14 Q.B.D. 273

85. Prenons le cas, par analogie, de deux personnes qui sont en train de se noyer. L'une sait nager juste assez pour être en mesure d'attendre du secours, la seconde ne sait pas nager, mais monte sur le dos de la première. Ainsi, elle pourra sumager jusqu'à ce que l'on vienne la secourir, mais l'autre va se noyer. Qui irait prétendre que la première personne a l'obligation morale de laisser son compagnon d'infortune prendre ce moyen pour assurer sa survie? Au contraire, la plupart des gens estimerait qu'elle a parfaitement le droit de se débarrasser de ce fardeau qui autrement va l'entraîner dans la mort. Certes, la personne qui ne sait pas nager n'agit pas de façon répréhensible en prenant ce moyen pour essayer de sauver sa vie. Mais l'autre n'agit pas non plus d'une manière répréhensible en refusant de servir de bouée de sauvetage. Chacun est libre de chercher à assurer sa propre survie.

être forcée par la loi de faire preuve d'héroïsme. L'expression «autre moyen» ne vise évidemment pas ici les interventions qui, telle la césarienne, constitueraient des voies de fait sans le consentement de la mère à leur application⁸⁶.

RECOMMANDATION

7. Le crime de portée générale consistant à détruire un fœtus ne devrait pas viser les actes nécessaires pour sauver la vie de la mère.

(ii) *L'opposition entre la vie du fœtus et la sécurité de la mère*

Il faut aussi considérer la situation où la poursuite de la grossesse causerait un préjudice corporel grave mais non fatal à la mère. Supposons par exemple qu'elle entraînerait la perte d'un rein, ce qui ne met pas la mère en danger de mort immédiat mais réduit néanmoins ses chances de survie à long terme. Ou encore, qu'elle porterait irrémédiablement atteinte à l'équilibre nerveux de cette femme, faisant ainsi d'elle une véritable loque incapable de vivre d'une façon autonome (on a jugé dans l'affaire *R. c. Bourne*⁸⁷ que cette conséquence justifiait en l'occurrence l'avortement). Dans de tels cas, est-on fondé à mettre fin à la grossesse?

Trois éléments doivent être pris en considération. D'abord, il existe une différence d'ordre qualitatif entre le droit à la vie et le droit à l'intégrité corporelle⁸⁸. Ensuite, il existe sans doute une différence de nature, dans la situation qui nous occupe, entre les titulaires de ces droits. Enfin, le droit à la vie signifie certainement le droit à une vie qui vaut la peine d'être vécue; la qualité de la vie est un aspect important du droit à la vie.

Voyons tout d'abord la différence d'ordre qualitatif entre la vie et la sécurité de la personne. Chose certaine, le droit à la vie présente un caractère plus fondamental que

86. Il est également inacceptable qu'un tribunal ordonne une césarienne. Les ordonnances judiciaires de cette nature sont fondées sur l'hypothèse voulant que le fœtus soit le pupille du tribunal, en vertu de lois relatives à la prise en charge et à la protection des enfants. Toutefois, ces textes de loi précisent habituellement que les enfants visés sont les enfants qui n'ont pas encore atteint un âge donné, par exemple seize ans, et cette définition n'embrasse certainement pas les enfants non encore nés. En outre, à supposer que le législateur puisse dans son ressort autoriser les tribunaux à délivrer quelque ordonnance que ce soit, une ordonnance qui exigerait une césarienne pourrait bien être contraire à l'article 7 de la Charte sans que l'article premier puisse être applicable. Enfin, même si sur le plan juridique il était jugé que l'ordonnance ne contrevient pas à la Charte, nous dirions quand même que, sur le plan moral, nul ne devrait être contraint de subir une intervention chirurgicale contre sa volonté. Deux décisions canadiennes récentes abordent la question : *In the matter of the Family and Child Service Act S.B.C. 1980 and amendments and in the matter of baby boy Roininen*, C. Prov. C.-B., n° 876215, greffe de Vancouver, 3 sept. 1987; et *Re Children's Aid Society of City of Belleville, Hastings County and T et al.* (1987), 59 O.R. (2d) 204.

87. Précitée, note 19.

88. Dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, le juge Lamer a fait valoir que la sécurité de la personne ne comprend pas seulement l'intégrité physique, mais également le droit à l'intégrité psychologique. Le principe a été suivi par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Morgentaler* (1988).

le droit à l'intégrité corporelle. Ainsi, toutes choses égales d'ailleurs, la vie d'une personne l'emporte sur l'intégrité corporelle d'une autre personne. Car une fois la vie supprimée, il ne reste rien du tout; tandis que la perte de l'intégrité corporelle laisse tout de même subsister la vie.

Cependant, il faut aussi tenir compte de la différence de nature entre les êtres qui sont revêtus de ces droits, soit la mère et le fœtus. La mère est une personne déjà née, complètement autonome et vivant en société. Le fœtus, lui, ne vit pas encore d'une manière autonome, ce n'est qu'une personne virtuelle. Dans ces conditions, la primauté générale de la vie par rapport à la sécurité de la personne n'est peut-être pas applicable. Combien de personnes accepteraient par exemple de sauver la vie du fœtus en obligeant la mère à perdre un rein? Est-elle responsable jusqu'à ce point du fœtus qu'elle porte?

Enfin, il y a la question de la qualité de la vie. Quand on parle du droit à la vie, on ne parle pas simplement de survie; on parle du droit de vivre comme un être humain, avec tout ce que cela comporte. Lorsqu'une femme est forcée de poursuivre une grossesse qui risque d'en faire une épave sur le plan physique ou mental, c'est son droit à la vie qui est en cause, et non plus seulement sa sécurité.

Aussi concluons-nous que l'interruption de la grossesse est justifiable même lorsqu'il s'agit de protéger la mère contre un préjudice corporel grave, mais qui n'implique pas nécessairement une menace pour la vie. Et à supposer qu'une telle mesure ne soit pas justifiée, nous restons convaincus qu'elle ne doit pas être réprimée par le droit pénal. Aucune femme ne devrait être contrainte par la loi à poursuivre une grossesse qui, à coup sûr, portera gravement atteinte à la qualité de sa vie. Encore une fois, le législateur doit s'intéresser aux obligations que comporte la vie en société, et non à l'héroïsme.

RECOMMANDATION

8. Le crime de portée générale consistant à détruire un fœtus ou à lui causer un préjudice corporel ne devrait pas viser les actes accomplis pour soustraire la mère à un préjudice corporel grave.

(iii) L'opposition entre la vie du fœtus et la liberté de la mère

Le problème le plus délicat réside dans le conflit entre la survie du fœtus et l'autonomie de la mère. Le premier objectif devrait-il l'emporter, et exiger la poursuite de la grossesse? Ou devrait-il s'effacer devant le droit de regard de la mère sur son propre corps?

Ici encore, trois éléments doivent être considérés. En premier lieu, la vie est une valeur plus fondamentale que l'autonomie. En second lieu, il faut souligner de nouveau la différence d'ordre qualitatif entre les êtres qui en l'occurrence sont revêtus des droits en question. En troisième lieu, on attribue un très grand prix à l'autonomie dans notre société; en effet, la plupart des Canadiens, hommes ou femmes, ne souhaiteraient sans

doute pas vivre dans une société où les femmes n'auraient pas voix au chapitre lorsqu'il s'agit de leur propre corps.

Le principe de la primauté de la vie sur la liberté milite bien sûr en faveur de la protection du fœtus⁸⁹. Si toute vie humaine a une valeur en soi, il devient difficile d'accepter qu'une grossesse puisse être interrompue par simple caprice.

En revanche, la différence d'ordre qualitatif qui existe entre le fœtus et la mère constitue un argument opposé. Si, comme nous le faisons valoir plus haut, la protection accordée au fœtus doit aller croissant au fur et à mesure de son développement, il semble que l'on doive en conclure que, moins ce développement est avancé, plus grande est la subordination des intérêts du fœtus à ceux de la mère. Et compte tenu de ce statut supérieur, c'est peut-être le droit de celle-ci à l'autonomie, si inférieur soit-il, qui devrait l'emporter sur le droit du fœtus à la vie.

Reste le troisième élément : la portée du droit de la femme à l'autonomie. Les sociétés comme la nôtre sont fondées notamment sur cette idée que chaque personne est une fin en soi et ne doit pas être utilisée par autrui comme un simple moyen. Or, être une fin en soi implique entre autres choses qu'on ait un droit de regard sur le destin de son corps; car c'est essentiellement dans notre corps que notre vie s'incarne, que réside notre être. Et ce droit de regard comporte, pour chaque femme, le droit de choisir de devenir enceinte ou de ne pas le devenir, et peut-être aussi le droit de choisir d'interrompre ou de poursuivre une grossesse, notamment lorsque celle-ci n'a pas été voulue et surtout lorsque la femme est tombée enceinte contre son gré. Elle a certainement un droit de regard sur sa destinée corporelle et aussi le droit de prendre de telles décisions, dans la mesure où elles ne portent pas préjudice à autrui.

Pourtant, le fœtus est bien évidemment touché par l'interruption de la grossesse et, comme nous le disions plus haut, il a droit à la protection du droit pénal suivant le premier des critères exposés dans *Notre droit pénal*. Comment, dans cette perspective, réaliser l'équilibre entre son droit à la survie et le droit de sa mère à l'autonomie? À la Commission, deux points de vue s'opposent à cet égard, fondés sur la division de la gestation soit en deux stades, soit en trois stades.

89. La juge Wilson déclare, dans l'arrêt *Morgentaler*, précité, note 7, p. 182 :

Le fœtus au stade embryonnaire provient d'un ovule nouvellement fécondé; le fœtus totalement développé devient en définitive un nouveau-né. Le développement progresse entre ces deux extrêmes et, à mon avis, cette progression influe directement sur la valeur à attribuer au fœtus en tant que vie potentielle. [...] En s'opposant à l'intérêt qu'a l'État à protéger le fœtus en tant que vie potentielle en vertu de l'article premier de la *Charte* et le droit de la femme enceinte en vertu de l'art. 7, un plus grand poids devrait être donné à l'intérêt de l'État dans les derniers stades de la grossesse que dans les premiers.

c) *La solution fondée sur la reconnaissance de trois stades*

Certains membres de la Commission préconisent une solution de compromis semblable à celle qui a été retenue par notre groupe de travail. Cette solution paraît conforme aux idées exprimées par madame la juge Wilson dans l'arrêt *Morgentaler*, ainsi qu'aux régimes adoptés aux États-Unis et dans certains autres pays. Elle consiste à diviser le développement du fœtus en trois stades, ou trimestres⁹⁰ : le premier trimestre se termine à la douzième semaine qui suit la DM, le deuxième s'étend jusqu'à la vingt-deuxième semaine environ, et le troisième va de la vingt-deuxième semaine jusqu'à la fin de la grossesse⁹¹.

Quel raisonnement sous-tend ce découpage? Voyons d'abord la durée du premier stade. À la huitième semaine environ, la femme enceinte aura pris conscience de son état. Au cours de la dixième semaine, l'embryon devient un fœtus à proprement parler; en conformité avec le principe de l'accroissement de la protection en fonction du développement, l'avortement doit à ce moment faire l'objet de restrictions plus rigoureuses. En prolongeant le premier stade jusqu'à la douzième semaine, on veut donc laisser à la femme suffisamment de temps pour bien réfléchir avant de décider la poursuite ou l'interruption de la grossesse. Cette solution est aussi conforme à la pratique médicale actuelle en matière d'avortement.

Le choix du deuxième stade (de la douzième à la vingt-deuxième semaine environ), s'explique de la façon suivante. À un certain moment qui se situe près de la vingt-deuxième semaine, le fœtus devient viable, c'est-à-dire capable de survivre hors de l'utérus. Ce moment est variable, mais dans l'état actuel des connaissances médicales, on peut seulement dire que la viabilité est improbable avant la vingt-deuxième semaine qui suit la DM. Donc, toujours en conformité avec la notion de protection croissante du fœtus, l'étape de la viabilité marque la nécessité de soumettre l'avortement à des restrictions encore plus sévères.

Suivant cette solution de compromis, la protection du fœtus s'accroîtrait selon les modalités que voici. Au cours du premier trimestre, aucune restriction ne serait applicable à l'avortement; pendant ces douze premières semaines, autrement dit, l'avortement serait considéré comme une affaire privée concernant uniquement la femme enceinte et son médecin. D'une part, on donne ainsi la primauté à l'autonomie de la femme et à l'intimité de sa vie privée. D'autre part, cette solution s'accorde bien avec la difficulté d'application de mesures législatives au cours de ces premières semaines, d'autant que les femmes disposeront sans doute bientôt de substances abortives qu'elles pourront s'administrer elles-mêmes. Pendant le deuxième trimestre,

90. Dans l'arrêt *Morgentaler*, *ibid.*, la juge Wilson a déclaré en *obiter*, à la p. 182 : «[L]a valeur attribuée au fœtus en tant que vie potentielle est directement reliée au stade de son développement au cours de la grossesse.»

Cette thèse a été appliquée, aux États-Unis, dans l'affaire *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), conf. par *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health Ltd.*, 462 U.S. 416 (1983), *Thornburgh c. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 106 S. Ct. 2169 (1986).

91. Dans tous les cas, la Commission fonde ses calculs sur la période écoulée depuis la DM. Voir les observations *supra*, pp. 8-9, ainsi que les références contenues à la note 90.

l'avortement ne serait permis que pour des motifs d'ordre médical, lorsqu'il s'agit de protéger la santé physique ou psychologique de la mère. L'existence de ces motifs devrait obligatoirement être constatée par un médecin, l'avis d'un seul étant toutefois suffisant à ce stade. Pendant le troisième trimestre, l'avortement serait permis uniquement lorsqu'il s'avère nécessaire pour sauver la vie de la mère ou pour la protéger contre des lésions graves. La nécessité de l'avortement devrait alors être certifiée par deux médecins.

Suivant le point de vue minoritaire au sein de la Commission, cette solution de compromis — du reste recommandée par le groupe de travail — reposant sur les trois stades de la grossesse est à la fois bien fondée et susceptible d'application dans la pratique. Quant au fond, elle met l'accent sur l'autonomie de la mère au cours du premier stade, favorise davantage les intérêts du fœtus au deuxième stade et s'accorde par conséquent à l'idée d'une protection croissante selon le développement du fœtus. Sur le plan de l'application, elle tient compte de la difficulté de veiller au respect des dispositions relatives à l'avortement au début de la grossesse et s'harmonise avec la pratique médicale actuelle : en général, les médecins ne procèdent à des avortements que pendant la période où cela pose le moins de risques médicaux, soit jusqu'à la douzième semaine de la grossesse environ.

d) *La solution fondée sur la reconnaissance de deux stades*

Après mûre réflexion, toutefois, la majorité des commissaires ont rejeté ce compromis, pour retenir une solution plus simple fondée sur la reconnaissance de deux stades. Premièrement, les difficultés d'application éventuelles n'interdisent pas nécessairement un certain recours au droit pénal — la preuve d'un crime commis sans témoins par une personne à l'égard d'une autre personne est bien souvent extrêmement difficile à constituer, mais la loi n'en remplit pas moins alors une fonction, ne serait-ce que celle de souligner la valeur fondamentale menacée. Deuxièmement, le choix de toute étape autre que la viabilité (le moment où le fœtus est apte à vivre indépendamment de sa mère) est contestable dans le cadre de l'élaboration de règles rationnelles⁹². Troisièmement, ni l'autonomie de la mère ni la vie du fœtus ne devraient à notre sens l'emporter systématiquement au cours du premier trimestre; selon le cas, l'une ou l'autre pourra primer, mais toujours les deux devraient être prises en considération. Le législateur devrait reconnaître que le fœtus a une valeur intrinsèque à toutes les étapes de son développement. La décision d'interrompre celle-ci devrait certes relever avant tout de la femme et de son médecin, mais ne devrait en aucun cas être considérée comme de nature totalement privée. Le sort de l'enfant non encore né intéresse également la société à tous les stades de la grossesse.

92. L'Association médicale canadienne et la Société des obstétriciens et gynécologues du Canada tiennent toutes deux la viabilité pour possible, dans des circonstances habituelles, à vingt-deux semaines après la DM ou lorsque le fœtus atteint le poids de cinq cents grammes.

La majorité des commissaires ont donc opté pour une solution fondée sur la distinction entre deux stades, dont le second, conformément aux principes décrits ci-dessus, commencerait à la vingt-deuxième semaine; le premier s'étendrait donc jusqu'à celle-ci.

Vient ensuite la difficulté de résoudre l'opposition entre la vie du fœtus et l'autonomie de la mère au cours du premier stade. Si les deux doivent toujours être prises en considération, de sorte que l'une ne l'emporte pas systématiquement sur l'autre, comment décider dans tel ou tel cas laquelle doit primer?

Il serait peut-être utile ici de s'inspirer de la théorie de l'abus des droits, connue en droit civil⁹³. Suivant cette théorie, nul ne peut abuser de ses droits en les exerçant de manière arbitraire et sans se préoccuper des conséquences pour autrui. Le propriétaire d'un terrain, par exemple, ne peut détourner l'eau coulant sous la surface de celui-ci uniquement dans le dessein d'en priver son voisin; il doit avoir un motif suffisant pour exercer ce droit.

L'application de cette théorie aurait les conséquences suivantes en matière d'avortement. D'une façon générale, chaque femme a le droit de prendre des décisions concernant son bien-être physique. Elle a notamment le droit de décider en privé avec son médecin si elle va mettre fin à une grossesse. D'autre part, le fœtus a aussi certains droits, qui peuvent être subordonnés à d'autres, mais qui néanmoins ne disparaissent jamais tout à fait. Ainsi, dans chaque cas, la femme aurait le droit d'interrompre sa grossesse, mais seulement pour un motif suffisant.

Mais qu'est-ce alors qu'un motif suffisant? Il ne s'agit certainement pas de limiter les avortements aux situations, déjà traitées, où la vie de la mère est menacée: l'autonomie de la femme serait alors parfaitement illusoire. Il ne s'agit pas non plus, bien sûr, d'inclure le simple caprice et de priver ainsi le fœtus de toute protection.

À notre avis, le motif suffisant devrait consister dans la nécessité d'éviter que la mère subisse un préjudice. Il ne serait pas nécessaire que la poursuite de la grossesse mette sa vie en danger, ni qu'elle soit susceptible de lui causer un très grave préjudice du type dont nous avons parlé ci-dessus, relativement à l'intégrité corporelle. Mais il faudrait qu'elle ait des conséquences plus graves que de causer de simples désagréments ou embarras. Le critère serait à notre sens l'atteinte portée à son bien-être général, à sa santé physique, mentale ou psychologique. Dans notre recommandation, nous avons choisi d'utiliser le terme «psychologique» qui recouvre aussi ce que l'on appelle la santé mentale.

Il est vrai que le terme «santé» n'est pas davantage défini dans le chapitre proposé que dans le Code actuel. L'adjonction des mots «physique ou psychologique» rend toutefois les choses plus claires. Si l'on ne peut dire avec certitude que dans le Code actuel, le mot «santé» vise à la fois la santé physique, la santé psychologique, voire

93. À ce sujet, voir J.-L. BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 1985, pp. 71-90.

(comme pour l'OMS) le bien-être «social», le texte proposé exclut implicitement ce dernier aspect. Nous n'avons pas précisé les divers types d'atteintes à la santé ni leurs diverses causes, tout dépendant des circonstances de chaque cas.

Divers autres motifs ont été envisagés, à commencer par la situation où la grossesse résulte d'un viol ou d'un inceste. Or, les arguments susceptibles d'être invoqués quant à ces motifs dits d'ordre juridique sont fondés, à tort selon nous, sur la cause de la grossesse et non sur son résultat. Car ce qui justifie alors l'interruption de la grossesse, ce n'est pas le fait qu'elle découle d'un viol ou d'un inceste; c'est qu'elle a pour effet, avec raison, de miner la santé physique, mentale ou psychologique de la femme.

On a aussi proposé des motifs d'ordre socio-économique : la mère n'a pas les moyens d'avoir un autre enfant, les parents éprouvent de la difficulté à élever les enfants qu'ils ont déjà, etc. À notre avis, de telles raisons économiques ou sociales ne peuvent à elles seules justifier l'avortement, à moins de contribuer à la détérioration de la santé de la mère.

Pour certains, l'existence de malformations graves mais non fatales chez le fœtus pourrait constituer un autre motif. Mais selon nous, l'idée que les handicapés, qu'ils soient déjà nés ou non, forment un groupe «inférieur» par rapport aux personnes ayant la chance de ne présenter aucune déficience physique, ne saurait être soutenue dans notre société et est contraire à notre droit, surtout depuis l'adoption de la Charte⁹⁴. Encore une fois, la seule justification de l'avortement dans de tels cas pourrait tenir au fait que la poursuite de la grossesse entraînerait un traumatisme propre à compromettre la santé de la mère. C'est là un problème qui, nous le pensons sincèrement, devrait plutôt être abordé autrement : il faudrait que la société fasse preuve de compassion, que l'aide publique soit plus importante et que les personnes en détresse puissent bénéficier de conseils professionnels.

En résumé, l'autonomie de la mère en ce qui a trait à sa santé devrait être respectée durant le premier stade, pourvu que son exercice soit empreint de respect pour la vie du fœtus. Il ne faudrait cependant pas en conclure que celle-ci doit toujours l'emporter. Et notre position ne découle pas non plus d'un jugement défavorable sur la bonne foi et le sens des responsabilités des femmes en cette matière. Bien au contraire, nous sommes persuadés que, d'une manière générale, les femmes et les médecins continueront d'assumer pleinement leurs responsabilités; la règle proposée répond à cette conviction.

94. L'article 15 de la Charte, précitée, note 3, énonce :

La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou *les déficiences mentales ou physiques* (les italiques sont de nous).

RECOMMANDATION

9. Le crime consistant à détruire un fœtus ne devrait pas viser les actes accomplis avant la vingt-deuxième semaine de la grossesse pour protéger la santé physique ou psychologique de la mère [ni les actes accomplis avant la douzième semaine de la grossesse (autre possibilité)].

Le 4^e critère — Le droit pénal est-il d'un apport substantiel à la solution du problème?

Le caractère préjudiciable d'une action ne justifie pas à lui seul que le législateur l'érige en crime. Car l'établissement d'infractions criminelles a son prix, comme l'a souligné la Commission dans *Notre droit pénal*; il cause des souffrances, porte atteinte aux libertés et implique des frais pour l'application des textes. Il ne saurait donc être opportun que si, en contrepartie, il comporte des avantages certains pour la société. Bref, il y a lieu de ne recourir au droit pénal qu'avec modération, et seulement lorsqu'il peut véritablement contribuer à résoudre un problème.

En l'occurrence, le problème consiste dans l'infliction injustifiée d'un préjudice corporel au fœtus, ou dans sa destruction injustifiée⁹⁵. Le droit pénal peut-il contribuer à la solution de ce problème? Est-il susceptible de prévenir totalement ou en partie de tels actes?

C'est sûrement le cas, jusqu'à un certain point. Le fait de détruire un fœtus ou de lui causer un préjudice corporel sans le consentement de la mère, et en particulier contre sa volonté, peut certainement être condamné et puni par le droit pénal. À notre sens, donc, il est parfaitement légitime de décourager par la sanction du droit criminel les voies de fait graves contre les fœtus, et aussi la négligence grave en matière de traitement médical. Certes, les agissements causant un préjudice à la femme enceinte et au fœtus qu'elle porte sont déjà visés par le crime de voies de fait, mais il en va tout autrement de ceux qui causent un préjudice uniquement au fœtus. Ils seraient tout au plus visés par le crime consistant à toucher autrui, en l'occurrence la mère, puisque les crimes de violence ne peuvent être commis qu'à l'endroit de personnes déjà nées.

