
Les confins du droit civil et du droit pénal : l'avortement et les droits de l'enfant conçu

Michel Morin*

L'arrêt *Tremblay c. Daigle* a obligé la Cour suprême du Canada à s'interroger sur le statut de l'enfant conçu en droit civil. Sa motivation a été critiquée pour des motifs à la fois historiques et juridiques. L'auteur tente de montrer que la solution retenue par la Cour est cependant justifiée. Par le passé, la reconnaissance de droits à l'enfant conçu et l'interdiction de l'avortement ont toujours constitué des questions distinctes. La première relève du droit privé, tandis que la seconde appartient au droit pénal.

De nos jours, les droits reconnus à l'enfant conçu ne sont pas destinés à être exercés pendant la grossesse, sauf s'il est nécessaire de prendre une mesure conservatoire. Cette possibilité n'a jamais été interprétée comme permettant d'imposer une ligne de conduite à la femme enceinte. En outre, les textes protégeant les droits fondamentaux ainsi que les règles du droit civil permettent à la femme de se faire avorter pour protéger sa santé physique ou psychologique. De plus, il n'est plus possible d'affirmer que l'avortement est contraire à l'ordre public. Finalement, l'injonction délivrée par la Cour supérieure aurait obligé Chantal Daigle à accoucher ou à subir une fausse couche, ce qui va à l'encontre des principes applicables à ce recours. Elle aurait exposé les femmes enceintes à une condamnation pour outrage au tribunal, ce qui aurait eu pour effet d'interdire l'avortement sous peine de sanction pénale. Ce résultat est inacceptable du point de vue constitutionnel, car cette question relève de la compétence exclusive du Parlement fédéral sur le droit criminel proprement dit.

In *Tremblay v. Daigle*, the Supreme Court of Canada was called to examine the status of the unborn child under the Civil Law. Its reasons for judgment were criticized on historical as well as legal grounds. Nevertheless, the author argues that the correct result was reached. In the past, the recognition of the unborn child's rights and the prohibition of abortion were always considered to be two separate questions. The former was answered by private-law rules, whereas the latter came under the ambit of the criminal law.

Nowadays, the Civil Law does not provide for the immediate exercise of the rights of the unborn child, except when conservatory measures must be taken. This last possibility has never been construed as forcing a pregnant woman to conduct herself in a certain way. Moreover, human-rights legislation and civil-law principles authorize a woman to undergo an abortion in order to protect her physical or psychological health. It is no longer possible to maintain that abortion is contrary to public policy. Furthermore, the injunction granted against Chantal Daigle would have forced her to give birth or suffer a miscarriage. This result cannot be sustained under the rules governing this remedy. Women would risk being found in contempt of court. Therefore the prohibition of abortion would be backed by the threat of a fine or imprisonment. This would be unacceptable from a constitutional perspective, since Parliament has exclusive jurisdiction over the criminal law.

* Professeur titulaire à la Section de droit civil de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Nous avons bénéficié des commentaires de nos collègues Michelle Boivin, Yves De Montigny, Germain Brière, Michelle Giroux, André Jodouin, Marie Pratte, Daniel Proulx, ainsi que des professeures Élizabeth Fortis, de l'Université de Cergy-Pontoise et Anne Lefebvre-Teillard, de l'Université Paris II. En outre, M. Martin Goyette, étudiant en troisième année à la Section de droit civil, a collaboré au repérage des documents de droit français. Qu'ils soient tous et toutes remerciés de leur précieuse collaboration, laquelle ne signifie en aucune manière qu'ils souscrivent au contenu du texte. Un dernier mot à l'attention de notre regrettée collègue Marlène Cano, qui avait lu une première version de cette étude et nous avait fait part de ses observations deux mois à peine avant son décès. Cet article lui est dédié, en témoignage d'estime et d'amitié.

© Revue de droit de McGill

McGill Law Journal 1997

Mode de référence : (1997) 42 R.D. McGill 199

To be cited as: (1997) 42 McGill L.J. 199

Introduction

I. L'avortement et la reconnaissance des droits de l'enfant conçu : les leçons de l'histoire

A. *Le droit romain*

1. Le droit des personnes
 - a. *La puissance paternelle*
 - b. *Le mariage et le divorce*
2. La grossesse et l'avortement
 - a. *La grossesse de la femme divorcée ou de la veuve*
 - b. *L'avortement*
 - c. *L'avortement et les retenues sur la dot*
3. Le droit romain : conclusion

B. *La protection de l'enfant conçu dans l'ancien droit français*

1. Le rôle du curateur au ventre
 - a. *L'ancien droit français*
 - b. *La codification et ses suites*
2. L'ancien droit pénal et la justification du crime d'avortement
 - a. *L'avortement et l'infanticide*
 - b. *Le recours au droit pénal*
3. L'ancien droit français : conclusion

C. *Le droit pénal canadien*

D. *Les leçons de l'histoire : conclusion*

II. La femme enceinte et les droits de l'enfant conçu : les limites du droit québécois

A. *Les droits reconnus à l'enfant conçu en droit civil*

1. Les dispositions du *Code civil*
 - a. *La curatelle à l'enfant conçu*
 - b. *Les successions et la personnalité de l'enfant conçu*
 - c. *La suspension de la prescription*
2. Les conséquences découlant de la reconnaissance des droits de l'enfant conçu
 - a. *La responsabilité civile*
 - b. *L'avortement et la réalisation de la condition*
3. Les droits de l'enfant conçu en droit civil : conclusion

B. *Liberté de choix ou droit à la vie de l'enfant conçu ?*

1. Les droits de la femme enceinte concernant sa santé
 - a. *Le droit de refuser de se faire soigner*
 - b. *Le droit à la santé physique et psychologique*
 - c. *Les risques posés par l'avortement et les délais judiciaires*

2. Les arguments favorisant la liberté de choix
 - a. *Le caractère inapproprié de l'injonction*
 - b. *Les mères-porteuses*
 - c. *L'ordre public*
 3. Les insuffisances de la protection accordée à l'enfant conçu
 - a. *Les problèmes liés à la nomination d'un représentant*
 - b. *La liberté d'action de la femme enceinte*
 - c. *Les obligations du père en l'absence de mariage*
 4. L'être humain
 - a. *L'enfant conçu, un être humain ?*
 - b. *Être humain ... après quelques semaines ?*
- C. *Les limites posées par le fédéralisme canadien*
1. L'injonction en droit constitutionnel
 - a. *L'outrage au tribunal*
 - b. *L'injonction et le fédéralisme*
 2. L'avortement et le partage des pouvoirs législatifs
 - a. *Le domaine du droit criminel canadien*
 - b. *L'avortement et les soins de santé*
 - c. *La propriété et les droits civils*

Conclusion

Introduction

En 1988, la Cour suprême du Canada déclare inopérante la disposition du *Code criminel*¹ concernant l'avortement². En l'absence de prohibition pénale, des justiciables canadiens se tournent alors vers les règles du droit privé provincial afin de faire obstacle au libre choix des femmes enceintes. Au Québec, Jean-Guy Tremblay obtient, de la Cour supérieure, la délivrance d'une injonction interdisant à son ex-compagne, Chantal Daigle, de se faire avorter ; ce jugement est confirmé par un arrêt majoritaire de la Cour d'appel du Québec³. En août 1989, la Cour suprême du Canada accueille cependant le pourvoi formé à l'encontre de cette décision et rejette la requête de Jean-Guy Tremblay⁴. Dans ses motifs, déposés trois mois plus tard, la Cour analyse les règles du droit civil québécois et conclut qu'elles ne protègent pas le fœtus contre l'avortement. La motivation de cet arrêt a été jugée décevante par un grand nombre de juristes. Parmi eux, le professeur Paul-André Crépeau conclut qu'il est «tout à fait inexact, tant sur le plan historique que sur le fondement des textes, d'affirmer que le droit civil n'accorde de protection à l'enfant conçu qu'en ce qui concerne ses intérêts pécuniaires futurs»⁵.

Selon nous, la solution retenue par la Cour suprême est la seule qui soit acceptable dans le contexte juridique et social qui est le nôtre. Deux approches différentes permettent d'étayer cette affirmation. Dans la première partie du texte, une analyse historique met à jour les limites de la protection accordée à l'enfant conçu par le droit

¹ L.R.C. 1985, c. C-46, art. 287 [ci-après *Code criminel*] ; en 1988, il s'agit de l'article 251 du *Code criminel*, L.R.C. 1970, c. C-34 [ci-après *Code criminel de 1970*].

² *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 44 D.L.R. (4^e) 385 [ci-après *R. c. Morgentaler* (1988) avec renvois aux R.C.S.].

³ Après une cohabitation de quelques semaines, Chantal Daigle et Jean-Guy Tremblay décident de se marier et de concevoir un enfant. À deux reprises, Chantal Daigle est saisie violemment ou projetée par terre par Jean-Guy Tremblay, qui est jaloux et possessif. En juillet 1989, elle décide de le quitter et de se faire avorter. Selon le témoignage d'un médecin, le fœtus doit atteindre l'âge de vingt semaines le 21 juillet 1989. Jean-Guy Tremblay obtient d'abord la délivrance d'une injonction provisoire, puis d'une injonction interlocutoire (*Tremblay c. Daigle*, [1989] R.J.Q. 1980 à la p. 1982 (C.S.) [ci-après *Daigle* (C.S.)], le 17 juillet 1989). La Cour d'appel confirme ce jugement par une décision majoritaire des juges Bernier, Nichols et LeBel, les juges Chouinard et Tourigny étant dissidents ([1989] R.J.Q. 1735, 59 D.L.R. (4^e) 609 [ci-après *Daigle* (C.A.) avec renvois aux R.J.Q.], le 26 juillet 1989).

⁴ L'arrêt de la Cour d'appel est infirmé par un arrêt unanime des neuf juges de la Cour suprême, rendu à l'audience le 8 août 1989. Les juges apprennent ce jour-là que l'avortement a déjà eu lieu. Ils poursuivent néanmoins l'audition et déposent les motifs de leur décision le 16 novembre 1989 (*Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530, 62 D.L.R. (4^e) 634 [ci-après *Daigle* (C.S.C.) avec renvois aux R.C.S.]).

⁵ P.-A. Crépeau, «L'affaire *Daigle* et la Cour suprême du Canada ou la méconnaissance de la tradition civiliste» dans E. Caparros, dir., *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, 217 à la p. 275. La professeure Suzanne Philips-Nootens a également proposé une réflexion approfondie sur le statut de l'enfant conçu en droit civil, qui s'oppose à l'arrêt *Daigle* (C.S.C.) : S. Philips-Nootens, «Être ou ne pas être ... une personne juridique : Variations sur le thème de l'enfant conçu» dans Caparros, dir., *ibid.*, 197.

civil. Qu'il s'agisse du droit romain (I.A) ou de l'ancien droit français (I.B), ce sont toujours les règles du droit pénal qui ont prohibé ou permis le recours à l'avortement⁶, quand bien même l'enfant conçu aurait joui par ailleurs de certains droits. Cela est également vrai du droit pénal canadien (partie I.C).

La seconde partie porte sur le droit contemporain. Elle aborde en premier lieu les règles du droit civil québécois concernant l'enfant conçu. Il appert que celles-ci ne confèrent pas des droits destinés à être exercés pendant la grossesse, même s'ils sont conservés pendant cette période (II.A). En outre, ces règles ne peuvent être opposés au droit de la mère à la santé physique et psychologique, ainsi qu'à sa liberté de choix. Il en découle que les termes «être humain», tels qu'employés dans les *Codes civils*⁷, ne sauraient s'appliquer à l'enfant conçu (II.B). La thèse soutenue par les procureurs de Jean-Guy Tremblay se heurte également à des difficultés d'ordre constitutionnel. Elle a pour effet de créer une interdiction pure et simple par le biais d'une injonction, dont la violation est susceptible de donner lieu à une condamnation à une peine d'amende ou d'emprisonnement, au nom de considérations morales. Elle empiète ainsi sur un domaine de compétence fédérale exclusive, la création de crimes (II.C).

Avant d'aborder ces questions juridiques et historiques, il convient de préciser notre position personnelle. Une discussion portant sur le droit des femmes de recourir à l'avortement fait appel aux valeurs de chacun et de chacune ; il nous paraît irréaliste

⁶ Les principes du droit romain sont cités par le professeur Crépeau, *ibid.* aux pp. 255-57. Cet appel à l'ancien droit est parfaitement légitime. En effet, l'art. 2712 C.c.B.-C. permettait de suppléer aux lacunes du code ou d'interpréter ses dispositions en faisant appel à l'ancien droit, soit celui de la Nouvelle-France, tel que modifié jusqu'en 1865. Or le droit français familial tire en partie ses sources du droit romain. Voir J.E.C. Brierley, «Quebec's Civil Law Codification Viewed and Reviewed» (1968) 14 R.D. McGill 522 ; J.E.C. Brierley et R.A. Macdonald, dir., *Quebec Civil Law — An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993 aux pp. 9-12, n° 9-11 ; M. Morin, «La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866» dans H.P. Glenn, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Yvon Blais, 1993, 1.

Après que nous ayons rédigé cette étude, Madame la professeure Anne Lefebvre-Teillard faisait paraître son *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, Presses universitaires de France, 1996. Cet excellent ouvrage contient toutes les informations bibliographiques pertinentes sur le droit romain et le droit français de l'Ancien Régime.

⁷ Art. 18 C.c.B.-C. et art. 1 C.c.Q. La professeure Philips-Nootens soutient que les dispositions du nouveau Code peuvent être interprétées comme conférant une personnalité juridique à l'enfant conçu (voir *supra* note 5 à la p. 205). Pour sa part, le professeur Crépeau estime que l'arrêt *Daigle* (C.S.C.), *supra* note 4, méconnaît la tradition civiliste et ne saurait avoir aucune autorité au Québec (voir *supra* note 5 à la p. 276).

En août 1996, un mari demande la délivrance d'une injonction interlocutoire afin d'interdire à sa conjointe, domiciliée au Nouveau-Brunswick, de se faire avorter au Québec. La Cour supérieure accueille la requête en irrecevabilité présentée par l'intimée, au motif que depuis l'arrêt *Daigle*, «ni la jurisprudence ni la doctrine n'ont évolué dans une direction qui permettrait d'entrevoir la reconnaissance éventuelle des droits du père sur le fœtus qu'il a engendré». En outre, le législateur aurait pu octroyer des droits au fœtus à l'occasion de la réforme du Code civil, ce qu'il n'a pas fait : *Thériault c. Gauvreau*, [1996] R.J.Q. 2328 (C.S.).

de prétendre en faire abstraction. Nous avouerons au départ éprouver une certaine admiration pour la force des convictions de ceux et celles qui, contre vents et marées, proclament leur attachement à la vie humaine et veulent assurer sa protection. Une telle approche a cependant pour conséquence de faire abstraction des difficultés vécues par les femmes⁸. Encore de nos jours, dans l'immense majorité des cas, la mère assume la responsabilité principale de l'éducation des enfants. Pour s'acquitter de cette tâche, il lui faut consentir des sacrifices personnels et professionnels importants. De plus, la grossesse et la décision d'y mettre fin mettent en cause on ne peut plus directement son corps et sa santé. Dans ces conditions, nous croyons fermement que l'avortement est une question de conscience qui doit être tranchée uniquement par la femme enceinte⁹.

I. L'avortement et la reconnaissance des droits de l'enfant conçu : les leçons de l'histoire

Au cours des siècles, les règles du droit privé protégeant l'enfant conçu et celles du droit pénal concernant l'avortement ont été clairement distinguées. Ce constat peut être fait en examinant les principes du droit romain s'appliquant aux femmes, à l'enfant conçu et à l'avortement (A). En France, pour les juristes de l'Ancien Régime, l'interdiction de l'avortement relève également du droit pénal, même si les droits de l'enfant conçu y sont très clairement reconnus (B). Enfin, l'évolution des règles du droit pénal canadien illustre elle aussi ce phénomène (C). Ce survol historique nous permettra de constater que la reconnaissance des droits de l'enfant conçu n'est pas toujours allée de pair avec la prohibition de l'avortement. Il n'est donc pas possible de s'appuyer sur l'expérience du passé pour tirer des conclusions quant à la licéité de l'avortement à l'heure actuelle au Québec.

⁸ Voir sur ce sujet D. Greshner, «Abortion and Democracy for Women: A Critique of Tremblay v. Daigle» (1990) 35 R.D. McGill 633. Les juristes féministes sont là pour nous rappeler que, trop souvent, le système judiciaire véhicule les valeurs et les préoccupations des hommes, ce qui fait obstacle à la pleine reconnaissance des problèmes vécus par les femmes et à la mise en oeuvre de solutions.

⁹ Nous approuvons donc sans réserve les propos tenus par la juge Wilson dans *R. c. Morgentaler* (1988), *supra* note 2 aux pp. 161-85, quant au droit à la liberté garanti par les art. 2 et 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après *Charte canadienne*]. Ses collègues de la majorité n'ont pas voulu discuter de cette question (pp. 51, 56-57 et 73-74 des notes du juge en chef Dickson, auxquelles a souscrit le juge Lamer ; pp. 113-14 des notes du juge Beetz, auxquelles a souscrit le juge Estey ; le juge McIntyre a rédigé les notes de la dissidence, avec l'accord du juge La Forest). Schématiquement, la juge Wilson affirme que l'avortement est une question de conscience, mais reconnaît que le législateur peut vraisemblablement restreindre le droit à l'avortement, au cours du second trimestre de la grossesse (pp. 180-84). Il est vrai qu'une telle règle limiterait l'accès à l'avortement. Les femmes en seraient cependant informées et pourraient agir librement au cours de la période où l'avortement serait permis. À l'heure actuelle, en l'absence de disposition pénale, les normes de la profession médicale fournissent des balises en matière d'avortement. Au Québec, cette intervention n'est presque jamais pratiquée après les vingt premières semaines de la grossesse (voir notamment *Daigle* (C.S.), *supra* note 3 ; *Daigle* (C.S.C.), *supra* note 4 à la p. 535).

A. Le droit romain

Le contexte du droit familial romain de l'époque classique (150 av. J.-C. à 285 ap. J.-C.) (1) permet de cerner la raison d'être des textes juridiques qui traitent de la grossesse et de l'avortement (2).

1. Le droit des personnes

a. La puissance paternelle

À Rome, le père de famille a une puissance absolue, la *patria potestas*, sur tous les descendants issus du mariage, jusqu'à l'extinction de cette autorité, qui se produit le plus souvent à son décès¹⁰. Les descendants soumis à cette *patria potestas* n'ont pas la personnalité juridique. Ils ne peuvent en principe rien posséder qui ne soit au détenteur de la puissance paternelle. Les fils et les petit-fils placés dans cette situation ne peuvent bénéficier de la puissance paternelle sur leurs propres enfants, même s'ils sont mariés. Le père de famille jouissant de la puissance paternelle peut mettre à mort ses enfants ; il est peut-être tenu, pour ce faire, d'observer certaines formalités. Il est certain qu'à l'époque classique, une telle pratique est devenue rarissime et est condamnée par les mœurs¹¹. Pour nos fins, il suffira de noter que jusqu'en 374 après Jésus-Christ, le père de famille romain peut exposer un nouveau-né, c'est-à-dire l'abandonner en un endroit quelconque. Cette prérogative est régulièrement exercée ; immédiatement après la naissance, le nouveau-né est présenté au détenteur de la puissance paternelle, qui l'accueille ou le rejette¹². L'enfant exposé peut éventuellement être recueilli ou réduit en esclavage, mais ses chances de survie sont faibles. Il est

¹⁰ Le père peut également consentir à l'extinction de son autorité par l'émancipation ou l'adoption (voir R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 1, Paris, Domat Monchrestien, 1947, réimprimé : Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1970 aux pp. 263-70). Par ailleurs, il existe divers mécanismes de protection des enfants et des adolescents dont le père de famille est décédé (voir *ibid.* aux pp. 315-29).

¹¹ *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, trad. par Hulot, Mezt et Paris, Behmer et Lamort / Rondonneau, 1804-05 [ci-après *Digeste* (compte tenu des contraintes d'espace de la *Revue de droit de McGill*, les extraits pertinents du *Digeste* n'ont pas été reproduits. La traduction de Hulot, qui reproduit le texte original, est cependant disponible dans la plupart des bibliothèques de droit francophones)] rapporte un cas où un père tue son fils lors d'une partie de chasse, parce que celui-ci a eu une aventure avec sa femme. L'empereur Hadrien (117 à 138 ap. J.-C.) retire alors la puissance paternelle, parce que le fils a été tué «plutôt comme un voleur» qu'en exerçant cette autorité (*Digeste, ibid.*, D.48.9.5). Voir également Y. Thomas, «*Vitae necisque potestas*. Le père, la cité, la mort» dans *Du châtimement dans la cité — Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*, École française de Rome, 1984, 499 ; W.V. Harris, «The Roman Father's Power of Life and Death» dans R.S. Bagnall et W.V. Harris, dir., *Studies in Roman Law in Memory of A. Arthur Schiller*, Leiden, E.J. Brill, 1986, 81.

¹² Voir Monier, *supra* note 10 à la p. 256 et s. ; S. Treggiari, *Roman Marriage, Iusti Coniuges, from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford, Clarendon Press, 1991 aux pp. 407-08. Le détenteur de la puissance paternelle peut accepter le nouveau-né mâle en le soulevant à bout de bras, ou s'y refuser et l'exposer. L'hypothèse voulant que les filles aient été davantage exposées que les garçons a été souvent posée mais est difficilement démontrable (voir Treggiari, *ibid.*).

donc clair qu'il n'existe pas, à cette époque, un «droit à la vie» des enfants, mais plutôt un droit du père de famille sur ses enfants.

b. Le mariage et le divorce

Il existe deux types de mariage à Rome. Dans une première hypothèse, la femme est dite *in manu*, c'est-à-dire soumise à l'autorité quasi absolue de son mari. Elle ne peut cependant être mise à mort, à moins qu'elle ne soit prise en flagrant délit d'adultère. Depuis Auguste (27 av. J.-C. à 14 ap. J.-C.), seul son père peut la tuer, à condition qu'il prenne les amants sur le fait, dans sa maison ou dans celle de son gendre, et qu'il les exécute sur le champ¹³. La femme mariée *in manu* fait partie de la famille de son mari et est placée dans la même situation qu'une fille du mariage¹⁴. À l'époque classique, ce type de mariage tombe en désuétude. Il cède la place au deuxième type de mariage, celui dans lequel l'épouse continue à faire partie de la famille de son père et est soumise à l'autorité de ses ascendants mâles jusqu'à leur mort¹⁵.

Toujours à l'époque classique, chaque conjoint est libre de divorcer, quel que soit le type de mariage. Cette mesure est relativement fréquente et ne nécessite aucune procédure judiciaire. Dans l'hypothèse où un conjoint demeure soumis à l'autorité de son père, il peut se voir imposer le divorce par celui-ci¹⁶. La dissolution du mariage permet à l'épouse ou à son père de récupérer la dot versée à l'occasion du mariage¹⁷. L'ex-mari a cependant la charge de l'entretien et de l'éducation des enfants. À ce titre, il est autorisé à faire une retenue à même la dot pour chaque enfant du mariage, à

¹³ Voir Monier, *ibid.* aux pp. 146, 170-72, 246-50 et 272-85. Auparavant, le droit du mari de mettre à mort la femme adultère prise en flagrant délit est contesté par Treggiari, qui croit qu'il était réservé au père (voir *ibid.* à la p. 274 et s.). Depuis Auguste, le mari qui surprend sa femme et son amant doit demander à son beau-père de les mettre à mort (voir Treggiari, *ibid.* à la p. 282). Il peut cependant exécuter lui-même certains amants, tels l'esclave ou le comédien ; rien ne permet d'affirmer qu'il peut alors tuer son épouse (voir Treggiari, *ibid.* aux pp. 283-84).

¹⁴ En l'absence de testament, l'épouse hérite des biens de son mari, conjointement avec leurs enfants ; elle est alors soumise au même type de tutelle que ses filles pubères. Cependant, dès 186 av. J.-C., le testament du mari peut autoriser l'épouse à choisir et à remplacer son tuteur (voir J.F. Garner, *Women in Roman Law & Society*, Bloomington, Indiana University Press, 1986 à la p. 15).

¹⁵ La femme mariée qui n'est pas soumise à la *manu* de son mari vient à la succession *ab intestat* de son père. Accédant à la personnalité juridique au décès de son père, elle est soumise à une tutelle, qui est initialement accordée à ses frères ou à ses oncles paternels. Mais elle obtient graduellement le droit de faire autoriser par la justice les actes auxquels son tuteur s'oppose (voir Monier, *supra* note 10 à la p. 320 et s. ; Garner, *ibid.* aux pp. 20-22).

¹⁶ Des rescrits d'Antonin le Pieux (empereur de 138 à 161 ap. J.-C.) interdisent au père de divorcer des conjoints qui souhaitent demeurer ensemble (voir Monier, *ibid.* aux pp. 303-04 ; Treggiari, *supra* note 12 à la p. 460). Auparavant, il n'était pas rare qu'un père impose le divorce à son enfant (voir Y. Thomas, «A Rome, pères citoyens et cité des pères (IIe siècle avant J.-C.- IIe siècle après J.-C.)» dans A. Burguière et al., *Histoire de la famille*, Paris, Armand Colin, 1986, 195 aux pp. 206 et 218 et s. [ci-après «Cité des pères»]). Certains textes donnent à penser qu'en pratique, un père ne s'opposait presque jamais à la volonté de son enfant de divorcer (voir Treggiari, *ibid.* à la p. 361).

¹⁷ Voir Treggiari, *ibid.* au c. 10.

condition qu'il ne soit pas responsable de la rupture¹⁸. Une réforme d'Auguste fixe le montant de cette retenue à un sixième par enfant, jusqu'à concurrence de la moitié de ce qui est dû à l'ex-épouse. En cas d'adultère, une peine d'un sixième s'y ajoute ; une action peut également être intentée, après le divorce, par le mari, le père de l'ex-épouse ou même par un citoyen. La sanction imposée comprend alors la confiscation, au profit de l'accusateur, d'une moitié de la dot, du tiers de la fortune personnelle de l'ex-épouse¹⁹ ainsi que la relégation sur une île²⁰. Si l'échec du mariage est dû à une conduite répréhensible moins grave de l'ex-épouse, la peine imposée est du huitième de la dot²¹. Les retenues sur la dot visent donc à permettre au père de famille d'assurer l'entretien des enfants du mariage ; dans un moindre mesure, elles sanctionnent l'infidélité de l'épouse ou ses écarts de conduite.

Le droit familial de l'époque classique accorde donc une certaine autonomie aux femmes. Dans la plupart des cas, elles ne sont pas tenues d'obéir à leur mari et demeurent soumises à l'autorité de leur père ou, à la mort de ce dernier, d'un tuteur²². Elles sont libres de quitter leur mari, au risque de perdre une partie de leur dot si elles n'ont pas lieu de se plaindre de lui ou si elles ont eu une conduite jugée répréhensible.

¹⁸ Le mari sera tenu responsable de l'échec du mariage s'il a divorcé sans pouvoir imputer une conduite inacceptable à sa femme ou s'il a eu lui-même une telle conduite (voir Monier, *supra* note 10 à la p. 297 ; Treggiari, *ibid.* aux pp. 462-64 ; voir également M. Humbert, *Le remariage à Rome*, Milan, Università di Roma, 1972 à la p. 134). C'est évidemment le juge qui décidera ce qui constitue un comportement répréhensible, mais nous avons peu d'informations sur le sujet. Le mari fautif doit payer la dot immédiatement en cas de fautes graves, plutôt qu'en trois versements annuels ; il dispose d'un délai de six mois en cas de faute moins grave. Les époux peuvent également consentir au divorce sans chercher à déterminer qui est responsable de l'échec de leur union. Dans cette hypothèse, la dot est restituée intégralement à la femme ou à son père (voir Humbert, *ibid.* à la p. 135 ; Treggiari, *ibid.* à la p. 465).

¹⁹ Voir Humbert, *ibid.* à la p. 266, n. 5.

²⁰ Voir Treggiari, *supra* note 12 à la p. 290. Au total, le mari peut obtenir la moitié de la dot s'il a eu trois enfants de son épouse ainsi qu'un sixième pour l'adultère. Dans cette hypothèse, il ne reste plus qu'un tiers de la dot pour l'accusateur.

²¹ Voir *ibid.* à la p. 266. Il est probable que ces fractions aient uniformisé et limité l'importance de pénalités qui étaient auparavant variables. Ignacio Cremades et Javier Paricio croient qu'elles reflètent la pratique antérieure (voir I. Cremades et J. Paricio, *Dos et virtus — Devolucion de la dote y sancion a la mujer romana por sus malas costumbres*, Barcelone, Bosch, Casa Editoria, 1983 aux pp. 67 et 71). Il existe également une action de *moribus* permettant au mari d'obtenir une condamnation pécuniaire sanctionnant l'inconduite de son ex-épouse. En effet, le mari qui s'est engagé à restituer la dot par un contrat de stipulation verbale ne peut opposer aucune défense à l'action *ex stipulatu* lorsque l'existence du contrat est avérée. C'est ce qui a rendu nécessaire la création de l'action de *moribus*, afin de tenir compte du comportement de l'épouse et d'octroyer une indemnité au mari. D'autre part, l'action *rei uxoriae* permet à la femme divorcée de recouvrer sa dot même en l'absence de stipulation ; dans cette hypothèse, le mari peut être autorisé à faire des retenues sur la dot en cas d'inconduite. Même si cette deuxième action est la plus fréquente, l'action de *moribus* a continué d'exister jusqu'à son abrogation par Justinien (voir J. Beaucamp, *Le statut de la femme à Byzance (4^e-7^e siècle)*, Paris, De Boccard, 1990 à la p. 171 ; Monier, *supra* note 10 à la p. 297). Selon Cremades et Paricio, après l'intervention d'Auguste, le montant de la pénalité imposée est le même, quelle que soit la procédure employée (voir *ibid.* à la p. 71).

²² Voir *supra* notes 14 et 15.