Il serait peut-être possible de recourir au droit pénal au sujet de divers autres agissements portant atteinte au principe de la dignité humaine : commercialisation ou clonage de fœtus, croisements avec des espèces animales, et autres expériences

95. Voir *infra*, pp. 18-20; voir aussi E.W. KEYSERLINGK, *The Unborn Child's Right to Prenatal Care*, Montréal, Centre de recherche en droit privé & comparé du Québec, pp. 41-59.

témoignant d'un mépris flagrant pour la vie humaine⁹⁶. La Commission étudie actuellement ces questions et d'autres également liées à l'expérimentation humaine. Elle présentera incessamment, dans un document de travail distinct, son point de vue sur le rôle que le droit pénal pourrait jouer dans ce contexte.

De toute évidence, il est essentiel d'établir certaines dispositions spécifiques pour le cas du fœtus. En ce qui a trait aux préjudices corporels, elles pourraient prendre deux formes : ou bien constituer pour la plus grande part des circonstances aggravantes spéciales relativement aux voies de fait commises contre la mère; ou bien prendre la forme d'infractions spécifiques soulignant la protection qui doit être accordée au fœtus en tant que tel, ainsi que le caractère intrinsèquement répréhensible des actes lui causant un préjudice corporel ou entraînant sa destruction.

La destruction du fœtus provoquée à la demande de la mère présente un problème plus épineux. Car même dans les situations où les intérêts de la mère devraient être subordonnés à ceux du fœtus, le recours au droit pénal, pour certains, ne constitue pas une solution. D'une part, il risque de s'avérer inefficace et d'autre part, il s'agit peut-être là d'une approche trop négative.

En premier lieu, plus les dispositions pénales sur l'avortement sont rigoureuses, plus les jurys risquent de se montrer cléments; sans compter la tentation plus grande alors d'utiliser les services d'avorteurs clandestins, avec tous les risques que cela comporte pour la santé. D'autre part, plus il sera facile dans l'avenir pour les femmes de se procurer des substances abortives qu'elles s'administrent elles-mêmes, moins les autorités pourront surveiller ce qui se passe et moins le droit pénal pourra jouer son rôle.

En second lieu, l'approche du droit pénal est peut-être trop négative. Car sans aucun doute, le problème ne réside pas tant dans la grossesse de la femme que dans le fait qu'elle n'est pas désirée. Or, cela peut tenir à toutes sortes de facteurs : insuffisance des services de consultation et des moyens de contraception pour les adolescents, déshonneur qui accompagne traditionnellement les naissances se produisant hors du mariage, insuffisance de l'aide sociale aux parents et singulièrement aux familles monoparentales, insuffisance de l'aide aux mères qui travaillent, en matière de garderies par exemple, et enfin, apathie de la société, en général, à l'égard de la grossesse et de la famille. À ce sujet, il y a lieu de prendre des mesures concrètes, c'est-à-dire d'améliorer les programmes sociaux en matière d'éducation et d'aide sociale, plutôt

96. Le Conseil de recherches médicales du Canada a étudié les questions de l'expérimentation sur le fœtus et l'embryon dans ses *Lignes directrices concernant la recherche sur des sujets humains*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1987, pp. 34-37. Le CRM n'aborde pas la question du rôle qui revient au droit pénal dans ce domaine; il donne cependant à entendre que le principal élément devant être pris en compte dans l'appréciation de l'acceptabilité de recherches relatives à l'embryon ou au fœtus devrait consister dans l'objectif de la recherche. La nature des critères qui s'appliqueraient relativement à l'acceptabilité des recherches n'est pas précisée. Sur le plan international, de nombreux rapports ont été rédigés sur ces questions au cours des récentes années; on en trouvera une liste dans L. WALTERS, «Ethics and New Reproductive Technologies: An International Review of Committee Statements» (1987), 17:3 *Hastings Center Reports* (Special Supplement) 3; on trouvera l'étude globale la plus récente sur ces questions dans le rapport du Conseil d'État français, *De l'éthique au droit*, la Documentation française, mars 1988.

que d'instituer des règles encore plus rigides sur l'avortement, ce qui constituerait en fait un refus d'agir et nous donnerait la fausse impression d'avoir réglé un problème qui reste entier.

Le droit pénal peut néanmoins jouer dans ce domaine un rôle symbolique : affirmer le respect de la vie humaine et sa valeur intrinsèque, même avant la naissance, souligner que l'interruption de la grossesse doit relever de la médecine — et ce, notamment pour protéger la santé de la femme. En d'autres termes, l'interdiction pourrait bien avoir en soi autant d'effet que sa mise en œuvre.

C. Conclusions

Nous pouvons maintenant exposer nos conclusions générales. En premier lieu, toute action provoquant la destruction du fœtus ou lui occasionnant un préjudice corporel grave constitue une atteinte à un être qui mérite d'être protégé; partant, elle répond au premier critère exposé dans *Notre droit pénal* (si l'on en étend la portée). En second lieu, une telle action attaque aussi une valeur fondamentale (la vie), à tel point qu'elle cause un tort à la société; elle satisfait ainsi au deuxième critère de la criminalisation. En troisième lieu, le recours au droit pénal contre cette action peut lui-même porter sérieusement atteinte, dans certaines situations (celles où sont en péril la vie, la santé et la sécurité de la mère) à une valeur fondamentale, soit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne; le troisième critère pourrait alors ne pas être rempli. En quatrième lieu, le droit pénal est susceptible dans d'autres cas de contribuer à la solution du problème. Pour toutes ces raisons, nous estimons que les agissements en cause peuvent à juste titre faire l'objet de prohibitions pénales, sous réserve des exceptions dont il a été question ci-dessus au regard du troisième critère, et suivant les modalités exposées dans les pages qui suivent.

CHAPITRE QUATRE

La réforme proposée

Le régime dont nous suggérons l'instauration se rattache au projet de code présenté dans le rapport n° 31⁹⁷. Il suppose certaines modifications à l'article définitoire, ainsi que l'adjonction d'un nouveau titre consacré aux crimes contre le fœtus, qui figurerait immédiatement après celui des crimes contre la personne.

Nouvelles dispositions législatives

RECOMMANDATION 10

DÉFINITIONS

«Personne»

La première modification de l'article définitoire concerne le mot «personne». La définition suivante figure au paragraphe 2(1) de la version législative (rapport n° 31) :

«personne» Personne morale ou physique et, dans le cas d'une personne physique, s'entend d'une personne déjà née complètement sortie vivante du sein de sa mère.

Cette définition soulève deux difficultés. Comme elle s'applique au fœtus temporairement retiré de l'utérus au moyen d'une intervention chirurgicale et par la suite remis en place, il s'ensuit, résultat curieux, que ce fœtus peut être victime d'homicide, tandis que les autres ne le peuvent pas. Autre conséquence étonnante : les cellules fécondées puis retirées définitivement de l'utérus et gardées in vitro sont également visées par la définition; leur élimination, après qu'elles ont rempli leur fonction, pourrait donc constituer un homicide. Aussi proposons-nous la substitution, à cette définition, de la suivante :

«Personne» Toute personne morale, et tout être humain qui est complètement et définitivement sorti du corps de sa mère, en vie et apte à survivre d'une façon autonome.

L'emploi des termes «apte à survivre d'une façon autonome» exclut les fœtus qui naissent vivants sans être encore viables. En effet, il est illogique de permettre d'une part la destruction d'un fœtus non viable dans l'utérus (à titre d'exception à l'interdiction de l'avortement), mais de considérer d'autre part comme un homicide la destruction, au moyen d'un acte accompli avant ou après la naissance d'un fœtus non

97. *Op. cit.*, note 45.

viable hors de l'utérus. Aussi tous les fœtus non viables sont-ils exclus de la définition proposée. Leur destruction sera donc visée par les dispositions du titre consacré aux crimes contre le fœtus, sous réserve des exceptions prévues.

L'usage du terme «définitivement» exclut le fœtus retiré de l'utérus temporairement pour y être réinséré par la suite. La destruction de ce fœtus ne pourra donc en aucun cas être considérée comme un homicide, mais pourra constituer un crime contre le fœtus.

En utilisant les termes «du corps de sa mère», on entend exclure le fœtus retiré de l'utérus mais se trouvant toujours dans le corps de la mère. Il ne sera pas tenu pour déjà né, et donc ne pourra être victime d'un homicide.

Nous n'avons pas précisé le sens du terme «être humain». Car d'une part, la signification en est parfaitement claire pour chacun et d'autre part, on ne peut définir tous les termes d'une définition.

Le terme «fœtus»

Le terme «fœtus» n'est défini nulle part dans l'actuel *Code criminel*. Il n'est pas défini non plus dans le rapport n° 31. Si l'on veut ajouter au code un titre consacré aux crimes contre le fœtus, il y a donc lieu d'ajouter à l'article définitoire la disposition suivante :

Pour l'application du présent titre, le terme «fœtus» désigne le produit de l'union, dans l'utérus, d'un spermatozoïde et d'un ovule humains, à quelque stade de la vie qu'il précède l'accession au statut de personne.

Ainsi défini, le terme «fœtus» embrassera à la fois l'embryon (soit le fœtus entre la fécondation et la fin de l'organogénèse) et le fœtus qui a dépassé le stade embryonnaire. Le fait de détruire l'un ou l'autre ou de lui causer un préjudice corporel pourra constituer un crime contre le fœtus. Encore une fois, nous n'avons pas défini le terme «être humain». Bien sûr, le Code actuel comporte une disposition assez curieuse (art. 206) suivant laquelle un enfant ne devient un être humain qu'une fois complètement sorti du corps de sa mère. Non seulement cette définition est incorrecte, mais de plus elle est contraire au consensus général voulant que le produit de la conception humaine, qu'il se trouve dans l'utérus ou hors de celui-ci, soit un être humain.

Le terme «vie» est utilisé dans son sens médical courant, et signifie la vie à partir de la conception jusqu'à la mort. On a utilisé le mot «vie» plutôt que l'expression «vie durant la grossesse» afin d'éviter l'existence d'un vide entre le stade du fœtus et celui de la personne : un fœtus retiré de l'utérus avant d'être viable (avant le stade embryonnaire, par exemple) ne serait, autrement, ni un fœtus ni une personne. Suivant les définitions proposées, le terme «fœtus» s'appliquerait à tous les fœtus (y compris les embryons et les cellules fécondées) non encore viables.

UN NOUVEAU TITRE CONSACRÉ AU FŒTUS

Essentiellement, nous proposons quatre nouvelles dispositions. La première crée une nouvelle infraction de portée générale relative au fœtus. La deuxième et la troisième établissent certaines exceptions touchant le traitement médical et l'avortement légal. La quatrième fixe le moment de la viabilité.

1. Le fait de détruire un fœtus ou de lui causer un préjudice corporel

(1) **Commet un crime quiconque,**

a) **à dessein, par témérité ou par négligence cause la destruction d'un fœtus ou lui cause un préjudice corporel grave;**

b) **étant une femme enceinte, cause à dessein la destruction de son fœtus ou lui cause délibérément un préjudice grave, par une action quelconque ou en omettant de prendre des dispositions raisonnables pour avoir de l'aide à l'accouchement.**

(2) **Le paragraphe (1) s'applique même si la destruction ou le préjudice corporel se réalise seulement après que le fœtus est devenu une personne.**

Cette disposition de nature générale viserait tous les types de préjudices causés d'une manière injustifiée aux fœtus. Elle remplacerait par conséquent les dispositions du Code actuel relatives à l'avortement (art. 251), au fait de tuer, au cours de la mise au monde, un enfant non encore né (art. 221), à la négligence à se procurer de l'aide lors de l'enfantement (art. 226) au fait de causer la mort ou un préjudice corporel par négligence criminelle (art. 203-204), dans la mesure où cela est applicable et au fait d'infliger à un enfant avant sa naissance des blessures qui entraînent sa mort par la suite (par. 206(2)).

Cette disposition générale présente plusieurs avantages. Premièrement, elle énonce clairement, sans aucune ambiguïté, que le fœtus mérite d'être protégé par le droit pénal. Deuxièmement, il s'agit là d'une approche plus logique et plus cohérente que celle du Code actuel, qui nous force à chercher les dispositions applicables à divers endroits du texte. Troisièmement, on établit une distinction entre les crimes contre le fœtus et les crimes ordinaires contre la personne; or cela est souhaitable, vu les problèmes particuliers que posent ces crimes, notamment au regard des preuves médicales et scientifiques. Cette solution est conforme à l'opinion, qui nous paraît généralement admise, voulant que le fœtus ait une valeur intrinsèque certaine, mais néanmoins inférieure à celle des personnes déjà nées.

Soulignons qu'une approche globale semblable a déjà été retenue par quatre États américains. En effet, les législatures de l'Illinois⁹⁸, de l'Indiana⁹⁹, de l'Iowa¹⁰⁰ et du Minnesota¹⁰¹ ont adopté des textes qui interdisent la destruction de fœtus et, sauf dans le cas du Minnesota, qui restreignent l'infraction au fait de *tuer* illégalement le fœtus.

L'élément matériel du crime consiste dans le fait de causer la destruction ou un préjudice corporel. Nous n'avons pas jugé opportun de séparer les deux formes de l'infraction, en vue de leur faire correspondre des peines maximales différentes. La différence entre elles nous paraît tellement ténue qu'il nous semble préférable de laisser à cet égard un pouvoir d'appréciation au tribunal, au moment de la détermination de la peine. Nous avons par ailleurs choisi de viser uniquement le préjudice réel et grave. La décision de ne pas réprimer pénalement les préjudices anodins et les risques de préjudice est à notre avis conforme à la valeur moins importante attribuée d'une manière générale au fœtus, par rapport à celle qui est attribuée à la personne déjà née.

Le préjudice et la destruction peuvent, cela va de soi, être causés tant par des omissions que par des actions. Aux termes du nouveau code proposé par la Commission, toutefois, aucune omission ne revêt un caractère criminel à moins qu'elle ne consiste dans un manquement à un devoir énoncé dans la partie générale, ou qu'elle ne soit expressément incriminée (rapport n° 31, recommandation 2(3)b) et paragraphe 6(1) de la version législative). Or, comme les devoirs en question ne doivent être accomplis qu'envers les personnes déjà nées, l'article 1 ci-dessus comporte les mots «ou en omettant etc.», de façon à créer un crime d'omission spécifique.

Quant à l'élément moral requis, il diffère selon que la destruction ou le préjudice est causé par la mère elle-même ou par un tiers. Lorsque le fait est imputable à un tiers, nous ne voyons aucune raison pour exclure la témérité et la négligence. Soulignons en passant que, en conformité avec la recommandation 2(4)b) du rapport n° 31 et l'alinéa 11d) de la version législative, le terme négligence signifie la négligence criminelle, soit «un écart marqué par rapport aux normes ordinaires de diligence raisonnable».

Lorsque, toutefois, la destruction du fœtus ou le préjudice corporel est causé par la mère elle-même, nous estimons que l'élément moral requis devrait consister exclusivement dans le dessein. Certes, peu de gens sans doute contesteraient que les femmes enceintes ont l'obligation morale d'éviter toute conduite téméraire ou négligente susceptible de constituer un risque pour le fœtus qu'elles portent, mais nous hésitons à assujettir cette obligation à la sanction du droit pénal, pour le moment. Pour commencer, à cause de la relation toute particulière existant entre la mère et le fœtus, le recours au droit pénal imposerait à la première — à mauvais escient selon nous — un fardeau particulier, plus lourd que celui qui incombe à toute autre personne. Ensuite,

98. Ill. Ann. Stat., ch. 38, § 9-1.2 (Smith-Hurd Supp. 1987).

99. Ind. Code, § 35-42-1-6 (1982).

100. Iowa Code Ann., § 707.7 (West Supp. 1985).

101. Minn. Stat. Ann., § 607.266 et suiv. (1987 Supp.).

la mise en œuvre de telles dispositions pénales supposerait des atteintes intolérables à l'autonomie de la mère : il faudrait par exemple contrôler son alimentation, sa consommation d'alcool, si elle fume, etc. D'autre part, cette surveillance et ces restrictions ne seraient pas sans risquer de susciter des difficultés conjugales et familiales. Enfin, la question de l'éventuelle responsabilité civile des femmes à l'égard des préjudices subis par les fœtus fait toujours l'objet d'une vive controverse; il serait donc prématuré de leur imposer la charge encore plus lourde de la responsabilité pénale.

L'exigence d'un dessein, pour le cas des femmes qui omettent de prendre des dispositions raisonnables pour avoir de l'aide à l'accouchement, s'inspire dans une certaine mesure des dispositions de l'article 226 de l'actuel *Code criminel*. Cet article ne réprime toutefois que la négligence à se procurer de l'aide lors de l'enfantement, «avec l'intention d'empêcher l'enfant de vivre ou dans le dessein de cacher sa naissance». Le nouveau crime contre le fœtus ne visera quant à lui que l'omission de prendre des dispositions raisonnables pour avoir de l'aide à l'accouchement, si le dessein poursuivi est de causer la destruction du fœtus ou de lui causer un préjudice corporel.

Enfin, le paragraphe (2) prévoit que l'action ou l'omission qui entraîne la destruction du fœtus ou lui cause un préjudice corporel grave constitue un crime, que le résultat se manifeste avant ou après la naissance. À l'heure actuelle, la qualification de ces actions et omissions est différente selon le moment où elles produisent leurs effets : il y a homicide si la destruction se réalise après la naissance; si, par contre, elle se réalise avant la naissance, aucune accusation ne pourra être portée, hormis celle, le cas échéant, d'avoir tué, au cours de la mise au monde, un enfant non encore né (art. 221). Pour combler cette lacune, nous proposons que ces actions et omissions constituent, dans tous les cas, des crimes contre le fœtus. Ainsi, la responsabilité pénale serait fonction de la nature même de l'action ou de l'omission, et non plus d'un facteur aussi aléatoire que l'écoulement du temps entre l'action ou l'omission, et son résultat. Le paragraphe 206(2) du Code actuel, appliqué dans l'affaire *R. c. Prince*, n'aurait donc plus d'utilité.

Exceptions

2. Le traitement médical

Sauf en ce qui concerne les actes médicaux accomplis d'une manière négligente ou dans le dessein d'interrompre la grossesse, aucune responsabilité pénale ne découle du préjudice corporel causé à un fœtus ni de sa destruction, dans l'accomplissement d'actes médicaux ne comportant pas de risque de destruction ou de préjudice corporel disproportionné avec les avantages attendus, et pratiqués, avec le consentement de la mère donné en connaissance de cause, sur son fœtus ou sur elle-même dans un but thérapeutique ou en vue d'un diagnostic.

Cette exception est le pendant d'une autre exception au sujet des personnes au sens ordinaire du terme, contenue dans la recommandation 7(3)a) et à l'alinéa 44(2)a) du nouveau code proposé par la Commission; ces dispositions concernent le traitement médical, le terme étant utilisé dans son sens large et visant par conséquent les interventions chirurgicales, les analyses menant au diagnostic, l'administration de médicaments, etc. Car sans le consentement du patient, de tels traitements constituent sans aucun doute des voies de fait. C'est pourquoi la disposition contenue au code proposé permet le recours à de tels traitements, à titre d'exception aux règles relatives aux crimes de violence, deux conditions étant cependant fixées. Premièrement, le risque de préjudice corporel ne doit pas être disproportionné avec les avantages attendus. Deuxièmement, suivant les recommandations 2(3)d) et 7(3)a) du rapport n° 31, on exige le consentement du patient donné en connaissance de cause, notion dont la portée exacte devra être déterminée par les tribunaux¹⁰².

Comme nous l'avons fait valoir précédemment, les règles régissant les crimes de violence ne s'appliquent pas au fœtus qui n'est pas encore une personne. Il en va donc de même pour la disposition touchant le traitement médical. Le fœtus, étant protégé par une disposition pénale spécifique, devra par conséquent faire l'objet d'une exception spécifique pour le traitement médical.

Cette exception est formulée à l'article 2 ci-dessus. La disposition est rédigée dans des termes semblables à ceux de la recommandation 7(3)a) au chapitre du risque. On exige également le consentement de la mère, car bien sûr, si ce consentement n'est pas donné, le traitement constitue en réalité des voies de fait exercées contre elle. Il pourrait cependant arriver que ces voies de fait soient parfaitement anodines en ce qui la concerne, tandis que le préjudice causé au fœtus justifierait une peine plus sévère. Les termes «aucune responsabilité pénale ne découle» apportent une exception à la définition des crimes contre le fœtus, lorsque celui-ci meurt avant d'accéder au statut de personne.

3. L'avortement légal

Aucune responsabilité pénale n'est imputable à la femme enceinte, au médecin qualifié ni à la personne agissant sous la surveillance d'un médecin qualifié, qui, avec le consentement de la femme donné en connaissance de cause, cause un préjudice corporel grave au fœtus ou sa destruction en interrompant la grossesse conformément à une autorisation médicale, dans l'un des cas suivants :

- a) l'interruption de la grossesse vise à protéger la santé physique ou psychologique de la mère et est pratiquée avant que le fœtus soit apte à survivre d'une façon autonome;
- b) l'interruption de la grossesse vise à sauver la vie de la mère ou à la soustraire à un préjudice corporel grave;

102. Nous reprenons ici la recommandation 5 du rapport n° 28, *op. cit.*, note 1. Il se pourrait que la Commission décide de revoir la définition du consentement donné en connaissance de cause.

- c) le fœtus présente une malformation ou infirmité d'une telle gravité que tout traitement médical pourrait légalement être exclu à sa naissance.

L'autorisation médicale doit être donnée par un médecin qualifié. Après que le fœtus est devenu apte à survivre d'une façon autonome, l'autorisation médicale doit, sauf impossibilité matérielle, être donnée par deux médecins qualifiés.

[Autre possibilité

Aucune responsabilité pénale n'est imputable à la femme enceinte, au médecin qualifié ni à la personne agissant sous la surveillance d'un médecin qualifié, qui, avec le consentement de la femme donné en connaissance de cause, cause un préjudice corporel grave au fœtus ou sa destruction en interrompant la grossesse conformément à une autorisation médicale, dans l'un des cas suivants :

- a) *le fœtus est âgé de moins de douze semaines;*
- b) *l'interruption de la grossesse vise à protéger la santé physique ou psychologique de la mère, et le fœtus n'est pas encore apte à survivre d'une façon autonome;*
- c) *l'interruption de la grossesse vise à sauver la vie de la mère ou à la soustraire à un préjudice corporel grave;*
- d) *le fœtus présente une malformation ou infirmité d'une telle gravité que tout traitement médical pourrait légalement être exclu à sa naissance.]*

La disposition en caractères gras reflète la position adoptée par la majorité des commissaires en matière d'avortement légal. Elle embrasse les cas de destruction et de préjudice corporel grave causés par l'interruption de la grossesse. L'interruption sera alors tenue pour légale, et échappera donc à l'application de la disposition relative aux crimes contre le fœtus et des dispositions sur l'homicide et sur les autres crimes de violence, si elle remplit trois conditions. Elle doit être accomplie par une personne qualifiée, être pratiquée pour certains motifs prévus et avoir été autorisée en bonne et due forme.

En premier lieu, le préjudice doit avoir été causé par l'une des trois personnes énumérées par la disposition, c'est-à-dire soit par la mère elle-même, soit par un médecin, soit par une personne agissant sous la surveillance d'un médecin. Ce pourrait être par exemple, dans le dernier cas, une infirmière qui assiste le médecin.

En second lieu, cette disposition exige, à l'instar des recommandations 2(3)d) et 7(3)a) du rapport n° 31 (voir p. 56 ci-dessus), le consentement de la femme donné en connaissance de cause, à l'égard de l'intervention. Sous ce rapport, les avortements légitimes pratiqués pour protéger la santé physique ou psychologique de la femme entrent dans la même catégorie que les autres interventions chirurgicales. L'exigence du consentement est le pendant de la recommandation 7(3)a) du rapport n° 31, où sont exposées les conditions générales applicables au traitement médical.

Le consentement donné en connaissance de cause n'emporte pas toujours la compréhension des répercussions sociales et éthiques de l'avortement. La disposition proposée n'impose donc pas aux médecins l'obligation légale de donner des conseils d'ordre moral avant de pratiquer un avortement. D'un autre côté, il semble qu'un certain nombre de médecins aient l'habitude de prodiguer des conseils de cette nature; nous espérons sincèrement qu'ils continueront à le faire. En effet, l'avortement ne devrait d'aucune manière être regardé comme la solution clinique naturelle au problème des grossesses non désirées — cette façon de voir les choses serait tout à la fois inacceptable sur le plan moral et déplorable sur le plan social. S'il est permis de penser que le fœtus n'a pas droit à la même protection juridique que la personne au sens habituel du terme, ce serait en revanche banaliser le processus de la procréation humaine que d'assimiler le fœtus à une tumeur et l'avortement à une intervention chirurgicale quelconque. Qu'on le veuille ou non, l'avortement provoque la destruction d'un être ayant tout pour devenir une personne à part entière. Ce fait distingue l'avortement des autres interventions chirurgicales, soulève des considérations d'ordre éthique et moral tout à fait uniques et peut donner lieu à des complications psychologiques inconnues dans le cas de la plupart des autres opérations. Pour toutes ces raisons, les modalités du consentement donné en connaissance de cause ne sont pas les mêmes en matière d'avortement qu'en matière d'appendicectomie et d'hystérectomie, par exemple.

Par ailleurs, la disposition énonce trois motifs différents. Le premier motif ne s'applique qu'à l'égard de l'avortement pratiqué avant la viabilité du fœtus, cette étape étant définie à l'article suivant. Et puisque à ce stade, comme nous l'avons expliqué au chapitre précédent, le fœtus se voit accorder une protection moins importante qu'au second stade, le droit en cause — la protection de la santé physique ou psychologique de la mère — est moins fondamental que celui du deuxième motif, mais l'emporte néanmoins sur le droit du fœtus à la survie. Le danger pour la santé de la mère ne doit pas obligatoirement être aussi grave que celui qui est requis pour l'application du second motif, mais doit en revanche avoir une existence bien réelle. Par ailleurs, alors qu'à l'article 251 du Code actuel, il n'est question que de «santé», nous avons précisé dans notre proposition que l'objet de la protection peut consister dans la santé psychologique de la mère, comme dans sa santé physique.

Deuxièmement, la grossesse peut être interrompue lorsqu'il s'agit de sauver la vie de la mère ou de la protéger contre un préjudice corporel grave, sans égard au stade de la grossesse. C'est au sujet de ce motif qu'il a fallu trancher l'opposition entre la vie du fœtus et la vie de la mère; nous avons conclu, conformément aux arguments présentés au chapitre précédent, que c'est la vie de cette dernière qui doit l'emporter. Toujours en conformité avec ce qui précède, nous avons fait primer non seulement le droit de la mère à la vie, mais également le droit à la sécurité de sa personne.

Le troisième et dernier motif consiste dans l'existence d'une ou plusieurs malformations fatales chez le fœtus. Il s'agit de rendre légal l'avortement pratiqué à n'importe quel stade de la grossesse, en raison de malformations ou d'infirmités d'une telle gravité que l'on pourrait légitimement renoncer à tout traitement médical à la naissance de l'enfant. Selon la recommandation 2(3)d) du rapport n° 31, nul n'est tenu

d'entreprendre ou de poursuivre un traitement médical inutile sur le plan thérapeutique. Il est certain qu'un fœtus atteint d'une malformation fatale telle l'anencéphalie (absence de parties importantes du cerveau) ne peut survivre plus de quelques jours après la naissance, sans que pour autant cela mette nécessairement en danger la vie, la santé ou la sécurité de la mère. Or l'existence de malformations de ce type n'est souvent confirmée qu'à une étape tardive de la grossesse, soit une fois le fœtus devenu apte à survivre d'une façon autonome. Il serait tout à la fois absurde et inhumain que le législateur oblige alors la mère à mener sa grossesse à terme. Il y a lieu de souligner que le ou les médecins qui autorisent un avortement pour ce motif seraient tenus de certifier que le fœtus présentait une telle anomalie.

Enfin, l'interruption de la grossesse doit avoir été autorisée en bonne et due forme par un ou deux médecins qualifiés, selon le cas. Avant que le fœtus soit apte à survivre d'une façon autonome, l'autorisation d'un médecin sera suffisante; après, il faudra l'autorisation de deux médecins. Notons que rien n'empêche le médecin qui autorise l'avortement de pratiquer lui-même l'intervention.

Pour une minorité parmi les commissaires majoritaires, toutefois, la proposition ne va pas assez loin : on devrait supprimer toute restriction à l'avortement au cours des douze premières semaines, si ce n'est l'exigence d'une surveillance médicale; un autre motif ou une autre condition devrait donc être incluse à cet effet. Au cours de ce premier stade, donc, l'interruption de la grossesse relèverait uniquement de la femme enceinte et de son médecin. En fixant la ligne de démarcation à douze semaines, on se fonde sur les données suivantes : la femme, habituellement, ne sait pas qu'elle est enceinte avant la huitième semaine qui suit la fécondation; l'embryon ne devient un véritable fœtus que deux semaines plus tard; et la femme pourrait bien avoir besoin de deux autres semaines pour décider s'il est opportun de poursuivre ou d'interrompre la grossesse. Ce point de vue sous-tend l'autre possibilité formulée ci-dessus.

Les convictions morales du personnel médical

Notons enfin que l'article 3 proposé ne traite que de l'absence de responsabilité pénale dans certaines conditions. Il prévoit en effet une exception applicable à diverses infractions : homicide, voies de fait, destruction de fœtus et fait de causer un préjudice corporel à un fœtus, l'avortement légalement pratiqué ne pouvant engager la responsabilité pénale au regard de ces textes d'incrimination. Il n'impute par ailleurs aucune responsabilité aux médecins, infirmiers ou autres membres du personnel médical qui refusent ou s'abstiennent, en raison de convictions morales ou religieuses, de pratiquer des avortements.

En vertu du nouveau code proposé, la responsabilité pénale ne peut découler d'une omission que si l'une de deux conditions est remplie. Suivant la recommandation 2(3)b), en effet, il faut que l'omission en cause soit définie comme crime au code ou dans toute autre loi fédérale, ou encore qu'elle consiste dans un manquement à un devoir imposé à l'alinéa 2(3)c). Or, la seule omission pertinente qualifiée de crime au code est le refus d'assistance prévu à la recommandation 10(2), dont l'alinéa a) dispose : «commet un crime quiconque, s'apercevant qu'une autre personne est exposée

à un risque immédiat de mort ou de préjudice corporel grave, ne prend pas des mesures raisonnables afin de lui porter assistance»; cependant, l'alinéa b) prévoit une exception : «l'alinéa 10(2)a ne s'applique pas lorsque la personne ne peut intervenir sans risque de mort ou de préjudice corporel grave pour autrui, ou lorsqu'elle a une autre raison valable de ne pas intervenir». Le médecin qui refuse pour des raisons d'ordre moral de pratiquer un avortement pourrait manifestement faire valoir qu'il avait une raison valable au sens de l'alinéa b).

D'autre part, le seul devoir susceptible d'application ici, parmi ceux qui sont énoncés à la recommandation 2(3)c), est celui de «prendre des mesures raisonnables pour :

- (i) fournir les nécessités de la vie
[...]
(D) à toute personne à sa charge».

Le médecin qui refuse pour des raisons d'ordre moral ou religieux d'accomplir un avortement lorsque la vie d'une femme est en danger, pourrait échapper à la responsabilité pénale découlant de cette disposition en prenant la mesure raisonnable consistant à envoyer cette femme chez un autre médecin.

4. L'aptitude à survivre d'une façon autonome

Pour l'application de l'article 3 ci-dessus, le fœtus est apte à survivre d'une façon autonome lorsqu'il est âgé de vingt-deux semaines, suivant les signes cliniques habituellement utilisés en médecine.

Le terme «viable» signifie pour la médecine «apte à vivre»; et dans le cas du fœtus, la viabilité consiste dans l'aptitude à vivre hors du sein maternel, conditionnée par un développement normal et suffisant au cours de la vie intra-utérine¹⁰³. La survie d'un fœtus né prématurément dépend dans une très large mesure de l'équipement disponible; les unités spécialisées dans les soins néonataux intensifs offrent de bien plus grandes chances de survie que le bureau du médecin, par exemple. La limite de vingt-deux semaines se justifie au regard du fait qu'habituellement, le fœtus ne survit pas, à l'heure actuelle, s'il naît plus tôt.

103. Voir la définition des termes «viable», «viabilité» et «fœtus viable» dans le *Dictionnaire français de médecine et de biologie*, Paris, Masson et Cie, 1971.

Incidence sur le droit actuel

RECOMMANDATION 11

La mise en œuvre du régime que nous proposons suppose le remplacement de toutes les dispositions du Code actuel relatives au fœtus par les dispositions présentées ci-dessus. Seraient éliminés les articles suivants :

- article 206 — définition du terme «être humain»;
- article 221 — fait de tuer un enfant pendant la mise au monde;
- article 226 — négligence à se procurer de l'aide lors de l'enfantement;
- article 227 — suppression de part;
- article 251 — avortement;
- article 252 — fourniture de substances délétères.

Voici les raisons motivant l'abrogation de ces six articles :

Article 206 — définition du terme «être humain»

La définition proposée pour le terme «personne» à l'article définitoire rendrait désormais inutile la définition artificielle du terme «être humain» figurant au paragraphe 206(1) du Code actuel, qui ne s'applique qu'aux personnes déjà nées, et non, contrairement à ce qui semblerait logique, au produit de la conception humaine. Certes, on pourrait prétendre que la nouvelle définition a également quelque chose d'artificiel. À cet égard, soulignons que la common law définit depuis longtemps le terme «personne» d'une façon arbitraire, pour qu'il embrasse les personnes morales. Dans ces conditions, la définition proposée, qui ne vise que les êtres humains déjà nés, s'écarte d'une façon moins marquée du langage courant.

La proposition contenue au paragraphe 1(2) de la recommandation 10 remplacerait les dispositions du paragraphe 206(2) du Code actuel qui, reprenant la position de la common law, qualifient d'homicide le fait de causer à un enfant non encore né des blessures qui entraînent sa mort après sa naissance. La règle appliquée dans l'affaire *R. c. Prince* se trouverait ainsi modifiée, et le fait en cause donnerait lieu à des accusations, non d'homicide, mais plutôt de destruction du fœtus.

Article 226 — négligence à se procurer de l'aide lors de l'enfantement

À l'origine, nous envisagions l'abrogation pure et simple de cette disposition. Mais tout bien considéré, nous avons conclu que l'omission d'obtenir l'aide requise pour l'accouchement doit être également réprimée, si elle a pour objet de tuer le fœtus ou de lui causer un préjudice corporel. Comme, selon la recommandation 2(3)b) et le paragraphe 6(1) de la version législative du rapport n° 31, les seules omissions criminelles sont celles qui consistent dans un manquement à un devoir énoncé dans la recommandation en question ou les omissions expressément qualifiées de crime, et comme les devoirs dont il est question ci-dessus ne doivent être accomplis qu'à l'égard

de personnes déjà nées, nous établissons un crime d'omission spécifique en ajoutant à l'infraction contre les fœtus les mots «ou en omettant etc.».

Articles 221 et 251 — avortement et fait de tuer un enfant au cours de la mise au monde

Ces deux dispositions distinctes deviennent inutiles, par suite de la création d'un crime général relatif au fœtus. Les faits visés dans les deux cas correspondront à la nouvelle infraction, dans la mesure où aucune exception n'est applicable. À notre avis, cette approche globale permet de mieux atteindre les objectifs de la loi, par l'adjonction d'un texte général assorti d'exceptions, plutôt que par la dissémination de crimes spécifiques sans dénominateur commun.

Article 227 — suppression de part

Cette disposition devient également inutile. Si quelqu'un fait disparaître le cadavre d'un enfant, ce sera soit pour dissimuler la commission d'un homicide ou d'un crime contre le fœtus, soit dans un autre dessein. Dans le premier cas, l'acte pourra être accompli par la personne qui a commis le crime en cause, ou encore par un tiers. Or, si le but consiste à cacher la perpétration d'un crime et que la dissimulation soit effectuée par l'auteur de ce crime, cette personne sera, en règle générale, inculpée non pas d'avoir fait disparaître le cadavre, mais bien du crime en question. Et lorsque la dissimulation est faite par un tiers, mais dans un dessein semblable, elle sera visée par d'autres dispositions du nouveau code, à savoir soit le crime consistant à dissimuler une preuve matérielle (recommandation 24(3)b) et al. 110*b*) de la version législative), soit celui d'entrave à la justice (recommandation 25(11) et art. 125 de la version législative). En revanche, lorsque la dissimulation du corps ne vise pas à cacher la perpétration d'un homicide ni d'un crime contre le fœtus, elle devrait simplement relever des règles s'appliquant à l'inhumation, aux statistiques de l'état civil, etc.

Article 252 — fourniture de substances délétères

Vu la création d'un crime général relatif au fœtus, cette disposition perd aussi sa raison d'être. Car, rappelons-le, si la substance est fournie pour provoquer un avortement illégal, celui qui la fournit est coupable, en vertu du code proposé, d'avoir favorisé la commission d'un crime contre le fœtus (recommandation 4(2) et art. 28 de la version législative). Et si la substance n'est pas fournie dans un dessein illégal, l'acte ne devrait pas engager la responsabilité pénale.

La recherche sur les fœtus et les embryons

Là se terminent nos recommandations en vue de la réforme des règles du droit pénal qui concernent le fœtus. Comme ces recommandations visent uniquement le fœtus défini (voir p. 52) comme le produit de la fécondation dans l'utérus, des

questions importantes demeurent non résolues en ce qui concerne les règles applicables aux embryons produits par fécondation in vitro et se trouvant hors de l'utérus. Ces êtres, bien que n'étant ni des fœtus ni des personnes selon les définitions proposées ici, n'en constituent pas moins une forme de vie humaine et sont à presque tous les égards semblables aux fœtus venant d'être conçus. La Commission étudiera d'une manière détaillée les problèmes d'ordre juridique et éthique touchant les embryons se trouvant hors de l'utérus, dans un document de travail consacré à l'expérimentation humaine; il est cependant opportun d'en toucher un mot dès à présent.

Les observations présentées ci-dessous ne s'appliquent qu'aux embryons se trouvant hors de l'utérus. C'est que les recherches sur les fœtus in utero font déjà l'objet de règles adéquates dans les dispositions proposées. Si les recherches ne causent aucun préjudice au fœtus, le crime prévu à l'article 1 n'est pas commis. Et si elles lui causent un préjudice, mais que celui-ci ne fût pas tenu pour probable ou très possible, il n'est pas causé à dessein, par témérité ni par négligence; encore une fois le crime prévu à l'article 1 n'est pas commis. S'il s'agit d'un traitement médical, c'est l'article 2 et non l'article 1 qui s'applique, et aucun crime n'est commis non plus. Enfin, si les recherches causent un préjudice qui était tenu pour probable ou très possible, et ne constituent pas un traitement médical suivant l'article 2, il y a commission du crime défini à l'article 1.

Pour revenir aux embryons ex utero, dans le cadre des programmes de fécondation in vitro, on utilise habituellement plus d'embryons que ceux pouvant être implantés en toute sécurité. Les embryons en surplus peuvent soit être simplement éliminés, soit être utilisés pour des expériences scientifiques. Les deux solutions sont justifiables. De toute évidence, l'élimination est parfaitement admissible puisque ces embryons sont voués à disparaître, ne pouvant être implantés en toute sécurité. Par ailleurs, l'expérimentation scientifique est certainement acceptable lorsqu'elle répond à des objectifs tels que l'accroissement des connaissances sur la vie humaine, l'aide aux couples sans enfants, la mise au point de traitements pour d'autres fœtus et embryons présentant des malformations. Par conséquent, et bien que les méthodes actuellement suivies dans les programmes de fécondation in vitro ne soient pas toutes à l'abri des critiques, la loi devrait permettre certains types de recherche sur les embryons, de même que leur élimination.

Les restrictions suivantes devraient selon nous être imposées à la recherche sur des embryons. Premièrement, les expériences ne devraient être autorisées qu'avec le consentement des parents. Pour les embryons produits avec des gamètes fournis par des donneurs, le consentement devrait être donné au moment du prélèvement; tous les renseignements pertinents quant à la nature et à l'objet des recherches devraient être fournis à ceux dont on exige le consentement, et celui-ci devrait être remis par écrit. Deuxièmement, les recherches devraient se limiter aux embryons âgés de moins de quatorze jours, l'âge étant déterminé ici à partir de la conception, car la DM n'entre évidemment pas en jeu lorsque l'embryon est produit in vitro. Cette limite est sans doute arbitraire, mais elle est conforme à un consensus international de plus en plus large à propos de la période pendant laquelle de telles recherches devraient être

autorisées. Enfin, ne devraient être autorisées que les expériences faites dans le cadre de la recherche médicale, et non à des fins commerciales, par exemple.

Par ailleurs, certains types de recherches témoignent d'un tel mépris pour la vie humaine qu'il y a peut-être lieu de les réprimer par le droit pénal. Entrent dans cette catégorie les recherches portant sur les croisements entre l'espèce humaine et des espèces animales, la création par clonage d'êtres humains identiques entre eux, l'implantation d'embryons humains dans des animaux ou l'inverse, l'ectogénèse (fait de maintenir des embryons hors de l'utérus), la parthénogénèse (production d'embryons sans union d'un ovule et d'un spermatozoïde), la fusion d'embryons (fait de combiner deux embryons ou davantage pour créer un seul être) et les expériences visant à créer des chimères. La menace que constituent de telles expériences pour les valeurs sociales fondamentales saute aux yeux, et le recours à des sanctions pénales est tout à fait opportun.

Toutefois, les mesures pénales ne peuvent jamais constituer qu'une réponse partielle en cette matière — elles conviennent seulement pour les atteintes les plus graves aux valeurs fondamentales. Les autres recherches devront être réglementées, par la voie soit de lignes directrices nationales, soit d'un texte législatif régissant la recherche sur l'embryon et le fœtus. Les conséquences découlant de l'inobservation de cette réglementation sont moins graves que le type de préjudice réprimé par le droit pénal, mais les conditions dans lesquelles se font les expériences touchant le fœtus n'en constituent pas moins un problème d'importance nationale.

À notre avis, tous les projets de recherche sur le fœtus se trouvant hors de l'utérus devraient être soumis à un processus d'évaluation et d'approbation avant leur mise en œuvre. La valeur des travaux devra avoir été confirmée par des pairs du chercheur réunis en comité. Il faudrait en outre tenir compte non seulement de la valeur scientifique des recherches, mais également de leurs incidences sur le plan moral. Aussi les décisions ne devraient-elles pas être prises uniquement par des scientifiques, mais par des comités de recherche pluridisciplinaires qui auraient un rôle de surveillance clair et dépourvu de toute ambiguïté : ils seraient tenus de veiller d'une part à ce que les critères scientifiques et éthiques en matière de recherche soient remplis à toutes les étapes, et d'autre part à l'application rigoureuse des règles concernant le respect du fœtus. Les recherches en cause doivent présenter un intérêt du point de vue scientifique (ce critère s'inscrit en réalité dans celui de la valeur scientifique de la recherche), et il faut que les données recherchées soient impossibles à obtenir par d'autres moyens comme la recherche sur les animaux ou sur des humains adultes. Il s'agit évidemment d'empêcher l'utilisation inconsidérée de fœtus pour des recherches de nature générale. Les recherches ne devraient pouvoir être effectuées que dans des centres de recherche et hôpitaux désignés. En effet, l'intérêt public exige que la surveillance soit facilitée et que l'expérimentation se fasse selon des méthodes répondant à des normes établies.

En principe, la participation à des recherches sur l'embryon ou le fœtus *ne devrait pas* être financièrement rémunérée. On pourrait permettre le remboursement de frais raisonnables, par exemple pour les déplacements, mais toute autre rémunération risquerait de s'avérer coercitive et devrait par conséquent être exclue.

D'autre part, il est légitime de congeler les embryons destinés à des recherches scientifiques ou éthiques dans l'avenir¹⁰⁴. La conservation devrait cependant être limitée à une durée maximale de cinq ans. Après cette période, les embryons congelés pourraient être implantés, être détruits ou être utilisés pour des recherches (conformément aux restrictions proposées dans le présent document), dès lors que toutes les autres conditions sont remplies. En conformité avec les règles interdisant l'insémination artificielle après la mort du donneur, nul embryon ne devrait non plus pouvoir être conservé après la mort des parents génétiques. On devrait aussi établir un registre national où les naissances seraient inscrites, et où l'on tiendrait des statistiques complètes sur tous les aspects de l'utilisation des cellules germinales prélevées, tout en respectant la confidentialité. Il s'agit là d'une recommandation faite par un comité national canadien¹⁰⁵ en 1981.

Questions devant faire l'objet de recherches

Comme nous l'avons mentionné, la Commission prépare actuellement un document de travail sur l'expérimentation humaine, où elle présentera d'autres recommandations en matière de recherche sur l'embryon et le fœtus. Mentionnons pour finir certaines questions connexes qui devraient faire l'objet de recherches :

Maternité de substitution

Compte tenu du point de vue récemment exprimé par la Commission de réforme du droit de l'Ontario¹⁰⁶, qui préconisait la réglementation plutôt que l'interdiction, la Commission estime qu'il faut poursuivre la réflexion sur cette question.

Normes nationales en ce qui concerne les nouvelles techniques de reproduction

La réglementation des pratiques médicales relève de la compétence provinciale. Or, vu l'absence de procédure d'accréditation uniforme à l'échelle nationale et l'inexistence de restrictions applicables aux établissements, il faut tenir compte du risque de «tourisme interprovincial» pour le recours aux nouvelles techniques de reproduction, et examiner la question sérieusement.

Les peines applicables aux personnes qui fournissent de faux renseignements

Enfin, la question des sanctions à l'égard des donneurs qui dissimulent certains renseignements ou en donnent de faux, notamment en ce qui a trait aux déficiences génétiques, aux maladies héréditaires et aux antécédents médicaux, devra être étudiée de plus près.

104. Voir le *Rapport du Comité consultatif sur le stockage et l'utilisation du sperme humain présenté au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social*, Ottawa, Santé et Bien-être social Canada, 1981.

105. *Ibid.*

106. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DE L'ONTARIO, *Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters*, Toronto, 1985.

CHAPITRE CINQ

Sommaire des recommandations

La réforme des règles actuelles

1. Il y aurait lieu de définir dans le nouveau code les termes «autrui» et «personne» de la façon suivante : «toute personne morale, et tout être humain qui est complètement et définitivement sorti du corps de sa mère, en vie et apte à survivre d'une façon autonome.»
2. Le nouveau code ne devrait comporter aucune disposition particulière visant le fait de tuer un enfant non encore né pendant la mise au monde.
3. Le nouveau code ne devrait comporter aucune disposition particulière visant le fait de négliger de se procurer de l'aide au moment de l'enfantement.
4. Le nouveau code ne devrait comporter aucune disposition visant la suppression de part.
5. Le nouveau code ne devrait comporter aucune disposition visant le fait de fournir des substances délétères.
6. Il y aurait lieu d'instituer un crime de portée générale consistant à détruire un fœtus ou à lui causer un préjudice corporel.
7. Le crime de portée générale consistant à détruire un fœtus ou à lui causer un préjudice corporel ne devrait pas viser les actes nécessaires pour sauver la vie de la mère.
8. Le crime de portée générale consistant à détruire un fœtus ou à lui causer un préjudice corporel ne devrait pas viser les actes accomplis pour soustraire la mère à un préjudice corporel grave.
9. Le crime consistant à détruire un fœtus ne devrait pas viser les actes accomplis avant la vingt-deuxième semaine de la grossesse pour protéger la santé physique ou psychologique de la mère *[ni les actes accomplis avant la douzième semaine de la grossesse (autre possibilité)]*.