Elles sont cependant pénalisées lourdement si leur adultère est découvert. Les sanctions imposées à cette occasion découlent du souci d'assurer au mari la certitude de sa paternité. Cette préoccupation se retrouve dans une autre série de règles, celles qui concernent la grossesse.

2. La grossesse et l'avortement

Les romains attachent une importance toute particulière à la grossesse qui se déroule après un divorce ou après le décès du mari, afin de prévenir les simulations de naissance (a). Paradoxalement, l'avortement n'est pas interdit, sauf dans l'hypothèse où l'épouse divorcée cherche à priver son ex-mari d'un enfant (b). La femme qui se fait avorter malgré l'opposition de son époux peut également être pénalisée à l'occasion de la restitution de la dot (c). Pendant cette période, l'avortement demeure licite lorsqu'il a lieu avec l'accord du mari ou s'il est le fait d'une femme célibataire.

a. La grossesse de la femme divorcée ou de la veuve

Dans les trente jours qui suivent le divorce, la femme peut demander au mari de reconnaître l'enfant qu'elle porte. L'ex-époux peut alors dépêcher des gardiennes pour l'observer et la surveiller, afin d'éviter une simulation lors de la naissance²³, un risque que les jurisconsultes de l'époque semblent avoir constamment à l'esprit²⁴. En raison de l'enjeu successoral, ceux-ci sont encore plus méfiants après le décès du mari. Des gardiennes peuvent être nommées à la demande des héritiers potentiels du défunt, afin de s'assurer que la veuve est bien enceinte. Des mesures sont prises pour éviter que le nourrisson d'une autre femme ne soit présenté comme l'enfant du défunt. Dans le mois qui précède la date prévue pour l'accouchement, la veuve est confinée dans une pièce et est constamment surveillée par des gardiennes et des représentantes des héritiers potentiels. Toutes les femmes présentes peuvent être examinées, afin de s'assurer qu'elles ne sont pas enceintes²⁵.

En ce qui concerne l'enfant déjà conçu à la mort de son père, la reconnaissance de ses droits de succession est fort ancienne. Le principe est attesté par la Loi des XII Tables (451 av. J.-C.)²⁶. Les juristes de l'époque classique déclarent de plus que l'enfant conçu doit être réputé né s'il y va de ses intérêts. Ainsi, dans l'hypothèse où

²³ Dans le cas de supposition de part, la grossesse est simulée ; dans le cas de substitution, l'enfant mort-né est remplacé par un nouveau-né. Nous emploierons ci-après le terme «simulation» pour désigner ces deux hypothèses.

²⁴ Voir *Digeste*, *supra* note 11, D.25.3, fragments 3, 4, 6, 11 et 12. Si la femme refuse de recevoir les gardiennes, le père n'est pas obligé de reconnaître l'enfant. Nous n'avons pu découvrir d'incitation financière suffisamment forte pour expliquer de façon convaincante la simulation de naissances. Pour un exemple récent d'une mère qui se présente à l'hôpital sous le nom d'une autre femme, voir R. c. *Boudreault*, [1993] R.J.Q. 2502 (C.Q. (ch. cr)).

²⁵ Voir *Digeste*, *ibid.*, D.25.4.1.10.

²⁶ Voir *Digeste*, *ibid.*, D.38.16.3.9 ; voir aussi Y. Thomas, «Le 'ventre'. Corps maternel, droit paternel» (1986) 14 *Le genre humain* 211 à la p. 229, n. 9 [ci-après «Ventre»]. Par voie de conséquence, la naissance d'un enfant après le décès du père «rompt» le testament qui n'institue ni n'exhère cet héritier (voir Monier, *supra* note 10 aux pp. 484-87).

une mère citoyenne est faite prisonnière pendant la grossesse, l'enfant né en captivité sera réputé avoir été capturé en territoire romain et bénéficiera d'un droit de retour²⁷. Ces passages du *Digeste* ont été rédigés au II^e ou au III^e siècles après Jésus-Christ²⁸. Ils sont inspirés par la philosophie stoïcienne. Celle-ci considère l'enfant conçu comme un espoir dont il faut protéger les intérêts ; elle refuse d'y voir un être vivant²⁹. Les textes du *Digeste* favorisent également la continuation de la lignée de l'époux (*domus*), une valeur fondamentale à cette époque³⁰. Ils illustrent la forte propension du droit romain à recourir à la fiction, sans qu'on puisse y voir une arrière-pensée éthique³¹. La protection des droits de l'enfant conçu vise donc à assurer la continuation de la *domus* du père, sans pour autant lui reconnaître un quelconque droit à la vie.

Dans l'hypothèse où un époux détenteur de la puissance paternelle décède pendant la grossesse de sa femme, la protection des droits de l'enfant conçu est assurée par un curateur au ventre. Ce représentant agit fréquemment à titre de curateur à la succession, à une époque où les femmes ne peuvent être tutrices ou curatrices³². Son rôle consiste à fournir à la veuve de quoi vivre convenablement durant la grossesse³³, même si celle-ci peut subvenir à ses besoins³⁴. Elle peut être nourrie et hébergée aux frais de la succession, même s'il n'est pas certain que son enfant succédera. Dans

²⁷ Voir *Digeste*, *ibid.*, D.1.5.26.

²⁸ Voir Crépeau, *supra* note 5, Annexe II à la p. 279. Il n'est pas inconcevable que certains passages attribués aux auteurs classiques aient été interpolés à l'occasion de la compilation du *Digeste* (530 à 533 ap. J.-C.) (voir L. Sébag, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, Paris, Sirey, 1938 aux pp. 30-36 ; M. Ganzin, «L'avortement dans la Rome antique» dans *Études offertes à Alfred Jauffret*, Aix-en-Provence, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, 267 à la p. 285, n. 134).

²⁹ Voir Ganzin, *ibid.* à la p. 284. Dans cette optique, on considère que l'âme de l'enfant apparaît avec la respiration. La mère célibataire est considérée propriétaire de l'enfant conçu, dont elle peut disposer à sa guise (voir *ibid.* à la p. 289). Diverses mesures sont cependant favorables à celui-ci : césarienne pratiquée sur le cadavre d'une femme enceinte, report de l'exécution d'une condamnée à mort attendant un enfant (voir *ibid.* aux pp. 273 et 286). Une autre conception, minoritaire, croit que l'âme apparaît 40 jours après la conception d'un garçon et 80 jours après celle de la fille (voir A. Lefebvre-Teillard, «*Infans conceptus* ... existence physique et existence juridique» (1994) 72 R.H.D. 499 à la p. 500 et s.). Nous remercions Madame la professeure Lefebvre-Teillard de nous avoir aimablement communiqué une copie de cet article avant sa parution.

³⁰ Il n'est d'ailleurs pas essentiel que le fils soit conçu par le père. Il peut être adopté ou même, quoique plus rarement, être conçu par un autre. Dans cette hypothèse, le divorce de la femme et du père biologique intervient pendant la grossesse, ce qui permet à un autre citoyen d'épouser la femme divorcée et d'avoir un enfant. Cet échange de bons procédés peut se produire entre amis ou entre le père d'une femme enceinte et le nouvel époux qu'il destine à celle-ci après avoir exercé sa puissance paternelle et décrété son divorce. Bien entendu, il est hors de question qu'un mari se voit imposer un enfant qui n'est pas le sien sans son consentement, ne serait-ce que parce qu'il est libre de l'exposer après la naissance. Sur ces questions, voir Thomas, «Cité des pères», *supra* note 16, notamment aux pp. 218-20.

³¹ Voir Y. Thomas, «*Fictio Legis* — L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales» (1995) 21 Droit 17 aux pp. 29 et 35.

³² Voir Beaucamp, *supra* note 21 aux pp. 325-30.

³³ Voir *Digeste*, *supra* note 11, D.37.9.1.17 à 19 ; D.37.9.5.

³⁴ Voir *ibid.*, D.37.9.5.

cette hypothèse, sa naissance profite à tout le moins à l'État ; il convient donc de s'assurer que ses besoins essentiels soient satisfaits³⁵.

b. L'avortement

Antérieurement au II^e siècle après Jésus-Christ, l'avortement ne fait l'objet d'aucune règle particulière du droit romain. De nombreuses femmes romaines ont recours à cette intervention³⁶. Un texte de Cicéron, datant de 66 avant Jésus-Christ, condamne violemment cette pratique, tout en tenant pour acquis qu'il ne s'agit pas d'un crime³⁷. Le *Digeste* rapporte le cas d'une esclave forcée d'avorter afin d'empêcher la réalisation de la condition posée dans un testament pour l'affranchir³⁸.

Une difficulté se présente lorsque le divorce survient pendant la grossesse et que l'ex-mari réclame l'enfant avant sa naissance. Un passage du *Digeste* nous apprend en effet qu'un ex-mari soutient que son ex-épouse est enceinte, ce que celle-ci nie. Les juristes qui étudient la question éprouvent un certain embarras. Plusieurs sénatus-consultes portent sur la procédure de reconnaissance d'un enfant dans les trente jours qui suivent le divorce, à la demande de l'ex-épouse, ainsi que sur le droit aux aliments. Ces textes ne s'appliquent pas lorsque le père prend l'initiative du débat. Ulpien précise que «l'enfant qui est dans le sein de sa mère forme avant sa naissance

³⁵ Voir *ibid.*, D.37.9.1.15 ; voir aussi D.37.9.1.2, 3, 4, 8, 9, 14, 19 et 27 ; D.37.9.5 et D.37.9.7 ; Thomas, «Ventre», *supra* note 26 aux pp. 217-19, qui insiste sur les efforts faits pour déterminer quelle est la part de nourriture consommée par la mère afin de nourrir l'enfant qu'elle porte.

³⁶ Voir E. Cantarella, *Pandora's Daughter, The Role and Status of Women in Greek and Roman Antiquity*, Baltimore et London, Johns Hopkins University Press, 1987 aux pp. 148-49 et 165 ; Ganzin, *supra* note 28 aux pp. 275-83 ; Garner, *supra* note 14 à la p. 158 et s. ; A. McLaren, *A History of Contraception, From Antiquity to the Present Day*, Oxford, Basil Blackwell, 1990 aux pp. 59-62 ; Thomas, «Ventre», *ibid.* aux pp. 223-26.

³⁷ Voir Cicéron, «Pro Cluentio», trad. par P. Boyancé, dans Cicéron, *Discours*, t. 8, Paris, Les Belles Lettres, 1974, 60 aux pp. 78-80, n° 32-35. Cicéron fait état dans cette plaidoirie d'un cas observé en Asie, où le droit romain ne s'applique pas. Une femme y accepte une somme d'argent de ceux qui hériteront de son défunt mari si celui-ci n'a pas de descendant ; elle se fait avorter et est condamnée à mort pour cette raison. Cicéron approuve chaleureusement cette décision. Le fait qu'il donne cet exemple étranger permet de conclure que l'avortement n'est pas un crime à Rome. Il ajoute plus loin qu'une femme qui pose ce geste «se torture elle-même» (*ibid.* à la p. 78, n° 32). Au sujet d'une citoyenne romaine qui accepte elle aussi de se faire avorter à la demande de l'héritier potentiel, il parle de cruauté ou de perversité (*improbitatem*), non d'un crime, ce que lui fait dire son traducteur (*ibid.* à la p. 79, n° 35). Il semble d'ailleurs que cette femme n'ait pas été inquiétée par la suite. Voir notamment P.A. Brunt, *Italian Manpower, 225 B.C.-A.D. 14*, Oxford, Clarendon Press, 1971 à la p. 147 et s. ; Ganzin, *ibid.* à la p. 276 et s. ; Garner, *ibid.* à la p. 158 et s. Les annalistes romains affirment qu'en 214 av. J.-C., les matrones se sont fait avorter en masse pour protester contre une interdiction nouvelle (voir Thomas, «Ventre», *ibid.* à la p. 224).

³⁸ Voir *Digeste*, *supra* note 11, D.40.7.3.16. Pour employer une formulation moderne, on peut dire que dans cette hypothèse, le débiteur empêche la réalisation de la condition ; celle-ci est alors réputée accomplie, ce qui signifie que l'esclave serait affranchi. Notons que dans l'hypothèse où une blessure résulte d'un acte fautif et provoque un avortement, le maître de l'esclave blessée ou l'époux de la femme peuvent obtenir des dommages en raison du préjudice corporel subi par la victime (voir Thomas, «Ventre», *ibid.*).

une portion des entrailles de la mère. Mais lorsqu'il est né, le père peut le réclamer [...]»³⁹. Ainsi, le père n'a aucun droit à faire valoir avant la naissance de l'enfant. Une intervention impériale est cependant sollicitée dans le cadre de cette affaire. Un rescrit de Marc-Aurèle et Verus (161 à 169 ap. J.-C.) ordonne que dans une telle situation, l'ex-épouse soit examinée par trois sages-femmes⁴⁰. Si elle est effectivement enceinte, des gardiennes doivent exercer une surveillance dont la nature n'est pas clairement précisée⁴¹. La possibilité qu'un avortement ait lieu n'est pas mentionnée, même si elle a sans doute été envisagée.

Quelques années plus tard, les empereurs Sévère et Antonin (198 à 211 ap. J.-C.) décrètent qu'une femme dont l'avortement prive l'ex-mari d'un enfant sera condamnée par le gouverneur à un exil temporaire⁴². Il est probable que le fait de fournir des produits abortifs devienne un crime vers la même époque, dans le but de protéger la santé des femmes qui les consomment⁴³. L'avortement pratiqué avec des instruments n'est pas visé par cette interdiction⁴⁴. En somme, la femme qui se fait avorter en dépit de l'opposition de son ex-mari encourt une sanction de nature pénale⁴⁵. Celle-ci ré-

³⁹ *Digeste, ibid.*, D.25.4.1.1.

⁴⁰ Voir *ibid.*, D.25.4.1.

⁴¹ Le rescrit ordonne que des gardiennes soient nommées comme si l'ex-épouse «les eût demandées elle-même» (*ibid.*, D.25.4.1). Dans le cas d'un enfant posthume, un mois avant l'accouchement, les gardiennes surveillent en permanence les allées et venues dans la pièce où se trouve la future mère, afin d'éviter une substitution (voir *ibid.*, D.25.4.1.10). Dans le cas de la femme divorcée qui nie être enceinte, le rescrit envisage sans doute la nomination de gardiennes comme si une ex-épouse eut demandé à son ex-mari de reconnaître après un divorce l'enfant qu'elle porte (voir *ibid.*, D.25.3). En ce sens, voir Ganzin, *supra* note 28 à la p. 286 ; Thomas, «Ventre», *supra* note 26 à la p. 222. Pour une opinion contraire, voir Cantarella, *supra* note 36 à la p. 149.

⁴² Voir *Digeste, ibid.*, D.47.11.4, D.48.19.39. Le premier fragment déclare que la femme qui «prive son mari d'avoir des enfants» sera exilée temporairement, tandis que le second parle d'un avortement survenu après un divorce. Certains auteurs croient donc que le rescrit ne s'applique qu'en cas de divorce. D'autres pensent qu'il faut lire ces deux extraits cumulativement ; le rescrit viserait alors tant la femme qui se fait avorter pendant le mariage en dépit de l'opposition de son mari que celle qui avorte après le divorce. Le passage D.48.8.8 semble viser tous les avortements, mais il s'agit fort probablement d'un résumé du rescrit décrit dans les deux premiers passages. Voir Beaucamp, *supra* note 21 à la p. 309 et s., Ganzin, *ibid.* à la p. 289 et Lefebvre-Teillard, *supra* note 29 à la p. 503, n. 12, pour qui il s'agirait peut-être d'une évolution du droit romain. De toute manière, le consentement du mari ou le célibat de la femme excluent l'application de ces sanctions pénales.

⁴³ Voir *Digeste, ibid.*, D.48.19.38.5. Si la personne qui a consommé un breuvage abortif ou un filtre d'amour est décédée, le fournisseur est condamné à mort. Ce fragment déclare que même si un tel breuvage a été administré sans intention malicieuse, il est nécessaire de combattre ce mauvais exemple. Un autre passage (*ibid.*, D.48.8.3.2) permet de penser que les produits abortifs ont été assimilés à un poison (voir J.-C. Genin, *La répression des actes de tentative en droit criminel romain*, Lyon, Faculté de droit et des sciences économiques, 1968 aux pp. 108 et 111 ; Thomas, «Ventre», *supra* note 26 aux pp. 224 et 232, n. 88 ; *contra* Ganzin, *ibid.* à la p. 291, pour qui le fait de fournir des produits abortifs est une infraction à part). Il est cependant admis par tous que le fait de procurer de tels produits était initialement licite.

⁴⁴ Thomas, «Ventre», *ibid.* à la p. 224.

⁴⁵ Thomas explique que l'exil temporaire imposé par le gouverneur relève de la «coercition administrative», *ibid.* à la p. 225. Pour nos fins, il suffit de noter qu'un acte auparavant licite est désormais

sulte d'une intervention impériale destinée à modifier l'état du droit, qui date du début du III^e siècle après Jésus-Christ.

c. *L'avortement et les retenues sur la dot*

Avant la période classique, un seul document peut être interprété comme faisant allusion à l'avortement. Il s'agit d'un texte rédigé en langue grecque par Plutarque au tournant du I^{er} siècle après Jésus-Christ. L'auteur y résume une loi attribuée à Romulus, qui est, par le fait même, légendaire. Elle est censée dater de la fondation de Rome, soit du VIII^e siècle avant Jésus-Christ. Elle autoriserait le mari à répudier l'épouse qui a commis un adultère, bu du vin ou causé un «empoisonnement d'enfants»⁴⁶. Dans ces hypothèses, il n'aurait aucune obligation financière envers elle ; si l'on en croit cette loi, il devrait être privé de tous ses biens en cas de répudiation injustifiée⁴⁷. Il convient toutefois de souligner que les termes employés par Plutarque prêtent à interprétation. Il pourrait s'agir d'avortement, mais aussi de simulation après l'accouchement ou même de magie⁴⁸. Il ne s'agit d'ailleurs pas d'un texte juridique mais historique, qui résume un document imaginaire⁴⁹, édicté plusieurs siècles avant la vie de son auteur. On peut y voir une réminiscence d'une antique tradition⁵⁰ ; on peut tout aussi bien penser qu'il reflète les préoccupations du siècle de Plutarque, si tant est que celui-ci ait songé à l'avortement⁵¹. Ce texte est donc beaucoup trop ambigu pour qu'on puisse en tirer des conclusions sur l'existence de sanctions imposées à l'épouse qui se fait avorter au temps de Romulus.

Si l'on examine maintenant le droit de l'époque classique, on constate que la femme qui se fait avorter malgré l'opposition de son mari peut être pénalisée financièrement en cas de divorce, lors de la restitution de la dot. Depuis Auguste, l'ex-mari peut retenir un sixième de la dot par enfant, jusqu'à concurrence de la moitié de ce qui est dû à l'ex-épouse. L'adultère donne lieu à une retenue supplémentaire d'un sixième au profit du mari, tandis que toute autre faute, dite «moins grave», est sanctionnée d'une peine d'un huitième. Il n'existe pas de textes précisant la nature de ces fautes. Il s'agit selon toute apparence d'un comportement s'écartant de façon marquée de celui

sanctionné par une restriction imposée à la liberté de la femme. Il s'ensuit que de nos jours, une telle règle relève du droit pénal, quelle que soit la qualification retenue par les romains à l'époque.

⁴⁶ Plutarque, trad. par P. Noailles, cité dans P. Noailles, «Les tabous du mariage dans le droit primitif des romains» dans P. Noailles, *Fas et Jus : études de droit romain*, Paris, Les Belles Lettres, 1948, 1 à la p. 1.

⁴⁷ Voir *ibid.*

⁴⁸ Voir Ganzin, *supra* note 28 à la p. 271 ; Noailles, *ibid.* aux pp. 4-5.

⁴⁹ Les soi-disant lois de Romulus sont particulièrement sujettes à caution (voir Noailles, *ibid.* à la p. 2).

⁵⁰ C'est la thèse brillamment défendue par Noailles, *ibid.* De même, la consommation de vin, traditionnellement associée au risque d'adultère, était peut-être perçue à l'époque archaïque comme nocive pour la femme enceinte (voir M. Durry, «Les femmes et le vin» (1955) 13 R. études latines 108 ; Ganzin, *supra* note 28 à la p. 272 ; *contra* E. Nardi, *Procurato aborto nel mondo Greco Romano*, Milano, E. Giuffrè, 1971 ; Ganzin, *ibid.* à la n. 30 ; Treggiari, *supra* note 12 à la p. 461, n. 120).

⁵¹ Pour une critique de la thèse de Noailles, voir Nardi, *ibid.* aux pp. 16-29.

qu'on attend d'une épouse exemplaire⁵². Or il ne fait guère de doute que l'avortement est mal vu par les romains⁵³. Dans ces conditions, le mari qui n'a pas consenti à l'avortement peut divorcer et percevoir un huitième de la dot, en plus des autres retenues auxquelles il a droit⁵⁴.

Il convient d'insister sur le fait que, dans cette hypothèse, l'avortement n'est pas visé en tant que tel. La condamnation de l'avortement découle uniquement de l'opposition du mari et non de la nature répréhensible de l'acte lui-même. Si le mari a consenti à l'avortement ou si la femme qui avorte volontairement n'est pas mariée, aucune sanction n'est imposée. Il en va de même en l'absence de dot, ce qui est la situation dans laquelle se trouve un grand nombre de femmes. Enfin, la retenue effectuée aura rarement pour effet de dissuader la femme d'avorter. En effet, dans l'hypothèse où l'épouse a moins de trois enfants, un cas relativement fréquent à l'époque⁵⁵, il est dans son intérêt de se faire avorter, puisque la retenue imposée (un huitième) est inférieure à celle qui résulterait d'un autre enfant (un sixième)⁵⁶. Il est donc clair que ces règles n'ont pas été élaborées dans le but de décourager le recours à l'avortement.

Le problème posé par le montant des retenues en cas d'avortement a été bien saisi par le juriste Paul, ainsi que par Ulpien. Un commentateur d'Ulpien explique en effet que «pareillement», Paul «[...] déclare à propos de la femme qui s'est fait avorter, que si elle l'a fait contre la volonté de son mari, elle sera pénalisée du sixième de la dot comme si elle avait eu un enfant»⁵⁷. L'anomalie expliquée ci-dessus est ainsi corrigée⁵⁸. Paul et Ulpien écrivent toutefois dans les premières décennies du III^e siècle après Jésus-Christ, alors que la femme divorcée qui se fait avorter sans le consente-

⁵² En ce sens, Cremades et Paricio, *supra* note 21.

⁵³ Voir Ganzin, *supra* note 28 aux pp. 280-83.

⁵⁴ Avant l'intervention d'Auguste, le montant de la retenue, discrétionnaire, aurait peut-être pu être plus élevé. La tradition rapportée par Plutarque pourrait conforter cette possibilité (voir Noailles, *supra* note 46 aux pp. 23-27). Sur la survie de l'action *iudicium de moribus* et la fixation des retenues, voir *supra* note 21. Par contre, il n'est pas impossible que dans l'esprit d'un juge, le comportement du mari soit la cause réelle du divorce, en dépit du fait que l'épouse s'est fait avorter. Dans cette hypothèse, le mari n'aurait pas le droit d'effectuer les retenues sur la dot qui ont été décrites ci-dessus.

⁵⁵ Thomas, «Cité des pères», *supra* note 16 à la p. 216 et s. ; Treggiari, *supra* note 12 aux pp. 403-05.

⁵⁶ L'épouse qui a déjà trois enfants ne peut se voir imposer de retenue supplémentaire pour un quatrième enfant, puisque le mari ne peut retenir plus que la moitié de la dot à ce titre. Il peut cependant ajouter à cette retenue la pénalité d'un huitième pour une faute morale moins grave que l'adultère. L'avortement donne alors lieu à une véritable sanction.

⁵⁷ Fragment du Sinaï, dans P. F. Girard et F. Senn, *Textes de droit romain*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 1967 aux pp. 599-600.

⁵⁸ Voir sur ce sujet Ganzin, *supra* note 28 à la p. 287. Le problème est cependant inversé : que se passe-t-il si l'épouse a déjà trois enfants et se fait avorter ? En principe, la proportion maximale que peut retenir le mari est déjà atteinte ; il n'y aurait alors aucune sanction. Sans doute la sanction du huitième pourrait-elle alors être imposée, comme par le passé. Il est également vraisemblable qu'une femme ayant avorté contre la volonté de son mari serait considérée indigne de lui succéder ; sur l'indignité, voir Monier, *supra* note 10 à la p. 468. Cependant, cette décision de la femme risque de provoquer un divorce avant le décès du mari, ce qui rend cette hypothèse rare.

ment de son ex-mari risque l'exil temporaire. Dans ce contexte, il aurait été illogique que la disparité des retenues sur la dot serve d'incitatif à l'avortement. La solution qu'ils exposent ne semble pas avoir été retenue plus tôt. Trois siècles plus tard, en 533 après Jésus-Christ, l'avortement apparaît brièvement parmi les causes légitimes de divorce⁵⁹, ce qui atteste de la persistance de cette pratique, en dépit des sanctions qui y sont associées.

3. Le droit romain : conclusion

Les jurisconsultes des I^{er} et II^e siècles après Jésus-Christ reconnaissent l'existence de l'enfant conçu et assurent la protection de ses intérêts. Des droits de succession lui sont assurés depuis plusieurs siècles, au cours desquels l'avortement n'a jamais été interdit. Ainsi, l'enfant conçu est réputé exister au moment où son père décède, ce qui fait de lui un héritier après sa naissance. Pourtant, la femme enceinte demeure libre de se faire avorter. Il s'agit là de deux questions distinctes : la reconnaissance du premier principe n'a pas pour conséquence l'interdiction de l'avortement⁶⁰. D'autre part, en cas de divorce, l'épouse qui se fait avorter malgré l'opposition de son mari peut être pénalisée par une retenue sur sa dot. Après la réforme d'Auguste, celle-ci ne peut jouer un rôle dissuasif, puisqu'elle est inférieure à la retenue qui découlerait d'un enfant additionnel, sauf dans l'hypothèse où l'épouse a déjà trois enfants.

Il faut attendre le début du III^e siècle après Jésus-Christ pour qu'un édit impérial modifie ces règles. Ce texte interdit aux femmes récemment divorcées de se faire avorter contre la volonté de leur ex-mari, en imposant une sanction de nature pénale aux contrevenantes. La peine imposée n'est pas des plus sévères, puisqu'il s'agit d'un exil temporaire. L'arrêt *Daigle* (C.S.C.) constate que la situation actuelle est, en quelque sorte, analogue à celle qui prévalait antérieurement au III^e siècle. En effet, ayant pris acte du silence du droit pénal, la Cour suprême a reconnu que rien, en droit civil, n'interdit l'avortement. Pour se convaincre du bien-fondé de cette position, il convient maintenant d'examiner le traitement réservé à l'enfant conçu par une autre source historique du droit civil québécois, l'ancien droit français.

⁵⁹ Voir Justinien, *Corpus Juris Civilis quo ius universum*, t. 2, Augusta Taurinorum, 1782 à la p. 364, C.J.5.17.11.2. À partir du IV^e siècle ap. J.-C., le droit de divorcer n'est accordé que dans certaines hypothèses énoncées par des constitutions impériales. Le conjoint fautif perd alors certains avantages matrimoniaux. Depuis Justinien, le mari qui invoque un motif de divorce reconnu n'a pas à restituer la dot et peut récupérer la donation anténuptiale qu'il a faite (voir Beaucamp, *supra* note 21 aux pp. 172-77). Le divorce par consentement reste cependant possible. L'avortement est mentionné comme cause légitime de divorce en 536 (voir *Novelles de l'Empereur Justinien*, t. 1, trad. par M. Bérenger, fils, Metz, Lamort, 1811 à la p. 182, Nouvelle 22, c. 16, n° 1 [ci-après *Novelles*]) mais disparaît de l'énumération en 542 (voir *Novelles*, *ibid.* aux pp. 139-41, Nouvelle 117, c. 8 ; Beaucamp, *ibid.* à la p. 310). Les causes de cette suppression, qui est pour le moins curieuse, ne sont pas connues.

⁶⁰ Voir Lefebvre-Teillard, *supra* note 29 à la p. 503.

B. La protection de l'enfant conçu dans l'ancien droit français

Tout comme le droit romain, l'ancien droit français envisage distinctement les droits civils de l'enfant conçu et la répression de l'avortement. Ainsi, l'institution dite du curateur au ventre existe sous l'Ancien Régime. Le rôle que ce représentant est appelé à jouer est toutefois limité (1). Il faut plutôt se tourner du côté du droit pénal pour découvrir les règles qui protègent l'existence de l'enfant conçu et qui interdisent l'avortement (2). Le droit civil ne contient pas de règles sur cette question.

1. Le rôle du curateur au ventre

La doctrine française des XVII^e et XVIII^e siècles, qui constitue l'une des principales sources du droit civil québécois⁶¹, retiendra davantage notre attention. Elle livre toutefois peu d'informations sur le rôle du curateur au ventre (a). La codification de 1804 n'ayant pas modifié l'état du droit sur cette question, nous déborderons temporairement le cadre historique que nous nous sommes fixés, afin d'examiner la doctrine du XIX^e et du XX^e siècle et de tenter de comprendre le fonctionnement de cette institution (b).

a. L'ancien droit français

Au terme d'une évolution complexe, le droit de succéder a été reconnu à l'enfant conçu, à condition qu'il soit né vivant et qu'il ait eu la capacité de vivre⁶². Pour cette raison, les textes du droit romain concernant le curateur au ventre de la veuve ont pu servir de modèle aux juristes français⁶³. Faute d'étude particulière sur cette institution⁶⁴, il nous faut examiner les ouvrages généraux de la fin de l'Ancien Régime. À

⁶¹ La *Coutume de Paris* s'est appliquée en Nouvelle-France après 1664, puis au Bas-Canada jusqu'à la codification de 1866 (voir Morin, *supra* note 6 à la p. 3). Elle ne contenait toutefois pas de règles concernant la tutelle et la curatelle. La doctrine et la jurisprudence ont donc pris le relais, en s'inspirant du droit romain et du droit canonique (voir O. Martin, *Histoire de la Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, Paris, Cujas, [1921] 1972 aux pp. 213-27).

⁶² Madame Lefebvre-Teillard (*supra* note 29) décrit en détail cette évolution. Schématiquement, on peut dire qu'au haut moyen âge, chez certains peuples barbares, la reconnaissance de droits de succession est d'abord conditionnelle à l'octroi du nom, quelques jours après la naissance. Par la suite, l'enfant doit plutôt avoir été baptisé. Le fait que le nouveau-né ait vécu fini par être considéré suffisant. Cette règle s'impose à l'époque de Beaumanoir (1283 ap. J.-C.). À partir du XVI^e siècle, une question suscite un débat en droit français : l'enfant doit-il seulement être né vivant ou faut-il également qu'il ait été viable ? Plusieurs juristes optent pour cette dernière solution, en présumant qu'il existe un nombre de mois de gestation en deçà duquel un nouveau-né ne peut être viable. Le code civil de 1804 retient la règle de la viabilité (voir art. 725 C.N.), mais celle-ci est considérée comme une question de fait laissée à l'appréciation des juges.

⁶³ De façon générale, c'est ce qui s'est produit en matière de tutelle et de curatelle (voir P. Ourliac et J.-L. Gazzinaga, *Histoire du droit privé français, de l'an mil au Code civil*, Paris, Albin Michel, 1985 aux pp. 280-84).

⁶⁴ Nous n'avons relevé que deux auteurs signalant la nomination d'un curateur à l'enfant conçu : H. Richardot, «Tutelle, curatelle et émancipation des enfants légitimes en Forez au XIII^e siècle» (1945) 23 R.H.D. 29 à la p. 34 ; Martin, *supra* note 61 à la p. 221. D'autres ont étudié la tutelle sans mentionner cette situation particulière, sans doute parce qu'elle est peu fréquente et n'a pas posé de pro-

cette époque, le terme «curateur» indique une absence d'autorité sur la personne représentée, par opposition aux pouvoirs dont dispose le tuteur⁶⁵. La raison d'être de cette règle est évidente : l'enfant conçu étant dans le sein de sa mère, le curateur ne peut exercer d'autorité sur lui. C'est ainsi qu'en parlant des enfants conçus, Jean Domat mentionne uniquement les biens qui doivent leur appartenir : «on leur conserve les successions échûes avant leur naissance, & qui les regardent ; & on leur nomme des curateurs pour prendre soin de ces successions»⁶⁶. Il en va de même de Pothier⁶⁷ et

blèmes : L. Boyer, «Les assemblées de parents de mineurs en Forez à la fin de l'Ancien Régime» dans *Mélanges offerts au professeur Louis Falletti*, Paris, Dalloz, 1971 à la p. 37 ; C. Bruschi, «La tutelle des mineurs à Marseille (seconde moitié du XIII^e siècle — début du XIV^e siècle)» (1985) 12 *Recueil de mémoires et travaux publié par la Société d'Histoire du droit et des Institutions des anciens pays de droit écrit* 61 ; G. Chevrier, «Caractères méconnus de la tutelle des mineurs dans le droit coutumier récent (XVI^e-XVIII^e siècles)» (1943) 22 *R.H.D.* 217 ; G. China, «La mère et l'enfant dans le droit dauphinois de la fin de l'Ancien Régime» (1980) 8 *Recueil de mémoires et travaux publié par la Société d'Histoire du droit et des Institutions des anciens pays de droit écrit* 113 ; R. Ganghoffer, «La protection du mineur dans un droit au confluent des systèmes français et germanique : le droit alsacien» dans *Recueil de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, L'enfant — Deuxième partie : L'Europe médiévale et moderne*, t. 36, Bruxelles, Éditions de la Librairie encyclopédique, 1976, 285 [ci-après *L'enfant — Deuxième partie*] ; G. Lepointe, «La protection des incapables au Moyen Âge» (1959) 15 *Travaux de l'Institut de droit comparé* 79.

⁶⁵ «[I]l n'y a de différence entre un tuteur & un Curateur, qu'en ce que celui-ci n'est chargé que de veiller aux intérêts d'autrui, au lieu que le tuteur est chargé & de la personne & des intérêts» (Guyot, dir., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, t. 5, Paris, Visse, 1784 à la p. 193 («Curateur pour fait de grossesse»)) ; le curateur à l'interdit fait cependant exception à la règle. Voir également J.-B. Denisart, *Collections des décisions nouvelles et des notions relatives à la jurisprudence*, t. 5, 8^e éd., Paris, Desaint, 1786 à la p. 700 ; R.J. Pothier, «Traité des personnes» dans M. Bugnet, dir., *Oeuvres de Pothier*, t. 9, Paris, Cosse et Marchal, 1861 aux pp. 74-77 («De la curatelle»).

⁶⁶ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel ; le droit public et Legum delectus*, t. 1, Nouvelle édition, Paris, Chez Bauche, 1756 à la p. 12, art. VI. Cet article est cité intégralement ci-dessous, *infra* note 90 et texte correspondant.

⁶⁷ Dans son «Traité des personnes» (*supra* note 65 à la p. 77), Pothier limite le rôle du curateur au ventre à l'administration des biens qui doivent appartenir à l'enfant :

208. L'enfant, dont on espère la naissance, n'étant pas encore né, il ne peut avoir de tuteur ; car ils sont donnés principalement pour gouverner la personne du mineur ; d'où il suit qu'il ne peut y avoir de tuteur, lorsqu'il n'y a point encore de personne de mineur qui existe. Néanmoins, comme l'enfant, dont on espère la naissance, est déjà réputé né toutes les fois qu'il s'agit de ses intérêts, *qui in utero est, pro jam nato habetur, quoties de ejus commodis agitur*, et qu'il est de l'intérêt du posthume, s'il vient à naître, que les biens qui doivent lui appartenir, lorsqu'il naîtra, soient en attendant administrés, il doit être réputé né, non pas à l'effet qu'on lui donne un tuteur, puisqu'il n'existe pas encore de personne qui puisse être gouvernée, mais à l'effet qu'on lui nomme un curateur pour l'administration des biens qui doivent lui appartenir un jour. Ce curateur, qu'on appelle en droit *curateur au ventre*, se nomme ainsi, parce que les jurisconsultes romains, *in doctrina stoicorum*, regardaient l'enfant qui était dans le sein de sa mère, comme *pars viscerum matris*.

209. Le curateur au ventre ou au posthume, pour l'administration générale des biens qui doivent lui appartenir, lorsqu'il sera né, doit rendre compte au tuteur de ce posthume né, ou à qui les biens appartiendront, s'il arrive qu'il ne naisse pas.

de Mesle⁶⁸. Certains auteurs emploient toutefois une formule plus générale pour décrire son rôle : les fonctions du curateur consistent à «veiller aux intérêts de l'enfant» conçu⁶⁹. Ce représentant «pourrait» demander une provision alimentaire pour l'enfant pendant la grossesse, mais ceci semble superflu, puisque la mère peut agir elle-même en justice⁷⁰. Il pourrait également représenter l'enfant conçu lors d'un partage, quoiqu'il soit plus à-propos d'y surseoir⁷¹.

Le curateur agit également dans l'intérêt des héritiers, afin de prévenir une simulation qui les frustrerait de leur héritage⁷². Il est autorisé à surveiller l'accouchement. Sa mission peut consister à examiner l'état du nouveau-né, afin de déterminer s'il est né à terme. Dans une affaire, cela aurait permis de conclure que l'enfant avait été conçu lors d'une relation adultère, ce qui lui aurait fait perdre le droit de succéder⁷³. Il ne s'agit certes pas là d'un constat fait dans l'intérêt de l'enfant conçu, mais bien dans celui des autres héritiers du père.

Le laconisme des sources⁷⁴ ne permet pas de préciser davantage les origines et le rôle de cette curatelle, qui assure la défense des intérêts de l'enfant ou de ceux qui

On nomme aussi quelquefois des curateurs aux ventres *ad unum actum*, comme pour intenter une action de retrait lignager : mais, comme l'événement de cette action dépend de la naissance du posthume, on attend qu'il soit né, pour y statuer définitivement ; et lorsqu'il est né, l'instance est reprise par le tuteur. [...]

⁶⁸ Voir J. Mesle, *Traité des minorités, tutelles et curatelles*, Paris, Knappen, 1785. Cet auteur écrit : «[l]e curateur que le Juge commet pour le gouvernement des biens, en attendant la naissance du posthume, est appelé en droit, *curator ventris*» (*ibid.* à la p. 9) ; «le père peut donner un tuteur au posthume, qui, s'il naissait de son vivant, serait en sa puissance [...] ; mais comme ce tuteur ne peut gérer qu'après la naissance du posthume, le juge nomme un curateur pour avoir soin des biens en attendant que l'enfant naisse [...]» (*ibid.* aux pp. 12-13). En 1692, Argou écrit qu'on «peut donner un curateur à l'enfant qui est encore dans le ventre de sa mère ; ce qui est nécessaire en certains cas pour exercer les droits qui lui peuvent appartenir ; mais ces cas sont très rares, & on n'en voit presque point d'exemple» (G. Argou, *Institution au droit français*, t. 1, Paris, Bailly, 1773 à la p. 151). En 1710, Bretonnier (voir Argou, *ibid.* aux pp. viii et xi) ajoute cependant : «[l]es exemples en sont fréquens parmi nous, aussi-bien qu'en Droit» (*ibid.* à la p. 151).

⁶⁹ Guyot, dir., *supra* note 65 à la p. 202. Denisart affirme que le curateur à l'enfant conçu peut «défendre ses intérêts de quelque manière que ce soit» (*supra* note 65 à la p. 717). Il ne semble cependant pas que le curateur ait été en mesure de dicter un comportement à la mère au nom des intérêts de l'enfant qu'elle porte.

⁷⁰ Voir Guyot, dir., *ibid.*, t. 13 à la p. 216 («posthume»).

⁷¹ Voir *ibid.*

⁷² Voir *ibid.*

⁷³ Voir Denisart, *supra* note 65 à la p. 717.

⁷⁴ Nous avons consulté les ouvrages suivants : J. Bacquet, *Oeuvres de Me Jean Bacquet*, t. 1, Lyon, Duplain, 1744, où l'on trouve une description du rôle du curateur au ventre en matière féodale (*ibid.* à la p. 85) ; F. Bourjon, *Le droit commun de la France*, Paris, Brunet, 1775 ; P.J. Brillonn, *Dictionnaire des arrêts*, Paris, G. Cavelier, 1727 ; G. Coquille, *Oeuvres de Me Guy Coquille*, Bordeaux, Labottière, 1703 ; J.-A. Ferrière, *Traité des Tuteles*, Toulouse, Birosse, 1766 ; C.J. de Ferrière, *Nouveau Commentaire sur la Coutume de Paris*, Paris, Knapen, 1751 ; C.J. de Ferrière, *Nouvelle introduction à la pratique, contenant l'explication des termes de pratiques, de droit et de Coutumes*, Paris, Brunet, 1745 ; C. J. de Ferrière, *La science parfaite des notaires ou le parfait notaire*, Paris, Durand, 1752 ; M. Dupin et E. Laboulaye, *Institutes coutumières d'Antoine Loysel*, Paris, Videcoq, 1846 ; M^{'''} [sic], *Traitez*

pourraient prendre sa place dans la succession. En terminant sur ce point, signalons que l'institution du curateur au ventre a existé en Nouvelle-France et n'a pas été modifiée jusqu'à la codification de 1866 ; son utilisation semble toutefois avoir été rare⁷⁵.

b. La codification et ses suites

Le *Code Napoléon* de 1804 consacre au curateur au ventre une disposition laconique, l'article 393 :

Si, lors du décès du mari, la femme est enceinte, il sera nommé un curateur au ventre par le conseil de famille.

A la naissance de l'enfant, la mère en deviendra tutrice, et le curateur en sera de plein droit le subrogé tuteur.

Les auteurs du XIX^e siècle expliquent que le curateur doit exercer une surveillance afin de prévenir les crimes qui pourraient être commis pendant la grossesse ou l'accouchement, tels la simulation entourant une naissance, l'infanticide ou l'avortement⁷⁶. Ils font référence aux textes du *Digeste*, en précisant que l'examen des femmes enceintes et leur confinement avant l'accouchement ne correspondent plus à l'état des mœurs ; ils insistent également sur le fait que le curateur doit simplement préserver le statu quo face à la succession, en prenant, si besoin est, des mesures conservatoires.

Plusieurs auteurs affirment que le curateur ne peut exercer aucune autorité sur la femme enceinte elle-même. En 1807, la Cour d'appel d'Aix décide que la veuve n'a pas à se soumettre à un examen médical afin de s'assurer qu'elle est bien enceinte⁷⁷.

des minoritez, des tutelles et des curatelles, Paris, Cochart, 1714 ; Martin, *supra* note 61 ; F. Ragueau, *Glossaire du droit français*, Paris, J. et M. Guignard, 1704.

⁷⁵ Voir F.J. Cugnet, *Traité abrégé des Anciennes Loix de Propriété en Canada, aujourd'hui Province de Québec*, Québec, Guillaume Brown, 1775 à la p. 178 ; H. Des Rivières Beaubien, *Traité sur les lois civiles du Bas-Canada*, t. 1, Montréal, Ludger Duvernay, 1832 à la p. 76 et s. ; M. Bibaud, *Commentaires sur les Loix du Bas-Canada ou Conférences de l'école de droit*, t. 2, Montréal, Cérat et Bourguignon, 1861 à la p. 369 et s. Bibaud affirme : « dans les pays où il y a de grandes fortunes, on nomme un curateur *ad ventrem*. On le fait plus rarement en Canada » (*ibid.* à la p. 520).

⁷⁶ Voir M. Delvincourt, *Cours de Code civil*, t. 1, Paris, Delestre-Boulage, 1824 à la p. 272, n. 5 ; A. Magnin, *Traité des minorités, tutelles et curatelles, de la puissance paternelle, des émancipations, conseils de famille, interdictions, et généralement des capacités et incapacités, qui naissent de ces diverses situations, suivant la nouvelle législation*, t. 1, Paris, Marnier, 1833 aux pp. 456-67, n° 583-99 ; A.M. Demante, *Cours analytique de Code Napoléon*, t. 2, Paris, Plon, 1853 aux pp. 214-15, n° 142-142 bis ; J.-M. Boileux, *Commentaire sur le Code Napoléon*, t. 2, 6^e éd., Paris, Videcoq, 1852 aux pp. 304-07, n° 393 ; C. Demolombe, *Traité de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, t. 1, 2^e éd., Paris, Auguste Durand, 1861 aux pp. 26-29, n° 47-78 ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 1, 4^e éd., Paris, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, 1869 aux pp. 559-61, n° 136 ; F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. 4, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1878 aux pp. 508-10, n° 393-95 ; G. Baudry-Lacantinerie, G. Chéneaux et Ph. Bonnecarrere, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des personnes*, t. 4, 3^e éd., Paris, Sirey, 1905 aux pp. 383-88, n° 332-34.

⁷⁷ Voir Aix, 19 mars 1807, S.1808.II.216 (An XIII). En plus d'écarter l'application des règles contenues au *Digeste*, la Cour déclare :

Delvincourt limite les fonctions du curateur au ventre à l'administration des biens de la succession :

(5) *Un curateur au ventre*, et non pas un tuteur. Le tuteur n'est donné qu'à la personne, et le posthume n'existe pas encore. D'ailleurs, la nomination de ce curateur a lieu dans l'intérêt, non seulement du posthume, mais encore de tous ceux qui devront recueillir la succession, si l'enfant naît mort, ou ne naît pas viable. En un mot, ce curateur est chargé de conserver la succession pour ceux qui y auront droit d'après l'événement de la grossesse. Par conséquent, il est censé donné aux biens, plutôt qu'à la personne. Je pense, au surplus, qu'il a, quant aux biens, les mêmes droits que le tuteur⁷⁸.

Magnin décrit ainsi les limites imposées aux pouvoirs de ce représentant :

Nos lois civiles, vrais modèles de bienséance, ne veulent rien de semblable : elles donnent seulement aux héritiers du mari, et à tous ceux qui sont préposés à l'intérêt des mineurs, la faculté de faire nommer par le conseil de famille un curateur au ventre ; mais cette précaution, purement conservatrice d'une succession incertaine, n'a rien de fâcheux pour la femme ; elle dissipe les craintes de ceux qui sont appelés à la succession, sans inconvénients pour elle.

[...]

Le curateur doit donc veiller à l'événement de la grossesse. Il n'a point d'autorité sur la mère : son caractère ne lui donne pas le pouvoir de la suivre partout, de critiquer ses actions, et de lui prescrire une règle de conduite ; mais il a le droit de lui faire des visites dans son domicile, de prendre des renseignements, d'examiner ses démarches, *d'assister à l'accouchement*, et d'empêcher enfin qu'on ne change l'ordre de succéder, en changeant l'état de l'accouchement⁷⁹.

Demolombe est du même avis :

Cette surveillance sans doute ne saurait être exercée par le curateur avec trop de convenance, de discrétion et de réserve ; et il est vrai aussi de reconnaître que le curateur n'a pas précisément d'autorité sur la femme, à laquelle il ne peut prescrire aucune mesure, ni par exemple assigner le lieu de sa résidence ou de son accouchement⁸⁰.

Laurent ajoute :

la loi n'a point soumis la femme qui se dit enceinte à en fournir la preuve ; qu'elle est donc contente de cette déclaration — Que d'après M. Maleville, la principale fonction de ce curateur est d'empêcher la supposition d'enfant ; [...] Considérant que le curateur au ventre devant empêcher la supposition d'enfant, est le surveillant créé par la loi, pour dévoiler la fausseté et la simulation de la grossesse ; ce qui prouve évidemment qu'on ne peut pas en établir la preuve par une seule visite des gens de l'art ; [...].

⁷⁸ Delvincourt, *supra* note 76, t. 1 à la p. 272 [nos italiques].

⁷⁹ *Supra* note 76 aux pp. 457 et 460, n° 584 et 588 [italiques de l'original]. Il ajoute que le curateur «n'a rien à faire, si les actes sont susceptibles d'être différés, sans préjudice pour la succession» (*ibid.* à la p. 462, n° 593).

⁸⁰ Demolombe, *supra* note 76 à la p. 32, n° 58.

Il faut donc que la surveillance du curateur ne blesse pas nos mœurs, c'est-à-dire cette délicatesse de sentiment que nous devons aux progrès de la civilisation, ni la liberté individuelle qui fait l'essence de notre existence civile et politique⁸¹.

Au XXe siècle, les auteurs affirment que cette institution est tombée en désuétude⁸². L'article 393 du *Code Napoléon* disparaît d'ailleurs en 1964 à l'occasion de la réforme de la tutelle⁸³. Dans l'ensemble, on constate que cette curatelle ne semble pas avoir été utilisée pour imposer une ligne de conduite à la mère. Quant à la protection de l'enfant conçu, le droit pénal pourvoit depuis longtemps à cette situation. Le curateur ne dispose d'aucun pouvoir particulier à cet égard, sauf celui d'exercer une surveillance discrète et, le cas échéant, de dénoncer la mère aux autorités.

2. L'ancien droit pénal et la justification du crime d'avortement

Après avoir présenté les règles de l'ancien droit pénal concernant l'avortement et l'infanticide (a), il conviendra d'examiner comment certains auteurs justifient ces prohibitions (b).

a. L'avortement et l'infanticide

Avoir un enfant hors mariage a longtemps été la cause d'une marginalisation sociale importante. Néanmoins, dans l'ancien droit français, l'action en déclaration de paternité offre une protection à l'enfant ; si elle est accueillie, le père a l'obligation de nourrir et d'élever le nouveau-né, qui lui est le plus souvent confié⁸⁴. En dépit de ce fait, certaines mères sont suffisamment désespérées pour tuer leur enfant. La peine de mort leur est imposée par un édit du roi Henri II, datant de 1556, qui vise également les femmes qui se font avorter⁸⁵.

⁸¹ Laurent, *supra* note 76 à la p. 510, n° 395.

⁸² Voir M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, Les personnes*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1925 aux pp. 509-10, n° 464 ; R. Rodière, *La tutelle des mineurs*, Paris, Sirey, 1950 à la p. 146 et s., n° 86 : «On peut clore le débat et proposer le renvoi de la curatelle au ventre au Musée de Cluny des curiosités législatives».

⁸³ *Loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation*, J.O., 15 décembre 1964, 11140.

⁸⁴ Voir A. Lefebvre-Teillard, «L'enfant naturel dans l'ancien droit français» dans *L'enfant — Deuxième partie*, *supra* note 64, 251 aux pp. 264-66 ; M.-A. Cliche, «Filles-mères, famille et société sous le Régime français» (1988) 21 *Histoire sociale* 39 [ci-après «Filles-mères»]. La «fille-mère» séduite par des manœuvres dolosives a également droit à des dommages-intérêts (voir *infra* note 222).

⁸⁵ Voir D'Aguesseau, «Essai sur l'état des personnes» dans *Oeuvres de M. le Chancelier D'Aguesseau*, t. 5, Paris, Les libraires Associés, 1767, 416 à la p. 464 ; J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, Presses universitaires de France, 1990 à la p. 277, n° 163 ; A. Laingui et A. Lebigre, *Histoire du droit pénal*, t. 1, Paris, Cujas, 1979 à la p. 174 et s. Au moyen âge, l'embryon est réputé doté d'une âme quarante jours après sa conception, mais ceci pose d'évidentes difficultés de preuve dans les premiers temps de la grossesse : (Carbasse, *ibid.* à la p. 276, n° 163). Si cette condition est remplie, l'avortement est qualifié d'homicide (Laingui et Lebigre, *ibid.* à la p. 173 et s.). En principe, l'Édit de 1556 supprime cette distinction et réprime toute forme d'avortement.

Le chancelier D'Aguesseau déclare à ce sujet :

Cette Loi est plus sage et plus sévère que toutes les Lois romaines. [...] Plus sévère, en ce qu'elle présume toujours, sans aucune autre preuve, que toute femme dont l'enfant se trouve avoir été privé de baptême & de sépulture publique, faute par elle d'avoir déclaré son état, *soit réputée avoir homicidé son enfant, & pour réparation, punie de mort & dernier supplice*⁸⁶.

Cette règle couvre le cas de l'enfant mort-né, même si la mère qui n'a pas déclaré sa grossesse n'a rien à se reprocher dans cette hypothèse. Elle peut donc conduire à la condamnation d'une femme innocente. Le système judiciaire se montre cependant compréhensif : «il est fort aisé de faire dire aux Chirurgiens & aux Sages femmes que l'accusée n'étoit pas encore à l'extrémité de sa grossesse, & pour lors on présume favorablement qu'elle l'auroit déclarée avant que d'accoucher»⁸⁷. Ainsi, tant l'avortement que l'infanticide font l'objet d'une répression, même s'il peut être difficile de réunir les preuves nécessaires à l'obtention d'une condamnation⁸⁸.

b. Le recours au droit pénal

Certains juristes de l'Ancien Régime envisagent successivement les droits de succession de l'enfant conçu et l'interdiction de l'avortement en droit pénal. Jean Domat s'exprime ainsi :

[I]es enfans qui naissent morts sont considerez comme s'ils n'avoient été ni nez, ni conçûs. [...] Les avortons sont ceux qu'une naissance prématurée fait naître ou morts ou incapables de vivre⁸⁹.

Il ajoute :

Les enfans qui sont encore dans le sein de leurs meres n'ont pas leur état réglé, & il ne doit l'être que par la naissance. Et jusques-là ils ne peuvent être comptés pour des enfans, non pas même pour acquérir à leurs pères les droits que donne le nombre des enfans. Mais l'espérance qu'ils naîtront vivans fait qu'on les considere en ce qui les regarde eux-mêmes, comme s'ils étoient déjà nez. Ainsi on leur conserve les successions échûes avant leur naissance, & qui les

⁸⁶ D'Aguesseau, *ibid.* [italiques de l'original].

⁸⁷ *Ibid.* à la p. 465.

⁸⁸ La jurisprudence est particulièrement exigeante. Pour condamner l'accusée, il faut qu'un procès-verbal de la découverte du corps soit dressé et qu'il n'y ait eu ni déclaration de grossesse ni baptême ou sépulture normale (voir Carbasse, *supra* note 85 à la p. 277, n° 163 ; Laingui et Lebigre, *supra* note 85 à la p. 175 et s. ; voir également Chinae, *supra* note 64 à la p. 117, qui signale la difficulté de découvrir le cadavre du nouveau-né).

⁸⁹ Domat, *supra* note 66 à la p. 12, art. IV et V [notes omises]. Au moyen âge, la règle qui refuse toute capacité de succéder à l'enfant mort-né est reprise sans difficulté du droit romain. Les canonistes considèrent en effet que l'enfant conçu est doté d'une âme après quelques semaines (40 jours le plus souvent), mais va en enfer s'il est mort-né, faute d'avoir été baptisé. Ils acceptent sans trop de difficultés qu'un «être naturel» non baptisé n'a pas le droit de succéder, même s'ils qualifient par ailleurs l'avortement d'homicide (voir Lefebvre-Teillard, *supra* note 29 à la p. 504 et s.).

regardent ; & on leur nomme des curateurs pour prendre soin de ces successions. Ainsi on punit comme homicide la mère qui procure son avortement⁹⁰.

La dernière phrase nous semble particulièrement révélatrice : dans l'esprit de Domat, l'interdiction de l'avortement relève tout naturellement du droit pénal. La même juxtaposition se retrouve chez le chancelier D'Aguesseau :

Enfin, la dernière suite & la principale de la fiction par laquelle un enfant dans le ventre de sa mère, est réputé né, lorsque l'intérêt de sa vie et de sa conservation le demande, est la sévérité avec laquelle la Loi punit les avortemens. Elle considère comme un homicide le meurtre de celui qui n'est encore que l'espérance d'un homme⁹¹.

Les droits pénal et privé français de l'Ancien Régime ayant des sources communes⁹², une maxime inspirée du droit romain peut y recevoir une application simultanée. Dans l'esprit de D'Aguesseau, l'application de la maxime romaniste *Infans conceptus jam pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* (l'enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu'il s'agit de ses intérêts⁹³) conduit à qualifier l'avortement de crime. Le droit civil ne se prononce toutefois pas sur cette question ; chacun de ces domaines du droit demeure distinct. Ainsi, dans l'hypothèse où la femme qui se fait avorter n'est pas poursuivie criminellement, son mari doit se contenter de se séparer «d'une femme qui le prive de l'espérance déjà certaine d'un fils et d'un successeur»⁹⁴. On notera au passage que la disparition d'une fille ne retient pas l'attention du chancelier D'Aguesseau. Quoi qu'il en soit, en l'absence de condamnation pénale⁹⁵, le droit civil peut mettre fin à l'obligation de cohabitation des époux. Il

⁹⁰ Domat, *ibid.*, art. VI [notes omises].

⁹¹ D'Aguesseau, *supra* note 85 à la p. 445. Après l'adoption de l'édit de 1556, les peines imposées sont relativement clémentes : fustigation, amende, bannissement à temps (voir Carbasse, *supra* note 85 à la p. 277, n° 163 ; Laingui et Lebigre, *supra* note 85 à la p. 176). Or, l'homicide est toujours sanctionné par la peine de mort, même s'il est accidentel ou s'il résulte d'un acte de légitime défense. Seul le Roi peut gracier le condamné (voir Carbasse, *ibid.* au n° 101). Cette règle n'est pas appliquée ici, ce qui montre que l'infanticide et l'avortement sont placés dans une catégorie à part. Comme nous l'avons vu, la doctrine de l'époque affirme que l'avortement est réputé être un homicide, paraphrasant ainsi l'Édit de 1556. L'assimilation des deux termes ne va donc pas de soi.

⁹² Ces deux droits ont été façonnés par les textes du droit romain et canonique, ainsi que par la législation royale (voir généralement Carbasse, *ibid.*). Dans un grand nombre de régions de la France, le droit coutumier constitue la source première du droit privé ; son apport en droit pénal est cependant négligeable à la fin de l'Ancien Régime.

⁹³ A. Mayrand, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, Cowansville, Yvon Blais, 1985 à la p. 112. Notons que cette maxime ne figure pas au *Digeste*. Des formules très voisines sont employées au moyen âge par les canonistes, à l'exception des termes «*infans conceptus*», qui apparaissent peut-être aussi tardivement qu'au XIX^e siècle (voir Lefebvre-Teillard, *supra* note 29 à la p. 505, n. 24, à la p. 511, n. 46 et à la p. 522, n. 97).

⁹⁴ D'Aguesseau, *supra* note 85 à la p. 463.

⁹⁵ La peine de mort rend évidemment sans objet toute discussion sur les droits de l'accusée. L'imposition d'une peine infamante (bannissement ou emprisonnement perpétuel, galères à vie) est suivie de la mort civile, laquelle prive l'accusé de tous ses biens (voir Bourjon, *supra* note 74, t. 1 à la p. 126 et s.). Les autres peines (fustigation, amende, bannissement à temps) permettent toutefois de s'interroger sur les conséquences patrimoniales de la condamnation.

ne semble pas que des sanctions civiles d'une autre nature aient été imposées à l'épouse s'étant fait avorter mais n'ayant pas été poursuivie pénalement⁹⁶.

3. L'ancien droit français : conclusion

Dans l'ancien droit français, l'enfant conçu fait l'objet de deux types de règles. D'une part, la majorité des auteurs expliquent que le curateur au ventre est chargé de protéger les intérêts de la succession pendant la grossesse. D'autre part, le droit pénal réprime sévèrement l'avortement et l'infanticide. En l'absence de poursuite pénale, le droit civil ne semble pas prévoir de règles particulières visant la femme s'étant fait avorter. C'est dire que les sanctions imposées à la suite de cet acte sont clairement associées au domaine du droit pénal.