Nouvelles dispositions législatives

10. Les dispositions suivantes devraient être adoptées :

Définitions

«Personne» Toute personne morale, et tout être humain qui est complètement et définitivement sorti du corps de sa mère, en vie et apte à survivre d'une façon autonome.

Pour l'application du présent titre, le terme «fœtus» désigne le produit de l'union, dans l'utérus, d'un spermatozoïde et d'un ovule humains, à quelque stade de la vie qui précède l'accession au statut de personne.

Un nouveau titre consacré au fœtus

1. Le fait de détruire un fœtus ou de lui causer un préjudice corporel

(1) Commet un crime quiconque,

a) à dessein, par témérité ou par négligence cause la destruction d'un fœtus ou lui cause un préjudice corporel grave;

b) étant une femme enceinte, cause à dessein la destruction de son fœtus ou lui cause délibérément un préjudice grave, par une action quelconque ou en omettant de prendre des dispositions raisonnables pour avoir de l'aide à l'accouchement.

(2) Le paragraphe (1) s'applique même si la destruction ou le préjudice corporel se réalise seulement après que le fœtus est devenu une personne.

Exceptions

2. Le traitement médical

Sauf en ce qui concerne les actes médicaux accomplis d'une manière négligente ou dans le dessein d'interrompre la grossesse, aucune responsabilité pénale ne découle du préjudice corporel causé à un fœtus ni de sa destruction, dans l'accomplissement d'actes médicaux ne comportant pas de risque de destruction ou de préjudice corporel disproportionné avec les avantages attendus, et pratiqués, avec le consentement de la mère donné en connaissance de cause, sur son fœtus ou sur elle-même dans un but thérapeutique ou en vue d'un diagnostic.

3. L'avortement légal

Aucune responsabilité pénale n'est imputable à la femme enceinte, au médecin qualifié ni à la personne agissant sous la surveillance d'un médecin qualifié, qui, avec le consentement de la femme donné en connaissance de cause, cause un préjudice corporel grave au fœtus ou sa destruction en interrompant la grossesse conformément à une autorisation médicale, dans l'un des cas suivants :

- a) l'interruption de la grossesse vise à protéger la santé physique ou psychologique de la mère et est pratiquée avant que le fœtus soit apte à survivre d'une façon autonome;
- b) l'interruption de la grossesse vise à sauver la vie de la mère ou à la soustraire à un préjudice corporel grave;
- c) le fœtus présente une malformation ou infirmité d'une telle gravité que tout traitement médical pourrait légalement être exclu à sa naissance.

L'autorisation médicale doit être donnée par un médecin qualifié. Après que le fœtus est devenu apte à survivre d'une façon autonome, l'autorisation médicale doit, sauf impossibilité matérielle, être donnée par deux médecins qualifiés.

[Autre possibilité

Aucune responsabilité pénale n'est imputable à la femme enceinte, au médecin qualifié ni à la personne agissant sous la surveillance d'un médecin qualifié, qui, avec le consentement de la femme donné en connaissance de cause, cause un préjudice corporel grave au fœtus ou sa destruction en interrompant la grossesse conformément à une autorisation médicale, dans l'un des cas suivants :

- a) *le fœtus est âgé de moins de douze semaines;*
- b) *l'interruption de la grossesse vise à protéger la santé physique ou psychologique de la mère, et le fœtus n'est pas encore apte à survivre d'une façon autonome;*
- c) *l'interruption de la grossesse vise à sauver la vie de la mère ou à la soustraire à un préjudice corporel grave;*
- d) *le fœtus présente une malformation ou infirmité d'une telle gravité que tout traitement médical pourrait légalement être exclu à sa naissance.]*

4. L'aptitude à survivre d'une façon autonome

Pour l'application de l'article 3 ci-dessus, le fœtus est apte à survivre d'une façon autonome lorsqu'il est âgé de vingt-deux semaines, suivant les signes cliniques habituellement utilisés en médecine.

Incidence sur le droit actuel

11. La mise en œuvre du régime que nous proposons suppose le remplacement de toutes les dispositions du Code actuel relatives au fœtus par les dispositions présentées ci-dessus. Seraient éliminés les articles suivants :

- article 206 — définition du terme «être humain»;**
- article 221 — fait de tuer un enfant pendant la mise au monde;**
- article 226 — négligence à se procurer de l'aide lors de l'enfantement;**
- article 227 — suppression de part;**
- article 251 — avortement;**
- article 252 — fourniture de substances délétères.**

ANNEXE A

La réglementation de l'avortement dans divers pays

On trouvera dans les deux tableaux présentés ci-dessous, pour un certain nombre de pays occidentaux ou occidentalisés, les motifs pour lesquels l'avortement peut être pratiqué et la procédure à suivre. Le choix de ces pays répond à la volonté de donner une bonne idée de la diversité des solutions retenues en ce qui a trait à la possibilité d'obtenir l'avortement, aux modalités d'application et aux délais prévus.

Au cours des dernières décennies, on a assisté en règle générale à une libéralisation graduelle des régimes de l'avortement. Toutefois, de nombreux pays établissent des restrictions, quant aux motifs pour lesquels l'avortement est permis, selon le stade de la grossesse. Par ailleurs, la procédure d'autorisation peut elle aussi varier suivant le stade de la grossesse ou les motifs invoqués.

Dans plusieurs pays, les motifs pouvant justifier l'avortement ont été élargis : ils ne se limitent plus aux catégories traditionnelles fondées sur la santé physique ou mentale, ou encore les malformations du fœtus. En Finlande, par exemple, l'âge (moins de 17 ans ou plus de 40 ans) constitue un motif en soi. En Italie, le législateur tient compte des circonstances familiales, tandis qu'en France et aux Pays-Bas, la situation de détresse dans laquelle se trouve une femme enceinte peut constituer un motif d'avortement (qui est compris dans la catégorie «santé mentale»).

On trouve parmi les motifs d'avortement énumérés au tableau 1, les «motifs socio-économiques». Cette colonne renvoie aux textes de loi qui prennent en considération la situation sociale ou économique de la femme qui demande un avortement. La définition précise de cette expression varie d'un pays à l'autre. Au Danemark, par exemple, on évalue l'incidence de la grossesse et des soins à donner à l'enfant au regard de l'intérêt de la femme, de la gestion de son ménage et des soins donnés à ses autres enfants. La loi finlandaise permet de tenir compte des tensions que représente la venue d'un nouvel enfant pour les conditions de vie de la femme et celles de sa famille. En Norvège, on prend en considération le jugement porté par la femme sur sa propre situation.

Dans la plupart des pays en question, seul le consentement de la femme est requis; en Turquie, cependant, on exige aussi le consentement du conjoint. En Finlande, le père peut être autorisé à exprimer son opinion. Si la femme est mineure, elle peut par ailleurs avoir besoin du consentement de ses parents ou de son tuteur. En Italie et au Danemark, le consentement des parents ou du tuteur peut en certaines circonstances ne pas être impératif. On pourra également proposer à la femme d'obtenir des conseils professionnels, ou l'y obliger.

En 1983, l'arrêt *Roe v. Wade*¹ a marqué un tournant dans le débat sur l'avortement aux États-Unis. La Cour suprême y a reconnu que le quatorzième amendement garantit le droit à l'intimité de la vie privée, qui comprend le droit pour la femme d'interrompre une grossesse. Au cours du premier trimestre, la décision d'interrompre la grossesse relève de la femme et de son médecin. L'État ne peut réglementer l'avortement que dans le deuxième trimestre, en prescrivant des modalités qui sont véritablement reliées à la santé de la mère. L'avortement peut être réglementé ou interdit au cours de l'étape postérieure à la viabilité du fœtus, afin que soit consacré «l'intérêt supérieur» de l'État dans la préservation d'une vie humaine virtuelle, sauf lorsque la vie ou la santé de la mère est en danger.

Plusieurs règles établies par des États américains au sujet de l'avortement ont été déclarées inconstitutionnelles. Citons notamment : les règles suivant lesquelles, pendant le deuxième trimestre, tout avortement doit être pratiqué dans un hôpital², les dispositions détaillées touchant le consentement donné en connaissance de cause³, les dispositions sur l'opposition du conjoint⁴ et la période d'attente de vingt-quatre heures⁵, parce qu'elles portent atteinte au droit de la femme à l'intimité de la vie privée, en ayant pour effet de la harceler ou d'influencer son choix, ou parce qu'elles freinent l'accès à l'avortement. On a également jugé inconstitutionnelle une disposition exigeant qu'un deuxième médecin soit présent au cours d'un avortement pratiqué après la viabilité⁶, parce qu'elle était trop rigoureuse pour les situations d'urgence. Ce qui donne à penser, toutefois, que pour peu qu'elle soit assortie de tempéraments concernant les situations d'urgence, une telle disposition pourrait être jugée constitutionnelle, car elle favorise l'intérêt de l'État dans la protection de la vie du fœtus au cours du dernier trimestre.

Nota : On calcule habituellement la durée de la grossesse à compter du premier jour du cycle menstruel de la femme; dans de rares cas, en France par exemple, la durée de la grossesse est calculée à partir de la date de la conception.

1. 410 U.S. 113 (1973).

2. *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health Inc.*, 103 S. Ct. 2481 (1983).

3. *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists et al.*, 106 S. Ct. 2169 (1986).

4. *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976).

5. *City of Akron*, précité, note 2.

6. *Thornburgh*, précité, note 3.

TABLEAU I : MOTIFS JUSTIFIANT L'AVORTEMENT

PAYS	RISQUE POUR LA VIE	SANTÉ MENTALE	SANTÉ MENTALE	EUGÉNIQUES (malformation)	JURIDIQUES viol/inceste	SOCIO- ÉCONOMIQUES	SUR DEMANDE
AUTRICHE	X	X	X	X			X (jusqu'à la 12 ^e semaine)
BELGIQUE	X						
DANEMARK	X	X	X	X	X	X	X (jusqu'à la 12 ^e semaine)
ESPAGNE	X	X	X	X (jusqu'à la 22 ^e semaine)	X (jusqu'à la 12 ^e semaine)	X	
FINLANDE	X	X	X (jusqu'à la 12 ^e semaine)	X (jusqu'à la 24 ^e semaine)	X (jusqu'à la 12 ^e semaine)	X (jusqu'à la 12 ^e semaine)	
FRANCE	X	X	X (jusqu'à la 10 ^e semaine)	X			
IRLANDE DU NORD	X	X	X				
ITALIE	X	X	X	X	X (jusqu'à 90 ^e jour)	X (jusqu'à 90 ^e jour)	
NORVÈGE	X	X (jusqu'à la 18 ^e semaine)	X (jusqu'à la 18 ^e semaine)	X (Autorisé en tout temps lorsque le fœtus ne pourra être viable à la naissance)	X (jusqu'à la 18 ^e semaine)	X (jusqu'à la 18 ^e semaine)	X (jusqu'à la 12 ^e semaine)

X = Motifs pouvant être invoqués pendant toute la durée de la grossesse sauf indication contraire.

TABLEAU 1 : MOTIFS JUSTIFIANT L'AVORTEMENT (Suite)

PAYS	RISQUE POUR LA VIE	SANTÉ	SANTÉ MENTALE	EUGÉNIQUES (malformation)	JURIDIQUES viol/inceste	SOCIO- ÉCONOMIQUES	SUR DEMANDE
NOUVELLE- ZÉLANDE	X	X	X	(jusqu'à la 20 ^e semaine)	X	(jusqu'à la 20 ^e semaine)	
PAYS-BAS	X		X (avant la viabilité du fœtus)				
PORTUGAL	X	X (jusqu'à la 12 ^e semaine)	X (jusqu'à la 12 ^e semaine)	X (jusqu'à la 16 ^e semaine)	X (jusqu'à la 12 ^e semaine)		
RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE	X	X	X (jusqu'à la 12 ^e semaine)	X (jusqu'à la 22 ^e semaine)	X (jusqu'à la 12 ^e semaine)	X (jusqu'à la 12 ^e semaine)	
ROYAUME-UNI (SAUF IRLANDE DU NORD)	X	X (jusqu'à la 28 ^e semaine)	X (jusqu'à la 28 ^e semaine)	X (jusqu'à la 28 ^e semaine)		X (jusqu'à la 28 ^e semaine)	
SUÈDE	X	X	X				X (jusqu'à la 18 ^e semaine)
SUISSE	X	X					
TURQUIE	X			X			X (jusqu'à la 10 ^e semaine)

X = Motifs pouvant être invoqués pendant toute la durée de la grossesse sauf indication contraire.

TABLEAU II : MODALITÉS APPLICABLES AUX AVORTEMENTS

PAYS	ÉTABLISSEMENTS DÉSIGNÉS	CONSENTEMENT	CONSULTATION	PÉRIODE DE		DOCUMENTS ÉCRITS
				RÉFLEXION	MODALITÉS D'APPROBATION	
AUTRICHE		Femme enceinte.	Premier trimestre : avortement non punissable si un médecin a été consulté.			
DANEMARK	Hôpital d'État ou communal, ou encore clinique rattachée à l'hôpital.	<ul style="list-style-type: none"> Femme enceinte; Moins de 18 ans ou incapable ; personne exerçant l'autorité parentale ou tuteur (la Commission peut renoncer à cette exigence). 	Renseignements fournis quant à la possibilité de consultation.		<ul style="list-style-type: none"> Aucune autorisation pendant les 12 premières semaines; Aucune autorisation après 12 semaines, si la vie de la femme est en danger ou si sa santé physique ou mentale est menacée; Autorisation d'un comité, après 12 semaines, dans les cas de viol, d'inceste ou de malformation du fœtus; Comité composé de 3 personnes : membre du personnel d'un centre de bien-être social ayant une formation en droit ou en travail social, et 2 médecins. 	
ESPAGNE	Centres de santé privés ou publics, accrédités.	Femme enceinte.	Femme informée des conséquences médicales, psychologiques et sociales de la poursuite ou de l'interruption de la grossesse.		<ul style="list-style-type: none"> Menace pour la vie de la femme ou sa santé physique ou mentale ; approbation possible par un médecin spécialiste dans la discipline concernée; Malformation du fœtus : 2 médecins spécialistes d'un centre de santé public ou privé, accrédité. 	Les centres de santé publics et privés doivent tenir un dossier et des formulaires d'évaluation et de consentement.

TABLEAU II : MODALITÉS APPLICABLES AUX AVORTEMENTS (Suite)

PAYS	ÉTABLISSEMENTS DÉSIGNÉS	CONSENTEMENT	CONSULTATION	PÉRIODE DE RÉFLEXION	MODALITÉS D'APPROBATION	DOCUMENTS ÉCRITS
FINLANDE	Hôpital approuvé à cet effet par un comité médical national (sauf en cas d'urgence).	<ul style="list-style-type: none"> • Femme enceinte; • Le père peut exprimer son opinion. 			<ul style="list-style-type: none"> • Autorisation de 2 médecins dans les cas de : danger pour la vie, ou la santé physique ou mentale de la femme, motifs socio-économiques ou viol; • Autorisation du médecin traitant, si la femme a plus de 40 ans ou moins de 17 ans; • Autorisation du comité médical national, en cas de malformation du fœtus. 	Opinion écrite des médecins qui autorisent l'avortement; obligation d'énoncer les motifs.
FRANCE	Établissements hospitaliers publics ou privés.	<ul style="list-style-type: none"> • Femme enceinte; • Mineure célibataire : personne exerçant l'autorité parentale. 	<ul style="list-style-type: none"> • Médecin doit informer la femme des risques médicaux et fournir une liste des établissements de consultation; • La femme doit obtenir un certificat écrit (attestation de consultation). 	7 jours	<ul style="list-style-type: none"> • Jusqu'à la 10^e semaine de la grossesse, la femme en situation de détresse doit consulter un médecin, visiter un établissement de consultation et peut obtenir l'avortement 7 jours après la consultation; • 2 médecins doivent attester que la santé de la femme est sérieusement en danger, ou que le fœtus présente une malformation, pour qu'un avortement puisse être pratiqué à tout stade de la grossesse. L'un des médecins doit pratiquer dans un établissement hospitalier public ou privé. 	Le médecin doit envoyer une déclaration au médecin inspecteur régional de la santé, sans mention de l'identité de la femme.

TABLEAU II : MODALITÉS APPLICABLES AUX AVORTEMENTS (Suite)

PAYS	ÉTABLISSEMENTS DÉSIGNÉS	CONSENTEMENT	CONSULTATION	PÉRIODE DE		DOCUMENTS ÉCRITS
				RÉFLEXION	MODALITÉS D'APPROBATION	
ITALIE	<ul style="list-style-type: none"> • Service d'obstétrique et de gynécologie des hôpitaux généraux, ou hôpitaux spécialisés; • L'avortement peut être pratiqué dans les dispensaires au cours des 90 premiers jours de la grossesse. 	<ul style="list-style-type: none"> • Femme enceinte; • Moins de 18 ans : parent/tuteur, à moins qu'il soit inopportun ou impossible d'obtenir le consentement au cours des 90 premiers jours de la grossesse. 	<ul style="list-style-type: none"> • Consultation surtout si les motifs de l'avortement sont de nature socio-économique ou familiale; • Présence du père lorsque la femme y consent. 	7 jours	<ul style="list-style-type: none"> • La femme demande l'avortement à un centre de consultation public, un organisme médico-social ou un médecin qu'elle choisit; • Après 7 jours, la femme se présente à un établissement autorisé pour subir l'avortement. 	<ul style="list-style-type: none"> • L'hôpital/dispensaire doit signaler les avortements aux autorités médicales provinciales, sans divulguer l'identité de la femme.
NORVÈGE	<ul style="list-style-type: none"> • Hôpital ou établissement approuvé; • Avant la 12^e semaine de la grossesse : centre de santé ou dispensaire. 	<ul style="list-style-type: none"> • Femme enceinte; • Moins de 16 ans ou déficit mental : les parents ou le tuteur peuvent exprimer leur avis. 	<ul style="list-style-type: none"> • Droit à la consultation. 		<ul style="list-style-type: none"> • Avant la 12^e semaine : la femme décide elle-même; demande soumise à un médecin; • Après la 12^e semaine : demande soumise à un médecin ou à un comité composé de 2 médecins; • La femme peut se présenter devant la comité et exprimer son opinion. 	<ul style="list-style-type: none"> • Le médecin, après avoir consulté la femme, expose les motifs de l'avortement. Les hôpitaux doivent remettre au directeur médical du comité un rapport trimestriel.
NOUVELLE-ZÉLANDE	Établissement autorisé	Femme enceinte.				2 consultations donnent une attestation; l'un doit être obstétricien/gynécologue.

TABLEAU II : MODALITÉS APPLICABLES AUX AVORTEMENTS (Suite)

PAYS	ÉTABLISSEMENTS DÉSIGNÉS	CONSENTEMENT	PÉRIODE DE		DOCUMENTS ÉCRITS
			CONSULTATION	RÉFLEXION	
PAYS-BAS	Hôpital ou clinique titulaire d'un permis délivré par le ministère de la Santé et de la Protection de l'environnement.	Femme enceinte.		6 jours	Une fois par mois, le médecin informe le médecin en chef du nombre d'avortements et de l'âge des femmes.
PORTUGAL	Établissement de santé officiel ou officiellement approuvé.	<ul style="list-style-type: none"> La femme doit signer un formulaire de consentement au moins 3 jours avant l'intervention; Moins de 16 ans ou incapable : (par ordre de priorité) mari, représentant juridique, ascendant ou descendant, collatéral. 			<p>Avis d'un deuxième médecin au sujet de la validité des motifs d'avortement.</p> <p>Certificat médical écrit, où sont exposés les motifs de l'avortement.</p>
RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE	Hôpital ou établissement autorisé à cet effet.	Femme enceinte.	Le médecin donne son avis, la femme voit un conseiller au moins 3 jours avant l'intervention.		Confirmation écrite des motifs par un médecin qui n'est pas celui qui pratique l'avortement.

TABLEAU II : MODALITÉS APPLICABLES AUX AVORTEMENTS (Suite)

PAYS	ÉTABLISSEMENTS DÉSIGNÉS	CONSENTEMENT	CONSULTATION	PÉRIODE DE RÉFLEXION	MODALITÉS D'APPROBATION	DOCUMENTS ÉCRITS
ROYAUME-UNI	Hôpital public ou établissement approuvé par le Secrétaire d'État.	Femme enceinte.			• Deuxième avis médical, sauf en cas d'urgence.	
SUÈDE	Hôpital général ou établissement approuvé par le Comité national de la santé et du bien-être.	Femme enceinte.	Consultation avec un travailleur social après 12 semaines.		• Au cours des 12 premières semaines : la femme consulte un médecin; • Après 18 semaines : approbation requise de la part du Comité national de la santé et du bien-être.	
SUISSE		Femme enceinte.			Deuxième avis médical obligatoire.	Le médecin doit aviser l'autorité compétente du canton, dans les 24 heures suivant l'avortement.
TURQUIE		• Femme enceinte; • Si elle est mariée : conjoint; • Mineure : parent; • Tutelle : tuteur et juge de paix.			• Aucune autorisation nécessaire avant la 10 ^e semaine; • À compter de la 10 ^e semaine : en cas de malformation du fœtus, un obstétricien/gynécologue et un spécialiste du domaine doivent confirmer par écrit; • Dans les cas d'urgence, un médecin peut décider seul, mais doit faire rapport au directeur de la Santé et du Bien-être.	

Les renseignements présentés dans les tableaux ont été obtenus de diverses sources :

Conseil de l'Europe. (Informations obtenues de la Direction des affaires juridiques.)

COOK, R.J. et B.M. DICKENS, «International Development in Abortion Laws: 1977-1988» (1988), *72 American Journal of Public Health*.

COOK, R.J. et B.M. DICKENS, *Issues in Reproductive Health Law in the Commonwealth*, Londres, Commonwealth Secretariat, 1986.

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, *Recueil international de législation sanitaire*, vol. 21 (4) 1970, vol. 24 (4) 1973, vol. 25 (3) 1974, vol. 25 (4) 1974, vol. 26 (2) 1975, vol. 27 (1) 1976, vol. 27 (2) 1976, vol. 27 (3) 1976, vol. 29 (2) 1978, vol. 30 (1) 1979, vol. 30 (2) 1979, vol. 30 (4) 1979, vol. 31 (1) 1980, vol. 31 (3) 1980, vol. 32 (3) 1981, vol. 34 (4) 1983, vol. 35 (4) 1984, vol. 38 (2) 1987.

TIETZE, C. et S.K. HENSHAW, *Induced Abortion: A World Review 1986*, 6^e éd. New York, The Alan Guttmacher Institute, 1986.

Royaume-Uni, Hansard, vol. 124, n° 60, col. 49-51 (8 décembre 1987).

Sources législatives :

Autriche : Code pénal, art. 96-98 (Loi fédérale du 23 janvier 1974).

Belgique : Code pénal, art. 348-353 (1867).

Danemark : Loi n° 254 (12 juin 1975); loi n° 350 (13 juin 1973); ordonnance n° 511 (17 septembre 1973)

Espagne : Décret de la Couronne n° 2409/1986 (21 novembre 1986); loi organique n° 9 (5 juillet 1985).

Finlande : Loi n° 564, modifiant l'art. 5 de la loi sur l'interruption de la grossesse (14 juillet 1978); loi n° 239 (24 mars 1970).

France : Décret n° 80-285 portant application des art. L.162-8 et L.162-9 du *Code de la santé publique* (7 avril 1980); Loi n° 79-1294 (31 décembre 1979); Loi n° 75-17 (17 janvier 1975).

Italie : Loi 194, art. 1-22 (22 mai 1978).

Irlande du nord : Loi sur les infractions contre les personnes, art. 58-59 (1861).

Norvège : Loi n° 66, art. 1-14 (16 juin 1978); règlement relatif à la mise en œuvre des règles sur l'interruption de la grossesse (1^{er} décembre 1978).

Nouvelle-Zélande : Loi modifiant le droit criminel (16 décembre 1977).

Pays-bas : Loi sur l'interruption de la grossesse (1^{er} mai 1981).