C. Le droit pénal canadien

Avant d'aborder l'étude des questions juridiques qui se sont posées à l'occasion de l'affaire *Daigle*, il convient de présenter les principales modifications apportées depuis le XVIII^e siècle aux règles du droit pénal canadien concernant l'avortement et l'infanticide. En Nouvelle-France, comme en France, une femme qui ne déclare pas sa grossesse et dont l'enfant est retrouvé sans vie est présumée avoir commis un infanticide ou avoir subi un avortement⁹⁷. Au Québec, depuis la *Proclamation royale du*

⁹⁶ Il n'existe à notre connaissance aucune décision pénalisant sur le plan civil une femme s'étant fait volontairement avorter et n'ayant pas été poursuivie pénalement. Il convient néanmoins d'examiner les motifs pour lesquels l'épouse peut être déchue de certains droits résultant de son régime matrimonial. Dans certaines régions de France, la Coutume applicable prévoit que la séparation de corps prononcée aux torts de l'épouse prive celle-ci de son douaire (voir Renusson, «Traité du douaire» dans *Oeuvres de M. de Renusson*, Paris, Libraires associés, 1780, 100, qui présente ces dispositions comme une règle de «notre droit françois»; sur l'abandon par l'épouse, voir Bourjon, *ibid.* à la p. 736 et s.; Guyot, *supra* note 65, t. 6 aux pp. 322-24 («Douaire»); sur le douaire coutumier, voir M. D. Castelli, «Le douaire en droit coutumier ou la déviation d'une institution» (1979) 20 C. de D. 315). La *Coutume de Paris* ne prévoit toutefois pas la perte du douaire lorsque la séparation d'habitation est due à la faute de l'épouse, même si une partie de la doctrine affirme le contraire (voir Martin, *supra* note 61, t. 2 à la p. 306). Par ailleurs, une condamnation pour adultère prononcée à la réquisition du mari prive la femme de son douaire et, le cas échéant, de sa part de communauté, sauf si le mari lui a pardonné dans les deux ans de la condamnation (voir Bourjon, *ibid.* à la p. 736; F. Lebrun, *Traité de la communauté entre mari et femme*, Paris, Brunet, 1754 à la p. 526; Pothier, *supra* note 65, t. 6 à la p. 243, n° 527; Renusson, *ibid.* à la p. 101). Un arrêt du Parlement de Paris a privé une veuve de son douaire parce qu'elle avait été préalablement déclarée coupable de supposition de part (voir J. Du Fresne, *Journal des principales audiences du Parlement*, t. 1, Nouvelle édition, Paris, C. Robuste, 1733 à la p. 211). Pour qu'une femme puisse être privée de son douaire ou de sa part de la communauté après s'être fait avorter, il faudrait faire une analogie avec les règles concernant l'adultère ou l'abandon par l'épouse. Il semble bien qu'une condamnation préalable serait requise.

⁹⁷ Voir M.-A. Cliche, «L'infanticide dans la région de Québec (1660-1969)» (1990) 44 R.H.A.F. 31 [ci-après «Infanticide»]; F. Saillant et H. Laforce, «Le jeu des règles: médecine domestique et pratiques sociales» dans D. Lamoureux, dir., *Avortement Pratiques, Enjeux, Contrôle social*, Montréal, Éditions du Remue-ménage, 1993, 17. En Nouvelle-France, sept femmes sont accusées d'infanticide et trois sont mises à mort (voir Cliche, «Filles-mères», *supra* note 84 à la p. 45). En 1708, le Conseil souverain enregistre la déclaration du Roi obligeant les curés à lire l'Édit de 1556 à tous les trois mois

7 octobre 1763⁹⁸, le droit pénal anglais s'applique⁹⁹. En ce qui concerne l'interruption de la grossesse, contrairement au droit français, la *common law* n'en fait pas un crime avant les premiers mouvements du fœtus (*quickening*)¹⁰⁰. Une loi de 1841 du Canada-Uni modifie cette règle et rend illégale toute forme d'avortement¹⁰¹; ce principe est repris en droit pénal canadien dès 1869¹⁰². En 1969, le Parlement décrète que l'avortement n'est pas un acte criminel si certaines conditions sont remplies : un comité de l'avortement thérapeutique composé de trois médecins, oeuvrant dans un hôpital accrédité ou approuvé, doit décider si la continuation de la grossesse met probablement en danger la vie ou la santé de la mère¹⁰³. La même année, les dispositions qui restreignent l'accès à la contraception sont abrogées¹⁰⁴. En 1988, la disposition concernant l'avortement est déclarée entièrement inopérante par la Cour suprême¹⁰⁵.

pendant le prône (voir «Filles-mères», *ibid.* à la p. 57, n. 80), règle réitérée en 1722 par une ordonnance de l'intendant Bégon (voir A. Lachance, *Crimes et criminels en Nouvelle-France*, Montréal, Boréal, 1984 à la p. 36). Cette ordonnance exige que la déclaration de grossesse soit faite auprès du procureur d'une juridiction royale ou seigneuriale ou, à défaut, d'un ecclésiastique. Elle interdit de confier les nouveau-nés aux autochtones pour que ceux-ci les adoptent; en contrepartie, elle prévoit que les enfants trouvés seront confiés à une nourrice qui sera rétribuée par le domaine du Roi (voir Archives nationales de France, Colonies, série F3, vol. 10, fo 208; voir aussi l'ordonnance de l'intendant Hocquart, *ibid.*, vol. 12, fo 246).

⁹⁸ (R.-U.), 3 Geo. 3, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, no. 1.

⁹⁹ *Acte de Québec de 1774* (R.-U.), 14 Geo. 3, c. 83, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, no. 2, art. 11; voir généralement A. Morel, «La réception du droit criminel anglais au Québec (1760-1892)» (1978) 13 R.J.T. 449. Entre 1760 et 1764, les tribunaux militaires exerçant une compétence pénale n'ont pas appliqué de règles françaises, quel que soit le droit sur lequel ils se sont effectivement fondés.

¹⁰⁰ Voir C.B. Backhouse, «Involuntary Motherhood: Abortion, Birth Control and the Law in Nineteenth Century Canada» (1983) 3 Windsor Y.B. Access Just. 61 à la p. 65 [ci-après «Involuntary Motherhood»]. Après la *Proclamation royale de 1763*, *supra* note 98, une loi du Parlement britannique datant de 1623 entre en vigueur; elle est tout aussi sévère que l'édit français de 1556. Une loi bas-canadienne de 1812 vient supprimer la présomption de meurtre qui pèse sur la mère qui ne déclare pas une naissance; toutefois, la simple dissimulation de grossesse peut être sanctionnée par un emprisonnement de deux ans ou moins (voir Cliche, «Infanticide», *supra* note 97 aux pp. 46-48). Voir également C.B. Backhouse, «Desperate Women and Compassionate Courts: Infanticide in Nineteenth-Century Canada» (1984) 34 U.T.L.J. 446.

¹⁰¹ *An Act for Consolidating and Amending the Statutes in this Province Relative to Offences Against the Person*, S. Prov. C. 1841, c. 27, art. 13. Il n'est donc pas exact de dire que ce changement fut effectué en 1859 dans le cas du Bas-Canada: Backhouse, «Involuntary Motherhood», *ibid.* au n° 29.

¹⁰² Voir *Acte concernant les offenses contre les personnes*, L.C. 1869, c. 20, art. 59; *Code criminel*, L.C. 1892, c. 29, art. 271-74.

¹⁰³ Voir *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, L.C. 1968-69, c. 38, art. 18; devenu l'art. 251 (4) à (7) du *Code criminel de 1970*, *supra* note 1.

¹⁰⁴ Voir *Loi modifiant la Loi des aliments et drogues et la Loi sur les stupéfiants ainsi que, par voie de conséquence, le Code criminel*, L.C. 1968-69, c. 41, modifiant L.R.C. 1952, c. 123 & c. 201 & L.C. 1953-54, c. 51.

¹⁰⁵ Voir R. c. *Morgentaler* (1988), *supra* note 2. Sur les motifs retenus par cinq juges sur sept, voir les parties II.B.1.b et c, ci-dessous.

D. Les leçons de l'histoire : conclusion

Au terme de cette première partie, il apparaît clairement que l'interdiction de l'avortement a toujours relevé du droit pénal. En droit romain, les droits de succession de l'enfant conçu sont reconnus dès le Ve siècle avant Jésus-Christ. L'avortement demeure cependant licite jusqu'au début du IIIe siècle après Jésus-Christ. Si l'opposition du mari à cet acte est suivie d'un divorce, une retenue sur la dot peut lui être accordée. L'épouse est alors blâmée d'avoir provoqué l'échec du mariage par son comportement, mais l'avortement n'est pas traité différemment d'un autre type de conduite répréhensible.

Dans l'ancien droit français, le curateur au ventre a essentiellement un rôle de surveillance pendant la grossesse et l'accouchement de la veuve, et ce pour le bénéfice des héritiers potentiels. Il peut également prendre des mesures conservatoires pour protéger les droits de l'enfant conçu ; en pratique, ses interventions sont limitées à la conservation de la succession. Selon les auteurs du XIXe siècle, il ne peut exercer aucune autorité sur la femme enceinte. Pour leur part, les règles de l'ancien droit pénal interdisent clairement l'avortement. En l'absence de condamnation pénale, il ne semble cependant pas que des sanctions civiles aient été imposées à une épouse s'étant fait avorter, quoique le mari ait la possibilité de demander la séparation de corps.

Au XIXe siècle, l'interdiction de l'avortement devient absolue au Canada. Il faut attendre le XXe siècle pour que cette intervention devienne licite à certaines conditions, puis en toute circonstance, après que la disposition pertinente ait été déclarée inopérante dans sa totalité. Si l'on tient compte de ce qui précède, on est porté à conclure que l'avortement ne fait l'objet d'aucune restriction. Reste à savoir si, à l'image du droit romain et du droit civil français, les règles du droit civil québécois et du droit public canadien conduisent également à cette conclusion.

II. La femme enceinte et les droits de l'enfant conçu : les limites du droit québécois

L'affaire *Daigle* a obligé les tribunaux québécois à scruter des textes de droit civil qui ont toujours coexisté avec l'interdiction, absolue ou relative, de l'avortement en droit pénal. En l'absence d'une telle norme, il est devenu nécessaire de réexaminer la situation de l'enfant conçu en droit civil, en particulier les droits qui peuvent être exercés en son nom avant sa naissance (A). Le droit civil reconnaît cependant à la femme une autonomie qui limite la portée de la protection accordée à l'enfant conçu (B). Il apparaît de plus qu'en jumelant l'injonction et une interprétation extensive des droits de l'enfant conçu, on crée en réalité une interdiction fondée sur des considérations morales, assortie d'une sanction pénale. Or le fédéralisme canadien s'oppose à ce qu'un tel résultat soit fondé sur une règle de droit provincial (C).

A. Les droits reconnus à l'enfant conçu en droit civil

La nature exacte du statut juridique de l'enfant conçu est une question complexe. Pour tenter d'y apporter une réponse, il est utile de comparer sa situation et celle d'une personne physique déjà née et bénéficiant d'un régime de protection, tel le mineur. Il apparaît alors que le droit civil est en quelque sorte en situation d'attente pendant la grossesse, jusqu'à ce que l'existence et la viabilité du nouveau-né soient certaines. Ceci ressort aussi bien des dispositions du *Code civil* qui visent principalement les droits patrimoniaux de l'enfant conçu (1) que des règles reconnaissant son existence et ses droits extra-patrimoniaux (2). Ces dernières n'ont cependant jamais reçu application pendant la grossesse ; elles n'ont donc pas pour effet d'interdire l'avortement.

1. Les dispositions du *Code civil*

En 1866, le *Code civil du Bas-Canada* assure la protection des droits de l'enfant conçu au moyen d'une curatelle (a). Les dispositions concernant les successions font cependant ressortir la nature très particulière des droits de l'enfant conçu, qui jouit d'une personnalité conditionnelle à sa naissance et sa viabilité (b). La suspension de la prescription corrobore le fait qu'il est placé dans une catégorie à part, puisque son représentant est dispensé d'agir pendant la grossesse (c).

a. La curatelle à l'enfant conçu

Le *Code civil du Bas-Canada* reconnaît explicitement l'existence de l'enfant conçu. Le législateur a pris acte du fait qu'il peut avoir des intérêts distincts, notamment face aux membres de sa famille. C'est pourquoi un curateur a pour mission de le représenter juridiquement. Deux dispositions traitent de son rôle :

338. Les personnes auxquelles on donne des curateurs sont :

1. Les mineurs émancipés en justice ;
2. Les interdits¹⁰⁶ ;
3. Les enfants conçus mais qui ne sont pas encore nés ;

345. Le curateur à l'enfant conçu, mais qui n'est pas encore né, est chargé d'agir pour cet enfant dans tous les cas où ses intérêts l'exigent ; il a, jusqu'à sa naissance, l'administration des biens qui doivent lui appartenir, et il est alors tenu d'en rendre compte.

Dans l'hypothèse où l'enfant conçu est l'unique héritier, il est nécessaire qu'un représentant puisse agir immédiatement dans son intérêt et celui des successibles qui

¹⁰⁶ Ce paragraphe était en vigueur en 1989 ; il a été abrogé par la *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1989, c. 54, art. 87, entrée en vigueur le 15 avril 1990, D. 360-90, G.O.Q. 1990.II.939.

recueilleront la succession s'il ne naît pas viable. L'article 345 C.c.B.-C.¹⁰⁷ permet donc de protéger l'actif de la succession avant la naissance, en posant des actes conservatoires, par exemple s'il y a déprédation des biens. Par ailleurs, l'article 338 C.c.B.-C. déclare expressément que l'enfant conçu est une personne. L'article 345 fait cependant référence aux «biens qui doivent lui appartenir», reconnaissant ainsi qu'ils ne lui appartiennent pas encore. En outre, les articles 838, 2e al. et 2543 C.c.B.-C. distinguent entre les personnes qui existent et celles qui sont simplement conçues et qui naîtront ultérieurement viables¹⁰⁸. La personnalité de l'enfant conçu se conjugue donc au futur.

¹⁰⁷ Les codificateurs sont fort laconiques sur le sens de cette disposition (voir «Second rapport des commissaires chargés de codifier les lois du Bas-Canada, en matières civiles» dans *Code civil du Bas-Canada, Livre premier*, Québec, Derbshire et Desbarats, 1862 à la p. xciv [ci-après «Rapport des commissaires»]). Par ailleurs, l'institution du curateur à l'enfant conçu a joué, au Québec, un rôle inattendu lorsque le décès du père est dû à un acte fautif. L'octroi d'une indemnité était en effet soumis aux conditions strictes de l'art. 1056 C.c.B.-C, en particulier l'obligation imposée aux personnes y mentionnées d'intenter une action unique dans l'année suivant le décès. L'enfant conçu avait alors intérêt à se joindre aux autres membres de la famille. À titre d'illustration d'une telle situation, voir *Hamel c. Brunelle*, [1977] 1 R.C.S. 147 à la p. 150, où la question n'est toutefois pas discutée. L'article 1056 C.c.B.-C. n'a pas été repris par le *Code civil du Québec*.

¹⁰⁸ Les articles 771, 838, 929 et 2543 C.c.B.-C. se lisent ainsi:

771. La capacité de donner et de recevoir entre vifs se considère au temps de la donation. Elle doit exister à chaque époque chez le donateur et chez le donataire lorsque le don et son acceptation ont lieu par des actes différents.

Il suffit que le donataire soit conçu lors de la donation, ou lorsqu'elle prend effet en sa faveur, s'il est ensuite né viable.

838. La capacité de recevoir par testament se considère au temps du décès du testateur ; dans les legs dont l'effet demeure suspendu après ce décès soit par suite d'une condition, soit dans les cas de legs à des enfants à naître et de substitution, cette capacité se considère au temps où le droit est ouvert.

Il n'est pas nécessaire que la personne avantagée par testament existe lorsque cet acte est fait, ni qu'elle y soit désignée et identifiée d'une manière absolue. Il suffit qu'elle existe au décès du testateur ou qu'elle soit alors conçue et naisse ensuite viable, et qu'elle soit clairement reconnue à cette époque pour celle qui était dans l'intention du testateur.

Même dans les legs qui demeurent suspendus, tel qu'il est mentionné précédemment au présent article, il suffit que le légataire existe ou soit conçu, avec la condition qu'il naîtra viable, et qu'il se trouve être la personne indiquée, au temps où le legs prend effet en sa faveur.

929. L'on peut créer une substitution par donation entre vifs en un contrat de mariage ou autrement, par donation à cause de mort en un contrat de mariage, ou par testament.

La capacité des personnes suit dans chaque cas la nature de l'acte.

La disposition qui substitue peut être conditionnelle comme toute autre donation ou legs.

La substitution peut être attachée à une disposition soit universelle, ou à titre universel, ou à titre particulier.

L'article 192, 2e al. du *Code civil du Québec* déclare les père et mère majeurs ou émancipés tuteurs de plein droit de l'enfant conçu mais non encore né. Il ajoute qu'«ils sont chargés d'agir pour lui dans tous les cas où son intérêt patrimonial l'exige». Cette disposition permet elle aussi de poser des actes afin de protéger les biens qui appartiendront à l'enfant à sa naissance. Si les deux parents ne peuvent exercer la tutelle¹⁰⁹, un tuteur datif doit être nommé, conformément à l'article 205 C.c.Q.

Ainsi, tant le *Code civil du Bas-Canada* que le *Code civil du Québec* reconnaissent l'existence de l'enfant conçu et l'importance de protéger ses intérêts. Les dispositions sur les successions et la prescription nous aideront à cerner la nature très particulière de cette protection.

b. Les successions et la personnalité de l'enfant conçu

L'article 608 C.c.B.-C. restreint de façon significative la personnalité de l'enfant qui n'est pas encore né :

Pour succéder, il faut exister civilement à l'instant de l'ouverture de la succession ; ainsi sont incapables de succéder :

1. Celui qui n'est pas encore conçu ;
2. L'enfant qui n'est pas né viable.

L'article 617, 1er al. C.c.Q. est au même effet¹¹⁰. Ainsi, l'enfant conçu jouit de droits conditionnels : il peut hériter s'il naît viable. Dans le cas contraire, aux yeux de la loi, il est réputé n'avoir jamais existé¹¹¹. En cas de non viabilité, il ne recueille ni ne

Il n'est pas nécessaire que l'appelé ait été présent à la donation entre vifs qui substitue en sa faveur ; il peut même n'avoir été ni né ni conçu lors de l'acte.

2543. Il n'est pas nécessaire que la personne visée existe lors de sa désignation, ni qu'elle soit alors expressément déterminée. Il suffit qu'à l'époque où le droit a pris naissance en sa faveur, elle existe ou soit conçue et naisse viable, et qu'elle soit reconnue comme la personne visée.

¹⁰⁹ Cette situation se rencontre quand les parents sont, soit mineurs et non émancipés (art. 192 C.c.Q. *a contrario*), soit incapable d'exercer pleinement leurs droits civils (art. 179 C.c.Q.).

¹¹⁰ L'aptitude de l'enfant conçu à succéder ou à recevoir des libéralités est confirmée par les articles 439, 1242, 1279, 1814, 1840 et 2447 C.c.Q.

¹¹¹ Voir J.E. Roy, «L'enfant né viable est habile à succéder» (1903-04) 6 R. du N. 372 à la p. 373 ; J.-G. Cardinal, «L'incapacité, Durée de la minorité» (1958-59) 61 R. du N. 128 aux pp. 129-31 ; G. Cornu, «La maladie physique, élément de l'état des personnes» (1961) 7 R.D. McGill 242 à la p. 245 ; A. Mayrand, «La preuve de non-paternité» (1965) 25 R. du B. 177 à la p. 205. Récemment, une auteure signale qu'il est parfois injuste de refuser la personnalité au nouveau-né qui a vécu quelques instants mais n'est pas considéré viable : C. Philippe, «La viabilité de l'enfant nouveau-né» D.1996.Chron.29. En 1866, le *Code civil du Bas-Canada* prévoit qu'un enfant né avant le cent quatre vingtième jour suivant la célébration du mariage mais déclaré non viable ne peut être désavoué par le mari de la mère (art. 222(3)), contrairement à ce qui se produirait dans le cas d'un enfant né viable (art. 221). Cette règle est disparue en 1980 (art. 581-86 du premier *Code civil du Québec*, L.Q. 1980, c. 39 ; art. 530-37 C.c.Q.). Toutefois, on voit mal comment le mari pourrait avoir un intérêt juridique

transmet aucun droit. Il n'a, par conséquent, pas d'héritiers, contrairement à ce qui se produirait s'il s'agissait d'une personne physique. Il s'agit simplement d'une personne en formation, dont les droits ne seront définitivement acquis qu'après la naissance, si elle est alors viable.

La naissance, jointe à la viabilité, constituent, dans cette perspective, un événement futur et incertain, qui seul peut conférer définitivement des droits à l'enfant. Elles s'apparentent ainsi à une condition juridique dont la nature exacte prête à controverse. Selon certains auteurs, la naissance et la viabilité constituent une condition suspensive¹¹². Dans cette hypothèse, les droits de l'enfant conçu n'existant pas encore, ils ne peuvent être exercés avant la naissance, ce qui n'exclut pas le recours à certaines mesures conservatoires (art. 1086 C.c.B.-C. et 1504 C.c.Q.). D'autres préfèrent dire que ces droits existent pleinement et sont soumis à une condition résolutoire, c'est-à-dire qu'ils disparaissent rétroactivement dans l'hypothèse où l'enfant ne naît pas viable (art. 1088 C.c.B.-C., 1506 et 1507, 2e al. C.c.Q.)¹¹³.

Il convient donc d'examiner les dispositions du *Code civil* pour déterminer si, dans l'esprit du législateur, les droits de l'enfant conçu ne doivent être exercés qu'après sa naissance ou si, au contraire, ils peuvent l'être immédiatement. En effet, si l'enfant conçu n'acquiert pas de droits avant de naître viable, il est difficile de soutenir qu'il jouit d'un droit à la vie en attendant l'avènement de cette condition suspensive. Au contraire, ses droits pourraient être plus importants, et même s'étendre jusqu'à la personnalité juridique, si la naissance et la viabilité étaient une condition résolutoire. Selon nous, la position la plus cohérente des défenseurs du droit à la vie de l'enfant conçu est celle de la professeure Suzanne Philips-Nootens, qui propose de ne

suffisant pour désavouer un enfant qui n'a pas été déclaré viable. Notons enfin que l'enfant mort-né et le fœtus avorté de plus de 500 grammes doivent faire l'objet d'une déclaration spécifique (voir *Règlement d'application de la Loi sur la protection de la santé publique*, R.R.Q. 1981, c. P-35, r. 1, art. 9, cité par É. Deleury et D. Goubau, *Le droit des personnes physiques*, Cowansville, Yvon Blais, 1994 à la p. 10, n. 21).

¹¹² Voir Roy, *ibid.* à la p. 376 ; É. Deleury, «Naissance et mort de la personne ou les confrontations de la médecine et du droit» (1976) 17 C. de D. 265 à la p. 278 ; E. W. Keyserlingk, «A Right of the Unborn Child to Prenatal Care — The Civil Law Perspective» (1981) 13 R.D.U.S. 49 à la p. 86 [ci-après «Prenatal Care — Civil Law»] ; voir cependant E. W. Keyserlingk, *The Unborn Child's Right to Prenatal Care*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1984 aux pp. 101-03 [ci-après *Prenatal Care*].

¹¹³ Voir G. Brière, «La jouissance et l'exercice des droits civils : nouvelle version» (1989) 20 R.G.D. 265 à la p. 271 ; R. P. Kouri, «Réflexions sur le statut juridique du fœtus» (1980-81) 15 R.J.T. 193. Voir également l'analyse des professeurs Crépeau, *supra* note 5 aux pp. 264-71, et Philips-Nootens, *supra* note 5 à la p. 210 et s. D'autres ne prennent pas position : A. Mayrand, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1975 à la p. 74, n° 57 ; M. Ouellette, «Et maintenant ... le fœtus?» dans Formation permanente du Barreau du Québec, *Droit et enfant*, Cowansville, Yvon Blais, 1990, 39 ; M. Rivet, «La situation juridique de l'enfant non encore né au Canada (Droit civil)» dans *Travaux du treizième Colloque international de droit comparé*, Ottawa, Édition de l'Université d'Ottawa, 1978, 73 ; M. Rivet, «Le droit à la vie ou "l'hominisation" du XXe siècle : l'éthique et le droit répondent à la science» dans D. Turp et G.A. Beaudouin, dir., *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Cowansville, Yvon Blais, 1986, 445 aux pp. 454-58.

plus faire de cet événement une condition de la personnalité juridique¹¹⁴. Quant à la Cour suprême, elle affirme qu'il s'agit d'une condition suspensive immédiatement après avoir utilisé le langage de la condition résolutoire¹¹⁵, ce qui se passe de commentaires.

Il arrive fréquemment que l'enfant conçu succède conjointement avec d'autres. A priori, rien ne s'oppose à ce que sa part de succession soit fixée immédiatement par un partage, quitte à recommencer l'opération s'il ne survit pas¹¹⁶. Il est cependant infiniment plus simple de différer cette opération jusqu'à la naissance, parce qu'il «existe quelque raison d'utilité qui justifie ce retard» (art. 689, 2e al. C.c.B.-C.). Demolombe n'écrit-il pas qu'«il serait difficile de contraindre les cohéritiers de l'enfant à naître à faire un partage, dont les frais pourraient être complètement perdus, si l'enfant ne naît pas vivant et viable»¹¹⁷. Depuis le 1er janvier 1994, le tribunal peut surseoir au partage pour «éviter une perte», ce qui inclut vraisemblablement des frais inutiles (art. 843 C.c.Q.). De toute manière, le partage ne peut jamais avoir lieu avant

¹¹⁴ Voir *ibid.* aux pp. 212-14.

¹¹⁵ *Daigle* (C.S.C.), *supra* note 4 à la p. 560 :

Les articles 608, 771, 838 et 2543 portent explicitement qu'à moins que le foetus ne naisse vivant et viable, il ne bénéficiera pas des droits y reconnus. Si le foetus ne naît pas vivant et viable, les droits mentionnés dans ces articles s'éteignent, comme si le foetus n'avait jamais existé. Bref, la condition que le foetus naisse vivant et viable est une condition «suspensive».

L'expression «les droits [...] s'éteignent» serait appropriée si des droits en existence étaient anéantis rétroactivement, c'est-à-dire si la condition était résolutoire. Voir Crépeau, *supra* note 5 à la p. 265.

¹¹⁶ Deux possibilités se présentent dans ce cas. Si les biens dévolus initialement à l'enfant conçu se partagent aisément, la situation peut être assimilée à l'omission d'un bien de la succession (art. 751, 3e al. C.c.B.-C.). Un partage supplémentaire peut alors avoir lieu. Par contre, s'il y a eu un tirage au sort de lots composés de biens qui ne peuvent se partager aisément, la non-viabilité de l'enfant conçu constituerait une erreur portant sur le nombre d'héritiers, ce qui justifierait la rescision (art. 751, 1er al. C.c.B.-C.). En cas de désaccord entre les héritiers, une action en rescision devrait être intentée. Voir à ce sujet G. Brière, *Précis du droit des successions*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1993 aux pp. 449-51, n^{os} 681-84 ; A. Mayrand, *Les successions ab intestat*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1971 aux pp. 386-87 et 390, n^{os} 435 et 440.

¹¹⁷ C. Demolombe, *Traité des successions*, t. 1, 4^e éd., Paris, A. Durand et Hachette, 1870 à la p. 248, n^o 188. L'auteur s'appuie également sur le fait qu'il est impossible de connaître à l'avance le nombre d'héritiers (voir *ibid.* à la p. 248 et s., n^o 189). Mayrand signale lui aussi «le danger de procéder à un partage quand un des héritiers est encore dans le sein de sa mère. L'on aura un lot en surplus si l'enfant ne naît pas vivant et viable ; l'on sera à court d'un lot si des jumeaux naissent» (Mayrand, *ibid.* à la p. 286 et s., n^o 328). De même, D. Le Brun écrit : «quand il y a d'autres héritiers du même degré, l'on doute sur quel nombre d'enfants faire fond, & si l'on doit attendre un seul enfant de la grossesse d'une femme, ou si l'on doit compter sur un plus grand nombre ; par exemple, lorsqu'il s'agit de faire un paiement à des héritiers, ou de faire un partage provisionnel [...]» (*Traité des successions*, t. 1, Paris, Veuve Savoye, 1786 à la p. 58). L'auteur conseille alors de compter trois enfants à venir, même s'il est théoriquement possible qu'il y en ait cinq, car «il ne faut pas aussi se régler sur des espèces si rares ni si extraordinaires» (*ibid.*). De nos jours, la technologie permet d'obtenir une réponse immédiate à cette question. Le risque que l'enfant ne naisse pas vivant et viable demeure cependant.

la fin de la liquidation (art. 836 C.c.Q.) ; en pratique, celle-ci risque de durer plus longtemps que la grossesse.

L'hypothèse de la condition résolutoire semble donc peu appropriée, puisque les droits de l'enfant conçu ne seront probablement pas exercés avant la naissance. L'objection n'est cependant pas déterminante, puisqu'on peut admettre que ces droits existent sans être exercés, le partage étant reporté par simple commodité.

L'examen de l'article 691 C.c.B.-C. appuie également la thèse de la condition suspensive. Cette disposition se lit comme suit :

Ni le tuteur au mineur, ni le tuteur ou le curateur au majeur ou à l'absent, ne peuvent provoquer le partage des immeubles de la succession dévolue à ce mineur, ce majeur en tutelle ou en curatelle ou cet absent ; mais ils peuvent y être forcés ou requis, et alors le partage se fait en justice conformément aux dispositions de l'article 693 et avec les formalités requises pour l'aliénation des biens des mineurs.

Il est cependant loisible au tuteur ou curateur de demander le partage définitif des meubles et un partage provisionnel des immeubles de cette succession.