Portugal : Loi n° 6184, art. 139-141 (11 mai 1984).

République fédérale d'Allemagne : Quinzième loi du 18 mai 1976, portant modification du droit pénal.

Royaume-uni : Loi de 1967 sur l'avortement; loi de 1929 sur la protection de l'enfance (ch. 34).

Suède : Loi n° 595 (14 juin 1974).

Suisse : Code pénal, section 2, art. 118-120 (21 décembre 1937).

Turquie : Loi sur le planning familial, art. 5-6 (24 mai 1983).

ANNEXE B

Bibliographie sélective

La présente bibliographie a été préparée à partir de celles que contiennent les ouvrages suivants :

- GARFIELD, J.L. et P. HENNESSEY (dir.), *Abortion: Moral and Legal Perspectives*, Amherst, University of Massachusetts Press, 1984.
- The Hastings Center's Bibliography of Ethics, Biomedicine and Professional Responsibility*, Frederick (Md.), University Publications of America, 1984.
- Rapport du Comité sur l'application des dispositions législatives sur l'avortement*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1977.
- TIETZE, C. et S.K. HENSHAW, *Induced Abortion: A World Review 1986*, 6^e éd., New York, The Alan Guttmacher Institute, 1986.
- ADAMS, D.W., *Therapeutic Abortion: An Annotated Bibliography*, Hamilton, McMaster University Medical Center, 1973.
- ANNAS, G.J., «The Supreme Court and Abortion: The Irrelevance of Medical Judgment» (1980), 10:5 *Hastings Center Report* 23.
- ASSOCIATION DES HÔPITAUX CATHOLIQUES DU CANADA, *Survey of Medico-Moral Committees Established in Catholic Hospitals Across Canada*, Ottawa, 1972.
- ASSOCIATION NATIONALE DE LA FEMME ET DU DROIT, COMITÉ NATIONAL DE LA DIRECTION, WORKING GROUP ON REPRODUCTIVE ISSUES, *Re Action on Abortion*, Ottawa, février 1988 (non publié).
- BACKHOUSE, C.B., «Involuntary Motherhood: Abortion, Birth Control and the Law in Nineteenth Century Canada» (1983), 3 *Recueil annuel de Windsor d'accès à la justice* 61.
- BACON, H., «Les aspects psychiatriques de l'avortement thérapeutique» (1969), 17:1 *Hygiène mentale au Canada* 21.
- BALAKRISHNAN, T.R. et al., *Fertility in a Canadian Metropolis*, Montréal et London, McGill-Queen's University Press, 1975.
- BASSEN, P., «Present Stakes and Future Prospects: The Status of Early Abortion» (1982), 11 *Philosophy and Public Affairs* 314.
- BATCHELOR, E. Jr. (dir.), *Abortion: The Moral Issues*, New York, Pilgrim Press, 1982.
- BAUDOIN, J.-L. et C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme, de quel droit? : Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, Presses universitaires de France, 1987.
- BECKER, L.C., «Human Being: The Boundaries of the Concept» (1975), 4 *Philosophy and Public Affairs* 334.
- BELL, L. et al., «Contraceptive Knowledge Among Undergraduates at a Canadian University» (1976), 124 *American Journal of Obstetrics and Gynecology* 499.
- BENDA, E., «Impact of Constitutional Law on the Protection of Unborn Human Life: Some Comparative Remarks» (1977), 6 *Human Rights* 223.
- BENSHOOF, J., «Mobilizing for Abortion Rights» (1977), 4 *Civil Liberties Review* 76.
- BINET, L., «La maternité instituée comme phénomène social et politique» (1986), 1:2 *Revue juridique «La femme et le droit»* 313.
- BLACK, E.F.E., «Abortion and Sterilization» (1961), 33 *Manitoba Bar News* 33.
- BLAKE, J., «Abortion and Public Opinion: The 1960-1970 Decade» (1971), 71 *Science* 540.
- BOGG, R., *Therapeutic Abortion at the University of Alberta Hospital: A Sociological Analysis*, Muncie (Ind.), Ball State University, 1973.
- BOK, S., «Ethical Problems of Abortion», dans T.A. SHANNON (dir.), *Bioethics*, 3^e éd., New Jersey, Paulist Press, 1987, 19.

- BOWES, W.A. et B. SELGESTAD, «Fetal Versus Material Rights: Medical and Legal Perspectives» (1981), 58 *Obstetrics and Gynecology* 209.
- BOYCE, R.M. et R.W. OSBORN, «Therapeutic Abortion in a Canadian City» (1970), 103 *Journal de l'Association médicale canadienne* 310.
- BOYDELL, C.L. et C.F. GRINDSTAFF, «Public Attitudes Toward Legal Sanctions for Drug and Abortion Offences» (1971), 13 *Revue canadienne de criminologie* 209.
- BRODY, B.A., *Abortion and the Sanctity of Human Life: A Philosophical View*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1975.
- BRODY, H. et al., «Therapeutic Abortion: A Prospective Study» (1971), 109 *American Journal of Obstetrics and Gynecology* 347.
- BROWN, J.H., «Right to Abortion Remains Unstable, (casenote) *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists* 106 S.Ct. 2169 (1986)» (1987), 21 *Suffolk University Law Review* 877.
- BUTLER, J.D. et D.F. WALBERT (dir.), *Abortion, Medicine and the Law*, 3^e éd., New York, Facts on File Publications, 1986.
- CALLAHAN, D., *Abortion: Law, Choice and Morality*, New York, MacMillan, 1970.
- CALLAHAN, S. et D. CALLAHAN, «Breaking Through the Stereotypes» dans T.A. SHANNON (dir.), *Bioethics*, 3^e éd., New Jersey, Paulist Press, 1987, 47.
- CAMPBELL, T., «Abortion Law in Canada: A Need for Reform» (1977), 42 *Saskatchewan Law Review* 221.
- CANADA, MINISTÈRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL, DIRECTION GÉNÉRALE DE LA RECHERCHE ET DES STATISTIQUES, *Review of Abortion Legislation and Experience in Selected Countries*, Ottawa, 1970.
- CANADA, MINISTÈRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL, DIRECTION GÉNÉRALE DES PROGRAMMES DE LA SANTÉ, *Pilot Survey of Hospital Therapeutic Abortion Committees, British Columbia, 1971-1972*, Ottawa, 1974.
- CANADA, MINISTÈRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL, DIVISION DE LA PLANIFICATION FAMILIALE, *Première conférence nationale sur le planning familial*, Ottawa, 1974.
- CHERVENAK, F.A. et al., «When is Termination of Pregnancy During the Third Trimester Morally Justifiable?» (1984), 310 *New England Journal of Medicine* 301.
- CHEUNG, K.W., «The Abortion Decision — A Qualified Constitutional Right in the United States: Whither Canada?» (1973), 51 *Revue du Barreau canadien* 643.
- CHURCHILL, L.R. et J.J. SIMAN, «Abortion and the Rhetoric of Individual Rights: Why the Abortion Debate Is Sterile» (1982), 12:1 *Hastings Center Report* 9.
- COHEN, M. (dir.), *Rights and Wrongs of Abortion*, Philosophy and Public Affairs Reader, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1974.
- COHEN, M., L. RAPSON et W. WATTERS, *Survey of Hospital Abortion Committees in Canada*, Toronto, Doctors for Repeal of the Abortion Law, 1975.
- COLLINS, A., *L'Avortement au Canada : l'inéluctable question*, Montréal, Éditions du Remue-ménage, 1987.
- COLLINS, L.D., «The Legal Aspects of Abortion» (1975), 66 *Revue canadienne de santé publique* 234.
- CONNERY, J.R., *Abortion: The Development of the Roman Catholic Perspective*, Chicago, Loyola University Press, 1977.
- CONSEIL DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA FAMILLE, *Dossier sur l'avortement*, Québec, Éditeur officiel, 1973.
- COOK, R.J. et B.M. DICKENS, *Issues in Reproductive Health Law in the Commonwealth*, London, Commonwealth Secretariat Publications, 1986.
- COOK, R.J. et B.M. DICKENS, «La législation de l'avortement dans les pays du Commonwealth» (1979), 30 *Recueil international de Législation sanitaire* 445.
- COOK, R.J. et P. SENANAYAKE (dir.), *The Human Problem of Abortion*, London, International Planned Parenthood Federation, Ad Hoc Expert Panel on Abortion, 1979.
- CRAVEN, J.B. Jr., «Personhood: The Right to be let Alone», [1976] *Duke Law Journal* 699.
- CRÉPEAU, P.-A., «Le consentement du mineur en matière de soins et traitements médicaux ou chirurgicaux selon le droit civil canadien» (1974), 52 *Revue du Barreau canadien* 247.

- CURRY, R.E., «Demise of the Trimester Standard? (casenote) *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.* 103 S.Ct. 2481 (1983)» (1984), 23 *Journal of Family Law* 267.
- DALEY, T.T., «The Rights of the Unborn — A CAS Looks at Abortion» (1972), 48:3 *Canadian Welfare* 19.
- DELEURY, E., «Une nouvelle perspective : le sujet reconnu comme objet de droit» (1972), 13 *Cahiers de Droit* 529.
- DESTRO, R.A., «Abortion and the Constitution: The Need for a Life Protective Amendment» (1975), 63 *California Law Review* 1250.
- DE VALK, A. (dir.), *Abortion Politics in Canada: Several Arguments*, Saskatoon, The Chelsea Bulletin, 1971.
- DE VALK, A., *Morality and Law in Canadian Politics: The Abortion Controversy*, Montréal, Palm Publishers, 1974.
- DE VEBER, L.L., «Point of View: Canadian Physicians for Life and the Abortion Issue» (1975), 46 *University of Western Ontario Medical Journal* 5.
- DICKENS, B.M., «Abortion: Definitions and Implications» (1981), 124 *Journal de l'Association médicale canadienne* 113.
- DUMONT, M., L'abolition du crime d'avortement dans la perspective de la réforme du droit criminel» (1980-81), 15 *Revue juridique Thémis* 149.
- ELFORD, R.W., «Therapeutic Abortion» (1971), 105 *Journal de l'Association médicale canadienne* 638.
- «Embryos to Lipstick?», *New Scientist*, n° 1477, 10 octobre 1985, 21.
- ENGELHARDT, H.T. Jr., «Bioethics and the Process of Embodiment» (1975), 18 *Perspectives in Biology and Medicine* 486.
- ENGELHARDT, H.T. Jr., «Viability and the Use of the Fetus», dans W. BONDESON *et al.* (dir.), *Abortion and the Status of the Fetus*, Hollande, D. Reidel Publishing, 1983, 183.
- EVANS, J., «Tooley and Finnis on Abortion: Two Radically Opposing Views» (1983), 10 *New Zealand Universities Law Review* 261.
- FAGOT, A., «Les droits de l'embryon humain et la notion de personne humaine potentielle» (1987), 92 *Revue de métaphysique et de morale* 361.
- FAUX, M., *Roe v. Wade: The Untold Story of the Landmark Supreme Court Decision that Made Abortion Legal*, New York, Macmillan, 1988.
- FEINBERG, J. (dir.), *Offence to Others*, New York, Oxford University Press, 1985.
- FEINBERG, J. (dir.), *The Problem of Abortion*, Belmont (Calif.), Wadsworth Publishing, 1973.
- FERREIRA, J.G., «The Human Life Bill: Personhood Revisited or Congress Takes Aim at *Roe v. Wade*» (1982), 10 *Hofstra Law Review* 1269.
- FLETCHER, J.C., «The Fetus As Patient: Ethical Issues» (1981), 246 *Journal of the American Medical Association* 772.
- FOST, N. *et al.*, «The Limited Moral Significance of 'Fetal Viability'» (1980), 10:6 *Hastings Center Report* 10.
- FRANKOWSKI, S.J. et G.F. COLE (dir.), *Abortion and Protection of the Human Fetus: Legal Problems in a Cross-Cultural Perspective*, Dordrecht (Hollande), Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- GALLAGHER, J., «Fetal Personhood and Women's Policy», dans V. Sapiro, (dir.), *Women, Biology, and Public Policy*, Beverly Hills (Calif.), Sage Publications, 1985, 91.
- GARFIELD, J.L. et P. HENNESSEY (dir.), *Abortion: Moral and Legal Perspectives*, Amherst, University of Massachusetts Press, 1984.
- GAVIGAN, S.A.M., «On 'Bringing on the Menses': The Criminal Liability of Women and the Therapeutic Exception in Canadian Abortion Law» (1986), 1:2 *Revue juridique «La femme et le droit»* 279.
- GEEKIE, D.A., «Abortion: A Review of CMA Policy and Positions» (1974), 111 *Journal de l'Association médicale canadienne* 1.
- GILLESPIE, N.C., «Abortion and Human Rights» (1977), 87 *Ethics* 237.
- GINSBURG, R.B., «Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe v. Wade.*» (1985), 63 *North Carolina Law Review* 375.
- GLENDON, M.A., *Abortion and Divorce in Western Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1987.

- HUNTER, I.A., «Notes and Comments. Trial by Jury: *R. v. Morgentaler*» (1986-1987), 29 *Criminal Law Quarterly* 176.
- GOODE, P.T. (dir.), *Abortion Bibliography for 1985*, Troy (N.Y.), Whitston Publishing, 1988.
- GOODMAN, M.F. (dir.), «*What is a Person?*», Clifton (N.J.) Humana Press, 1988.
- GRADY, K.J., «The Value of Life, (casenote) *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists* 106 S.Ct. 2169 (1986)» (1987), 10 *Hamline Law Review* 623.
- GRANFIELD, D., *The Abortion Decision*, New York, Doubleday, 1969.
- GRAY, C.B., «The Notion of Person for Medical Law» (1981), 11 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 341.
- GRISEZ, G.G., *Abortion: The Myths, the Realities, and the Arguments*, New York, Corpus Books, 1970.
- HALL, R.E. (dir.), *Abortion in a Changing World*, New York, Columbia University Press, 1970.
- HARE, R.M., «Abortion and The Golden Rule» (1975), 4 *Philosophy and Public Affairs* 201.
- HARNOIS, L., *Rapport de recherche sur l'avortement au Québec*, Montréal, Le Regroupement des Centres de Santé de femmes du Québec, 1987.
- HARRISON, C.P., «Abortion and the Law» (1968), 98 *Journal de l'Association médicale canadienne* 973.
- HARRISON, C.P., «The Doctor and The Patient Under Legalized Abortion» (1967), 97 *Journal de l'Association médicale canadienne* 249.
- Hastings Center's Bibliography of Ethics, Biomedicine and Professional Responsibility*, Frederick (Maryland), University Publications of America, 1984.
- HEATH, D.S., «Psychiatry and Abortion» (1971), 16 *Canadian Psychiatric Association Journal* 55.
- HÉBERT, M., *L'avortement : aspects juridiques*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Direction de la Recherche, 1987.
- HODGSON, J.E. (dir.), *Abortion and Sterilization: Medical and Social Aspects*, New York, Grune and Stratton, 1981.
- HUMBER, J.M., «Abortion, Fetal Research and the Law» (1977), 4 *Social Theory and Practice* 127.
- HYDE, H.J., «Overturn *Roe v. Wade*: the Value of Human Life» (1988), 74:1 *American Bar Association Journal* 32.
- JOHN, H.J., «Reflections on Autonomy and Abortion» (1986), 17 *Journal of Social Philosophy* 3.
- JOHNSON, D.E., «A New Threat to Pregnant Women's Autonomy» (1987), 17:4 *Hastings Center Report* 33.
- JOHNSON, D.E., «The Creation of Fetal Rights; Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Equal Protection» (1986), 95 *Yale Law Journal* 599.
- JONES, C.J., «Abortion and the Consideration of Fundamental, Irreconcilable Interests» (1982), 33 *Syracuse Law Review* 565.
- KASS, L.R., «Determining Death and Viability in Fetuses and Abortuses» (1977), 2:2 *Bioethics Digest* 1.
- KING, P.A., «The Juridical Status of the Fetus: A Proposal for the Legal Protection of the Unborn» (1979), 77 *Michigan Law Review* 1647.
- KLUGE, E.-H.W., «The Right to Life of Potential Persons» (1976-1977), 3 *Dalhousie Law Journal* 837.
- KNOPPERS, B.M., *Conception artificielle et responsabilité médicale : une étude de droit comparé*. Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 1986.
- KNOPPERS, B.M., «Modern Birth Technology and Human Rights» (1985), 34 *American Journal of Comparative Law* 1.
- KNOPPERS, B.M., «Reproductive Technology and International Mechanisms of Protection of the Human Person» (1987), 32 *Revue de droit de McGill* 336.
- KOOP, C.E., «The Right to Life» (1975), 1 *Human Life Review* 65.
- KOURI, R.P., «Réflexions sur le statut juridique du fœtus» (1980-81), 15 *Revue Juridique Thémis* 193.
- KREMER, E.J. et E.A. SYNAN (dir.), *Death Before Birth: Canada and the Abortion Question*, Toronto, Griffin House, 1974.

- KRIMMEL, H. et M. FOOLEY, «Abortion: An Inspection into the Nature of Human Life and Potential Consequences of Legalizing Its Destruction» (1977), 46 *Cincinnati Law Review* 725.
- «Late Abortion and Technological Advancement of Fetal Viability» (1985), 17 *Family Planning Perspectives* 160.
- LENOW, J.L., «The Fetus as a Patient: Emerging Rights as a Person?» (1983), 9 *American Journal of Law and Medicine* 1.
- LONG, L., «The Abortion Issue: An Overview» (1985), 23 *Alberta Law Review* 453.
- MACKLIN, R., «Personhood in Bioethics Literature» (1983), 61:1 *Milbank Memorial Quarterly* 35.
- MAGUIRE, M.R., «Personhood, Covenant and Abortion» (1984), *The Annual of the Society of Christian Ethics* 117.
- MAHLER, H., «The Safe Motherhood Initiative: A Call to Action», *The Lancet*, 21 mars 1987, 668.
- MANIER, E. et al., *Abortion: New Directions For Policy Studies*, Notre Dame (Ind.), University of Notre Dame Press, 1978.
- MARTIN, S.L., «Canada's Abortion Law and the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1986), 1:2 *Revue juridique «La femme et le droit»* 339.
- MARTIN, S.L., «The Reluctance of the Judiciary to Balance Competing Interests: R. v. Morgentaler in the Ontario Court of Appeal» (1986), 1:2 *Revue juridique «La femme et le droit»* 537.
- MAYRAND, A., *L'inviolabilité de la personne humaine*, Wainwright Lectures, Montréal, Wilson et Lafleur, 1975.
- MCDONNELL, K., *Not an Easy Choice: A Feminist Re-Examines Abortion*, Toronto, Women's Press, 1984.
- MCNAMARA, E.M., «The Minor's Right to Abortion and the Requirement of Parental Consent» (1974), 60 *Virginia Law Review* 305.
- MEYER, F., «La protection juridique de la vie ante natale» (1987), 23:4 *Rev. Drt. Sanit. et Soc.*
- MICHELMAN, K., «A Milestone for Women (Overturn Roe v. Wade?)» (1988), 74:1 *American Bar Association Journal* 33.
- MOHR, J., *Abortion in America: The Origins and Evaluation of National Policy 1800-1900*, New York, Oxford University Press, 1978.
- MONGEAU, S., «The Abortion Problem» (1971), 39 *McGill Medical Journal* 81.
- MOORE, K.L., *The Developing Human: Clinically Oriented Embryology*, 4^e éd., Philadelphie, Saunders, 1988.
- MORGENTALER, H., «Report on 5,641 Outpatient Abortions by Vacuum Suction Curettage» (1973), 109 *Journal de l'Association médicale canadienne* 1202.
- MURPHY, J.S., «Abortion Rights and Fetal Termination» (1986), 17 *Journal of Social Philosophy* 11.
- MURRAY, T.H., «Moral Obligations to the Not-Yet-Born: The Fetus as Patient» (1987), 14 *Clinics in Perinatology* 329.
- MURRAY, T.H., «Who do Fetal Protection Policies Really Protect?» (1985), 88:3 *Technology Review* 12.
- NATIONAL CANADIAN CONFERENCE ON ABORTION, *A Selected Annotated Bibliography on Abortion*, S.N. Wojcichowsky (dir.), Toronto, St. Michael's College, 1972.
- NELSON, T.A., «Taking Roe to the Limits: Treating Viable Feticide as Murder» (1984), 17 *Indiana Law Review* 1119.
- NICHOLSON, S., «Abortion: On Fetal Indications», dans T.A. SHANNON (dir.), *Bioethics*, 3^e éd., New Jersey, Paulist Press, 1987, 57.
- NOONAN, J.T., «Era: Equal Rights for Abortion?» (1984), 10:2 *Human Life Review* 29.
- NOONAN, J.T. (dir.), *The Morality of Abortion: Legal and Historical Perspectives*, Cambridge, Harvard University Press, 1970.
- Note, «The Trimester Approach: How Long Can the Legal Fiction Last?» (1984), 35 *Mercer Law Review* 891.
- «Nurses Have Right to Refuse to Perform Abortion — CNA» (1972), 14 *Hospital Administration in Canada* 13.

- PETCHESKY, R.P., *Abortion and Woman's Choice: The State, Sexuality, and the Conditions of Reproductive Freedom*, New York, Longman, 1984.
- PICHER, P., «The Invalidity of Canada's Abortion Law — Section 251 of the Criminal Code» (1974), 24 *Criminal Reports* (N.S.) 1.
- POSZONYI, J., *A Longitudinal Study of Unmarried Mothers who Kept Their First Born Children*, Ottawa, Ministère de la Santé nationale et du Bien-être social, 1973.
- PRATTE, S., *La législation sur l'avortement vue sous l'angle des droits fondamentaux de la personne ou quand deux droits fondamentaux s'affrontent*, Québec, Université Laval, 1987.
- PRICE, D.P.T., «Selective Reduction and Feticide: the Parameters of Abortion», [1988] *Criminal Law Review* 199.
- Rapport de la Commission d'enquête concernant la fécondation et l'embryologie humaines*, Paris, La Documentation française, 1985, Présidente : Dame Mary Warnock, Commandeur de l'Ordre de l'Empire Britannique.
- Rapport du Comité sur l'application des dispositions législatives sur l'avortement*, (rapport Badgley), Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1977.
- Rapport sur l'avortement thérapeutique en Ontario — Enquête ordonnée par le ministère de la Santé*, Toronto, Le Ministère, 1987 (M. Powell, commissaire).
- REES, G., «State Protection of the Viable Unborn Child After *Roe v. Wade*: How Little, How Late?» (1976), 37 *Louisiana Law Review* 270.
- REIDINGER, P., «Will *Roe v. Wade* be Overruled?» (1988), 74 *American Bar Association Journal* 66.
- RESCH, C. et S.C. ROBINSON, «Therapeutic Abortion and its Complications in Halifax, Nova Scotia» (1973), 52 *Nova Scotia Medical Bulletin* 67.
- RHODEN, N.K., «The New Neonatal Dilemma: Live Births from Late Abortions» (1984), 72 *Georgetown Law Journal* 1451.
- RHODEN, N.K., «Trimesters and Technology: Revamping *Roe v. Wade* (1986), 95 *Yale Law Journal* 639.
- RICE, C.F., «Implications of the Coming Retreat from *Roe v. Wade*» (1988), 4 *Journal of Contemporary Health Law and Policy* 1.
- RIVET, M., «Le droit à la vie ou «L'Hominisation» du XXI^e siècle: L'Éthique et le droit répondent à la science», dans D. TURP et G.A. BEAUDOIN (dir.), *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 1986, 437.
- RIVET, M., «Esquisse d'un profil de la personne selon le droit» (1980-81), 11 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 417.
- RIVET, M., «Quand la médecine intervient dans la genèse de la conception, que fait le droit?» (1975-76), 6 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 199.
- ROBERT, J., «Le droit à la vie et le commencement de la vie», dans D. Turp et G.A. Beaudoin (dir.), *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 1984, 437.
- ROBERTSON, J., «Embryos, Families, and Procreative Liberty: The Legal Structure of the New Reproduction» (1986), 59 *Southern California Law Review* 939.
- RODGERS, S., «Fetal Rights and Maternal Rights: Is there a Conflict?» (1986), 1:2 *Revue juridique «La femme et le droit»* 456.
- ROGERS, J.M. et D.W. ADAMS, «Therapeutic Abortion: A Multidisciplinary Approach to Patient Care from Social Work Perspective» (1973), 64 *Revue canadienne de santé publique* 254.
- ROYAL COMMISSION ON FAMILY AND CHILDREN'S LAW, *The Medical Consent of Minors*, Rapport n° 12, Vancouver, août 1974.
- ROYAUME-UNI, COMMITTEE ON THE WORKING OF THE ABORTION ACT, *Report*, Londres, HMSO, 1974.
- SCHNEIDER, C.E. et M.A. VINOVSIS (dir.), *The Law and Politics of Abortion*, Lexington (Md.), D.C. Health, 1980.
- SEBEK, M., «Towards a Practical Implementation of the Abortion Decision: The Interests of the Physician, the Woman, and the Fetus» (1976), 25 *DePaul Law Review* 676.

- SENDOR, B.B., «Medical Responsibility for Fetal Survival under *Roe* (*Roe v. Wade*, 93 Sup. Ct 705) and *Doe* (*Doe v. Bolton*, 93 Sup. Ct 739)» (1975), 10 *Harvard Civil Rights — Civil Liberties Law Review* 444.
- SHANNON, T.A., «Abortion: A Review of Ethical Aspects of Public Policy», dans T.A. SHANNON (dir.), *Bioethics*, 3^e éd., New Jersey, Paulist Press, 1987, 77.
- SHARPE, G., *The Law and Medicine in Canada*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1987.
- SHAW, M.W. et A.E. DOUDERA (dir.), *Defining Human Life: Medical, Legal, and Ethical Implications*, Ann Arbor (Mich.), AUPHA Press, 1983.
- SHEEHY, E.A., *Autonomie personnelle et droit criminel : quelques questions d'avenir pour les femmes*, Ottawa, Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme, 1987.
- SHUMIATCHER, M.C., «'I Set Before You Life and Death'» (Abortion — Borowski and the Constitution)» (1987), 24:2 *University of Western Ontario Law Review* 1.
- SKEGG, P.D.G., «Consent to Medical Procedures on Minors» (1973), 36 *Modern Law Review* 370.
- SMITH, K.D. et H.S. WINEBERG, «A Survey of Therapeutic Abortion Committees» (1970), 12 *Criminal Law Quarterly* 279.
- SMITH, S.L., «Canadian Doctors: Victims of the Abortion Laws» (1970), 16 *Médecin de famille canadien* 58.
- SOCIÉTÉ RADIO-CANADA, RECHERCHES ET SONDAGES, *Public Opinion in Canada on Certain Aspects of the Law Relating to Abortion: A Fact-Finding Survey 1970*, Ottawa, 1971.
- SOMERVILLE, M., «Reflections in Canadian Abortion Law: Evacuation and Destruction — Two Separate Issues» (1981), 31 *University of Toronto Law Journal* 1.
- SPIVAK, M., «Therapeutic Abortion — A Twelve Year Review at the Toronto General Hospital, 1954-1965» (1964), 97 *American Journal of Obstetrics and Gynecology* 316.
- «Statement of the Canadian Bishops on Abortion» (1971), 2 *Canadian Hospital* 1.
- STATISTIQUE CANADA, *Avortements thérapeutiques, 1985*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1986.
- STITH, R., «New Constitutional and Penal Theory in Spanish Abortion Law» (1987), 35 *American Journal of Comparative Law* 513.
- SUMNER, L.W., *Abortion and Moral Theory*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1981.
- SZUMSKI, B., *Abortion, Opposing Viewpoints*, St-Paul (Minn.), Greenhaven Press, 1986.
- THOMAS, M., «Moral Obligations to the Not-Yet-Born: the Fetus as Patient» (1987), 14:2 *Clinics in Perinatology* 341.
- THOMSON, J.J., «A Defence of Abortion» (1971), 1 *Philosophy and Public Affairs* 47.
- TIETZE, C. et S.K. HENSHAW, *Induced Abortion: A World Review 1986*, 6^e éd., New York, The Alan Guttmacher Institute, 1986.
- TOOLEY, M., «Abortion and Infanticide» (1972), 2 *Philosophy and Public Affairs* 37.
- WADLINGTON, W., «Minors and Health Care: The Age of Consent» (1973), 11 *Osgoode Hall Law Journal* 115.
- WALLS, S., *La loi sur l'avortement et l'amélioration des services d'avortement*, Pour le Victoria Caucus of Women and the Law, Ottawa, Association Nationale de la Femme et le Droit, 1982.
- WARREN, M.A., «The Abortion Issue», dans D. VanDeVeer et T. Regan (dir.), *Health Care Ethics: An Introduction*, Philadelphie, Temple University Press, 1986.
- WARREN, M.A., «Do Potential People Have Moral Rights?» (1977), 7 *Canadian Journal of Philosophy* 275.
- WEILER, K.M. et K. CATTON, «The Unborn Child in Canadian Law» (1976), 14 *Osgoode Hall Law Journal* 643.
- WERTHEIMER, R., «Understanding the Abortion Argument» (1971), 1 *Philosophy and Public Affairs* 67.
- WILLIAMS, G., *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, New York, Alfred A. Knopf, 1974.
- WOOD, M.A. et L.B. HAWKINS, «State Regulation of Late Abortion and the Physician's Duty of Care to the Viable Fetus» (1980), 45 *Missouri Law Review* 394.
- WREEN, M., «Abortion: The Extreme Liberal Position» (1987), 12 *Journal of Medicine and Philosophy* 241.

DISSIDENCE

par Joseph Maingot, c.r., commissaire

Selon mes collègues, les règles du droit pénal applicables au fœtus humain sont insatisfaisantes et une réforme s'impose. Cette réforme devrait comporter la création d'un nouveau crime de portée générale consistant à causer la mort d'un fœtus ou à lui occasionner un préjudice corporel grave. La loi prévoirait cependant des exceptions au sujet du traitement médical et de l'avortement légal.

Je souscris en partie à ce point de vue. Je pense moi aussi que les règles actuelles sont insatisfaisantes, qu'il y a lieu d'instituer un crime de portée générale concernant le fœtus, assorti de certaines exceptions. Cela dit, je ne puis malheureusement donner ma pleine adhésion aux exceptions proposées par mes collègues¹.

Je suis d'accord avec celle qui a trait au traitement médical. Au sujet de la seconde, relative à l'avortement légal, je suis dans une large mesure en désaccord avec mes collègues. À mon avis, l'avortement devrait faire l'objet de restrictions beaucoup plus rigoureuses que ce qu'ils envisagent.

À l'heure actuelle, nombreux sont ceux pour qui la légalisation de l'avortement constitue la solution évidente à un problème social urgent qu'ils définissent ainsi : beaucoup de grossesses ne sont pas voulues et les femmes enceintes souhaitent dans bien des cas les interrompre; or, le droit pénal les en empêchait jusqu'à récemment et cela pourrait se reproduire. Aussi souhaite-t-on exclure l'avortement du champ d'application du droit pénal.

Bien des gens seraient donc d'accord avec mes collègues, selon qui l'avortement devrait être tenu pour légal dans trois situations. Il s'agit du cas où l'avortement est pratiqué avant que l'enfant soit apte à survivre hors de l'utérus (vingt semaines après la conception), pour protéger la «santé» physique ou psychologique de la mère (le terme santé n'étant pas défini); du cas où il est pratiqué pour sauver la vie de la mère ou pour la soustraire à un préjudice corporel grave; enfin, du cas où l'enfant à naître présente une malformation «fatale».

1. Je tiens à exprimer ma gratitude au doyen adjoint Gerard A. Ferguson, de la Faculté de droit de l'université de Victoria (C.-B.), pour la documentation très utile qu'il m'a gracieusement fournie et dont je me suis abondamment servi. Le doyen Ferguson est un ancien chercheur à temps plein à la Commission de réforme du droit et il travaille encore fréquemment pour elle à temps partiel. Je me suis également inspiré des ouvrages suivants : *The Meaning of Morgentaler*, du professeur Alvin Esau, université du Manitoba, chercheur invité, Regent College; *Reflections on Morgentaler*, du professeur H.R.S. Ryan, Faculté de droit, université Queen, Kingston (Ontario); *A Response to 'Options for Abortion Policy Reforms: A consultation Document'*, de Colleen M. Kovacs; «A Law Against Abortion is not Enough», du professeur Bela Somfai, *Compass*, mai 1988, p. 31.

À mon avis, toutefois, le problème ne tient pas aux grossesses elles-mêmes, mais plutôt au fait qu'elles ne soient pas désirées. Or, ce n'est pas en rendant l'avortement de plus en plus facile sur les plans juridique et pratique que l'on pourra trouver la solution à ce problème. Il conviendrait plutôt de prendre des mesures sociales afin de réduire le nombre de grossesses non désirées, en appuyant davantage les parents et surtout les familles monoparentales, en intensifiant les services de garderie pour les mères qui travaillent et en trouvant des solutions plus efficaces aux problèmes que rencontrent ces dernières. En outre, il faut encourager un changement d'attitude à l'égard de la grossesse, de la famille et de l'avortement. Il faut en fait modifier notre attitude à l'égard de l'enfant non encore né.

Voilà pourquoi je ne suis que partiellement d'accord avec mes collègues sur ces questions. En résumé, je conviens que l'avortement devrait être permis lorsqu'il s'avère nécessaire pour sauver la vie de la mère ou la soustraire à un risque réel et sérieux pour sa santé, s'il n'existe aucune autre méthode médicale reconnue et efficace pour atteindre cet objectif. Je soulignerai d'abord que le terme «santé» doit être soigneusement défini et ensuite, que de telles situations sont rares de nos jours, vu les progrès de la science et de la pratique médicales. Dans la plupart des cas, les médecins, fidèles à l'esprit du serment d'Hippocrate, font tout pour sauver les deux patients, la mère et l'enfant qu'elle porte. À mon sens, cependant, l'avortement ne devrait pas être tenu pour légal dans les deux autres situations. La loi ne devrait pas permettre l'avortement, même avant que le fœtus soit apte à survivre hors de l'utérus, lorsque l'on veut simplement protéger la santé physique ou psychologique de la mère dans des situations où sa vie n'est pas en danger, particulièrement si la «santé» n'est pas définie. Selon moi, il ne devrait pas non plus être permis de pratiquer un avortement parce que le fœtus souffre d'une malformation «fatale».

Mon désaccord avec mes collègues, sur les deux situations décrites ci-dessus, est fondé sur plusieurs motifs ayant trait à la nature du fœtus humain telle qu'on la conçoit, au contexte juridique du problème et à la justification de la réforme.

I. La nature du fœtus humain — l'enfant non encore né

Lorsqu'il est question d'avortement, ou encore d'interruption volontaire de la grossesse, il est en réalité question du fait de causer intentionnellement la mort d'un embryon ou fœtus humain se trouvant dans l'utérus, ou encore de l'expulsion prématurée provoquée dans l'intention de causer la mort d'un fœtus humain. Se pose par conséquent une question cruciale : quelle est donc la nature de cet embryon ou fœtus humain dont la mort résultera de l'avortement?

Le Dr Jérôme Lejeune, l'un des plus grands généticiens de notre époque, nous enseigne que la fusion d'un ovule et d'un spermatozoïde entraîne la création des premières cellules humaines d'un individu distinct. Dès lors, tout est déjà déterminé : la couleur des yeux, des cheveux et de la peau, la forme du nez et des oreilles, la force

physique de la personne. [TRADUCTION] «Tous les caractères qui distinguent un individu, qui font qu'il s'appellera plus tard Pierre ou Marie [...] sont déjà gravés dans la constitution génétique qui lui est propre²».

Pour certains, l'origine des talents et des aptitudes qu'une personne pourra développer ne peut se retrouver dans une cellule humaine particulière, comme celle qui détermine la couleur des yeux d'une personne. Pourtant, l'embryon porte déjà ces caractéristiques en lui. Le développement des aptitudes personnelles (conscience de soi, choix et créativité, par exemple) n'est pas étranger au développement organique; rien ne permet d'affirmer qu'elles viennent en quelque sorte s'ajouter à tel ou tel moment. Suivant le D^r Lejeune, [TRADUCTION] «si l'ovule fécondé n'était pas en soi un être humain au plein sens du terme, il ne pourrait jamais devenir un homme, parce que pour cela il faudrait lui ajouter quelque chose; or nous savons que cela ne se produit pas³».

Au cours de la dernière décennie, la médecine prénatale a raccourci de plus de quarante jours la période au terme de laquelle le fœtus humain est viable; ce moment se situe maintenant à la vingtième semaine après la conception ou même plus tôt. La technique des ultrasons et la fœtoscopie permettent de discerner un visage humain encore plus tôt pendant la grossesse. Les techniques de fécondation in vitro nous donnent une autre confirmation du caractère essentiellement humain de la vie fœtale; du reste, l'appellation populaire «bébé éprouvette» pour décrire le résultat de ces expériences fascinantes, est révélatrice. Tous ces faits semblent permettre de conclure à la continuité de la vie intra-utérine dès ses débuts.

La continuité de la vie du fœtus dans l'utérus devient encore plus frappante lorsque l'on tient compte des découvertes de la médecine, au sens scientifique et ordinaire du terme. La division cellulaire s'engage quelques heures après la conception, et la formation des cellules sanguines débute au bout de dix-sept jours. Il semble qu'au même moment, une certaine activité neurologique commence. Le cœur se met quant à lui à battre environ vingt-quatre ou vingt-cinq jours après la conception. Après trente-trois jours, le cortex cérébral est reconnaissable. Quarante-cinq jours après la conception, on peut discerner par électro-encéphalogramme l'activité électrique du cerveau du bébé. Au quarante-cinquième jour, le corps de l'enfant est complètement formé : tous les organes internes de l'adulte sont déjà présents⁴. Les bras, les jambes, les doigts, les orteils et la tête sont parfaitement constitués et l'on reconnaît facilement un être humain. Par ultrasons, on peut discerner les battements du cœur et les principales parties du corps. On peut voir l'enfant se déplacer gracieusement dans la cavité amniotique. Après cinquante-six jours ou huit semaines (aucun avortement n'est

2. Voir M.C. SHUMIATCHER, «I set Before You Life and Death» (1987), 24:2 *U.W.O.L.J.* 1, p. 7. Le D^r Lejeune a découvert que le syndrome de Down était causé par un chromosome en trop. Ses recherches marquent le début de la génétique humaine, dont il est reconnu comme le fondateur.

3. Le D^r Jérôme Lejeune, devant le U.S. Senate Committee, 97^e Congrès, 1^{re} session 1983, vol. 1, p. 8.

4. Bien souvent, la femme ne sait même pas qu'elle est enceinte à ce moment. On trouvera une description plus complète des premiers stades du développement du fœtus dans les Livres I et II du mémoire de l'appelant, dans l'affaire *Borowski c. P.G. du Canada*, 1988.

habituellement pratiqué avant ce moment), l'enfant est un être humain parfaitement constitué. Tous ses organes et systèmes organiques sont en place. Il leur faudra simplement parvenir à maturité, et ce processus se poursuivra pendant treize ou quatorze ans. À huit semaines, le développement physiologique du fœtus est à ce point avancé que l'on peut voir les plis de sa main lorsqu'elle est ouverte. Les empreintes digitales sont visibles au microscope. D'ailleurs, ces mêmes empreintes qui permettront par la suite l'identification d'une personne ayant participé à un crime, sont déjà parfaitement formées sur la peau. À partir de ce moment, elles pourront en permanence être utilisées pour l'identification de l'être humain en question. Vers onze ou douze semaines, les nerfs et les muscles sont synchronisés avec les jeunes os, de sorte que les bras et jambes peuvent commencer à se mouvoir. Des études ont permis aux médecins de conclure que dès ce stade, le bébé est extrêmement sensible au toucher, à la chaleur, aux sons, aux malaises et à la douleur.

À mon sens, le fœtus humain ne devient pas une personne, un être humain, un individu à un moment magique — premiers battements du cœur, apparition des empreintes digitales, premiers mouvements, viabilité, naissance; il est depuis le début une personne, un être humain et un individu avec un potentiel bien à lui. La génétique et l'embryologie confirment l'existence du caractère humain dès le stade de l'embryon, caractère qui se développe parallèlement à la croissance biologique et mérite la protection et le respect des autres humains dès le début.

II. L'effet de la décision *Morgentaler*

Jusqu'au 28 janvier 1988, l'avortement était selon le droit canadien illégal à moins que la poursuite de la grossesse soit susceptible de mettre en danger la vie ou la santé de la mère, une certaine procédure devant alors être suivie. Dans l'arrêt *Morgentaler*⁵ rendu ce jour-là, la Cour suprême du Canada a conclu à la majorité (cinq juges contre deux), que les dispositions en cause, celles de l'article 251 du *Code criminel*, enfreignaient le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — droit garanti à chacun, y compris les femmes enceintes, par l'article 7 de la Charte — et le principe suivant lequel il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. La Cour a refusé de considérer l'article 251 comme une restriction raisonnable du droit en question, dont la justification puisse se démontrer aux termes de l'article premier de la Charte. Voici le texte des articles 1 et 7 de la Charte :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.
7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

5. [1988] 1 R.C.S. 30.

La Cour n'a pas déclaré inconstitutionnel l'objet des dispositions attaquées, à savoir protéger le fœtus humain et permettre les avortements seulement pour des raisons «thérapeutiques», c'est-à-dire pour protéger la santé et la vie des femmes enceintes. Ce qui a été invalidé, c'est la plus grande partie des mécanismes légaux mis en œuvre pour réaliser cet objectif.

L'arrêt ne précise pas quel type de règle pourrait s'avérer acceptable constitutionnellement sur le fond. Seule la juge Wilson se dit d'avis que les nouvelles règles devraient donner aux femmes l'entière liberté, au cours des premiers stades de la grossesse, de recourir à l'avortement sans ingérence de l'État. Elle donne toutefois à entendre que l'État pourrait légitimement, pour les derniers stades de la grossesse, établir des restrictions en matière d'avortement. Les seules autres considérations touchant de nouvelles règles de fond se trouvent dans les motifs du juge Beetz, qui, avec son collègue, le juge Estey, déclare qu'à tout le moins les nouvelles règles ne pourront être plus restrictives que les anciennes, les femmes ayant le droit constitutionnel à l'avortement si leur vie ou leur santé est mise en danger par la grossesse. Aucune de ces affirmations n'équivaut à reconnaître que la décision de recourir à l'avortement doit à toutes les étapes de la grossesse relever uniquement de la femme enceinte et de son médecin. Les juges de la majorité ont reconnu que la protection du fœtus humain est un objectif fédéral valide ressortissant à la compétence en matière de droit pénal. Cette conclusion devrait manifestement inciter le Parlement à légiférer sur la question. Il lui faudra bien entendu tenir compte des droits conférés aux femmes enceintes par l'article 7 de la Charte. Par contre, on ne peut dire avec certitude quelles dispositions de la Charte, le cas échéant, protègent les droits du fœtus humain.

Le principal argument, au sujet de l'avortement, a trait à l'article 7 de la Charte. Seule, parmi ses collègues, la juge Wilson a insisté sur le supposé droit des femmes de choisir, sans ingérence de l'État, d'interrompre leur grossesse. Les autres juges de la majorité, estimant que les dispositions sur l'avortement violaient cet article, ont fondé leur argumentation sur le droit à la sécurité de la personne. Or ce droit est bien sûr de portée limitée; ce n'est pas un droit absolu. On peut le supprimer, à condition que les principes de justice fondamentale soient respectés. Et même si elle n'était pas faite en conformité avec ces principes, une restriction raisonnable pourrait être considérée comme justifiée en vertu de l'article premier de la Charte.

La violation du droit à la sécurité de la personne par un texte de loi n'a donc, en vérité, rien d'exceptionnel, en ce sens que toute disposition pénale porte atteinte à ce droit; la véritable question est celle de savoir si les règles qui y portent atteinte ont un caractère fondamentalement équitable. Voyons la phrase fréquemment citée, mais en général hors contexte, du juge en chef Dickson :

Forcer une femme, sous la menace d'une sanction criminelle, à mener un fœtus à terme à moins qu'elle ne satisfasse à des critères sans rapport avec ses propres priorités et aspirations est une ingérence grave à l'égard de son corps et donc une violation de la sécurité de sa personne⁶.

6. *Id.*, p. 57.

Cette phrase établit simplement l'atteinte au droit à la sécurité de la personne. Elle ne signifie pas que le juge en chef a conclu au caractère fondamentalement injuste des dispositions en cause, ni que l'avortement devrait être obtenu sur demande. En effet, on pourrait tout aussi bien dire que détenir une personne en prison par suite d'une déclaration de culpabilité pour meurtre est une profonde atteinte à la sécurité de sa personne. Faut-il pour autant renoncer à punir les meurtriers? Il s'agit tout simplement de veiller à ce que, tant sur le plan du fond que de la procédure, la décision d'infliger cette peine soit conforme à la justice fondamentale.

L'application de la Charte à un texte de loi se fait toujours en deux étapes : il faut d'abord se demander si un droit a été violé, pour ensuite chercher à déterminer si la restriction qui lui a été imposée est juste et raisonnable. Dans bien des cas, il est facile de conclure à la violation d'un droit; c'est en fait l'analyse de la restriction qui est importante. Car seules les restrictions injustes et déraisonnables peuvent être déclarées inconstitutionnelles en application de la Charte. Les anciennes dispositions sur l'avortement comportaient une série de critères dont l'application permettait aux femmes et aux médecins d'échapper à la responsabilité pénale pour l'accomplissement de ce qui était défini comme un avortement «thérapeutique». Or, ce sont les règles complexes et restrictives touchant la mise en œuvre de ces critères qui ont été considérées comme portant atteinte à la sécurité de la personne. Ces mécanismes ont été jugés injustes au point de violer les principes de la justice fondamentale. Et cette violation ne pouvait être tenue pour raisonnable sous le régime de l'article premier de la Charte.

Que peut faire le Parlement?

D'aucuns affirment que l'arrêt *Morgentaler* empêche le Parlement d'adopter des dispositions législatives qui interdiraient l'avortement, quel qu'en soit le motif, au cours des premiers stades de la grossesse. En d'autres termes, le Parlement pourrait uniquement adopter une approche fondée sur les étapes de la gestation (c'est-à-dire n'établir aucune interdiction en matière d'avortement pour le premier tiers ou la première moitié de la grossesse). Ce n'est pourtant pas la signification de cet arrêt. Si le Parlement emprunte la voie fondée sur les stades de la gestation, ce sera parce que telle est sa volonté, et non parce que l'arrêt *Morgentaler* l'y oblige.

Au regard de la Charte, on peut chercher un juste dosage entre le droit à la vie et à la santé pour la femme enceinte, et la survie de l'enfant qu'elle porte, pourvu que les moyens utilisés pour réaliser cet équilibre soient équitables et dénués de tout arbitraire. La création de délais abusifs ayant pour effet d'augmenter les risques pour la santé est clairement inconstitutionnelle; par contre, il est sans doute légitime d'assurer une protection maximale à l'enfant non encore né, pourvu qu'il soit tenu compte de la sécurité de la mère. Voici mes conclusions :

- (1) L'arrêt *Morgentaler* n'a pas tranché la question de savoir si une approche reposant sur les stades de la gestation ou du développement du fœtus, pour la réglementation de l'avortement, est bien fondée ou valide sur le plan constitutionnel.

- (2) Il n'empêche pas le Parlement d'adopter des dispositions pénales autorisant l'avortement seulement lorsque la poursuite de la grossesse est de nature à mettre gravement en danger la vie ou la santé de la femme.
- (3) Il n'empêche pas l'adoption de dispositions pénales exigeant, en matière d'avortement, que le risque pour la vie ou la santé soit confirmé par une opinion médicale éclairée, fiable et indépendante.