Cet article demeure silencieux quand aux pouvoirs du curateur à l'enfant conçu. Seul le tuteur ou le curateur au mineur, à l'interdit¹¹⁸ et à l'absent peut provoquer un partage des meubles (al.2) ou répondre à une demande de partage (al. 1). Le législateur semble donc refuser au curateur au ventre le droit d'intenter une telle action ou d'y répondre, ainsi que celui de concourir à un partage volontaire¹¹⁹. Tout ceci laisse entendre que le partage doit être reporté dans le cas où l'enfant n'est pas encore né. En outre, en refusant au curateur le droit de demander le partage provisionnel des immeubles, il prive l'enfant conçu du droit de percevoir immédiatement sa part des revenus des immeubles de la succession¹²⁰.

¹¹⁸ Ce terme a été remplacé en 1989 par l'expression «majeur en tutelle ou en curatelle» (*Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, supra note 106, art. 92).

¹¹⁹ Voir l'article 894 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, avant la modification de 1992 (*Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 411) :

Pour concourir à un partage ou à une licitation volontaire, le tuteur ou le curateur doit y avoir été autorisé suivant les règles édictées pour l'aliénation de biens appartenant à un incapable.

Or les règles en question ne font aucune mention du curateur à l'enfant conçu (art. 297 et 343 C.c.B.-C., version de 1989). Celui-ci ne se voit pas conférer les pouvoirs d'un tuteur (art. 345 C.c.B.-C., version de 1989). Par opposition, le mineur émancipé peut faire un acte en suivant les formalités prescrites pour le mineur non émancipé (art. 322 C.c.B.-C.). L.-P. Sirois estime que le curateur au ventre ne peut être autorisé à vendre la part d'un immeuble appartenant à l'enfant conçu, car ce représentant n'est pas mentionné aux articles qui autorisent cet acte (voir *Tutelles et curatelles*, Québec, L'Action sociale, 1921 à la p. 439 et s., n° 591).

¹²⁰ Voici la définition du partage provisionnel contenue dans le *Dictionnaire de droit privé et lexique bilingue*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1991 à la p. 417 :

Partage temporaire qui se rapporte uniquement à la jouissance et à la possession des biens indivis sans mettre fin à l'indivision.

Il est vrai que l'article 345 C.c.B.-C. autorise ce curateur à agir «dans tous les cas où [les] intérêts [de l'enfant conçu] l'exigent», ce qui pourrait théoriquement inclure la représentation lors d'un partage¹²¹. Il est cependant difficile de croire que le fait d'attendre la fin de la grossesse soit préjudiciable à l'enfant. À notre avis, en ne mentionnant pas cette situation, les articles 305 et 691 C.c.B.-C. excluent tout partage dans l'hypothèse où l'un des héritiers est simplement conçu¹²². Le curateur doit donc se contenter d'administrer les biens de la succession conjointement avec les autres héritiers, en prenant, le cas échéant, les mesures conservatoires nécessaires¹²³.

Aux termes du nouveau *Code*, les père et mère majeurs ou émancipés sont de plein droit tuteur de leur enfant conçu ; ils «sont chargés d'agir pour lui dans tous les cas où son intérêt patrimonial l'exige» (art. 192, 2e al. C.c.Q.). Là encore, il est difficile de concevoir qu'il soit nécessaire de procéder immédiatement au partage, qui doit de toute façon avoir lieu après la liquidation (art. 836 C.c.Q.). Après celle-ci, les père et mère ou le tuteur datif semblent être autorisés à «provoquer un partage définitif» des immeubles d'un mineur indivisaire, en obtenant l'autorisation du conseil de tutelle ou, lorsque la valeur des biens à partager excède 25 000 \$, celle du tribunal (art. 213, 1er al. C.c.Q.)¹²⁴. Pour qu'un partage ait lieu, il est évidemment nécessaire

Voir aussi Mayrand, *supra* note 116 à la p 267, n° 304. Ainsi, le tuteur d'un mineur peut répondre à une action en partage et être autorisé à concourir au partage volontaire, en observant certaines formalités. Dans le cas où tous les héritiers majeurs souhaitent maintenir l'indivision, il doit se contenter de demander le partage des meubles et un partage provisionnel des immeubles, qui durera jusqu'à la majorité de son pupille où jusqu'à ce qu'un héritier majeur décide de mettre fin à l'indivision.

¹²¹ Admettre que le curateur à l'enfant conçu concoure au partage suppose qu'il accepte la succession au nom de l'enfant conçu. Avant d'accepter une succession, un tuteur est toutefois tenu d'obtenir une «autorisation, sur avis du conseil de famille» (art. 301 C.c.B.-C.). Or cette disposition ne s'applique pas expressément au curateur à l'enfant conçu. Par ailleurs, les développements qui précèdent nous amènent à conclure que l'enfant conçu ne peut obtenir d'aliments, un problème qui n'est susceptible de se poser que si la femme enceinte est exclue de la succession. En effet, si l'enfant ne naît pas viable, il n'a jamais eu droit à une part de succession. Les aliments lui seraient donc versés au détriment des autres héritiers ou des créanciers de la succession. Depuis 1989, les intérêts du conjoint et des créanciers d'aliments sont protégés par les articles 607.1 à 607.11 C.c.B.-C., devenus à peu de choses près les articles 684-95 C.c.Q. Le problème demeure toutefois dans l'hypothèse où la femme enceinte n'était pas mariée avec le père de l'enfant. Nous ne croyons pas que l'enfant conçu puisse alors être considéré un créancier d'aliments. Pour ce faire, il faudrait accorder un recours alimentaire à la femme enceinte non mariée, ce qui n'a jamais été fait (voir la partie II.B.3.c, ci-dessous).

¹²² Le droit français semble être au même effet : D. Dalloz et A. Dalloz, dir., *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 32, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1855 à la p. 95, n° 131-32 («Minorité») ; Sébag, *supra* note 28 aux pp. 113, 116 et 125, qui envisage diverses situations où les droits de l'enfant ne peuvent être exercés avant sa naissance. Précisons que si nous donnons par la suite plusieurs indications sur le droit français, celles-ci n'ont pas la prétention d'être exhaustives.

¹²³ Voir Sirois, *supra* note 119 à la p. 440 et s., n° 593, où l'auteur envisage une administration conjointe du curateur et du tuteur.

¹²⁴ Si l'immeuble d'un mineur indivisaire vaut moins de 25 000 \$, il faut se demander si l'article 209 C.c.Q. s'applique. Dans cette hypothèse, les père et mère sont dispensés de l'obligation «d'obtenir du conseil de tutelle ou du tribunal des avis ou autorisations dans l'administration des biens de leur enfant mineur». Le partage étant un acte d'aliénation, il est douteux qu'il entre dans le

qu'un successible ayant accepté la succession ou son représentant en fasse la demande (art. 619 C.c.Q.). Or, l'enfant conçu doit naître viable pour succéder (art. 617 C.c.Q.). Il ne peut donc être visé par l'article 638 C.c.Q., qui présume l'acceptation du «mineur», sauf si son représentant y renonce avec l'autorisation du conseil de tutelle. Pour la même raison, l'article 807 C.c.Q., qui permet au liquidateur d'une succession manifestement solvable de verser des acomptes aux héritiers ou aux créanciers d'aliments, ne saurait profiter à l'enfant conçu. Seul le tuteur de l'enfant conçu pourrait éventuellement accepter la succession, dans la mesure où l'intérêt patrimonial de ce pupille l'exigerait ; il est difficile de concevoir que tel soit le cas. Dans l'ensemble, les règles du nouveau *Code* concernant les successions peuvent difficilement s'appliquer à l'enfant conçu pendant la grossesse.

En somme, les droits de l'enfant conçu semblent bien être suspendus jusqu'à la naissance. L'étude des règles concernant la prescription confirme cette conclusion.

c. La suspension de la prescription

L'enfant conçu peut être titulaire d'un droit conditionnel de propriété ou de créance, qui se cristallisera s'il naît viable. L'article 2232 C.c.B.-C. pourvoit à cette situation en édictant que la prescription «ne court pas [...] contre ceux qui ne sont pas nés, ni contre les mineurs, les idiots, les furieux ou les insensés», «[s]auf ce qui est dit à l'article 2269»¹²⁵. Il n'est donc pas nécessaire d'agir au nom de toutes ces personnes pour éviter qu'un possesseur ou une personne débitrice n'obtienne contre elles le bénéfice de la prescription. Aux termes de l'article 2269 C.c.B.-C., ce principe reçoit cependant exception dans le cas des prescriptions de moins de dix ans¹²⁶, qui courent uniquement contre les mineurs et les interdits ; l'enfant conçu n'est pas mentionné. Ainsi, contrairement au tuteur d'un mineur, le curateur à l'enfant conçu n'est pas tenu d'intenter une action afin d'interrompre une courte prescription, qu'il s'agisse d'un recours délictuel ou contractuel. Le législateur semble donc présumer que seules les

cadre des pouvoirs d'administration des parents d'y consentir. En revanche, l'intention du législateur est d'alléger la charge des père et mère lorsque leur pupille possède des biens d'une valeur peu élevée. Une interprétation restrictive des termes «dans l'administration des biens de leur enfant mineur» pourrait conduire à exiger de nombreuses autorisations (art. 211 à 213 et 215 C.c.Q.) et à priver d'effet l'article 209.

¹²⁵ Notons que les termes «idiots, furieux et insensés» ont été remplacés en 1989 par l'expression «majeur inapte à consentir» (*Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, *supra* note 106, art. 127).

¹²⁶ Le texte se lisait ainsi en 1989 :

2269. Les prescriptions que la loi fixe à moins de trente ans, autres que celle en faveur des tiers-acquéreurs d'immeubles avec titre et bonne foi, et celle en cas de rescision de contrat mentionnée en l'article 2258, courent contre les mineurs, les idiots, les furieux et les insensés, pourvus ou non de tuteur ou de curateur, sauf recours contre ces derniers.

La prescription de l'article 2259 ayant été ramenée de dix à cinq ans depuis 1866, seules la prescription du tiers-acquéreur et de l'article 2258 sont fixées à dix ans. Ainsi, en 1989, l'article 2269 visait en pratique les prescriptions de moins de dix ans.

mesures urgentes seront prises avant la naissance, le statu quo étant maintenu en matière de prescription¹²⁷.

Sous le nouveau *Code*, la prescription ne court pas contre l'enfant à naître (art. 2905, 1er al. C.c.Q.). Elle court cependant contre le mineur ou le majeur sous curatelle ou sous tutelle, sauf à l'égard des recours qu'ils peuvent avoir contre leur représentant (art. 2905, 2e al. C.c.Q.). Ainsi, dans le cas d'un débiteur ou d'un possesseur, la prescription est suspendue face à l'enfant conçu ; elle recommence à courir à la naissance¹²⁸.

Le curateur (sous le C.c.B.-C.) ou le tuteur (sous le C.c.Q.) à l'enfant conçu ne sont donc jamais tenus d'intenter une action et d'encourir des frais qui deviendront inutiles si l'enfant ne naît pas viable ; sous le C.c.B.-C., cela évitait les frais inhérents à la reprise d'instance par le tuteur. Il peut néanmoins être plus prudent d'interrompre la prescription avant la naissance, afin d'éviter toute contestation par la suite. Il s'agit là de l'exemple type d'une mesure conservatoire¹²⁹. Tout indique donc qu'aux yeux du législateur, les droits de l'enfant conçu ne sont pas exercés pendant la grossesse, sauf s'il faut agir pour éviter la perte d'un droit devant éventuellement lui appartenir. Les dispositions du *Code* étudiées jusqu'à maintenant portant principalement sur des droits patrimoniaux, il convient de se demander quelles autres conséquences peuvent être tirées de l'existence de l'enfant conçu en droit civil québécois.

2. Les conséquences découlant de la reconnaissance des droits de l'enfant conçu

La reconnaissance des droits de l'enfant conçu a eu des conséquences importantes en matière de responsabilité civile (a). Certains auteurs font également appel aux rè-

¹²⁷ Un cas particulier confirme cette interprétation. Supposons qu'au décès du défunt, il ne reste que quelques heures avant qu'une courte prescription ne soit acquise par le débiteur de la succession, alors que les héritiers sont tous mineurs. Il est logique de conclure qu'une telle prescription est suspendue jusqu'à la nomination d'un tuteur qui soit légalement habilité à intenter l'action en leur nom. En effet, immédiatement après le décès, les héritiers mineurs sont dans l'«impossibilité absolue en droit ou en fait d'agir [...] en se faisant représenter par d'autres» (art. 2232 C.c.B.-C.) pendant le temps requis pour nommer un tuteur. L'argument a été invoqué sans succès dans une cause où un avis avait été envoyé tardivement au nom de mineurs, ce qui ne nécessitait pas la nomination d'un tuteur : *Crépeault c. Québec (Ville de)*, [1979] R.P. Qué. 11 (C.A.). Voir aussi *Schuller c. Madill*, [1975] C.S. 908 et *Methot c. Du Tremblay* (1886), 12 Q.L.R. 251 (Ct. Rev.). Dans le cas où l'un des héritiers est simplement conçu, il n'est pas nécessaire que le curateur interrompe la prescription, puisque celle-ci est suspendue par le jeu de l'article 2232 C.c.B.-C. et que l'article 2269 ne s'applique pas. Si la prescription est sur le point d'être acquise après la naissance, elle demeure suspendue jusqu'à la nomination d'un tuteur, comme dans le cas de l'héritier mineur.

¹²⁸ Les père et mère majeurs ou émancipés sont de plein droit tuteur de leur enfant mineur et peuvent agir pour leur enfant conçu dans tous les cas où son intérêt patrimonial l'exige (art. 192 C.c.Q.) ; ils peuvent donc interrompre la prescription sans être nommés par le tribunal. Le risque que celle-ci soit acquise après la naissance mais avant la nomination d'un tuteur existe si les parents décèdent tous les deux ou sont mineurs et non émancipés.

¹²⁹ Voir Brière, *supra* note 113 à la p. 98, n° 117.

gles des obligations conditionnelles dans le but de montrer que l'avortement est illécite (b).

a. La responsabilité civile

La jurisprudence a eu à se pencher à quelques reprises sur le cas d'une interruption de grossesse provoquée par un comportement fautif. Dans cette hypothèse, la femme enceinte subit un préjudice corporel et des inconvénients multiples qui doivent évidemment être réparés¹³⁰. À ce jour, la jurisprudence n'a pas accordé d'indemnité pour la disparition de l'enfant à naître¹³¹. Dans cette hypothèse, l'enfant conçu n'est pas assimilé à un descendant. En effet, la perte du soutien éventuel apporté par un enfant déjà né a toujours été indemnisée. En ce qui concerne la douleur ressentie par les parents en raison de son décès, sous l'empire du *Code civil du Bas-Canada*, elle ne donnait pas lieu à une indemnité, du moins antérieurement à un arrêt d'octobre 1996¹³². Sous le nouveau *Code civil*, les principes généraux de la responsabilité civile s'appliquent (art. 1457 C.c.Q.), notamment la réparation du préjudice moral (art. 1607 C.c.Q.). Dans ces conditions, il semble bien que la perte d'un enfant conçu occasionne un tel préjudice, tout comme celle d'un nouveau-né ou d'un enfant en bas âge. Il est cependant probable que l'indemnité accordée dans la première hypothèse sera

¹³⁰ Voir *Lavoie c. Rivière-du-Loup* (Cité de), [1955] C.S. 452 aux pp. 456-57 ; *Langlois c. Meunier*, [1973] C.S. 301 aux pp. 304-05.

¹³¹ Voir *Lavoie c. Rivière-du-Loup* (Cité de), *ibid.* ; *Julien c. J.E. Roy Inc.*, [1975] C.S. 401 aux pp. 406-07 ; J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle*, Cowansville, Yvon Blais, 1985 à la p. 420, n° 901 [ci-après *Responsabilité civile*] ; *contra Langlois c. Meunier*, *ibid.* Les deux premiers jugements, refusant l'octroi de dommages pour la perte d'un enfant à naître, ont été appliqués dans des décisions concernant la *Loi sur l'assurance-automobile*, L.R.Q. 1977 c. A-25 : *Assurance-automobile* — 25, [1982] C.A.S. 270 ; *Assurance-automobile* — 9, [1984] C.A.S. 489. Par contre, après avoir conclu qu'aucune faute n'a été commise, un juge de la Cour supérieure déclare qu'il aurait été disposé à accorder des dommages au père pour la «perte des joies de la paternité» s'il avait tenu la défenderesse responsable (*Bilodeau c. Montréal (Société de transport de la communauté urbaine de)*, [1991] R.R.A. 768 à la p. 771 (C.S.), conf. sans discuter cette question par (9 février 1996), Montréal, 500-09-001704-915, J.E. 96-482 (C.A.)).

¹³² Avant le 1er janvier 1994, si l'enfant conçu avait été considéré comme un descendant, l'indemnisation du préjudice résultant de sa disparition aurait été régie par l'article 1056 C.c.B.-C. Une jurisprudence très critiquée excluait alors toute réparation de la douleur ressentie par les parents, connue sous le nom de *solatium doloris*. Seule la perte d'un soutien éventuel était réparée, ce qui donnait lieu à des indemnités très modestes si l'enfant était mort en bas-âge (voir *Langlois c. Meunier*, *ibid.* aux pp. 305-06 ; Baudouin, *Responsabilité civile*, *ibid.* aux pp. 425-32, n° 914-18 ; P. Deslauriers, «Droit québécois et droit français des obligations : divergence et concordance» dans Glenn, dir., *supra* note 6, 311 aux pp. 337-434 ; J. S. Poirier, «Autopsie d'une disposition disparue ; l'article 1056 du Code civil du Bas Canada» (1995) 29 R.J.T. 657). Pour indemniser la douleur subie par les parents, il fallait donc affirmer que l'enfant conçu n'était pas un descendant, afin d'appliquer les règles ordinaires de la responsabilité civile (voir *Langlois c. Meunier*, *ibid.* à la p. 305). D'autres jugements ont implicitement considéré que ce type de préjudice ne pouvait être indemnisé, l'assimilant peut-être inconsciemment au *solatium doloris* (voir la note précédente). La Cour suprême du Canada a renversé sa jurisprudence et reconnu le préjudice moral découlant du décès d'un descendant : *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268, 138 D.L.R. (4^e) 617 [ci-après *Augustus c. Gosset* avec renvois aux R.C.S.].

moins élevée que dans les deux autres cas. En effet, les risques de fausse couche sont généralement connus du public, et les liens émotifs entre les parents et l'enfant prennent une autre dimension après la naissance¹³³. La reconnaissance du préjudice moral consécutif à l'interruption d'une grossesse ne signifie donc pas que l'enfant conçu est considéré comme une personne déjà née. Il convient par ailleurs de noter que cette conclusion est parfaitement compatible avec les règles du droit pénal canadien¹³⁴.

¹³³ En France, un arrêt reconnaît que la femme enceinte dont la grossesse est interrompue par un acte fautif subit un préjudice dont la nature exacte (souffrances morales ou physiques, ou combinaison des deux) n'est pas précisée (Cass. civ. 2^e, 17 mai 1973, Gaz. Pal. 1974. 1^{er} sem. Jur.71 (note H.M.) ; pour une appréciation différente de cet arrêt, voir G. Mémeteau, «Le refus de soins à l'enfant conçu» (1979) 15 Rev. trim. dr. san. et soc. 317 à la p. 328 [ci-après «Refus de soins»] ; voir également C. Atias, «La situation juridique de l'enfant conçu» dans J.-B. D'Onorio *et al.*, dir., *La vie prénatale — Biologie, Morale et droit : Actes du VI^e Colloque national des juristes catholiques, Paris, 15-17 novembre 1985*, Paris, Tequi, 1986, 117 à la p. 124). La «très modeste indemnité accordée au père» en première instance ne fait pas l'objet d'un pourvoi en Cour d'appel et de cassation (Cass. civ. 2^e, 17 mai 1973, *ibid.* ; pour des exemples d'indemnités accordées aux parents dans des circonstances semblables, voir Cons. d'État, 19 mai 1983 et Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1987, arrêts inédits disponibles dans la banque de données informatisée LEXILASER). Le préjudice d'agrément a d'ailleurs déjà été accordé pour la perte d'un animal (voir Y. Lambert-Faivre, *Le droit du dommage corporel*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1993 à la p. 198, n° 201 ; G. Viney, *La responsabilité : conditions*, Paris, L.G.D.J., 1982 à la p. 330, n° 268). Ainsi, le fait que la perte d'un enfant conçu soit indemnisée ne permet pas de conclure que celui-ci est traité de la même manière qu'un enfant déjà né. Il peut fort bien s'agir d'un espoir perdu, d'une tristesse devant l'échec de la grossesse, sans que cette souffrance soit de même nature que celle ressentie lors du décès d'un enfant déjà né (en ce sens, voir *Juris-classeur civil*, art. 1382-86, «Évaluation du préjudice corporel : Dommages à la personne en cas de décès» par M. Perrier, Fasc. 202-2, n° 203).

¹³⁴ Le fait de citer le *Code criminel*, ne prête donc pas à conséquence (voir *Lavoie c. Rivière-du-Loup (Cité de)*, *supra* note 130 à la p. 457 et les commentaires du professeur Crépeau, *supra* note 5 à la p. 250 et s.). L'article 223(1) du *Code criminel*, *supra* note 1, définit les termes «être humain» de la façon suivante :

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 ;
- c) que le cordon ombilical soit coupé ou non.

Les dispositions du *Code criminel* concernant la négligence criminelle (*ibid.*, art. 220-21) protègent l'intégrité d'une «personne» plutôt que celle d'un «être humain» ; ces derniers termes sont employés dans la définition de divers type d'homicide (*ibid.*, art. 222, 224-29). Les défenseurs des droits du fœtus ont donc prétendu que le terme «personne» était plus large que l'expression «être humain», à l'inverse de ce qui est avancé en droit civil (voir *R. c. Sullivan*, [1991] 1 R.C.S. 489 à la p. 502, 122 N.R. 166 [ci-après *Sullivan avec renvois aux R.C.S.*]). Notons que, dans cet arrêt, le procureur de la Couronne semble avoir refusé de défendre cette thèse en raison de l'arrêt *Daigle* (C.S.C.), *supra* note 4 à la p. 501, bien qu'une partie intervenante l'ait fait ; la Cour a rejeté cette argumentation (voir *Sullivan*, *ibid.* aux pp. 502-03). Il convient de souligner qu'une personne qui, «au cours de la mise au monde, cause la mort d'un enfant qui n'est pas devenu un être humain» est coupable de meurtre (*Code criminel*, *ibid.*, art. 238). D'autre part, la Cour provinciale de l'Alberta a décidé qu'un inculpé ayant poignardé une femme enceinte et causé la mort du fœtus devait être renvoyé à son procès sous une accusation de tentative de meurtre, nonobstant le fait qu'un meurtre ne pouvait être commis dans

En cas de préjudice corporel causé durant la grossesse, l'enfant né viable peut tenter une action en dommages intérêts. En effet, si l'enfant survit, ses droits remontent à sa conception : il est censé avoir existé lorsque la faute a été commise et lui a causé préjudice¹³⁵. La maxime *Infans conceptus jam pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* trouve ici application. Il suffit cependant de dire que la nature du préjudice ne peut être connue avant la naissance ; on justifie ainsi cette solution sans faire appel à une fiction¹³⁶. Dans de telles circonstances, une action en dommages intentée pendant la grossesse serait prématurée. En effet, elle risquerait de devenir sans objet¹³⁷ si l'enfant ne naissait pas viable, car il n'existerait plus de victime pouvant demander réparation.

Ici encore, les droits de l'enfant conçu sont simplement préservés jusqu'à ce que l'on sache s'il naîtra viable. La réparation du préjudice subi pendant la grossesse suppose bien l'existence d'un droit à l'intégrité physique¹³⁸, mais celui-ci demeure conditionnel à la naissance et à la viabilité. À l'heure actuelle, la personne qui, par sa faute, met fin au développement de l'enfant conçu ne cause pas un préjudice reconnu par le droit civil. Il est néanmoins concevable qu'un recours puisse être exercé de façon préventive afin de protéger l'intégrité physique de l'enfant conçu¹³⁹.

On l'a dit, l'enfant conçu est réputé être né lorsqu'il y va de son intérêt. Ce principe permet de réparer une atteinte à son intégrité physique ayant eu lieu avant sa naissance, en faisant appel aux règles usuelles de la responsabilité civile¹⁴⁰. Certains

ces circonstances (voir *R. c. Severight* (1993), 154 A.R. 51, 31 C.R. (4^e) 45 ; par la suite, l'accusation de tentative de meurtre a été abandonnée).

L'article 223(2) du *Code criminel* déclare que le fait d'infliger à un enfant, avant ou pendant la naissance, «des blessures qui entraînent sa mort après qu'il est devenu un être humain» constitue un homicide. Si l'enfant survit, il n'y a donc pas d'infraction. Pour qu'il y ait tentative, il est nécessaire que l'accusé ait l'intention de provoquer le décès de l'enfant après sa naissance ; il ne suffit pas que l'accusé entende causer des blessures au fœtus. Une femme enceinte ayant introduit une carabine à plomb dans son vagin et blessé grièvement le fœtus ne commet donc pas d'infraction si l'enfant survit après l'accouchement : *R. c. Drummond* (1997), 143 D.L.R. (4^e) 368 (Ont. Ct. (Prov. Div.)).

En France, où il n'existe pas de disposition semblable à l'article 223, la Cour d'appel de Douai a reconnu qu'un accident de la route ayant provoqué la perte d'un fœtus de neuf mois constituait un homicide involontaire : Douai, 2 juin 1987, J.C.P. 1989.II.21250 (note X. Labbée).

¹³⁵ Voir *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456 aux pp. 461-62, 4 D.L.R. 337.

¹³⁶ Voir *ibid.* à la p. 476 et s., le juge Cannon.

¹³⁷ Voir Sébag, *supra* note 28 à la p. 116. Dans la mesure où l'enfant est déjà né au moment du procès, le fait que l'action ait été intentée de façon prématurée ne prête pas à conséquence. Pendant la grossesse, la partie défenderesse peut cependant soutenir qu'elle n'a pas à engager des frais tant qu'elle ne peut être fixée sur l'étendue de sa responsabilité, c'est-à-dire tant qu'elle ne sait pas avec certitude si l'enfant naîtra viable ou s'il est en bonne ou mauvaise santé.

¹³⁸ Voir Crépeau, *supra* note 5 à la p. 273, n° 79.

¹³⁹ Voir la partie II.B.3.b, ci-dessous.

¹⁴⁰ Pour des exemples d'application de la maxime en droit français, voir Sébag, *supra* note 28 aux pp. 63-119. Au Québec, la jurisprudence reconnaît parfois les droits de l'enfant conçu sans citer cette maxime. Ainsi, un enfant dont le père est décédé pendant que sa mère le portait a pu profiter des termes d'une police d'assurance même si l'article 2543 C.c.B.-C. n'était pas en vigueur au moment du décès (voir *Cyr-Grenier c. Compagnie d'assurance générale de commerce*, [1979] C.P. 26 (voir *Loi*

auteurs affirment par ailleurs que l'application de cette maxime pourrait servir de base à l'interdiction de l'avortement. En effet, il serait de l'intérêt de l'enfant conçu de protéger son intégrité physique pendant la grossesse. On pourrait dès lors envisager que soit demandée une injonction interdisant à la mère de se faire avorter. Une telle conclusion pose toutefois de graves problèmes en droit canadien, dans la mesure où l'emploi de l'injonction pour une telle prohibition est susceptible d'empiéter sur la compétence fédérale en droit criminel¹⁴¹. À ce sujet, il n'est pas sans intérêt de noter que les codificateurs ont sans doute tenu pour acquis l'illégalité de l'avortement, mais ils n'en soufflent mot dans leurs travaux¹⁴². Il semble donc que dans leur esprit, il ne s'agit pas là d'une question de droit civil. Néanmoins, il convient de se demander si un droit conditionnel à la naissance de l'enfant conçu peut avoir pour conséquence d'interdire l'avortement.

b. L'avortement et la réalisation de la condition

On l'a dit, la naissance et la viabilité constituent la condition requise pour que l'enfant conçu puisse être définitivement titulaire de droits. Certains considèrent qu'il s'agit d'une condition à caractère suspensif, tandis que d'autres y voient plutôt une condition résolutoire. Quelle que soit la solution retenue, il ne s'ensuit pas que la mère soit dans l'impossibilité de poser un geste qui empêche la réalisation de la condition. À cet égard, les articles 1084 C.c.B.-C. et 1503 C.c.Q. se lisent :

L'obligation conditionnelle a tout son effet lorsque le débiteur obligé sous telle condition en empêche l'accomplissement.

La professeure Philips-Nootens affirme que cette disposition pourrait avoir pour effet d'interdire l'avortement¹⁴³. Pourtant, si elle devait être appliquée, la femme devrait uniquement subir les conséquences patrimoniales de sa décision, comme si l'enfant était venu au monde, sans pour autant que l'avortement soit interdit. En effet, les articles 1084 C.c.B.-C. et 1503 C.c.Q. n'interdisent pas au débiteur d'empêcher la réalisation de la condition suspensive ou de provoquer la réalisation de la condition résolutoire¹⁴⁴. Ces dispositions rendent plutôt l'obligation exigible, en faisant abstrac-

sur les assurances, L.Q. 1974, c. 70) ; voir également *Royal Trust Co. c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250, 40 N.R. 361).

¹⁴¹ Voir la partie II.C, ci-dessous. Sur la situation en France, voir G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Les personnes*, Paris, L.G.D.J., 1989 aux pp. 54-56, n° 44.

¹⁴² Voir «Rapport des commissaires», *supra* note 107.

¹⁴³ Voir Philips-Nootens, *supra* note 5 à la p. 212. La professeure Philips-Nootens admet alors, pour les fins de la discussion, que la naissance et la viabilité constituent une condition suspensive. Le professeur Crépeau se contente de déclarer que l'article 1084 C.c.B.-C. «n'est pas étranger à [son] propos» (*supra* note 5 à la p. 267).

¹⁴⁴ Si la condition résolutoire se réalise, les parties sont obligées de se restituer mutuellement les prestations reçues (art. 1507 C.c.Q.). On peut soutenir que le principe qui sous-tend l'article 1503 C.c.Q. vise également la partie qui empêche l'accomplissement d'une telle condition, auquel cas la restitution doit avoir lieu comme si l'obligation était résolue.

tion de cet acte¹⁴⁵. Pour que l'analogie soit valable, il faudrait faire comme si l'avortement n'avait pas eu lieu et considérer que l'enfant est né.