L'approche fondée sur les stades de la gestation

Une approche fondée sur les stades de la gestation, où l'avortement pourrait être obtenu sans aucune restriction à certaines étapes de la grossesse (par exemple, pendant le premier trimestre) serait-elle incompatible avec les dispositions de la Charte? La réponse à cette question est incertaine. Plusieurs des juges, dans l'arrêt *Morgentaler*, évoquent la recherche d'un juste équilibre entre les droits divergents de la mère et du fœtus. Or, à mon avis, il est impossible d'atteindre cet objectif lorsque les droits de la mère anéantissent ceux de l'enfant non encore né. Il ne peut y avoir une véritable recherche du juste milieu que si les droits de l'enfant non encore né sont pris en compte pendant toute la durée de la grossesse, et non pas simplement à partir d'un point de celle-ci arbitrairement fixé.

L'incertitude sur la protection offerte à l'enfant non encore né par la Charte est encore accrue par le fait que la Cour suprême a déclaré expressément ne pas avoir examiné «la question entièrement distincte de savoir si le terme 'chacun', à l'art. 7, vise aussi le fœtus, lui conférant un droit indépendant à la vie en vertu de l'article» (la juge Wilson, p. 184, les juges Beetz et Estey, p. 128). Cette question sera sans doute tranchée ultérieurement dans l'affaire *Borowski*.

Le Parlement peut-il établir un critère fondé sur la protection de la vie et de la santé de la mère?

L'arrêt *Morgentaler* n'empêche pas le Parlement d'adopter des dispositions pénales qui interdiraient l'avortement à tout stade de la grossesse, à moins que la poursuite de celle-ci soit de nature à mettre en danger la vie ou la santé de la mère. Dans l'affaire *Morgentaler*, la majorité des juges (les juges Beetz, Estey, McIntyre et La Forest) déclarent sans aucune équivoque que le choix d'un critère fondé sur la protection de la vie et de la santé n'est pas incompatible avec le droit à la sécurité de la personne garanti par la Charte. Selon deux autres juges (le juge en chef Dickson et le juge Lamer), il n'était pas nécessaire de trancher cette question; ils s'en sont donc délibérément abstenus. Ils ont cependant déclaré que si l'adoption d'un critère fondé sur la «santé» est valide sur le plan constitutionnel, il est néanmoins nécessaire de définir ce terme. Seule la juge Wilson déclare qu'il serait contraire à la Charte que le Parlement interdise l'avortement d'une manière absolue au cours des premiers stades de la grossesse.

D'autres dispositions de la Charte empêchent-elles le Parlement d'établir un critère fondé sur la protection de la vie et de la santé? À cette question, on ne trouve pas de

réponse dans l'arrêt *Morgentaler*. La juge Wilson, aux motifs de laquelle n'ont pas souscrit les six autres juges, est la seule à s'être fondée sur le droit à la «liberté». Si l'on définit la liberté comme le droit de prendre ses propres décisions sur des questions importantes pour soi, alors pratiquement toutes les dispositions législatives portent atteinte à ce droit. Qui nierait que forcer une femme à donner naissance à un enfant contre sa propre volonté est une atteinte profonde à sa liberté personnelle? Mais puisque la vie d'un être non encore né est également en jeu, la véritable question est celle-ci : une telle atteinte au droit à la liberté, sous la forme de l'interdiction de certains avortements, est-elle néanmoins fondamentalement équitable ou non? Selon la juge Wilson, elle ne l'est pas, car les principes de justice fondamentale comportent d'autres droits énoncés dans la Charte, comme le droit à la liberté de conscience (article 2). Cependant, la liberté de conscience est un concept tout aussi élastique que le droit à la liberté. Théoriquement, elle pourrait aussi entraîner l'annulation de toutes les lois pour cause d'inconstitutionnalité, parce qu'il se trouve inévitablement des personnes en désaccord avec le contenu de chacune. Dans cette optique, et au lieu de formuler les critères suivant lesquels les principes de justice fondamentale peuvent permettre la restriction d'un droit, la juge Wilson a tout simplement retenu à titre de restriction la violation d'un autre droit, dont la portée théorique est aussi vaste que celle du droit à la liberté.

Selon le juge Beetz, le critère fondé sur la protection de la vie et de la santé est compatible avec le droit à la sécurité de la personne, énoncé dans la Charte. Il n'était cependant pas certain de l'attitude qu'il adopterait lorsque la majorité de la Cour prendrait en considération le droit à la liberté de recourir à l'avortement et la question de fond consistant à savoir si des dispositions législatives restreignant ce droit seraient fondamentalement justes. Il a toutefois souligné qu'il existait une profonde différence d'opinion quant à l'intérêt de l'État dans la protection du fœtus par rapport au droit à la liberté de la femme enceinte.

Pour sa part, la juge Wilson a déclaré qu'elle s'en remettrait au jugement éclairé du Parlement, en précisant que l'intérêt de l'État dans le fœtus l'emporterait à un moment quelconque pendant le deuxième trimestre. Le juge Beetz a établi un rapprochement entre ce point de vue et celui de la juge O'Connor de la Cour suprême des États-Unis, dissidente, dans l'arrêt *City of Akron c. Akron Center for Reproductive Health Inc.*⁷ :

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Roe* [*Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973)], la Cour a jugé que si l'État avait un intérêt important et légitime à protéger la vie potentielle, cet intérêt ne pouvait devenir supérieur qu'au moment où le fœtus devenait viable. La difficulté que pose ce genre d'analyse est claire : la vie *potentielle* n'est pas moins potentielle au cours des premières semaines de grossesse qu'elle ne l'est au point de viabilité ou ultérieurement. À tout stade de la grossesse, il y a une vie humaine en puissance. Bien qu'elle ait refusé de «résoudre la difficile question du moment où la vie commence», *id.*, à la p. 159, la Cour a choisi le point de viabilité, c'est-à-dire lorsque le fœtus est *capable* de vivre indépendamment de sa mère, pour interdire complètement l'avortement. Le choix de la viabilité comme point où l'intérêt de l'État dans la vie *potentielle* devient supérieur n'est pas moins arbitraire que le choix de tout autre point avant la viabilité ou de tout autre point

7. 462 U.S. 416, pp. 460-461 (1983).

ultérieur. Par conséquent, je crois que l'intérêt qu'a l'État à protéger la vie humaine potentielle existe tout au long de la grossesse⁸.

L'exigence d'une deuxième opinion médicale

Le législateur peut-il exiger une opinion médicale éclairée, fiable et indépendante (en plus de l'opinion du médecin traitant) pour s'assurer que la vie ou la santé de la femme est en danger? La majorité des juges de la Cour suprême ont également répondu par l'affirmative dans l'arrêt *Morgentaler*; les autres juges n'ont pas répondu à la question. Les juges McIntyre et La Forest, dissidents, ont exprimé l'avis que l'obligation d'obtenir deux ou plusieurs opinions médicales indépendantes n'est pas contraire à la Charte. Quant aux juges Beetz et Estey, ils ont déclaré :

- (1) Le législateur est justifié d'exiger une opinion médicale éclairée, fiable et indépendante, afin de préserver l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus (p. 110).
- (2) Je ne crois pas qu'il soit déraisonnable de demander une confirmation médicale indépendante au sujet de la menace pour la vie ou la santé de la femme lorsqu'un intérêt aussi important et marqué pèse dans la balance (p. 112).
- (3) Un certain délai est inévitable [...] C'est uniquement dans la mesure où la structure administrative crée des délais qui ne sont pas nécessaires qu'on peut considérer qu'elle viole les principes de justice fondamentale (p. 114).

En conclusion, l'arrêt *Morgentaler* n'exige ni ne recommande que le législateur adopte l'approche fondée sur les stades de la gestation. Il ne l'empêche pas non plus d'adopter un critère fondé sur la protection de la vie et de la santé. Il y a enfin lieu de croire que sur le plan juridique, un critère fondé sur la protection de la vie et de la santé (avec la confirmation d'une deuxième opinion médicale indépendante) ne violerait pas les autres dispositions de la Charte.

8. R. c. *Morgentaler*, précité, note 5, p. 113.

La réglementation et l'interdiction de l'avortement ne sont pas des phénomènes nouveaux, particuliers au vingtième siècle. Mes collègues ont présenté un bref historique de la réglementation de l'avortement; cela contribue à éclairer la controverse actuelle, à la situer dans un contexte plus large. De temps immémorial, l'État a toujours eu un intérêt dans l'enfant à naître, même sans savoir à quel moment la vie commence. Et si l'avortement a été accepté dans une large mesure, on relève de profondes divergences d'opinion parmi les intellectuels au sujet de sa légitimité. Par exemple, le serment d'Hippocrate obligeait les médecins à jurer notamment [TRADUCTION] «de ne pas donner à une femme un pessaire abortif⁹». Hippocrate symbolisait le nouveau respect de la vie qui, allié à la philosophie et à la religion, allait amener l'instauration d'une certaine protection pour l'enfant non encore né¹⁰. Depuis la Grèce antique, ce principe n'a rien perdu de son actualité. Par exemple, la Supreme Judicial Court du Massachusetts¹¹ a jugé récemment que le fœtus humain devait être considéré comme une personne pour l'application de la loi sur l'homicide causé par un véhicule automobile et, partant, était une victime d'homicide potentielle. Un certain nombre d'autres États américains ont adopté des textes de loi prévoyant, pour la destruction d'un fœtus humain, des sanctions pénales identiques à celles qui s'appliquent au meurtre d'une personne. En Californie, la loi prévoit que le [TRADUCTION] «meurtre consiste dans le fait de tuer illégalement un être humain ou un fœtus avec préméditation¹²».

De toute évidence, la morale occidentale traditionnelle a toujours accordé une grande importance à la valeur intrinsèque de toute vie humaine, indépendamment du stade de son développement ou de sa condition. Ce principe, consacré par la tradition judéo-chrétienne, a formé l'assise de la plupart de nos règles de droit et, pour une bonne part, de notre politique sociale. Notre *Code criminel* a du reste toujours témoigné du souci premier de protéger la vie humaine. De surcroît, les années récentes ont vu se dessiner une nette tendance à l'intensification du respect envers le fœtus humain. La common law a progressivement élargi la protection de l'enfant non encore né, reconnaissant sa nature et sa personnalité. Il est donc essentiel et instructif tout à la fois d'examiner, quoique d'une manière non exhaustive, les récents changements dans d'autres domaines du droit en ce qui touche l'enfant non encore né, pour en voir les incidences sur l'opportunité de protéger celui-ci.

9. Voir D. GRANFIELD, *The Abortion Decision*, New York, Doubleday, 1969, p. 50.

10. *Id.*, pp. 50-51.

11. *Commonwealth of Massachusetts c. Cass*, 467 N.E. 2d 1324, p. 1328 (1984).

12. Extrait du code pénal de la Californie, article 187. On trouvera des commentaires sur cette disposition de même que d'autres dispositions du droit pénal des États au sujet de l'enfant non encore né dans D.E. JOHNSON, «The Creation of Fetal Rights: Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Equal Protection» (1986), 95 *Yale L.J.* 599, p. 602.

1. La protection juridique des droits de propriété de l'enfant non encore né

Depuis des siècles, le droit des biens anglais reconnaît l'intérêt de l'enfant non encore né à partir de sa conception, pour tout ce qui concerne les droits de propriété qui seront dévolus à cet enfant au moment de sa naissance. Dès 1795, un tribunal anglais déclarait que la signification ordinaire du terme «enfant» dans un testament embrassait l'enfant non encore né : [TRADUCTION] «un enfant en ventre sa mere qui, suivant le cours et l'ordre de la nature est alors vivant, répond sans aucun doute à la description des «enfants en vie au moment de son décès [le testateur]¹³». Par la suite, un autre tribunal déclarait : [TRADUCTION] «Pourquoi les enfants *en ventre sa mere* ne devraient-ils pas d'une manière générale être considérés comme existants? Ils ont droit à tous les privilèges des autres personnes¹⁴».

Il est maintenant bien établi, en droit canadien, qu'un enfant est successible dès le moment de sa conception, à la condition qu'il naisse vivant. Appliquant ce raisonnement, on a suivi dans les textes législatifs la voie tracée par la common law. Par exemple, des lois manitobaines comme la *Loi sur les fiduciaires*¹⁵ et la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur*¹⁶ reconnaissent l'intérêt de l'enfant non encore né.

2. La responsabilité civile délictuelle et les blessures infligées par négligence

En matière de responsabilité civile délictuelle, des changements radicaux se sont produits en ce qui a trait au statut de l'enfant non encore né. En common law, on estimait initialement que celui-ci faisait partie de sa mère et n'avait pas d'existence propre. L'enfant non encore né qui avait subi un préjudice corporel du fait de blessures causées à la mère par négligence n'était pas recevable à réclamer des dommages-intérêts à titre personnel, puisque la mère était la seule «personne» à avoir été blessée. Toutefois, lorsque la science médicale a découvert que l'enfant conçu mais non encore né était un être distinct sur le plan biologique, on a commencé à reconnaître qu'il pouvait aussi être considéré comme un être distinct sur le plan juridique¹⁷.

Par ailleurs, il fallait protéger non seulement les droits de propriété de l'enfant non encore né, mais aussi son intégrité physique. La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*¹⁸ a été la première juridiction de common law au monde à reconnaître l'existence d'un droit de poursuite pour des blessures subies avant la naissance par un enfant né vivant par la suite.

13. *Doe c. Clarke* (1795), 2 H.BL. 399, 126 E.R. 617, p. 618.

14. *Thellusson c. Woodford* (1798), 4 Ves. Jun. 227, 31 E.R. 117, p. 164.

15. L.R.M. 1987, ch. T160, par. 87(6).

16. L.R.M. 1988, ch. T50 (C.P.L.M.).

17. Voir E.W. KEYSERLINGK, «The Unborn Child's Right to Prenatal Care» (partie 1) (1982), 3:1 *Health Law in Canada* 10, p. 13.

18. [1933] R.C.S. 456.

Pendant un certain temps, on s'est demandé aux États-Unis si ce droit aux dommages-intérêts était limité aux enfants qui naissent vivants et qui *étaient viables au moment où ils ont subi des lésions*. Cette restriction a depuis lors été rejetée par de nombreux tribunaux, qui l'ont jugée inéquitable et arbitraire. Et il est particulièrement important de noter que pour en arriver à cette conclusion, les tribunaux ont directement tenu compte des données médicales et biologiques relatives à l'enfant non encore né. Citons à titre d'exemple une décision de 1959, *Phul c. Milwaukee Auto Ins. Co.*¹⁹; le tribunal y a souligné qu'il serait arbitraire d'établir une distinction axée sur la viabilité, que ce serait en outre ne tenir aucun compte des données biologiques indiquant d'une part que le fœtus est un être humain avant la viabilité et d'autre part que l'enfant non encore né ne saurait être considéré comme une partie de sa mère, ni avant, ni après la viabilité. Autrement dit, sur les plans biologique et médical, l'enfant non encore né a selon les tribunaux une existence propre, et on ne saurait se réclamer de la médecine pour justifier une distinction fondée sur la viabilité.

Cette branche du droit de la responsabilité civile délictuelle reconnaît explicitement le statut de personne à l'enfant non encore né et par le fait même reconnaît que le droit doit s'adapter au progrès des connaissances médicales, de telle façon que la justice n'en vienne pas à être tributaire de données arbitraires et dépassées.

3. Le décès causé par un acte fautif

Par ailleurs, certains tribunaux ont reconnu le droit d'instituer une action lorsqu'un enfant meurt par suite de blessures subies dans l'utérus, que le décès survienne avant l'accouchement ou après la naissance de l'enfant en vie et viable. Le fondement juridique de cette action pour décès causé par un acte fautif se trouve exclusivement dans le droit écrit; la plupart des textes régissant cette question exigent que la faute à l'origine du décès soit de telle nature que la *personne* décédée aurait pu intenter une action contre l'auteur du délit si elle avait survécu. La question centrale que les tribunaux ont dû trancher consistait alors à savoir si l'enfant non encore né est une «personne» au sens des textes de loi en cause. On trouve des exemples clairs du respect grandissant des droits de l'enfant non encore né dans les décisions qui reconnaissent aux parents ou aux survivants le droit d'instituer une action pour décès causé par un acte fautif lorsque l'enfant est mort-né (soit lorsque l'enfant meurt dans l'utérus après avoir subi des blessures). Dans de tels cas, on a jugé que l'enfant qui n'est jamais né vivant est bel et bien une «personne» dont le décès peut donner lieu à une action en dommages²⁰.

Il existe des raisons impérieuses pour permettre l'engagement de telles actions : il serait en effet étrange qu'une juridiction octroie une indemnité pour des blessures prénatales lorsque l'enfant naît vivant, mais la refuse pour l'enfant dont les blessures prénatales sont d'une gravité telle qu'il est mort-né. [TRADUCTION] «Si le décès de

19. 99 N.W. 2d 163 (1959).

20. La règle de la «viabilité au moment des blessures» semblerait applicable sous certains régimes, à l'égard des actions pour le décès causé par un acte fautif.

l'enfant non encore né causé par un acte fautif ne donnait pas droit à des dommages-intérêts, il en coûterait beaucoup moins cher au défendeur d'infliger des blessures suffisantes pour causer le décès de l'enfant que de lui causer un préjudice corporel non mortel²¹».

En reconnaissant que les blessures infligées avant la naissance peuvent donner lieu à une action, on a reconnu les intérêts juridiques et le statut de personne de l'enfant non encore né. La majorité des États américains considèrent maintenant les enfants morts dans l'utérus comme des «personnes» pour l'application des dispositions législatives consacrées au décès causé par un acte fautif. Et lorsque, l'enfant étant mort dans l'utérus, les tribunaux accordent des dommages-intérêts aux survivants, ils reconnaissent d'une manière implicite mais incontournable la personnalité juridique de ces enfants : ils ont abandonné la règle traditionnelle qui subordonnait la personnalité juridique à la naissance de l'enfant en vie et viable²².

On prétend parfois que la reconnaissance de certains droits en matière de propriété et de responsabilité civile délictuelle est conditionnée par la naissance d'un enfant vivant et que, par conséquent, la jurisprudence ne permet d'aucune façon de conclure à l'existence juridique antérieure de l'enfant. Or, cela n'est manifestement pas exact puisque les tribunaux ont fait droit à des actions pour décès causé par un acte fautif dans des cas où l'enfant était mort-né. De toute façon, le bien-fondé de cet argument est très contestable. Si «rien» n'existait pendant la période antérieure à la naissance, au cours de laquelle les blessures ont été causées ou les droits de propriété sont apparus, comment se pourrait-il que des droits commencent à exister subitement après la naissance? L'existence juridique de l'enfant au moment où les droits ont pris naissance n'est pas exclue par le fait que, dans tel ou tel régime, certains de ces droits ne donnent lieu à des réparations que si l'enfant est né vivant. Aucun droit ne pourrait être exercé à la naissance si la personne en cause n'avait pas une existence juridique au moment des blessures ou au moment où s'est créé le droit de propriété²³.

4. Les lois et mécanismes destinés à la protection des enfants

Les décisions et mécanismes centrés sur la protection des enfants non encore nés constituent d'autres éléments importants de la reconnaissance des droits de ceux-ci. Pensons par exemple aux tentatives visant à garantir l'accomplissement des actes nécessaires, au chapitre des soins de santé et des nécessités de la vie, durant la gestation. Ces décisions et mécanismes législatifs témoignent nettement d'une continuité essentielle entre le nouveau-né et l'enfant non encore né. L'établissement de mécanismes législatifs destinés à protéger et à promouvoir la santé des enfants — qu'ils soient déjà nés ou non — est nécessaire et justifié.

21. Voir K.M. WELER et K. CATTON, «The Unborn Child in Canadian Law» (1976), 14 *Osgoode Hall L.J.* 643, p. 656.

22. Voir E.W. KEYSERLINGK, *The Unborn Child's Right to Prenatal Care — A Comparative Law Perspective*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1984, p. 43.

23. Voir HORAN, D.J. *et al.*, «The Legal Case for the Unborn Child», dans T.W. HILGERS et D.J. HORAN (dir.), *Abortion and Social Justice*, New York, Sheed and Ward, 1972, 105.

Une décision récente de la Cour provinciale de l'Ontario²⁴ met en lumière la tendance dont nous parlons. En 1987, la *Belleville Children's Aid Society* a demandé une ordonnance de protection en vertu de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* de l'Ontario, à l'égard d'un enfant non encore né que sa mère portait depuis trente-huit semaines et qui risquait de contracter une pneumonie fatale. La mère refusait de se faire traiter, malgré des demandes répétées; elle paraissait avoir l'intention de donner naissance à son enfant dans le stationnement souterrain où elle s'était installée. Le juge D.K. Kirkland a décidé qu'il y a lieu de protéger les enfants non encore nés, et déclaré l'enfant en question pupille de l'État. Et en 1987, un juge de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique a déclaré que lorsque la conduite de la mère, avant l'accouchement, met en péril la vie de l'enfant, celui-ci doit être protégé avant sa naissance²⁵. On a également jugé qu'un enfant non encore né peut être victime de mauvais traitements causés par le comportement de sa mère et mérite donc protection²⁶. Le *Children's Act*²⁷ du Yukon prévoit des mécanismes de surveillance ou de consultation lorsqu'on est fondé à soupçonner qu'un enfant non encore né court des risques parce que la mère fait usage de substances toxicomanogènes. La Cour suprême du New Jersey²⁸ s'est vu demander de statuer sur la question de savoir si une femme enceinte, Témoin de Jéhovah, pouvait être contrainte à se soumettre à des transfusions de sang, interdites par ses croyances religieuses. À l'unanimité, la Cour a jugé que l'enfant non encore né avait droit à la protection de la loi et a ordonné les transfusions. Même si les médecins estimaient que celles-ci étaient nécessaires pour sauver la vie de la femme et de l'enfant, la Cour a précisé que les transfusions devaient être effectuées pour sauver la vie de l'enfant non encore né. Le droit de celui-ci à la vie ne pouvait être subordonné aux droits constitutionnels de la mère en matière de convictions religieuses ou d'intégrité corporelle — le droit de l'enfant à la vie devait l'emporter.

Au Nouveau-Brunswick, on a accompli une réforme fondamentale de la législation relative au bien-être des enfants. La *Loi sur les services à la famille*²⁹ prévoit expressément que le terme enfant vise aussi les enfants non encore nés. Aussi peut-on déclarer au Nouveau-Brunswick, suivant des normes objectives, qu'un enfant non encore né a besoin de protection et de soins.

Le respect sans cesse croissant de l'enfant non encore né et la reconnaissance de plus en plus nette de sa personnalité juridique forcent à conclure que la société discerne dans l'enfant non encore né une personne humaine en puissance. Or, en permettant le libre accès à l'avortement, on arrache au fœtus humain cette personnalité juridique et

24. *Re Children's Aid Society of City of Belleville, Hastings County and T et al.* (1987), 59 O.R. (2d) 204.

25. *Re R* (1987), 9 R.F.L. (3d) 415. Toutefois, on a jugé en appel qu'une Administration provinciale n'a pas le droit de se déclarer tuteur d'un enfant qui n'est pas encore né.

26. Voir *Re Children's Aid Society for the District of Kenora et J.L.* (1981), 134 D.L.R. (3d) 249 (C. Prov. Ont.) (au sujet d'un enfant né avec un syndrome alcoolique); *Superintendent of Family and Child Service c. M.(B) and O.(D)*, [1982] 4 W.W.R. 272 (C.S. C.-B.) (un enfant né avec une grave toxicomanie acquise de la mère).

27. R.S.Y. 1986, ch. 22, art. 133.

28. *Raleigh Fitkin — Paul Morgan Memorial Hospital c. Anderson*, 42 N.J. 421, 201 A.2d 537 (1964).

29. L.N.-B. 1980, ch. C-2.1 (L.N.-B., ch. F2.2).

on le prive des avantages naturels acquis par la voie législative et jurisprudentielle. À mon avis, c'est là ne tenir aucun compte des droits déjà reconnus à l'enfant non encore né.

IV. Conclusion

Pourquoi l'avortement devrait être tenu pour un crime

Comme mes collègues, j'estime que l'avortement répond aux quatre critères énoncés par la Commission pour le recours au droit pénal, mais je ne partage aucune de leurs réserves. Pour peu que l'on se donne la peine d'y réfléchir, il est évident que les quatre critères sont aisément remplis. L'avortement cause sans aucun doute *un préjudice grave à autrui*, soit un enfant non encore né au premier stade de son développement, lorsqu'il est le plus vulnérable. L'acte touche une autre vie que celle de la mère. La décision de celle-ci ne concerne pas seulement sa propre personne; elle cause une préjudice à une vie humaine distincte, créée par la mère et le père. Il va de soi que la vie humaine de tout individu revêt une valeur fondamentale sur le plan juridique; l'on peut donc affirmer sans hésitation que l'avortement *viole nos valeurs fondamentales à tel point qu'il cause un tort à la société*. Par ailleurs, dans la mesure où la nouvelle législation n'interdit pas d'une manière absolue les actions dirigées contre le fœtus, *les mécanismes d'application ne pourront violer sérieusement nos valeurs fondamentales*. Enfin, *le droit pénal est d'un apport substantiel pour régler la question de l'avortement*. Les prohibitions pénales, en matière d'avortement, sont souhaitables pour des raisons pratiques et symboliques. Sur le plan pratique, elles peuvent réduire le nombre d'avortements, sans toutefois les éliminer tout à fait; or, comme la vie du fœtus mérite la protection juridique, toute réduction du nombre d'avortements est socialement bénéfique. D'autre part, la fonction symbolique du droit pénal n'est pas moins importante : il exprime la politique la plus fondamentale de notre nation. C'est par cet instrument que la société détermine ce qui est tolérable et ce qui ne l'est pas. Le droit pénal définit les êtres dont les intérêts sont dignes de respect et de protection, et à mon sens tous les membres de la famille humaine devraient être visés. En dernière analyse, le droit pénal est le reflet de ce que nous sommes; il traduit notre volonté — ou notre absence de volonté — de promouvoir la dignité humaine et l'égalité³⁰.

La répression des actes illicites n'est pas la mission unique ni même principale du droit. Il constitue l'expression, au sens le plus large du terme, du type de société à laquelle nous appartenons. Il ne se limite pas à réglementer nos actions, il formule et symbolise nos valeurs et nos croyances. Certes, le droit pénal s'avère parfois inefficace, difficile d'application, coûteux, arbitraire; mais il s'agit là d'un échec du droit pénal en général, qui n'est pas particulier au contexte de l'avortement. Par exemple, les problèmes d'application devraient-ils nous amener à abroger les règles contre le vol, sous prétexte que 95 % des biens volés par le moyen d'une introduction par effraction

30. Voir I. HUNTER, «The Controversy Over Abortions» (1985), *The Idler*, n° 6, 15, p. 22.

ne sont jamais remis à leur propriétaire? La difficulté d'application ne constitue pas en soi une raison suffisante pour renoncer aux dispositions pénales. Notre droit pénal fixe les conséquences de l'accomplissement d'actes interdits; il ne peut empêcher totalement ceux-ci³¹. Si le Canada veut démontrer qu'il respecte toujours la vie humaine, il doit à nouveau considérer l'avortement comme un crime et ajouter à cet effet des dispositions au *Code criminel*.

S'agit-il d'imposer sa propre morale aux autres?

Certains m'accuseront de vouloir imposer mes convictions morales à d'autres personnes — ce qui serait en quelque sorte une infamie dans notre société pluraliste. La morale a une incidence sur le droit, bien que les deux ne se confondent pas. Et s'il est vrai que l'on ne peut imposer sa morale à autrui, ni refuser tout compromis dans notre société moderne et pluraliste, la plupart de nos règles de droit pénal, par exemple les règles sur la violence et le vol, sont fondées sur les notions morales du «bien» et du «mal». Ces règles devraient s'appliquer indépendamment des opinions personnelles des citoyens ou de leurs origines socio-culturelles. Du reste, la Commission, en incorporant la «règle du bon Samaritain» dans son projet de code pénal de 1987 (rapport n° 31), a en fait recommandé que l'on érige en obligation légale une obligation morale, parce que «[d]ans de tels cas du moins, nous estimons que les êtres humains sont responsables les uns des autres³²». Dans le même ordre d'idées, il m'apparaît raisonnable que l'État impose l'obligation morale de protéger la vie, la liberté et la sécurité, tant de la mère que de l'enfant qu'elle porte.

Le rôle du Parlement

L'État ne parviendra pas à résoudre le dilemme de l'avortement en se limitant à chercher un équilibre législatif entre les «droits» de l'enfant non encore né et les «droits» des femmes enceintes. En tentant de résoudre ce conflit de «droits», on ne règle rien; on tombe dans le piège que pose l'acceptation aveugle des présupposés d'ordre culturel et juridique de notre société libérale. Car alors, la question est tranchée non pas à la lumière des sanctions juridiques et religieuses frappant le meurtre, ni de la reconnaissance législative des droits de l'enfant à naître, mais tout simplement en posant que la «liberté de choix» correspond davantage aux idéaux de notre culture individualiste. Pourtant, ces idéaux excluent tout compromis social équitable, hormis la protection du droit pour l'individu de poursuivre ses propres intérêts sans ingérence abusive d'autrui.

Le problème de l'avortement hante notre société depuis la fin de la Seconde guerre mondiale. Pour le résoudre, il nous faudra modifier nos attitudes à l'égard de la grossesse, de la famille et de l'avortement. En d'autres termes, une transformation sociale, politique et culturelle paraît indispensable.

31. *Id.*, p. 21.

32. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *L'omission, la négligence et la mise en danger*, Document de travail n° 46, Ottawa, CRD, 1985, p. 18; et *Pour une nouvelle codification au droit pénal — édition révisée et augmentée*, Rapport n° 31, Ottawa, CRD, 1987, recommandation 10(2).

L'appui de la société à la famille semble connaître une érosion. Par exemple, l'État a réduit la portée des programmes de soutien du revenu³³. La société ne manifeste pas beaucoup de sympathie pour les parents. La natalité a subi une diminution radicale et les avortements se sont multipliés à une allure vertigineuse³⁴ depuis les nouvelles dispositions législatives de 1969. Les rapports entre la femme enceinte et l'enfant qu'elle porte ont été déshumanisés : on a recours à tous les artifices de la sémantique pour rationaliser l'avortement en refusant d'y voir la suppression d'une vie humaine. On parle de «la femme enceinte et son fœtus» plutôt que de «la mère et l'enfant qu'elle porte», du crime consistant à «détruire un fœtus» plutôt qu'à «causer la mort d'un enfant non encore né». À mon avis, le législateur peut influencer sur cet état de choses, mais il s'agit en réalité d'une tâche sociale et culturelle dans laquelle la collectivité elle-même a un rôle décisif à jouer.

Dans d'autres domaines, on a réussi récemment à modifier certaines attitudes (sur des questions prêtant moins à controverse) : pensons aux succès obtenus en ce qui a trait à l'exercice physique (programme Participation), à la lutte contre le tabagisme et la conduite en état d'ébriété. Dans la plupart de ces cas, c'est en ayant recours à la fois à des mesures législatives et à des programmes de sensibilisation du public que l'on est parvenu à susciter des changements dans les attitudes et habitudes. Ainsi, il n'est désormais plus acceptable, sur le plan social, de conduire après avoir consommé des boissons alcooliques; les programmes de santé sont en plein essor, ils contribuent à améliorer la santé des Canadiens; l'usage du tabac a radicalement diminué.

En libéralisant l'accès à l'avortement, on donne à entendre qu'il s'agit de la panacée qui règlera les diverses difficultés liées à la grossesse. Toutefois, on ne supprimera pas ainsi les pressions sociales, économiques et psychologiques qui sont à l'origine de la décision de demander un avortement dans la très grande majorité des cas. À titre d'exemple, citons l'insuffisance de l'appui financier et social au cours de la grossesse, diverses formes de discrimination et de pressions sociales contre les mères célibataires, le manque de logements pour les mères ayant des enfants à leur charge, la rareté des emplois à temps partiel, le manque d'organismes communautaires chargés d'aider les femmes enceintes et les mères aux prises avec des problèmes d'ordre psychologique, économique et social, les difficultés que les grossesses «imprévues» causent aux femmes qui exercent une profession libérale.

Des pressions énormes s'exercent donc sur la femme qui se trouve subitement obligée de faire face aux charges et aux responsabilités d'une grossesse. Il n'est pas

33. Voir l'INSTITUT VANIER DE LA FAMILLE, mémoire présenté le 25 février 1986 au Comité permanent des affaires sociales, des sciences et de la technologie, relativement au projet de loi C-70, et à la *Loi modifiant la Loi de 1973 sur les allocations familiales*.

34. Selon le bulletin de l'automne 1970 du Bureau fédéral de la statistique, il y a eu 4 395 avortements entre le 26 août 1969 et le 25 août 1970. Pour l'ensemble de l'année 1970, le Bureau de la statistique a relevé 11 200 avortements. Statistique Canada note qu'il y a eu 30 949 avortements en 1971 et 60 956 en 1985. Environ 2 480 femmes qui ont subi un avortement en 1985 ont déclaré qu'elles s'étaient antérieurement fait avorter deux fois ou davantage : STATISTIQUE CANADA, *Avortements thérapeutiques, 1985*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986, pp. 29 et 40, respectivement. En 1982, 400 femmes ont déclaré qu'elles s'étaient déjà fait avorter quatre fois ou davantage (*Débats de la Chambre des communes*, le 7 juin 1988, p. 16229).

exagéré de dire que dans bien des cas, la femme décide de recourir à l'avortement sans avoir toute la liberté nécessaire pour prendre une décision bien réfléchie. Par conséquent, des mesures législatives qui viseraient uniquement à permettre un accès juridiquement contrôlé à l'avortement continueraient à faire des victimes à la fois chez les femmes et chez les enfants qu'elles portent. Les femmes enceintes et les enfants non encore nés ont des intérêts comparables — ils ne sont pratiquement jamais «divergents» — en ce qui a trait au «droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne», et cela, à cause de la nature des liens qui les unissent. Si l'on veut que les femmes prennent librement leurs décisions, il faut faire en sorte que sur le plan culturel et socio-économique, la grossesse et la maternité soient à tout le moins aussi attrayantes que l'avortement.

Pour être vraiment équitables, les mesures législatives doivent donner une protection égale à l'enfant non encore né, non seulement par le moyen de restrictions à l'avortement, mais aussi — et surtout — par l'intensification de la protection offerte aux femmes enceintes. Et même si l'accès réglementé à l'avortement demeure un mal nécessaire, le législateur ne devra pas en rester là; il lui faut s'attaquer aux raisons qui forcent les femmes à rejeter la grossesse et qui les amènent à considérer à tort l'avortement comme une solution simple à leurs dilemmes économiques, sociaux et culturels. Faciliter l'accès à l'avortement, c'est éluder la responsabilité de protéger la vie. Mais ce serait également s'y dérober que de l'interdire sans proposer des mesures concrètes pour remédier aux difficultés des femmes enceintes. L'établissement d'une politique familiale cohérente et efficace nécessite la mise en commun des efforts dans tous les aspects de la vie sociale, par exemple sur les plans du travail, du revenu, de la famille, du logement et de l'éducation. Il y a lieu d'améliorer la situation des femmes enceintes et de reconnaître dans les faits l'importance socio-économique de la maternité. Or on ne pourra incorporer ces objectifs dans de nouvelles dispositions législatives sans entreprendre une opération massive d'éducation et de persuasion auprès de la population.

Les lois des humains sont le reflet des objectifs que ceux-ci se donnent et, partant, ne sont jamais parfaites. Il est toujours difficile d'harmoniser le droit et la réalité de la vie. Il y aura sans aucun doute des compromis et des lacunes dans le pénible processus du progrès politico-culturel. Mais si la Commission a dû faire des compromis pour parvenir au consensus et pour demeurer pragmatique, elle est restée jusqu'ici fidèle, dans ses recommandations de réforme en matière pénale, au principe le plus important : le respect de la vie humaine. Pourtant, mes collègues n'envisagent le plus grand respect pour le fœtus humain qu'après la viabilité; pour les vingt semaines suivant la conception, les recommandations n'établissent à toutes fins utiles aucune protection. Cela tient, à mon avis, à l'absence d'une définition adéquate du terme «santé».

L'utilisation du mot «santé» dans les anciennes dispositions législatives a souvent obligé les médecins à donner de fausses raisons pour justifier l'avortement, c'est-à-dire pour montrer que le fait de ne pas interrompre la grossesse porterait atteinte à la «santé» physique ou mentale de la femme, directement ou indirectement. En effet, il est clair que dans la très grande majorité des cas, les motifs invoqués étaient totalement fallacieux. Qui plus est, l'absence de définition facilitait la tâche de la personne

accusée d'avoir contrevenu aux anciennes règles, qui pouvait présenter au jury des éléments de preuve à l'appui de son interprétation personnelle du risque pour la santé physique ou mentale³⁵. L'élaboration d'une définition arbitraire et subjective de la «santé» fausse le régime législatif, lui donne un caractère purement formel et le rend impossible à appliquer dans la pratique. Et négligeant de présenter une définition claire de la santé, mes collègues perpétuent ces ambiguïtés.

On ne peut désormais plus prétendre qu'une femme à qui l'avortement est refusé risque de voir sa santé mentale atteinte : ce mythe a été dissipé³⁶. L'*American Psychiatric Association*, en revanche, a récemment déclaré que l'avortement constitue en soi une cause de stress susceptible d'entraîner des troubles sérieux³⁷. Quoi qu'il en soit, il n'est pas erroné de dire, d'une manière générale, qu'il n'existe aucun problème touchant la vie de la femme enceinte, et bien peu de problèmes touchant sa santé physique, que l'on ne peut résoudre sans interrompre la grossesse : on peut sans danger enlever les tumeurs de la glande surrénale chez les femmes enceintes et recourir à la chirurgie cardiaque pendant la grossesse. Lorsque toutefois la poursuite de la grossesse est susceptible de mettre en danger la vie de la femme ou comporte un risque véritable et grave pour sa santé, et qu'il n'y a aucun autre traitement médical reconnu, l'avortement pourrait être pratiqué. La Commission a déjà déclaré que :

Toutes les misères et souffrances humaines ne sont pas des maladies auxquelles la loi pénale en matière de santé doit apporter remède [...] Cet état [de bien-être physique et mental] doit être suffisant pour faire face aux problèmes de la vie ordinaire en société. Il ne peut cependant s'étendre jusqu'à la garantie d'une vie complètement dépourvue de stress et totalement insouciant. Le stress et la responsabilité de ses actes sont en effet des ingrédients normaux de la vie en société³⁸.

Depuis sa création il y a dix-sept ans, la Commission de réforme du droit du Canada s'est faite le défenseur de la vie humaine, de la protection du faible et du vulnérable, du respect de la dignité humaine. Dans cette perspective, elle a d'ailleurs établi la Section de recherche sur la protection de la vie en 1977. Pourtant, les recommandations contenues dans le présent document de travail sont tout à fait incompatibles avec ce passé méritoire. En 1979, la Commission concluait, dans son document de travail n° 24 intitulé *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux* :

La caractérisation de ces personnes comme «personnes à protéger» tend à les démarquer. Cette démarcation sous-entend qu'elles sont dépourvues d'une certaine qualité d'humanité qui ne permet pas de leur appliquer les règles générales valables pour tous les autres membres de la société. [...] En tant que groupe, elles se voient imposer une protection [...] Cependant, la dignité, le respect de soi-même et le libre choix garantis à chacun doivent aussi être garantis à ces personnes (pp. 129-130).

35. Voir B. DICKENS, «The Morgentaler Case» (1986), 14 *Osgoode Hall L.J.* 229, p. 270.

36. Voir C.R. BAGLEY, «Helping Women and Protecting the Fetus» (1988), 9:4 *Options Politiques* 31.

37. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorder*, édition révisée, 1987, p. 250.

38. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Le traitement médical et le droit criminel*, Document de travail n° 26, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1980, pp. 7-9.

Dans le rapport n° 20, intitulé *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (1983), la Commission a déclaré :

[D]ans le cadre du traitement médical, [une présomption] doit être reconnue en faveur de la vie. Notre droit considère la vie humaine comme une valeur fondamentale. La réforme doit donc être centrée sur cette valeur. Le système de règles proposé ne doit donc jamais partir du principe que le patient ne désire pas continuer à vivre, mais au contraire que, toutes choses étant égales, il préfère la vie à la mort, même s'il est dans l'incapacité d'exprimer cette préférence (p. 11).

Et dans le rapport n° 28, intitulé *Quelques aspects du traitement médical et le droit pénal*, publié en 1986, la Commission a réaffirmé le principe de la protection de la vie, en rejetant encore l'euthanasie d'une façon vigoureuse. Or, en restreignant le principe de la protection lorsqu'il s'agit d'êtres particulièrement vulnérables, la Commission se trouve à discréditer ses recommandations antérieures. Le fait de permettre les avortements au cours des vingt semaines qui suivent la conception, et partant de supprimer la protection de ces êtres sans défense, affaiblira la protection des personnes séniles et autres candidats à l'euthanasie, que la Commission entendait protéger. Commentant les conséquences de l'arrêt *Morgentaler*, le professeur de droit Bernard Dickens de l'université de Toronto a déclaré : [TRADUCTION] «De là à la légalisation de l'euthanasie pour les malades en phase terminale — et peut-être même pour ceux qui ne sont pas en phase terminale — il n'y a qu'un pas³⁹».

Et pourtant, la Commission avait dans son projet de code pénal (rapport n° 31) prévu la protection de certaines autres formes de vie. Elle recommandait que soit considéré comme un crime le fait de blesser un animal ou de lui infliger des douleurs physiques graves sans nécessité, le terme «animal» étant défini comme tout vertébré vivant qui n'est pas un humain et incluant donc les poissons. À mon sens, il est non seulement illogique, mais également immoral d'incriminer les souffrances infligées à un poisson, pour ensuite refuser de protéger la vie d'un enfant non encore né.

Aujourd'hui, on connaît beaucoup mieux la vie intra-utérine, et la médecine prénatale a fait des progrès remarquables au cours de la dernière décennie, qui ont permis de raccourcir la période au terme de laquelle le fœtus humain devient viable hors de l'utérus. On ne saurait refuser de tenir compte de ces faits. En outre, il faut prendre en considération l'existence indépendante de l'enfant non encore né, lorsqu'il est question du droit de la femme à la liberté d'agir et de se reproduire. Il faut protéger la liberté individuelle, soit, mais seulement dans la mesure où elle ne constitue pas un danger manifeste et réel pour la société⁴⁰. La Commission n'a-t-elle pas conclu que l'avortement répondait aux critères suivant lesquels une action doit être considérée comme un crime, notamment parce qu'elle viole de quelque façon nos valeurs fondamentales, à tel point qu'elle cause *un tort à la société*?

39. Voir B. CAMPION, «Women's Legal Victory Looks More Like a Defeat», *Globe and Mail*, 22 février 1988, p. A7.

40. Voir *op. cit.*, note 38, p. 6.

«La réforme du droit implique plus qu'une simple transformation de nos lois. Elle vise leur perfectionnement⁴¹». Pourtant, la déréglementation de l'avortement pour les vingt semaines suivant la conception ne saurait être tenue pour un «perfectionnement». En effet, 99% de l'ensemble des avortements sont pratiqués avant la fin de cette période.

Pour bien des gens, c'est la lutte pour les droits des femmes qui importe dans le débat sur l'avortement. Cette bataille est en voie d'être remportée, mais nombreux sont ceux qui affirment que les grossesses non désirées menacent les libertés nouvellement acquises, car elles obligent les femmes à cesser temporairement de travailler. On dit également que, pour se trouver véritablement sur un pied d'égalité avec les hommes, et bénéficier des autres droits à l'égalité qu'elles pourraient réussir à se faire reconnaître, les femmes doivent avoir le droit de décider du moment où elles veulent fonder une famille. Mais peut-on vraiment parler d'égalité si les femmes sont forcées de recourir à l'avortement tout simplement pour préserver leur situation dans le milieu du travail et dans la société? L'avortement ne constitue-t-il pas une réponse imparfaite à l'incapacité de la société, jusqu'ici, d'aider les femmes à avoir des enfants et à les élever? Les femmes ne devraient-elles pas chercher avant tout à élargir la gamme des choix qui s'offrent à elles, en exigeant non seulement des prestations de maternité et de chômage plus élevées, mais également le droit à des congés permettant au père ou à la mère de garder leur enfant en bas âge⁴²? En supprimant les pressions démoralisantes et en réservant aux femmes un environnement plus accueillant, en cherchant à modifier les attitudes à l'égard de la maternité, de la grossesse et de l'avortement, l'État et la collectivité pourraient permettre aux femmes enceintes d'exercer un choix véritablement libre en matière de planning familial.

Quant à la question des enfants non encore nés qui présentent des malformations «fatales», ce sont les personnes handicapées elles-mêmes qui constituent le témoignage le plus éloquent contre le recours à l'avortement. Qu'est-ce qu'une «malformation fatale»? Mes collègues donnent une définition de cette expression, mais il ne faut pas oublier qu'il n'est pas rare de voir survivre un enfant que l'on croyait condamné. La grande majorité des personnes handicapées sont heureuses d'exister, elles sont reconnaissantes à leurs parents de ne pas avoir choisi l'avortement. Les enfants non encore nés chez qui on diagnostique l'existence — ou l'existence possible — d'une grave anomalie physique ou mentale (comme le syndrome de Down ou le spina bifida), ou même d'une «malformation fatale», ont le droit d'être protégés contre les avortements accomplis pour cette raison, tout comme le droit pénal interdit de causer intentionnellement la mort d'enfants nouveaux nés pour des motifs semblables. Ou alors, accepterons-nous de dire, à l'exemple du D^r Léonard Barley, président du département de chirurgie cardio-thoracique au Centre médical de Loma Linda University

41. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Troisième rapport annuel, 1973-1974*, Ottawa, Information Canada, p. 3.

42. Voir «Irreconcilable Differences», *Saturday Night*, 23 août 1988, p. 23.

en Californie, qu'un bébé anencéphale est [TRADUCTION] «un sous-produit humain ne pouvant être considéré comme une personne⁴³».

Finalement, lorsqu'on se dit contre l'avortement, que l'on estime que ce n'est pas vraiment une bonne chose, mais sans tenter de modifier les attitudes sur cette question, et que l'on permet aux femmes d'y avoir recours pour des motifs futiles, on se trouve à renoncer à tout espoir. Et pourtant, nous enseignons à nos enfants que l'homme vit d'espérance. Comme l'a écrit le professeur émérite George H. Williams, de Harvard :

[TRADUCTION]

L'enjeu de la bataille que livrent les adversaires de l'avortement est le mystère même de la vie humaine [...] Sans eux, l'habileté qu'a l'homme à influencer, par toutes sortes de moyens astucieux, sur son devenir et sur celui de la nature, offre une bien sombre perspective⁴⁴.

Le législateur a maintenant l'occasion de donner aux Canadiens un texte de loi qui marquera une nouvelle tendance au sein du monde occidental, une tendance suivant laquelle les fortes pressions socio-économiques qui déterminent la décision de recourir à l'avortement recevront pour la première fois toute l'attention qu'elles méritent. Le Parlement peut assumer sa responsabilité en affirmant la valeur sociale fondamentale du respect de la vie, tout en effectuant les réformes indispensables au chapitre des programmes de soutien à la famille.

43. Voir L. SURTEES, «Transplant Program Using Infant Organs is Halted as Failure», *Globe and Mail*, 26 septembre 1988, A1, p. A2.

44. *Boston Pilot*, 25 mars 1967 (reproduit dans *America*, 1^{er} avril 1967).