Cette fiction ne pourrait cependant profiter aux pseudo-héritiers de l'enfant disparu par suite de l'avortement. En effet, l'enfant qui n'est pas né viable est incapable de succéder (art. 608 C.c.B.-C. et 617 C.c.Q.). Il est censé n'avoir jamais existé ni eu de biens, il ne peut donc transmettre de succession. À notre avis, les articles 1084 C.c.B.-C. ou 1503 C.c.Q., qui ne s'appliquent pas expressément à l'enfant conçu¹⁴⁶, ne peuvent faire obstacle aux termes clairs des articles 608 C.c.B.-C. et 617 C.c.Q., qui privent l'enfant mort-né de la capacité recueillir une succession. La maxime voulant que l'enfant conçu soit réputé être né lorsqu'il y va de ses intérêts conduit au même résultat. En effet, elle ne peut être invoquée par des tiers, ce qui serait le cas des pseudo-héritiers de l'enfant conçu. Le fait que la femme ait pu se faire avorter dans le but d'hériter d'une succession ou d'augmenter sa part ne nous semble pas davantage pertinent. Si l'on accepte ce raisonnement, aucune conséquence juridique ne peut découler d'une naissance fictive.

Que l'on adopte la thèse de la condition suspensive ou de la condition résolutoire, les mesures conservatoires qui peuvent être prises aux termes des articles 1086 C.c.B.-C. et 1504 C.c.Q. n'incluent pas l'interdiction de l'avortement. En effet, si l'enfant conçu n'a qu'un droit conditionnel à son intégrité physique, son représentant ne peut exiger l'accomplissement de la condition. Toute cette discussion montre qu'on ne peut assimiler en tout point la naissance à une condition régie par les règles des obligations¹⁴⁷.

3. Les droits de l'enfant conçu en droit civil : conclusion

L'analyse qui précède permet de constater que les droits de l'enfant conçu ont toujours été subordonnés à la condition qu'il naisse viable. Dans certains cas, le *Code* prévoit expressément qu'il n'est pas nécessaire d'agir en son nom avant sa naissance. De même, la réparation du préjudice qu'il subit pendant la grossesse n'a lieu qu'en cas de naissance et de viabilité. Enfin, l'analogie avec le régime des obligations conditionnelles amène à conclure que rien n'interdit de provoquer la réalisation d'une condition.

L'enfant conçu apparaît ainsi comme une personne en formation dont les droits sont destinés à être exercés après la naissance¹⁴⁸. Si tel est le cas, il n'est pas visé par

¹⁴⁵ L'inaction du débiteur peut parfois empêcher la réalisation de la condition suspensive. L'obligation devient alors exécutoire et peut faire l'objet d'une injonction (voir *Association des travailleurs et travailleuses du Café Campus (Montréal) inc. c. Association des résidents de la paroisse de Côte-des-Neiges* (19 mai 1993), Montréal 500-09-002153-922, J.E. 93-1042 (C.A.) ; *Guenter Kaussen c. Scanti Investments Ltd.*, [1981] C.S. 191, pourvoi suivi d'un désistement).

¹⁴⁶ La théorie de la personnalité conditionnelle de l'enfant conçu est une construction doctrinale fondée sur une analogie ainsi que sur les termes de l'article 607 C.c.B.-C.

¹⁴⁷ Ce dont les auteurs cités à la note 143 conviennent pleinement.

¹⁴⁸ Voir Deleury et Goubau, *supra* note 111 à la p. 12 et s. ; C. Neirinck, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Paris, L.G.D.J., 1984 à la p. 19, n° 18. Pour des opinions en sens

le premier alinéa de l'article 18 C.c.B.-C. ou par l'article premier C.c.Q., selon lesquels «[t]out être humain possède la personnalité juridique»¹⁴⁹. Bien que des mesures puissent être prises pour éviter qu'il ne perde des droits, ce principe n'a jamais été étendu à la protection de son intégrité physique pendant la grossesse. De toute manière, la reconnaissance des droits de l'enfant conçu ne débouche pas forcément sur l'interdiction de l'avortement. En effet, une telle règle aurait pour effet de limiter la liberté et les droits de la femme enceinte. C'est cette question que nous allons maintenant étudier.

B. Liberté de choix ou droit à la vie de l'enfant conçu ?

Le fait d'opposer les intérêts de l'enfant conçu à la liberté de la femme enceinte ne va pas sans créer de nombreuses difficultés. Il convient de les examiner en détail, afin de bien mesurer les problèmes que pose une reconnaissance d'un droit à la vie de l'enfant conçu. Le droit civil reconnaît l'autonomie décisionnelle de la femme pour tout ce qui concerne sa santé ; ces principes s'opposent aux intérêts de l'enfant conçu (1). Il en va de même de certaines autres règles qui peuvent être invoquées au soutien de la liberté de choix de la femme enceinte (2). Par ailleurs, les dispositions du *Code civil du Québec* ne sauraient suffire à assurer une protection satisfaisante d'un quelconque droit à la vie de l'enfant conçu (3). C'est en ayant toutes ces considérations à l'esprit qu'il faut se demander si les termes « être humain » employés dans la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁵⁰ et dans le *Code civil du Québec*, peuvent englober l'enfant conçu (4).

1. Les droits de la femme enceinte concernant sa santé

Plusieurs droits reconnus à la femme en matière de santé trouvent application pendant la grossesse. Il en est ainsi du droit de refuser des soins ou un traitement (a), du droit à la préservation de sa santé psychologique (b) ainsi que du droit d'obtenir sans délai un avortement requis pour des motifs de santé (c).

a. Le droit de refuser de se faire soigner

Dissocier juridiquement l'enfant conçu et la femme enceinte conduit à se demander si le tribunal peut ordonner à la mère de subir un traitement dans l'intérêt de l'enfant. De façon tout à fait cohérente, les défenseurs des droits de l'enfant conçu ré-

contraire, voir Atias, *supra* note 133 ; G. Mémeteau, «La situation juridique de l'enfant conçu» (1990) 89 R.T.D.C. 611 [ci-après «Situation juridique»] et Mémeteau, «Refus de soins», *supra* note 133.

¹⁴⁹ Sur le sens des mots «être humain», voir la partie II.B.4, ci-dessous. Si l'enfant conçu devait être qualifié d'être humain, il posséderait la personnalité juridique et serait une personne humaine. Celle-ci étant «inviolable» (art. 19, 1er al. C.c.B.-C. et art. 3 C.c.Q.), il aurait alors droit en tout temps à la protection de son intégrité physique.

¹⁵⁰ L.R.Q. c. C-12 [ci-après *Charte québécoise*].

pondent par l'affirmative à cette question¹⁵¹. Pourtant, le majeur apte à consentir a le droit de refuser des soins¹⁵²; nul texte n'autorise une dérogation à cette règle, à tel point qu'une personne peut se laisser mourir¹⁵³. On voit mal au nom de quel principe la mère pourrait être obligée de recevoir des traitements, ce qui s'est pourtant déjà produit aux États-Unis¹⁵⁴.

¹⁵¹ Voir P.-A. Crépeau, «Le consentement du mineur en matière de soins et traitements médicaux ou chirurgicaux selon le droit civil canadien» (1974) 52 R. du B. Can. 247 à la p. 251, n° 10, qui reconnaît cependant que la question est délicate; R. P. Kouri, «Blood Transfusions, Jehovah's Witnesses and the Rule of Inviolability of the Human Body» (1974) 5 R.D.U.S. 157 à la p. 170 et s. Pour sa part, le professeur Keyserlingk affirme qu'une intervention du législateur serait requise pour obliger la mère à se faire traiter dans l'intérêt du fœtus (voir *Prenatal Care*, *supra* note 112 aux pp. 60-67); telle semble être l'opinion de M.-J. Bernardi, qui s'oppose à l'imposition d'obligations à la femme enceinte (voir *Le droit à la santé du fœtus au Canada*, Montréal, Thémis, 1995 aux pp. 212-15).

¹⁵² Art. 19 à 19.4 C.c.B.-C. L'art. 19, 2e al. C.c.B.-C. prévoit que : «[n]ul ne peut porter atteinte à la personne d'autrui sans son consentement ou sans y être autorisé par la loi». Il a été édicté en 1971, en même temps que la disposition reconnaissant la personnalité juridique à tout être humain (*Loi modifiant de nouveau le Code civil et modifiant la Loi abolissant la mort civile*, L.Q. 1971, c. 84, art. 2); il a été repris par l'article 10, 2e al. C.c.Q. Sur la question du consentement, voir A. Bernardot et R. P. Kouri, *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, R.D.U.S., 1980 aux pp. 129-38, n° 192-207; A. Lajoie, P. A. Molinari et J.-M. Auby, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1981 aux pp. 306-09, n° 498-501; N. Girard, *Le consentement du mineur aux soins médicaux*, Cowansville, Yvon Blais, 1993 aux pp. 176-80. Le nouveau Code préserve ces règles dans le cas du majeur apte à consentir (art. 11 C.c.Q.). En cas d'incapacité, la décision de consentir aux soins proposés doit être prise dans le seul intérêt de la personne concernée (art. 19.3 C.c.B.-C et 12 C.c.Q.), ce qui montre bien que l'intérêt de tiers, tel l'enfant conçu, ne doit pas être pris en considération. La distinction entre l'aptitude et l'incapacité a été critiquée récemment (voir D. Blondin et É. Gagnon, «De l'aptitude à consentir à un traitement ou à le refuser : une analyse critique» (1994) 35 C. de D. 649).

¹⁵³ Voir *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361 (C.S.) [ci-après *Nancy B.*]. Le jugement *Nancy B.* a été approuvé par la Cour suprême dans l'affaire *Rodriguez c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1993] 3 R.C.S. 519 à la p. 598 de l'opinion majoritaire du juge Sopinka et à la p. 560 de celle du juge en chef Lamer, les autres juges ne remettant pas en cause ce principe (p. 624 de l'opinion de la juge McLachlin), 107 D.L.R. (4^e) 342 [ci-après *Rodriguez* avec renvois aux R.C.S.]. Voir sur cette question J. M. Gilmour, «Withholding and Withdrawing Life Support from Adults at Common Law» (1994) 31 Osgoode Hall L.J. 473.

¹⁵⁴ Voir Bernardi, *supra* note 151 à la p. 209 et s.; B. M. Knoppers, *Conception artificielle et responsabilité médicale, Une étude de droit comparé*, Cowansville, Yvon Blais, 1986 aux pp. 178-88; S. Martin et M. Coleman, «Judicial Intervention in Pregnancy» (1995) 40 R.D. McGill 947, notamment aux pp. 965-68. Dans les provinces de *common law*, les tribunaux ont refusé d'appliquer les lois de protection de la jeunesse à une telle situation (voir *Re Baby R.* (1989), 30 B.C.L.R. (2^e) 237, 53 D.L.R. (4^e) 69 (C.S. C.B.); *Re A (in utero)* (1990), 75 O.R. (2^e) 82, 72 D.L.R. (4^e) 722 (Unif. Fam. Ct.)). Sur la jurisprudence antérieure, voir notamment T. B. Dawson, «A Feminist Response to "Unborn Child Abuse: Contemplating Solution"» (1991) 9 R.C.D.F. 157; A. Diduck, «Legislating Ideologies of Motherhood» (1993) 2 Soe. & Leg. Studies 463; S. A. Tateishi, «Apprehending the Fetus *En Ventre de sa Mère*: A Study in Judicial Sleight of Hand» (1989) 53 Sask. L.R. 113. Au Nouveau-Brunswick, une loi provinciale de protection de la jeunesse, la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, c. F-2.2, art.1, s'applique au fœtus (voir *Nouveau-Brunswick (Ministre de la santé et des services communautaires) c. D. (A.)* (1991), 109 R.N.-B. (2^e) 192 (B.R.), où l'on ordonne à l'intimée d'être suivie par un médecin et une hygiéniste. Notons que dans ce dernier arrêt, le droit

À notre avis, en cette matière, l'autonomie décisionnelle inhérente à la personne humaine ne saurait être niée dans l'intérêt de tiers. Nous croyons qu'il en est ainsi même en cas de toxicomanie ou d'alcoolisme. Compte tenu du droit de refuser un traitement, l'obligation de se soumettre à une cure de désintoxication doit résulter d'un texte législatif exprès ; elle ne saurait être imposée au nom des intérêts de l'enfant conçu¹⁵⁵. L'effectivité d'une telle obligation est d'ailleurs sujette à caution. Aucun problème ne se pose si la femme enceinte accepte de participer à la cure. Par contre, si elle refuse, elle risque de s'enfuir et de reprendre la consommation de drogue, d'alcool ou de produits chimiques. Si une injonction a été délivrée, elle s'expose à une condamnation pour outrage au tribunal et à une peine d'emprisonnement ; il est également concevable qu'elle soit gardée contre son gré dans un établissement de santé. Ces problèmes pourraient inciter les femmes enceintes toxicomanes ou alcooliques à ne pas consulter les professionnels de la santé, ce qui serait manifestement contraire au but recherché par une telle ordonnance. Même si l'obligation de se faire traiter protégeait de façon efficace l'enfant conçu de la consommation de drogue ou d'alcool, le pouvoir judiciaire devrait s'abstenir de créer par lui-même une telle règle, qui n'a aucun équivalent dans le cas des autres personnes ayant une dépendance¹⁵⁶. Le législateur est mieux à même de préciser dans quelles conditions une détention peut être ordonnée, en s'assurant au préalable que la mesure est véritablement nécessaire et bénéfique¹⁵⁷.

constitutionnel à la liberté de la mère n'a été ni plaidé, ni considéré par la Cour ; au même effet, voir *Nouveau-Brunswick (Ministre de la santé et des services communautaires) c. L. (C.)*, [1992] A.N.-B. No 349 (QL) (B.R. N.-B.).

¹⁵⁵ Voir à ce sujet la partie II de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, c. N-1, qui n'a pas été mise en vigueur. L'illégalité de la consommation de stupéfiants peut donner lieu à une poursuite pénale, ni plus ni moins. Au Yukon, une disposition permettait d'ordonner à la femme enceinte dont le fœtus présentait un « syndrome » dû à l'alcool de participer à une activité supervisée ou de recevoir des conseils. Elle a été déclarée inopérante parce que l'expression « *foetal alcohol syndrome* » était trop vague, ce qui contrevenait à l'article 7 de la *Charte canadienne*, *supra* note 9: *Joe c. Yukon Territory (Director of Family and Children's Services)* (1986), 5 B.C.L.R. (2) 267 (C.S. Y.).

¹⁵⁶ Pour cette raison, la femme enceinte contrainte de suivre une cure de désintoxication dans un établissement de santé pourrait être victime de discrimination. En revanche, il est difficile de concevoir que son droit à la sécurité de la personne (art. 7 de la *Charte canadienne*, *ibid.*) soit compromis par cette obligation, à moins que le sevrage ne lui fasse courir un risque important. C'est plutôt son droit à la liberté qui est en cause.

¹⁵⁷ Le 12 septembre 1996, la Cour d'appel du Manitoba casse un jugement ordonnant à une femme enceinte de cesser d'inhaler des solvants et de suivre une cure de désintoxication (*Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) c. G. (D.F.)*, [1996] M.J. n° 398 (QL) [ci-après *Winnipeg Child*], arrêt unanime rendu par une formation de cinq juges ; le 18 octobre 1996, la Cour suprême du Canada a accordé l'autorisation de se pourvoir, [1996] 3 R.C.S. xiv. Compte tenu de la preuve faite en première instance, le juge Twaddle conclut que la *Loi sur la santé mentale*, L.R.M. 1987, c. M110, ne peut s'appliquer (voir *Winnipeg Child*, *ibid.*, par. 4-11). Il note qu'en *common law*, les droits de l'enfant conçu ne peuvent être exercés avant sa naissance (voir *ibid.*, par. 22-25). Il se demande si les tribunaux devront interdire la consommation d'alcool ou de tabac afin de protéger la santé de l'enfant (voir *ibid.*, par. 25-29) ; cela risquerait de susciter un sentiment d'animosité chez la mère (voir *ibid.*, par. 28). Or, les juges n'ont pas le pouvoir d'obliger une personne majeure et apte à consentir à suivre un traitement. En outre, il est difficile de concevoir qu'une condamnation pour outrage au tribunal

La mère peut donc refuser un traitement nécessaire à la survie de l'enfant qui est en son sein. Si celui-ci est bien un être humain, il en résulte un paradoxe : le refus de la femme de se faire soigner peut théoriquement faire en sorte que la grossesse ne soit pas menée à terme, tandis qu'il lui serait interdit de se faire avorter¹⁵⁸.

Un constat semblable a été fait en France¹⁵⁹. Un père naturel¹⁶⁰ a demandé au tribunal d'ordonner à la mère de se faire suivre par un médecin¹⁶¹. Le tribunal a répondu : «pendant la période de la conception toute mesure de protection de la personne physique de l'enfant ne peut être efficace qu'à travers la personne physique de la mère ; [...] le juge ne saurait donc prescrire les mesures sollicitées pour cette période sans porter atteinte aux droits de la personnalité de cette dernière»¹⁶². La doctrine ap-

puisse être prononcée contre une femme enceinte toxicomane (voir *ibid.*, par. 32-34). Le juge Twaddle cite la *Déclaration des droits de l'enfant*, Rés. A.G. 1386 (xiv), Doc. Off. AG NU, 14^e sess., p. 19, Doc. NU A/4354 (1959), qui reconnaît le droit à une protection juridique avant et après la naissance. Il invite le législateur à mettre en oeuvre ce droit (voir *Winnipeg Child, ibid.*, par. 35-37). Il précise que la compétence *parens patriae* peut être exercée uniquement après la naissance (voir *ibid.*, par. 14-15) ; voir aussi M. Morin, «La compétence *parens patriae* et le droit privé québécois : un emprunt inutile, un affront à l'histoire» (1990) 50 R. du B. 827 à la p. 890 et s. ; au Québec, cette compétence n'existe pas (voir *W(V) c. S.(D.)*, [1996] 2 R.C.S. 108 à la p. 145, par. 59), 134 D.L.R. (4^e) 481.

¹⁵⁸ On retrouve malheureusement une distinction semblable en matière d'euthanasie, même lorsque la personne est consciente : le refus de se faire soigner est licite, mais l'aide au suicide ne l'est pas (voir *Rodriguez, supra* note 153 aux pp. 560 et 605-06). Il s'agit là de la conséquence de l'art. 241(b) du *Code criminel*, *supra* note 1, qui interdit expressément l'aide au suicide ; à l'inverse, aucune disposition ne vise expressément la cessation d'un traitement.

¹⁵⁹ Voir Trib. civ. Bizerte, 22 novembre 1955, D.1957.Jur.138.

¹⁶⁰ Le tribunal déclare que «la validité de la reconnaissance de l'enfant naturel simplement conçu est admise par une jurisprudence constante, l'enfant existant dès sa conception et le devoir des auteurs commençant dès ce moment» (*ibid.* à la p. 139). L'intérêt d'une reconnaissance anticipée tient notamment au fait qu'entre 1907 et 1970, le premier parent naturel qui reconnaît son enfant détient la puissance paternelle sur lui, sauf s'il en est privé subséquemment par le juge (voir art. 383 C.N., tel que modifié par la *Loi du 2 juillet 1907 relative à la protection et à la tutelle des enfants naturels*, J.O., 4 juillet 1907; Bull. 2862, n° 49519, D.P.1907.IV.148, remplacé par la *Loi n° 70-459 du 4 juin 1970*, J.O., 5 juin 1970, 5227, D.1970.Lég.138.). La reconnaissance peut résulter de l'acte de naissance ou d'un acte authentique (voir art. 335 C.N.). Au Québec, la reconnaissance volontaire ou forcée a toujours été possible (voir art. 240 et 214 C.c.B.-C., version de 1866 ; comparer avec l'art. 340 C.N., interdisant la recherche de paternité sauf «s'il existe des présomptions ou indices graves») et les enfants naturels étaient placés sous l'autorité de leur père et mère (voir art. 243 C.c.B.C., version de 1866). La reconnaissance volontaire est demeurée possible par la suite (voir art. 577-78 du premier *Code civil du Québec, supra* note 111 ; art. 526-28 C.c.Q.).

¹⁶¹ Pour pouvoir bénéficier des allocations de toute nature versées par l'État français, la femme enceinte doit se soumettre à trois examens médicaux pendant la grossesse : *Code de la santé publique*, Décret n° 53-1001 du 5 octobre 1953 ; Décret n° 55-512 du 11 mai 1955 ; Décret n° 56-907 du 10 septembre 1956, art. L. 159 (abrogé par la *Loi n° 89-899 du 18 décembre 1989*, art. 3, J.O., 19 décembre 1989, 15735.)

¹⁶² Trib. civ. Bizerte, 22 novembre 1955, *supra* note 159 à la p. 139. Le tribunal déclare, immédiatement avant ce passage, que la puissance paternelle, organisée dans l'intérêt de l'enfant, offre une protection qui peut être «nécessaire tant à l'époque de la conception qu'au moment de l'accouchement», sans préciser dans quelles conditions elle pourrait trouver à s'appliquer. Il est clair

prouve ce raisonnement¹⁶³. Plus récemment, une veuve demande l'implantation d'embryons fécondés *in vitro* du vivant de son mari. Le Tribunal de Grande Instance de Rennes déclare ce qui suit :

Le Code civil, enfin et surtout, n'admet l'établissement de liens entre le foetus et les parents que pour l'hypothèse et dans l'attente de la naissance. Tel est le cas de la reconnaissance anténatale d'enfant naturel, de nul effet pendant la grossesse et réputée non avenue en cas de mort avant terme ; tel est le cas de la recherche de paternité ou de l'action à des fins de subsides, qui ne se fondent sur les liens anténataux qu'au profit d'un enfant né.

[...]

Le législateur civil n'a donc pas entendu anticiper l'autorité parentale et Mme O... ne peut ni s'en prévaloir, ni se prévaloir de ce que son mari aurait exercé seul ou conjointement, ou voulu voir exercer une autorité de ce type¹⁶⁴.

Au sujet de l'adage *infans conceptus*, «longuement examiné par les parties», le tribunal fait une déclaration à l'emporte-pièce : cette maxime «est une facilité intellectuelle qui n'établit des droits qu'au profit d'un enfant né»¹⁶⁵. La jurisprudence française refuse donc aux parents le droit d'exercer l'autorité parentale pendant la grossesse, qu'il s'agisse d'une femme enceinte ou d'un embryon non implanté.

cependant que dans cette affaire, les droits de la femme enceinte ne sont pas restreints par cet énoncé de principe.

¹⁶³ Voir *ibid.* à la p. 140 (note A.R.) ; H. Desbois, «Puissance paternelle : droit de l'auteur d'une reconnaissance d'enfant naturel simplement conçu» (1957) 55 R.T.D.C. 310 ; Desbois entrevoit toutefois le problème posé par l'arrêt *Daigle* (C.S.C.), mais il ne prend pas position (voir *ibid.* à la p. 312) ; Neirinck, *supra* note 151 à la p. 36, n° 35. Christian Atias reconnaît que :

[I]l fait qu'une intervention ne puisse être imposée à la mère dont le corps est en cause lui confère seulement une sorte de veto qui s'ajoute à l'autorité dont elle dispose en qualité de mère ; ce veto ne peut être exercé librement que dans la mesure où un danger véritable est à craindre pour la mère. Dans tous les autres cas, si la contrainte est exclue, la responsabilité envers l'enfant et son père ne l'est pas (*supra* note 133 à la p. 128 [notes omises]).

Le problème de la responsabilité de la mère dans une telle hypothèse ne s'est toutefois pas posé en jurisprudence française. Pour sa part, Gérard Mémeteau déplore la solution retenue par le Tribunal Civil de Bizerte et appelle à un changement d'attitude (voir «Situation juridique», *supra* note 148 à la p. 623).

Au Nouveau-Brunswick, un enfant a allégué que pendant la grossesse, sa mère a conduit un véhicule automobile de manière imprudente et causé l'accident qui est à l'origine des blessures qu'il a subies à ce moment. L'action a été déclarée recevable en droit (*Dobson c. Dobson* (1997), 143 D.L.R. (4^e) 189 (B.R. N.-B.) conf. par [1997] N.B.J. n° 232 (QL)).

¹⁶⁴ Trib. gr. inst. Rennes, 30 juin 1993, J.C.P.1994.II.22250 (note C. Neirinck). Le refus de permettre l'implantation d'embryons chez une veuve a été confirmé par le législateur (*Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994*, art. 8, J.O., 30 juillet 1994, 11060 ; art. L. 152-2, al. 3, du *Code de la santé publique*, *supra* note 161).

¹⁶⁵ Trib. gr. inst. Rennes, 30 juin 1993, *ibid.*

b. Le droit à la santé physique et psychologique

Le droit à la sûreté et à l'intégrité physique de la personne¹⁶⁶ comprend beaucoup plus que le droit de refuser un traitement. Il protège le droit à la santé physique et psychologique de la femme enceinte¹⁶⁷. Le législateur québécois reconnaît d'ailleurs à

¹⁶⁶ Voir *Charte québécoise*, *supra* note 150, art. 1 ; art. 7 de la *Charte canadienne*, *supra* note 9. Cette dernière disposition n'entre en jeu que si l'atteinte à la vie, la liberté et la sécurité de la personne ne respecte pas les « principes de justice fondamentale ». Elle doit de plus être imputable au pouvoir législatif ou exécutif de l'État (voir art. 32 de la *Charte canadienne*). Tel serait le cas d'une loi ayant pour effet d'interdire l'avortement sous peine d'emprisonnement. Dans l'arrêt *Daigle* (C.S.C.), la Cour suprême déclare que la *Charte canadienne* ne vient pas au secours de M. Tremblay, parce que l'État n'a pris aucune mesure concernant le fœtus (*supra* note 4 aux pp. 570-71). Il s'agit donc d'un litige privé au sens de l'arrêt *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, 33 D.L.R. (4^e) 174. L'art. 7 aurait peut-être pu s'appliquer à Chantal Daigle parce que celle-ci était menacée d'emprisonnement.

La jurisprudence de la Cour, qui est loin d'être claire, a reconnu par la suite qu'un pouvoir discrétionnaire conféré par une loi doit être exercé de manière à respecter la *Charte canadienne*, qu'une disposition législative doit être interprétée conformément à celle-ci et que les règles de *common law* s'appliquant à un litige privé doivent respecter les valeurs de la *Charte canadienne* (voir notamment *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1992] 2 R.C.S. 211 aux pp. 246-48 et 311, 81 D.L.R. (4^e) 545 ; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3 aux pp. 25, 90, 107, 109 et 120, 108 D.L.R. (4^e) 193 ; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141 aux pp. 181, 190, 191-92 et 195, 108 D.L.R. (4^e) 287 ; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835 aux pp. 875, 892-93, 908-12, 918 et 942-44, 120 D.L.R. (4^e) 12 ; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130 aux pp. 1159-72, 126 D.L.R. (4^e) 129).

Dans ces conditions, il est certain qu'une disposition du *Code civil* doit être interprétée de manière à ce conformer aux valeurs de la *Charte canadienne*, tout comme une règle de *common law*. En outre, une disposition du *Code civil* qui contrevient à la *Charte canadienne* sera déclarée inopérante (voir *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 230 à la p. 327, dissidence de la juge Wilson, 70 D.L.R. (4^e) 545).

¹⁶⁷ Voir *R. c. Morgentaler* (1988), *supra* note 2 aux pp. 55-57, 61 et 68-73 (le juge en chef Dickson), 81, 88-89, 101-105 et 108, (le juge Beetz), 163 et 173 (la juge Wilson) ; voir également *Rodriguez*, *supra* note 153 aux pp. 587-88 (M. le juge Sopinka pour la majorité). Ces arrêts peuvent être utilisés pour interpréter l'article 1 de la *Charte québécoise*, *supra* note 150, puisque les termes de cette disposition et ceux de l'art. 7 de la *Charte canadienne*, *ibid.*, sont très semblables (voir *Québec (Curateur Public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211 au par. 102, le juge L'Heureux-Dubé, 138 D.L.R. (4^e) 577 [ci-après *St-Ferdinand* avec renvois aux R.C.S.] ; *Ford c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712 aux pp. 748 et 768-71, 54 D.L.R. (4^e) 577). Notons qu'aux termes de l'art. 52 de la *Charte québécoise*, l'art. 1 a préséance sur les autres lois québécoises. De plus, celles-ci doivent être interprétées dans le sens indiqué par la *Charte québécoise* (voir art. 53). L'article 1 a été modifié en 1982 ; il protège le droit à « l'intégrité » de la personne, tandis qu'en 1975, seule « l'intégrité physique » de la personne était visée (voir *Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, c. 6., art. 1 ; *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, c. 61, art. 1 ; *St-Ferdinand*, *ibid.* au par. 95). Pour compromettre le droit à l'intégrité, une atteinte « doit laisser des marques, des séquelles qui, sans être nécessairement physiques ou permanentes, dépassent un certain seuil » ; elle « doit affecter de façon plus que fugace l'équilibre physique, psychologique ou émotif de la victime » (*St-Ferdinand*, *ibid.* au par. 97). Nous croyons que le préjudice psychologique découlant du refus de pratiquer un avortement répond à ces conditions (voir *infra*, note 169).

cette dernière le droit de recevoir des soins adéquats aux plans scientifique, humain et social¹⁶⁸. L'avortement permet dans certains cas d'éviter une atteinte à la santé psychologique de la femme¹⁶⁹. Il est cependant difficile de déterminer si un tel risque existe. Cet exercice est susceptible de donner lieu à de nombreux litiges et d'aboutir à des résultats très variables. À titre d'exemple, imaginons qu'une personne n'ayant aucun lien avec l'enfant conçu sollicite la délivrance d'une injonction pour protéger celui-ci. La mère célibataire répond que si l'injonction est délivrée, elle confiera l'enfant à l'adoption. Elle ajoute que ceci lui causera un préjudice plus considérable que l'avortement, ce que confirme une psychologue, qui est contredite par un psychiatre. Bien malin le juge qui pourra trancher le débat sur la base d'une telle preuve¹⁷⁰.

Jean Rhéaume estime que seules les menaces à l'intégrité physique de la mère peuvent justifier un avortement, encore qu'il vante le courage des femmes qui sont prêtes à se sacrifier en accouchant (voir *Droits et libertés de la personne et de la famille*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990 aux pp. 20, 100 et 103 et s. [ci-après *Droits et libertés*]).

¹⁶⁸ L'art. 4 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q. c. S-5, prévoyait en 1989 :

Toute personne a droit de recevoir des services de santé et des services sociaux adéquats sur les plans à la fois scientifique, humain et social, avec continuité et de façon personnalisée, compte tenu de l'organisation et des ressources des établissements qui dispensent ces services. [...]

L'art. 5 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q. c. S-4.2, en vigueur depuis le 1er octobre 1992, est au même effet. Il peut avoir des répercussions en droit civil (par exemple, *St-Ferdinand*, *ibid.* au par. 107). Dans d'autres provinces, certains gouvernements ont décidé de ne pas défrayer le coût d'avortements pratiqués dans des cliniques privées plutôt que dans des hôpitaux. Ces décisions ont été jugées contraire à la loi provinciale pertinente prévoyant le paiement des actes médicaux requis par l'état de santé d'un patient. Divers motifs de droit administratif ont conduit à ce résultat (voir *British Columbia Civil Liberties Association c. Colombie-Britannique (P.G.)* (1988), 24 B.C.L.R. (2^e) 189 (C.S. C.-B.) ; *Morgentaler c. New Brunswick (P.G.)* (1990), 98 N.B.R. (2^e) 45 (B.R.) ; *Lexogest inc. c. Manitoba (P.G.)* (1993), 85 Man.R. (2^e) 8 (C.A.) ; voir également *Nouvelle-Écosse (P.G.) c. Morgentaler* (1989), 93 N.S.R. (2^e) 202, 64 D.L.R. (4^e) 297 à la p. 304 (C.S. N.-É.), conf. par (1990), 96 N.S.R. (2^e) 54, 69 D.L.R. (4^e) 559 (C.A. N.-É.), autorisation de se pourvoir refusée, [1990] 2 R.C.S. ix ; *contra Morgentaler c. Prince Edward Island (Minister of Health & Social Services)* (1996), 144 Nfld. & P.E.I.R. 263, 139 D.L.R. (4^e) 603 (C.A. I.-P.-É.)).

¹⁶⁹ Il semble établi que dans 25 à 33 % des cas, le refus d'autoriser un avortement occasionne à la femme des séquelles psychologiques qui perdurent pendant plusieurs années (voir P.K.B. Dagg, «The Psychological Sequelae of Therapeutic Abortion — Denied and Completed» (1991) 148 Am. J. Psychiatry 578 à la p. 582 et s. [ci-après «Psychological Sequelae»] et P.K.B. Dagg, «The Clinical Impact of Research on Abortion» Paper presented at the American Psychiatric Association Annual Meeting, May 1993, San Francisco, (manuscrit inédit) à la p. 14 et s. [ci-après «Clinical Impact»]). Je remercie le professeur Dagg de m'avoir transmis ces documents.

¹⁷⁰ Dans une affaire où un homme réclamait une injonction interdisant à son ex-amie de se faire avorter, un médecin a déclaré que la continuation de la grossesse causerait un préjudice psychologique à celle-ci (voir *Murphy c. Dodd* (1990), 70 O.R. (2^e) 681 à la p. 686 (H.C. Ont.)). La possibilité que l'avortement cause un préjudice psychologique est statistiquement très faible ; le soulagement et le bonheur est la réaction la plus courante des femmes qui subissent cette intervention. Un risque existe si la décision de se faire avorter résulte de pressions exercées par l'entourage de la femme enceinte ou si celle-ci éprouve de l'anxiété ou un sentiment de culpabilité face à la grossesse. Entre 10 et 15 % des femmes subissent un tel préjudice, qui s'estompe en quelques mois (voir *Dieleman c. On-*

À notre avis, demander à la femme enceinte d'accoucher et de confier son enfant à l'adoption, c'est forcément lui infliger un préjudice psychologique qui constitue une atteinte au droit à l'intégrité garanti par l'article 1 de la *Charte québécoise*¹⁷¹. L'affaire *Daigle* fournit un exemple d'une telle situation. Devant les tribunaux, Jean-Guy Tremblay n'a jamais offert de prendre charge de l'enfant à naître. Si Chantal Daigle avait choisi de ne pas élever celui-ci, elle aurait dû le confier à d'autres personnes, peut-être même à l'adoption. Elle aurait subi les conséquences psychologiques de cette décision.

Des exemples tirés de la jurisprudence permettent de constater que les problèmes décrits ci-dessus ne sont pas imaginaires. Le premier concerne une dentiste, mère de famille, qui est à nouveau enceinte en dépit de la vasectomie subie par son mari¹⁷². Le 17 mars 1972, sur les conseils de son médecin, elle se rend dans l'état de New York subir un avortement. Elle demande ensuite un remboursement à la Régie de l'assurance-maladie, comme l'y autorise à cette époque la *Loi de l'assurance-maladie*¹⁷³. Le tribunal doit décider s'il s'agit d'un avortement thérapeutique au sens de cette loi ; il conclut que les dispositions du *Code criminel* ne s'appliquent pas lorsque cette intervention a lieu à l'étranger.

À l'audience, le médecin de la demanderesse déclare qu'au moment de la consultation, celle-ci était déprimée, agitée et anxieuse ; à son avis, elle était sur le point de

tario (P.G.) (1995), 20 O.R. (2^e) 229, 117 D.L.R. (4^e) 449 aux pp. 613-17 (Ont. Ct. (Gen. Div.)) [ci-après *Dieleman* avec renvois aux D.L.R.] ; «Psychological Sequelae», *ibid.* aux pp. 579-82, et «Clinical Impact», *ibid.* aux pp. 1-8). La jurisprudence fournit quelques exemples de préjudice psychologique résultant d'un sentiment de culpabilité face à la grossesse et l'avortement (voir *Yu c. Tang*, [1988] B.C.J. n° 1436 aux écrans 5-6, 10-11 (Q.L.) (C.S. C.-B.) ; *Mainville c. Hôpital général de Montréal*, [1992] R.R.A. 579 (C.S.) ; *Lebrun c. Graham* (1995), 30 Alta.L.R. (3^e) 369 (B.R.)). Dans ces deux derniers cas, il s'agissait de grossesses découlant de la faute professionnelle d'un médecin.

¹⁷¹ *Supra* note 150. Par le passé, dans divers pays d'Europe, dans 6 à 19 % des cas, les femmes confiaient leur enfant à l'adoption après qu'une demande d'autorisation d'un avortement a été refusée («Psychological Sequelae», *ibid.* à la p. 582). Il y a tout lieu de croire que le traumatisme lié à l'abandon d'un enfant est considérable. Le mouvement des retrouvailles témoigne de la force du lien que la société a, par le passé, forcé la mère à rompre. L'enfant et la mère cherchent souvent à se retrouver ; le législateur autorise cette démarche, à certaines conditions (voir art. 632 du premier *Code civil du Québec*, *supra* note 111 ; art. 583 C.c.Q.). Les adversaires du droit à l'avortement demandent pourtant à la femme enceinte de confier son enfant à l'adoption (voir B. Godard, «La lutte contre le droit à l'avortement au Canada» dans Lamoureux, dir., *supra* note 97, 126 aux pp. 141 et 153 ; *Dieleman*, *ibid.*). Notons qu'en France, la Cour de cassation affirme qu'on ne peut reprocher à une femme d'avoir refusé de confier son enfant à l'adoption après l'échec d'une intervention légale destinée à provoquer un avortement (voir Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 1991, J.C.P.1992.II.21784 (note J.-F. Barbiéri)) ; la Cour a toutefois conclu que «l'existence de l'enfant qu'elle a conçu ne peut, à elle seule, constituer pour sa mère un préjudice juridiquement réparable [...] en l'absence d'un dommage particulier [...] ajouté aux charges normales de la maternité» ; voir également Bordeaux, 26 janvier 1995, J.C.P.1995.IV.1568.

¹⁷² Voir *L. (S.B.) c. Régie de l'assurance-maladie* (6 juin 1975), Montréal 05-002515-73, [1975] C.S. 757 (résumé) [ci-après *L. (S.B.)*].

¹⁷³ L.Q. 1970, c. 37, art. 9. Le remboursement est évidemment limité au montant qui aurait été payé au Québec en pareille circonstance.

faire une dépression. Pour se conformer à la procédure prévue par le *Code criminel*, elle aurait dû patienter quatre à cinq semaines, ce qui aurait augmenté son sentiment d'anxiété ainsi que les risques posés par l'avortement¹⁷⁴. C'est pourquoi il lui fut recommandé de se rendre dans l'état de New York ; un autre médecin déclare qu'il approuve pleinement cette décision. Le tribunal conclut qu'un avortement thérapeutique a été pratiqué et que la patiente a droit au remboursement demandé. La Cour d'appel confirme le jugement, dans un arrêt unanime et inédit¹⁷⁵.

La première affaire *Morgentaler* porte également sur cette question¹⁷⁶. L'accusé invoque en défense l'état de nécessité, affirmant qu'il a pratiqué un avortement pour protéger la santé de la femme enceinte. La majorité des juges rejette cet argument. À leur avis, rien ne permet de conclure qu'il n'était pas possible de présenter une demande à un comité de l'avortement thérapeutique¹⁷⁷. Dans sa dissidence, le juge en chef Laskin, avec l'appui des juges Judson et Spence, considère que le juge de première instance a eu raison de soumettre ce moyen de défense au jury. En l'espèce, l'accusé a déclaré qu'après avoir rencontré la patiente pendant quelques minutes, il a jugé qu'un avortement était devenu nécessaire pour mettre fin à l'état d'anxiété, d'insomnie et à la perte d'appétit de celle-ci, ainsi qu'au préjudice physique qui pouvait résulter de la continuation de la grossesse. Il a ajouté avoir craint qu'elle ne pose «quelque geste irréfléchi»¹⁷⁸. Le juge en chef conclut qu'il n'y a pas lieu de casser le verdict d'acquiescement du jury¹⁷⁹.

La défense de nécessité a été invoquée avec succès par le docteur Morgentaler lors d'un deuxième procès devant jury, tenu peu après le jugement rendu par la Cour

¹⁷⁴ Voir *L.(S.B.)*, *supra* note 172 aux pp. 8-12 du texte intégral du jugement.

¹⁷⁵ Voir *Régie de l'assurance-maladie du Québec c. L. (S.B.)* (22 novembre 1976), Montréal 500-09-000770-750 (C.A.).

¹⁷⁶ Voir *Morgentaler c. R.*, [1976] 1 R.C.S. 616, 53 D.L.R. (3^e) 161 [ci-après *Morgentaler c. R.* (1976) avec renvois aux R.C.S.].

¹⁷⁷ Voir *ibid.* aux pp. 659 (le juge Pigeon) et 684-85 (le juge Dickson, alors juge puîné).

¹⁷⁸ *Ibid.* aux pp. 638-39.

¹⁷⁹ Voir *ibid.* à la p. 654. La dissidence du juge en chef Laskin était également fondée sur le fait que le jury était en droit d'appliquer l'art. 45(b) du *Code criminel*, *supra* note 1. Cette disposition exonère une personne pratiquant une opération chirurgicale «s'il est raisonnable de pratiquer l'opération, étant donné l'état de santé de la personne au moment de l'opération» (*ibid.*). Il va de soi qu'en matière pénale, l'accusé a le bénéfice du doute, même s'il invoque la défense de nécessité (voir *Perka c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 232 aux pp. 257-58, 13 D.L.R. (4^e) 1). Les manifestants bloquant l'accès de cliniques d'avortement ont invoqué sans succès la défense de nécessité pour justifier leur geste et échapper à une condamnation pour outrage au tribunal (voir *Everywoman's Health Center Society* (1988) c. *Bridges* (1989), 61 D.L.R. (4^e) 126 à la p. 133, 48 C.C.C. (3^e) 535 (C.S. C.-B.) [ci-après *Everywoman's Health* (1989) (C.S. C.-B.) avec renvois aux D.L.R.], conf. par *Everywoman's Health Center Society* (1988) c. *Bridges* (1990), 54 B.C.L.R. (2^e) 273 à la p. 290, 78 D.L.R. (4^e) 529 (C.A. C.-B.) [ci-après *Everywoman's Health* (1990) (C.A. C.-B.)] ; *R. c. Toth* (1991), 63 C.C.C. (3^e) 273 à la p. 287 (C.A. C.-B.), autorisation de se pourvoir refusée, [1991] 1 R.C.S. xv ; *R. c. Watson*, [1996] B.C.J. n° 733 au par. 22 (Q.L.) (C.A. C.-B.)). La défense de nécessité a également été rejetée en France dans des circonstances semblables (voir Cass. crim., 31 janvier 1996, D.1996.Inf.64). La défense de nécessité a été jugée recevable lorsque des voies de fait ont été commises pour empêcher qu'un fœtus ne soit blessé par la femme enceinte elle-même (voir *R. c. Manning* (1994), 31 C.R. (4^e) 54 (C.P. C.-B.)).

suprême¹⁸⁰. L'accusé y a fait état de la difficulté d'obtenir l'autorisation requise pour qu'un avortement soit pratiqué suffisamment rapidement dans un hôpital accrédité. À son avis, cela rendait nécessaire une intervention pratiquée sans délai en clinique privée¹⁸¹. Plus récemment, les tribunaux ont enjoint des manifestants de ne plus se tenir à l'entrée de cliniques d'avortement. Ces militants tentaient de dissuader les femmes de se faire avorter. En 1988 et en 1989, ils obstruaient carrément le passage. En 1994 et en 1995, leurs propos étaient à l'occasion courtois et sereins, mais ils avaient le plus souvent pour effet d'harcéler et d'intimider celles qui franchissaient ce barrage. Les femmes enceintes qui subissaient ces pressions entraient à la clinique anxieuses, agitées ou même en larmes. Leur droit à la santé psychologique était compromis par l'attitude des manifestants, d'où la délivrance d'injonctions¹⁸².

Ces exemples montrent qu'une grossesse qui n'a pas été ou qui n'est plus désirée occasionnera fréquemment un préjudice psychologique que des professionnels peuvent identifier et décrire devant le tribunal. Comme le disait le juge McIntyre, «il est vraiment impossible de faire face à une grossesse non voulue, sans difficulté sur le plan psychologique»¹⁸³. Qui plus est, l'obtention d'une décision judiciaire se prononçant sur l'existence d'un tel préjudice requiert un temps précieux dans ces circonstances, car cela augmente les risques de complications découlant de l'avortement. Il en résulte une atteinte à l'intégrité physique de la femme enceinte.

c. Les risques posés par l'avortement et les délais judiciaires

Pendant la grossesse, chaque semaine qui passe accroît les risques reliés à l'avortement¹⁸⁴. Pour cette raison, les délais inhérents à l'audition d'une demande

¹⁸⁰ Voir *R. c. Morgentaler*, [1976] C.A. 172, autorisation de se pourvoir refusée, [1976] 1 R.C.S. x.

¹⁸¹ Voir *ibid.* à la p. 179.

¹⁸² Voir *Morgentaler c. Wiche*, [1989] O.J. n° 2582 par. 7 et 11 (Q.L.) (C.S. C.-B.) ; *Everywoman's Health Center Society* (1988) c. *Bridges* (1993), 109 D.L.R. (4^e) 345 aux pp. 351-52 (C.S. C.-B.) [ci-après *Everywoman's Health* (1994) (C.S. C.-B.)] ; *Dieleman*, *supra* note 170 aux pp. 696, 727-28, 733-35. En Colombie-Britannique, une loi provinciale interdit toute manifestation et toute communication dans un périmètre délimité par règlement autour de cliniques où l'on pratique des avortements. Cette atteinte à la liberté d'expression est raisonnable dans une société libre et démocratique (voir *R. c. Lewis* (1996), 24 B.C.L.R. (3^e) 247, 139 D.L.R. (4^e) 480 (C.S. C.-B.)).

¹⁸³ *R. c. Morgentaler* (1988), *supra* note 2 à la p. 148. Il s'agit de l'opinion dissidente, à laquelle souscrit le juge La Forest.

¹⁸⁴ Les risques liés à l'avortement sont très faibles comparativement aux autres interventions médicales, y compris la grossesse et l'accouchement. Ils sont décrits dans certaines actions en responsabilité qui ont d'ailleurs été rejetées (voir *Victor c. Dionne*, [1986] R.R.A. 279 (C.S.) ; *Masson c. De Koois*, [1990] R.R.A. 818 à la p. 821 (C.S.) ; *Mainville c. Hôpital général de Montréal*, *supra* note 170). Selon la preuve faite devant la Cour de l'Ontario, les risques de complications augmentent à toutes les deux semaines (voir *Dieleman*, *supra* note 170 aux pp. 600 et 616). Les tribunaux ont tenu compte de ce facteur en décidant qu'il fallait enjoindre des manifestants de ne pas se tenir devant les cliniques d'avortement. En effet, les patientes demeurant dans une région éloignée, où les services d'avortement ne sont pas toujours disponibles, peuvent faire demi-tour à la vue des manifestants et reporter l'intervention, accroissant ainsi les risques (voir *ibid.* aux pp. 728 et 733 ; *Morgentaler c. Wiche*, *supra* note 182 au par. 12). L'importance du facteur temps a également été notée dans *Medhurst c. Medhurst* (1984), 45 O.R. (2^e) 575, 7 D.L.R. (4^e) 335 à la p. 342 (H.C. Ont.) [ci-après *Medhurst*

d'injonction compromettent le droit à la sécurité de la femme enceinte, en particulier lorsque son état de santé physique ou psychologique nécessite une interruption de la grossesse. Dans cette hypothèse, l'existence de délais appréciables pour l'obtention d'un avortement a conduit une majorité de juges de la Cour suprême à déclarer inconstitutionnelle la disposition du *Code criminel* portant sur cette question¹⁸⁵. Celle-ci exigeait, entre autres choses, l'approbation préalable d'un comité de l'avortement thérapeutique oeuvrant au sein d'un hôpital accrédité ou approuvé ; or plusieurs hôpitaux n'avaient pas créé de comité, alors que d'autres ne pouvaient le faire car ils ne remplissaient pas les conditions fixées par le législateur.

La nécessité d'obtenir une approbation par un jugement qui ne soit plus susceptible d'appel occasionne des délais encore plus considérables. À cet égard, l'affaire *Daigle* s'est déroulée en un temps record, soit un mois et un jour ; la multiplication de recours semblables aurait nécessairement augmenté ce délai, même si l'on présume que la Cour d'appel eût été la Cour de dernière instance dans la majorité des cas. Il faut donc se demander si le législateur québécois entendait qu'un avortement requis par l'état de santé d'une femme fasse l'objet de procédures judiciaires, qui auraient pour effet d'accroître considérablement les risques posés par cette intervention. À notre avis, la réponse à cette question ne peut être que négative.

Dans l'ensemble, il apparaît que le droit de la femme de refuser des soins et de préserver sa santé physique ou psychologique peut rendre licite l'interruption de la grossesse¹⁸⁶, que celle-ci résulte d'une intervention médicale ou d'une absence de

avec renvois aux D.L.R.] et *Protection de la jeunesse* — 310, [1988] R.J.Q. 1135 aux pp. 1136-37 (Trib. jeun.). Notons toutefois que selon un médecin, au cours du premier trimestre de la grossesse, il peut être préférable de retarder de deux semaines un avortement, afin que la patiente ne prenne pas trop rapidement une décision qu'elle pourrait regretter, ce qui pourrait éventuellement lui causer un préjudice psychologique (voir *Dieleman, ibid.*).

¹⁸⁵ Voir *R. c. Morgentaler* (1988), *supra* note 2 aux pp. 57-73 (juge en chef Dickson), 81-82, 91-100 et 114-22 (juge Beetz), ainsi que 163 et 173 (juge Wilson). Le juge en chef s'attarde également sur le critère de la menace posée à la santé de la femme enceinte. À son avis, les comités de l'avortement sont confrontés à une «absence de norme législative claire», ce qui constitue «un vice de procédure grave» (*ibid.* aux pp. 68-69). Le juge Beetz rejette cet argument (voir *ibid.* aux pp. 106-09).

¹⁸⁶ Le droit d'une mineure de décider seule de se faire avorter est discuté (voir Deleury et Goubau, *supra* note 111 à la p. 111, n. 94). On sait que les risques de complications physiologiques liés à l'avortement sont inférieurs à ceux qui sont associés à la continuation de la grossesse (voir *supra* note 184). De même, les risques de causer un préjudice psychologique sont très faibles si la décision de l'adolescente est prise librement (voir *supra* note 170). Si celle-ci est âgée de quatorze ans ou plus, elle peut consentir seule à l'avortement qui est requis par son état de santé, physique ou psychologique (voir art. 14, 2e al. C.c.Q.). Si elle est âgée de moins de quatorze ans, la décision appartient aux parents (voir art. 14, 1er al. C.c.Q.) ; le tribunal peut cependant passer outre ce refus (voir art. 16, 1er al. C.c.Q.). Si l'avortement n'est pas requis par l'état de santé d'une adolescente de plus de quatorze ans, nous pensons que celle-ci peut consentir seule (voir art. 17 C.c.Q.). En effet, comparativement à d'autres interventions médicales usuelles, nous ne croyons pas que cette intervention constitue des «soins» qui «présentent un risque sérieux pour la santé du mineur et peuvent lui causer des effets graves et permanents» (voir Girard, *supra* note 152 aux pp. 93-98) ; dans cette hypothèse, l'autorisation des parents serait requise (voir art. 17 C.c.Q.). De même, les parents d'une mineure âgée de moins de quatorze ans peuvent consentir seuls à l'avortement ; ils n'ont pas à obtenir l'autorisation du tribunal,

traitement. La femme enceinte dont la santé n'est pas menacée par la continuation de la grossesse ne peut cependant bénéficier de ces règles. Il devient alors nécessaire de se demander si elle peut invoquer d'autres principes du droit civil.

2. Les arguments favorisant la liberté de choix

Plusieurs principes du droit civil québécois assurent à la personne une certaine autonomie. Certains d'entre eux peuvent trouver application lorsqu'il s'agit de décider si la femme enceinte est libre de se faire avorter. Ainsi, les tribunaux ont toujours été hostiles aux recours ayant pour but de contraindre une personne à poser un acte qui requiert sa participation personnelle. Si l'on applique ces principes à la femme enceinte, il appert que les tribunaux devraient se refuser à décerner une injonction ; l'enfant conçu serait alors laissé sans protection (a). À cet égard, il est possible de faire un parallèle avec l'interdiction de la maternité de substitution (b). Enfin, il semble bien qu'à l'heure actuelle, la notion d'ordre public ne s'oppose pas à l'obtention d'un avortement, même dans l'hypothèse où cette opération n'est pas rendue nécessaire par l'état de santé de la femme enceinte (c).

a. Le caractère inapproprié de l'injonction

Traditionnellement, les tribunaux québécois répugnent à utiliser l'injonction afin de forcer l'exécution d'une obligation¹⁸⁷. Cette réticence est justifiée par la possibilité d'octroyer des dommages-intérêts au créancier (art. 1065 C.c.B.-C. et 1607 C.c.Q.). Elle tient également au fait que les juges se refusent à menacer d'amende ou d'emprisonnement un débiteur récalcitrant en lui ordonnant de poser un geste exigeant sa participation personnelle. Cette attitude a été confortée par l'abolition de l'emprisonnement pour dettes (art. 1 C.p.c.). À cet égard, il convient de rappeler que l'injonction est un recours d'origine anglaise¹⁸⁸. En France, si l'on connaît le mécanisme de l'astreinte, on ne conçoit pas que l'emprisonnement sanctionne l'inexécution d'une obligation civile¹⁸⁹. Les tribunaux québécois ont fait écho à ces

qui serait requise si les soins «présentent un risque sérieux pour la santé ou s'ils peuvent causer des effets graves et permanents» (art. 18 C.c.Q.). Par ailleurs, la Chambre de la jeunesse de la Cour du Québec peut ordonner l'hébergement d'un mineur dans un établissement afin qu'il y reçoive des soins, y compris un avortement (voir *Protection de la jeunesse* — 310, *supra* note 184 ; *Protection de la jeunesse* — 753, [1995] R.D.F. 355 (C.Q. (ch. j.)) (cette décision ne discute pas de l'avortement)).

¹⁸⁷ Voir A. Prujiner, «Les origines historiques de l'injonction en droit québécois» (1979) 20 C. de D. 249 ; G. Massé, «L'exécution des obligations via l'astreinte et l'injonction québécoise» (1984) 44 R. du B. 659 ; R. Jukier, «The Emergence of Specific Performance as a Major Remedy in Quebec Law» (1987) 47 R. du B. 47 ; A. Prujiner, «L'injonction, voie d'exécution forcée des obligations de faire» (1989) 20 R.G.D. 51 ; G. Vlavianos, «Specific Performance in the Civil Law: Mediating Between Inconsistent Principles Inherited from a Roman-Canonical Tradition via the French *Astreinte* and the Quebec Injunction» (1993) 24 R.G.D. 515.

¹⁸⁸ Voir les auteurs cités à la note précédente.

¹⁸⁹ Voir P. Fouchard, «L'injonction judiciaire et l'exécution en nature : Éléments de droit français» (1989) 20 R.G.D. 31.

préoccupations en refusant d'interdire à un artiste ou un athlète de se produire chez un concurrent, même si le demandeur bénéficiait d'une clause de non-concurrence¹⁹⁰.

Interdire à une femme de se faire avorter, c'est nécessairement l'obliger à accoucher ou à subir une fausse couche. L'accouchement est un acte qui, quoi qu'en pensent certains juges, ne relève pas uniquement de la «nature»¹⁹¹. Il exige un effort physique et émotionnel infiniment plus considérable que celui que requiert la prestation d'un artiste ou d'un athlète. Même si l'opposition entre l'exécution en nature et l'octroi de dommages-intérêts ne joue pas ici, le respect de l'autonomie de la personne humaine conserve toute son importance. En présence d'un texte ambigu, il faut écarter une interprétation obligeant une personne, sous peine d'amende ou d'emprisonnement, à poser un geste qui, en plus d'exiger une participation personnelle intense, met en cause les parties les plus intimes de son corps¹⁹².

Dans ces conditions, si les tribunaux se refusent à délivrer une injonction, en droit civil québécois, l'enfant conçu se retrouve sans protection, puisque sa disparition à la suite d'un acte fautif ne donne pas lieu à l'octroi de dommages-intérêts¹⁹³. De toute manière, même en admettant qu'une telle indemnisation soit souhaitable, les montants accordés seraient vraisemblablement trop faibles pour dissuader une femme enceinte

¹⁹⁰ Voir *Société anonyme des théâtres c. Lombard* (1906), 15 B.R. 267 ; *Pitre c. Association athlétique nationale d'amateurs* (1910), 11 R.P. Qué. 336 ; *Lombard c. Varennes* (1922), 32 B.R. 164 ; sur les clauses de non-concurrence, voir J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1989 à la p. 81, n° 84.

¹⁹¹ *Daigle* (C.A.), *supra* note 3, à la p. 1739, le juge Bernier :

La grossesse n'est pas en soi une atteinte à l'intégrité physique d'une femme, une ingérence à l'égard de son corps, mais une fonction qui fait fondamentalement partie de sa nature. La règle de la nature est que la grossesse doit être menée à terme [...].

Les arguments présentés ci-après ont tous leur pendant en *common law* (voir S.L. Martin, «Using the Courts to Stop Abortion by Injunction : *Mock v. Brandenburg*» (1989-90) 3 R.J.F.D. 569).

¹⁹² Un juge anglais a été saisi d'un cas semblable à l'affaire *Daigle*. Le passage suivant peut être transposé sans difficultés dans le contexte québécois :

No court would ever grant an injunction to stop sterilisation or vasectomy. Personal family relationships in marriage cannot be enforced by the order of a court. An injunction in such circumstances was described by judge Mager in *Jones v. Smith* [(1973) 278 So. 2d 339 at 344] in the District Court of Appeal of Florida as 'ludicrous'.

I ask the question 'If an injunction were ordered, what could be the remedy?' and I do not think I need say any more than that no judge could even consider sending a husband or wife to prison for breaking such an order. That, of itself, seems to me to cover the application here ; this husband cannot by law by injunction stop his wife having what is now accepted to be lawful abortion within the terms of the Abortion Act 1967 (*Paton c. Trustees of BPAS*, [1978] 2 All E.R. 987 aux pp. 990-91 (Q.B.)).

En France, les tribunaux refusent également d'utiliser le mécanisme de l'astreinte dans le domaine des relations familiales (voir Fouchard, *supra* note 189 à la p. 46). Au Canada, des injonctions ont été sollicitées sans succès contre des femmes désirant obtenir un avortement en se conformant à la procédure prescrite à cette époque par le *Code criminel* (voir *Dehler c. Ottawa Civic Hospital* (1979), 25 O.R. (2^e) 748, 101 D.L.R. (3^e) 686 (H.C. Ont.), conf. par (1980), 29 O.R. (2^e) 677, 117 D.L.R. (3^e) 512 (C.A. Ont.), autorisation de se pourvoir refusée, [1981] 1 R.C.S. viii ; *Medhurst*, *supra* note 184).

¹⁹³ Voir la partie II.A.2.a, ci-dessus.

de se faire avorter. Ainsi, à l'heure actuelle, les principes du droit civil concernant la réparation pourraient rendre la prohibition de l'avortement inefficace.

b. Les mères-porteuses

Il est également possible de faire un rapprochement avec le cas des mères porteuses. Une convention ayant pour objet la gestation d'un enfant heurte de front l'ordre public ; seules les règles sur l'adoption permettent de modifier la filiation d'un enfant¹⁹⁴. Il n'est pas concevable qu'une femme puisse renoncer à l'avance à son autorité parentale. Avant le 1er janvier 1994, il était peu probable qu'elle eût pu consentir à l'adoption avant l'accouchement¹⁹⁵. La convention de gestation est maintenant expressément prohibée¹⁹⁶. La réticence de la doctrine face au contrat de mère porteuse tient en partie au fait que l'enfantement, par sa nature même, ne peut faire l'objet d'un contrat de services. Une telle opération porterait atteinte aussi bien à la dignité de la femme devant accoucher qu'à celle de l'enfant mis au monde¹⁹⁷.

Des considérations de même nature entrent en jeu s'il est ordonné à la femme de poursuivre sa grossesse¹⁹⁸. Certes, il ne s'agit pas de modifier ici la filiation biologi-

¹⁹⁴ Voir l'art. 541 C.c.Q. ; B. M. Knoppers, C. Bernard et D. Shelton, *Les personnes et les familles*, t. 1, Montréal, Adage, 1992, module 4 à la p. 1, n. 12 ; J.-L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme : de quel droit?*, Paris, Presses universitaires de France, 1987, c. 3 ; Prix Charles Coderre 1985, *Réflexions juridiques sur le phénomène des femmes porteuses d'enfants*, Montréal, Yvon Blais, 1985 ; N. Kasirer, «The Surrogate Motherhood Agreement: A Proposed Standard Form Contract for Quebec» (1985-86) 16 R.D.U.S. 351. Seul ce dernier auteur estimait licite la maternité de substitution. En France, la Cour de cassation a déclaré cette convention illicite (voir Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, D.1991.Jur.417 (note D. Thouvenin)).

¹⁹⁵ Voir notamment les art. 609, 610 et 616 du premier *Code civil du Québec*, *supra* note 111.

¹⁹⁶ La convention de gestation pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue (voir art. 541 C.c.Q.). De plus, le fait de monnayer le consentement à l'adoption constitue une infraction (voir *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q. c. P-34.1, art. 135.1). Le projet de loi C-47, qui prévoyait que des sanctions pénales s'appliqueraient à cette convention, n'a pas été adopté avant la dissolution du 35^e Parlement (voir P.L. C-47, *Loi concernant les techniques de reproduction humaine et les opérations commerciales liées à la reproduction humaine*, 2^e sess., 35^e Parl., 1996, art. 5 et 8 (2^e lecture 5 novembre 1996)).

¹⁹⁷ Voir notamment J. Beaulne, «La médecine moderne de la procréation et son influence dans le droit des personnes et de la famille» (1995) 26 R.G.D. 235 aux pp. 246-48 ; J. Pineau et D. Burman, *Théorie des obligations*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 1988 à la p. 182 et s.

¹⁹⁸ Voir *Guay c. Szczeblewska-Adamus* (27 avril 1987), Montréal 500-05-002699-872, J.E. 87-654 (C.S.) [ci-après *Guay*]. Le requérant a affiché et fait publier une annonce où il manifeste sa volonté de former un couple stable et d'avoir des enfants. L'intimée a répondu à cette invitation, a cohabité avec lui pendant quelques mois, puis a mis fin à leur union. Le requérant, sachant qu'elle est enceinte et désire se faire avorter, demande la délivrance d'une injonction lui interdisant de le faire. Il allègue être le père de l'enfant, ce que nie expressément l'intimée. Le tribunal conclut que les parties n'ont pas pris la décision d'avoir un enfant et n'ont pas conclu un contrat portant sur cette question, si tant est que la chose soit possible. Il discute de la convention de gestation pour autrui, dont la validité lui paraît problématique, sans prendre position sur ce problème. Il note que rien dans la preuve ne permet de conclure que l'intimée, abandonnée depuis longtemps par son premier mari, est divorcée. Techniquement celui-ci est donc présumé le père de l'enfant. Ainsi, la paternité du requérant n'a pas été

que. La femme enceinte peut-elle cependant être contrainte de mettre un enfant au monde à la demande du père de celui-ci ? Son corps est alors utilisé contre sa volonté, dans des circonstances où elle déclare ne pas vouloir élever l'enfant. La situation nous semble comparable du point de vue de l'ordre public. Dans les deux cas, la femme pourrait être obligée de satisfaire le désir d'autres personnes d'avoir un enfant, indépendamment du fait qu'elle ne souhaite plus répondre à leurs attentes.

c. L'ordre public

Considéré en lui-même, l'avortement est-il contraire à l'ordre public¹⁹⁹ ? Il s'agit d'une pratique médicale sécuritaire, à laquelle de nombreuses femmes ont recours, notamment lorsque le moyen de contraception utilisé a échoué. Celui-ci n'est d'ailleurs jamais parfaitement efficace. L'avortement peut avoir lieu à la suite d'une

établie et la requête en injonction est rejetée. Tout indique que le juge aurait refusé de délivrer l'injonction même s'il avait été prouvé à sa satisfaction que le requérant était le père de l'enfant.

¹⁹⁹ Sur la stérilisation et la notion d'ordre public, voir *Cataford c. Moreau*, [1978] C.S. 933. La jurisprudence reconnaît que la naissance non désirée d'un enfant occasionne un préjudice économique en raison des coûts liés à son éducation (voir *Engstrom c. Courteau*, [1986] R.J.Q. 3048 (C.S.), pourvoi suivi d'un désistement ; *Suite c. Cooke*, [1993] R.J.Q. 514 (C.S.), conf. [1995] R.J.Q. 2765 (C.A.) ; contra *Faucher-Grenier c. Laurence*, [1987] R.J.Q. 1109 à la p. 1116 (C.S.) et, en *common law*, *Kealey c. Berezowski* (1996), 30 O.R. (3^e) 37, 136 D.L.R. (4^e) 708 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). Voir aussi L. Langevin, «Les difficultés d'indemnisation des femmes : l'indemnisation des frais d'entretien d'un enfant né à la suite d'une grossesse résultant d'une faute médicale» (1993-94) 19 *Queen's L.J.* 469. La Cour de cassation française refuse d'indemniser un tel préjudice (voir Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 1991, *supra* note 171 ; voir la note très critique de J.-F. Barbieri) ; voir aussi Bordeaux, 26 janvier 1995, *supra* note 171 ; comparer Cass. civ. 1^{re}, 16 juillet 1991, D.1991.Inf.229, où des médecins n'ont pas procédé à un examen, ce qui aurait permis de déceler la rubéole dont était atteinte la femme enceinte, laquelle a causé les malformations de l'enfant ; la Cour déclare que ces professionnels n'ont pas rempli leur obligation de renseignement en privant les parents de la possibilité de requérir à un avortement thérapeutique.

En 1996, deux arrêts de la Cour de cassation mettent en cause des médecins ayant omis de divulguer à leurs patientes soit un risque de maladie héréditaire, soit que l'une d'elles avait contracté la rubéole. Dans les deux cas, l'enfant est né avec un handicap important. La Cour accorde une indemnité aussi bien à la mère qu'à l'enfant, estimant que la déficience de celui-ci est «en relation directe» avec la faute du médecin. Ainsi, la personne handicapée est censée subir un préjudice en raison du fait que les parents ont décidé de la concevoir en croyant erronément qu'il n'existait pas de risque de maladie héréditaire, ou parce qu'ils ont décidé de ne pas recourir à l'avortement en étant convaincus que l'enfant ne pourrait contracter la rubéole. Cette décision est difficilement compatible avec le principe de la dignité inhérente à toute personne. En revanche, l'octroi d'une indemnité à la mère est tout à fait justifié (voir Cass. civ. 1^{re}, 26 mars 1996, D.1997.J.35).

Un arrêt de la Cour d'appel du Québec semble tenir pour acquis que s'il existe une technique permettant de déceler les anomalies du fœtus, la femme enceinte doit en être informée, afin de pouvoir décider si elle souhaite se faire avorter ; l'opinion majoritaire n'est toutefois pas tenue de trancher la question (voir *Bérard-Guillette c. Maheux*, [1989] R.J.Q. 1759 (C.A.)) ; voir également *Bouchard c. Villeneuve*, [1996] R.J.Q. 1920 à la p. 1929 (C.S.) (en appel). Les parents ne peuvent cependant s'opposer à un traitement pouvant sauver la vie de leur nouveau-né trisomique au motif que sa qualité de vie serait inacceptable. La Cour supérieure autorise alors les médecins à intervenir (voir *Centre hospitalier Ste-Marie c. Fournier*, [1996] R.J.Q. 2325).

séparation ou être exigé par le conjoint de la femme²⁰⁰. Il s'agit d'une intervention dont la légitimité a été reconnue par un grand nombre d'États occidentaux, du moins dans les premiers mois de la grossesse²⁰¹. Il n'existe aucun consensus en faveur de son interdiction pure et simple en tout temps après la conception, que ce soit au Québec ou au Canada²⁰². C'est plutôt la liberté de planifier les naissances qui est consacrée. Récemment, la Cour d'appel du Québec s'est prononcée en ce sens. Le juge Chouinard déclare :

Personne ne conteste la liberté reconnue de la conception, consacrée par nos chartes, pratiquement soutenue par l'État, qui assume même, en matière de contraception, les services rendus par un médecin, ainsi la ligature des trompes, la vasectomie et l'interruption de grossesse²⁰³.

Le juge Chamberland tient des propos similaires :

Notre société reconnaît le droit des couples, voire les encourage, à planifier, avec intelligence et réalisme, la taille de leur famille ; elle reconnaît le droit des femmes de décider elles-mêmes, à la lumière de leurs propres priorités et aspirations, si elles porteront ou mettront un monde un enfant. L'avortement est permis au Canada, le législateur ayant choisi de ne plus intervenir sur le sujet [...] ²⁰⁴

À notre avis, de tels propos auraient pu être tenus dès 1989. À cette époque, il y a déjà quelques années que des jurys canadiens ou québécois ont refusé de condamner les médecins qui pratiquent des avortements à la demande de leurs patientes. En outre, pour les tribunaux de la Colombie-Britannique, en raison de la vive controverse suscitée par

²⁰⁰ Voir M.-T. Lacourse, «L'avortement répété ... une éthique de la responsabilité» dans Lamoureux, dir., *supra* note 97, 49 à la p. 64.

²⁰¹ Voir R. c. Morgentaler (1988), *supra* note 2 à la p. 183 ; B. M. Knoppers et I. Brault, *La loi et l'avortement dans les pays francophones*, Montréal, Thémis, 1989 aux pp. 40-45 ; M. Vallée, «De la contraception à l'avortement : outrage à l'autonomie des femmes» (1989-90) 3 R.J.F.D. 483 à la p. 506 et s. ; M. Bouffard, «Pour une réforme du droit à l'avortement» (1990) 31 C. de D. 575 à la p. 576.

²⁰² Le projet de loi C-43 prévoyait que l'avortement serait légal uniquement si un médecin décidait que cette intervention permettait de protéger la santé de la femme (voir P.L. C-43, *Loi concernant l'avortement*, 2^e sess., 34^e Parl., 1990 (adopté par la Chambre des Communes le 29 mai 1990)). Il a été défait au Sénat le 31 janvier 1991 (voir *Débats du Sénat* à la p. 5307). Les voix étaient partagées également et le Président a refusé d'exercer son vote. En juillet 1988, diverses résolutions décrivant l'orientation générale d'une éventuelle réforme furent soumises aux députés de la Chambre des communes. Toutes furent rejetées, les différentes factions s'entendant toujours pour s'opposer à une proposition, mais jamais pour en adopter une (voir *Débats de la Chambre des communes* (28 juillet 1988) aux pp. 18153-62 ; voir aussi T. Flanagan, «The Staying Power of the Legislative Status Quo: Collective Choice in Canada's Parliament after Morgentaler» (1997) 30 R.C.S.P. 31).

²⁰³ *Cooke c. Suite*, *supra* note 199 à la p. 2768 [notes omises], commenté par L. Langevin, «L'affaire *Cooke c. Suite* : la reconnaissance de la "grossesse préjudice", mais à quel prix?» (1996) 56 R. du B. 125.

²⁰⁴ *Cooke c. Suite*, *ibid.* à la p. 2781 ; la juge Mailhot a souscrit à cette opinion. Par ailleurs, une femme qui devient enceinte après une ligature de trompes mal effectuée peut décider de ne pas se faire avorter. Elle ne peut être privée pour cette raison du droit d'obtenir un montant couvrant les frais d'entretien de l'enfant jusqu'à sa majorité (voir *ibid.* aux pp. 2768-69, le juge Chouinard et p. 2783, le juge Chamberland).

cette question, il ne saurait être question de déclarer que l'avortement est contraire à l'ordre public ou immoral²⁰⁵. Dans cette même province, ainsi qu'en Ontario, peu avant ou pendant les premières procédures de l'affaire *Daigle*, des jugements déclarent qu'en l'absence de prohibition pénale, l'avortement est parfaitement légal²⁰⁶. Ces conclusions nous paraissent tout aussi valables dans le cas du Québec. En 1989 comme aujourd'hui, il est impossible de soutenir que cet acte médical est contraire aux valeurs dominantes de la société et, par voie de conséquence, à l'ordre public. En l'absence de restrictions imposées par le législateur, la présomption de liberté s'applique²⁰⁷.

Les paragraphes précédents ont tenté d'identifier les principes du droit civil qui favorisent la liberté de choix en matière d'avortement. Les droits de l'enfant conçu n'ont jamais eu pour effet de modifier la situation juridique de la femme enceinte. Celle-ci est en droit de se faire avorter si sa santé physique ou psychologique est menacée par la continuation de la grossesse. En tant qu'intervention médicale, l'avortement ne semble pas contraire à l'ordre public. Bien au contraire, la délivrance d'une injonction ordonnant à la femme enceinte de poursuivre sa grossesse semble difficilement conciliable avec les principes qui s'appliquent en cette matière. Les difficultés ne s'arrêtent cependant pas là. Si l'on étudie attentivement les règles qui s'appliquent à l'enfant conçu, on constate qu'elles le laissent parfois sans recours. C'est ce qui fera l'objet de la section suivante.

3. Les insuffisances de la protection accordée à l'enfant conçu

Les dispositions qui concernent l'enfant conçu peuvent parfois entrer en conflit avec les droits de la femme enceinte. Cette dernière peut tenter de manipuler à son avantage les règles prévoyant la nomination d'un représentant (a). Qui plus est, il n'est pas possible de dicter une ligne de conduite à la femme enceinte, quand bien même elle serait clairement dans l'intérêt de l'enfant conçu (b). Enfin, pendant la grossesse, le père qui n'est pas marié à la femme enceinte n'a pas d'obligations envers elle (c).

²⁰⁵ Voir *Everywoman's Health* (1989) (C.S. C.-B.), *supra* note 179 aux pp. 134-35 ; *Everywoman's Health* (1990) (C.A. C.-B.), *supra* note 179 ; voir également *Everywoman's Health Center Society* (1988) c. *M.R.N.*, [1992] 2 C.F. 52 aux pp. 67-69, 130 N.R. 380 (C.F.A.).

²⁰⁶ *Everywoman's Health* (1989) (C.S. C.-B.), *ibid.* aux pp. 133-34 ; *Everywoman's Health* (1990) (C.A. C.-B.), *ibid.* à la p. 288 ; *Morgentaler c. Wiche*, *supra* note 182 au par. 6 ; *Assad c. Cambridge Right to Life Association* (1990), 69 O.R. (2^e) 598 à la p. 603 (C.S. Ont.).

²⁰⁷ À titre d'illustration, signalons qu'un jugement refuse de délivrer une injonction parce que le comportement dont se plaignent les demandereses n'est prohibé par aucune disposition législative. Cette affaire porte sur le refus d'un restaurateur d'admettre dans son établissement des chiens-guides accompagnant deux personnes aveugles ; cela n'est pas jugé contraire à l'ordre public (voir *St-Pierre c. Ferlais*, [1976] C.S. 717, pourvoi suivi d'un désistement). En outre, l'actuel article 9 du *Code criminel*, *supra* note 1, a abrogé tous les crimes prévus uniquement par la *common law*, à l'exception de l'outrage criminel. Une injonction ne peut donc empêcher la perpétration d'un crime qui n'est pas créé par une disposition législative (voir *Trudel c. Clairol inc.*, [1975] 2 R.C.S. 236 aux pp. 245-46, 54 D.L.R. (3^e) 399 ; *Everywoman's Health* (1989) (C.S. C.-B.), *ibid.* à la p. 132 ; *Everywoman's Health* (1990) (C.A. C.-B.), *ibid.* à la p. 289).

a. *Les problèmes liés à la nomination d'un représentant*

Le régime de la curatelle prévu par le *Code civil du Bas-Canada* est particulièrement mal adapté lorsque les intérêts de l'enfant conçu s'opposent à ceux de la femme enceinte. Bien que cette difficulté existe en matière patrimoniale, elle est exacerbée lorsqu'il est question d'avortement. Le problème tient au fait qu'un conseil de famille doit désigner ou révoquer le curateur. Tout parent ou allié et toute personne intéressée peuvent convoquer celui-ci (art. 339 et 250 C.c.B.-C.). Doivent être convoqués à ces assemblées les père et mère de l'enfant, ses frères et soeurs et autres ascendants ; peuvent l'être, au choix de la personne qui convoque, les autres parents et amis majeurs (art. 251 C.c.B.-C.). Les parents qui n'ont pas été convoqués peuvent se présenter à la réunion (art. 254 C.c.B.-C.). Le conseil désigne la personne qui sera curatrice, mais le juge qui la nomme n'est pas lié par cette décision²⁰⁸. La destitution doit cependant être prononcée de l'avis du conseil (art. 287 C.c.B.-C.). Dans ces conditions, il est concevable qu'une curatrice à l'enfant conçu soit nommée malgré l'opposition des père et mère de celui-ci²⁰⁹.

Il est possible que des membres des mouvements pro-vie ou pro-choix soient convoqués ou se présentent à une assemblée du conseil de famille, ce qui laisse présager une réunion assez animée... On peut également imaginer qu'une curatrice décide de ne pas s'opposer à l'avortement, au motif qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant d'être mis au monde contre la volonté de la femme enceinte. Dans la mesure où le père est autorisé à demander seul une injonction au nom de l'enfant conçu²¹⁰, les inconvénients inhérents à la convocation du conseil de famille ne portent pas à conséquence. Il reste cependant que le *Code* confie, entre autres, aux membres des branches paternelle et maternelle le soin d'élire un curateur et de prendre certaines décisions importantes. On conçoit mal que la décision de subir un avortement dépende des aléas de la composition du conseil de famille. À tout le moins, la mécanique des régimes de protection n'est pas appropriée dans un tel contexte.

²⁰⁸ Voir art. 875-76 C.p.c., tels qu'ils se lisaient antérieurement au 1er janvier 1994.

²⁰⁹ Ailleurs au Canada, les parents d'adolescentes enceintes se sont opposés sans succès à ce qu'elles se fassent avorter (voir *C. (J.S.) c. Wren* (1986), 49 Alta. L.R. (2^e) 289, 35 D.L.R. (4^e) 419 (C.A. Alta.) ; *G. (R.C.) c. Joseph Brandt Memorial Hospital* (1987), 10 R.F.L. (3^e) 379 (H.C. Ont.) ; *Children's Aid Society (Peel) c. S. (P.)* (1991), 34 R.F.L. (3^e) 157 (C.P. Ont.)).

²¹⁰ Voir *Daigle* (C.S.C.), *supra* note 4 à la p. 552. En Cour supérieure, le juge Viens note qu'aucun curateur n'a été nommé. Il déclare qu'«[a]journer l'audition pour qu'il en soit nommé un aurait rendu l'audition de la présente cause purement académique» (*Daigle* (C.S.), *supra* note 3 à la p. 1986). Par ailleurs, la Cour suprême a affirmé n'avoir pu trouver de décision ou de disposition reconnaissant au père un «droit égal de décider du sort du fœtus» (*Daigle* (C.S.C.), *ibid.* à la p. 572), même si à son avis, «[e]n tant que père en puissance, M. Tremblay aurait autant et plus que quiconque, à l'exception de l'appelante, un intérêt à l'égard du fœtus et un droit de parler en son nom» (*ibid.* à la p. 552). Nous avons pourtant vu que les droits de l'enfant conçu peuvent être protégés par tous les membres de la parenté, sans que les père et mère ne bénéficient en droit d'aucune préférence. Antérieurement au 1er janvier 1994, le père ne se voyait reconnaître, par le *Code*, aucun droit particulier pendant la grossesse. Nous ne croyons pas qu'il soit possible de déduire de son seul statut de père un droit de veto en matière d'avortement. Ceci aurait pour effet de contraindre la femme enceinte à continuer sa grossesse pour lui remettre l'enfant, ce qui nous semble inacceptable (voir la partie II.B.2, ci-dessus).

Aux termes du nouveau *Code*, les père et mère majeurs ou émancipés sont de plein droit tuteurs de leur enfant mineur (art. 192 C.c.Q.). Le deuxième alinéa de cet article dispose qu'«ils» représentent également l'enfant conçu dans tous les cas où son intérêt patrimonial l'exige. Une première difficulté apparaît ici : il peut être nécessaire de déterminer qui est le père avant la naissance²¹¹. Par ailleurs, lorsque les deux parents mineurs et célibataires n'ont pas été émancipés en justice ou sont incapables d'exercer leurs droits²¹², la tutelle doit normalement être déférée par le tribunal sur avis du conseil de tutelle (art. 205 C.c.Q.). Des dispositions semblables à celle du *Code civil du Bas-Canada* régissent la convocation de l'assemblée de parents, d'alliés et d'amis, qui désigne les trois membres du conseil de tutelle (art. 222-32 C.c.Q.). Dans cette hypothèse, c'est un représentant nommé par le conseil de tutelle qui veille aux intérêts patrimoniaux de l'enfant à naître.

b. La liberté d'action de la femme enceinte

La liberté d'action de la femme enceinte oppose également des limites au pouvoir du curateur. La doctrine française affirme en effet que celui-ci ne peut exercer aucune autorité sur elle. Il ne peut que surveiller le déroulement de la grossesse et l'accouchement²¹³. Ceci apparaît clairement dans l'hypothèse où la femme enceinte est battue par son conjoint ou son partenaire. Selon certains auteurs, une curatrice à l'enfant conçu pourrait solliciter la délivrance d'une injonction interdisant de porter atteinte aux droits de l'enfant²¹⁴. Le droit conditionnel à l'intégrité physique est alors menacé par un tiers ; il n'est pas question d'interdire à la mère de se faire avorter. Dans une telle situation, les intérêts de l'enfant et ceux de la femme enceinte ne sont pas opposés, même si celle-ci refuse d'agir pour elle-même²¹⁵. Par contre, la curatrice ne saurait contraindre la femme à quitter son conjoint. Quelle que soit la frustration que l'on peut éprouver face à la dépendance psychologique des femmes battues, la solution ne consiste certainement pas à tenter de faire disparaître le problème à coup d'injonctions. Outre le fait que cette solution serait inefficace dans un grand nombre de cas, elle heurte de plein fouet le droit des femmes à leur autonomie.

Du point de vue de l'enfant conçu, l'injonction visant la femme enceinte est peut-être préférable, si l'on suppose que celle-ci sera plus portée à respecter l'ordonnance que son conjoint violent. Elle demeure néanmoins inacceptable, car elle limite une de

²¹¹ Voir Deleury et Goubau, *supra* note 111 à la p. 379 et s., n° 497. Le problème s'est déjà posé (voir *Murphy c. Dodd* (1990), 70 O.R. (2^e) 681 à la p. 690 (H.C. Ont.)).

²¹² Voir art. 179 C.c.Q. Les mineurs mariés sont cependant émancipés de plein droit (voir art. 175 C.c.Q.).

²¹³ Voir la partie *LB.1.b*, ci-dessus.

²¹⁴ Le cas de l'enfant conçu victime de sévices est discuté par le professeur Crépeau (voir *supra* note 5). À son avis, le curateur peut agir pour faire cesser cette atteinte aux droits de l'enfant (voir *ibid.* à la p. 273). Voir aussi Knoppers, *supra* note 154 à la p. 180.

²¹⁵ Les voies de fait constituant un acte criminel (voir *Code criminel*, *supra* note 1, art. 265), on conçoit mal que la femme déclare avoir le droit d'être battue! Elle risque plutôt de nier les allégations de la curatrice en prétendant ne pas être victime de sévices. Par ailleurs, la curatrice pourrait agir si un préjudice est causé à l'enfant sans qu'un acte criminel ne soit commis, si la femme enceinte refuse d'agir et si la liberté de celle-ci n'est pas compromise par l'exercice du recours.

ses libertés, celle de résider avec le partenaire de son choix. Il faut d'ailleurs noter qu'aucun recours de ce genre n'a été exercé au Québec par le passé, aussi bien avant qu'après la grossesse²¹⁶. Les intérêts de l'enfant conçu n'ont donc pas eu pour effet de restreindre la liberté d'action de la femme enceinte en ce domaine. Le même constat peut-être fait lorsque celle-ci refuse des soins qui pourraient être requis dans l'intérêt de l'enfant conçu²¹⁷.

Avec la venue du nouveau *Code civil*, les père et mère majeurs ou émancipés sont de plein droit tuteurs de leur enfant conçu (art. 192, 2e al. C.c.Q.). Les deux parents sont chargés d'agir conjointement (art. 193 C.c.Q.) au nom de celui-ci «dans tous les cas où son intérêt patrimonial l'exige». Pour qu'un tiers agisse néanmoins au nom de l'enfant, il faudrait qu'il puisse être nommé pour protéger un intérêt extra-patrimonial, tel l'intégrité physique. Il nous paraît douteux que le législateur ait envisagé cette hypothèse. Il semble plutôt avoir confirmé la position de la Cour suprême, selon laquelle la curatelle à l'enfant conçu du *Code civil du Bas-Canada* n'avait d'application qu'en matière patrimoniale²¹⁸. En outre, les dispositions concernant la tutelle font référence à la personne du mineur (art. 177, 185-88 C.c.Q.) ; le 2e al. de l'art. 192 C.c.Q. est le seul à viser expressément l'enfant conçu²¹⁹. Il mentionne uniquement ses intérêts patrimoniaux. Il s'ensuit que les autres intérêts ne sont pas protégés.

La nomination d'une tierce personne pour agir comme tutrice à l'enfant conçu demeure possible si les parents ne peuvent exercer la tutelle. Néanmoins, dans un souci de cohérence, il faut présumer que le rôle de ce représentant se limite à la protection d'intérêts patrimoniaux. Dans l'ensemble, le législateur semble avoir voulu mettre la femme enceinte à l'abri de recours visant à lui dicter sa conduite dans l'intérêt de l'enfant. En ce qui concerne les atteintes portées par des tiers à l'intégrité physique de l'enfant conçu, les recours que son représentant ou la femme enceinte peuvent exercer lui assurent un certain degré de protection²²⁰.

On peut conclure que pendant la grossesse, l'enfant conçu n'a pas un droit à l'intégrité physique qui soit opposable à la femme enceinte. De la même manière, les obligations du père à l'égard de celle-ci ne sont pas affectées par l'existence de l'enfant conçu.

²¹⁶ Sur la possibilité théorique qu'un enfant intente un recours contre sa mère pour le préjudice qu'il a subi pendant la grossesse de celle-ci, notamment en raison d'alcoolisme ou de dépendance à une drogue, voir Bernardi, *supra* note 151.

²¹⁷ Voir la partie II.B.1.a, ci-dessus.

²¹⁸ Voir Daigle (C.S.C.), *supra* note 4 aux pp. 557-60 ; voir aussi Bernardi, *supra* note 151 à la p. 176 ; Deleury et Goubau, *supra* note 111 à la p. 13, n° 7, à la p. 16, n° 10, n. 52, et à la p. 379, n° 496 ; M. Ouellette, «Livre premier : Des personnes» dans Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires, *La réforme du Code civil*, t. 1, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993 à la p. 103, n° 274.

²¹⁹ De même, l'article 1814 C.c.Q. envisage séparément la donation faite à un mineur et celle faite à un enfant conçu.

²²⁰ Voir la partie II.A.2.a, ci-dessus.

c. Les obligations du père en l'absence de mariage

Si la protection du droit à l'intégrité physique de l'enfant conçu prenait toujours le pas sur les intérêts contraires, le père qui en a les moyens devrait logiquement être obligé d'aider financièrement la femme enceinte dans le besoin, afin qu'elle s'alimente suffisamment pendant la grossesse²²¹. Pourtant, s'ils ne sont pas mariés ensemble, la femme enceinte ne peut lui réclamer d'aliments (585 C.c.Q.). En cas de séduction déloyale, résultant de manœuvres dolosives, elle peut obtenir réparation pour l'atteinte à son honneur ainsi que pour la perte de revenus subie²²². Elle a cependant toujours droit aux frais de gésine²²³, c'est-à-dire aux frais médicaux occasionnés par l'accouchement²²⁴.

²²¹ En principe, les prestations de l'aide sociale ou de l'assurance-emploi pourvoient à cette situation, mais les principes que nous étudions remontent à 1866, bien avant leur apparition. À l'heure actuelle, la femme enceinte prestataire en vertu de la *Loi sur la sécurité du revenu*, L.R.Q. c. S-3.1.1, peut présenter un certificat rédigé par un médecin ou une sage-femme et attestant de la nécessité d'une prestation additionnelle. Celle-ci s'élève à quarante dollars par mois (voir *Règlement sur la sécurité du revenu*, D. 922-89, 14 juin 1989, G.O.Q. 1989.II.3304, art. 26 et 34 ; *Règlement modifiant le Règlement sur la sécurité du revenu*, D. 1354-95, 11 octobre 1995, G.O.Q. 1995.II.4581, art. 3 et 4). Si le père est suffisamment à l'aise financièrement, l'intérêt de l'enfant conçu exige le versement d'une pension alimentaire plus élevée que le montant des prestations versées à la femme enceinte, notamment si celle-ci éprouve des difficultés à s'alimenter convenablement. Dans l'hypothèse où les deux parents ne sont pas mariés ensemble, le droit civil n'a jamais accordé un tel recours (voir art. 585 C.c.Q. *a contrario*). S'il devait le faire, il s'agirait d'un cas où les intérêts de la femme enceinte et ceux de l'enfant conçu ne sont pas opposés.

²²² Voir Baudouin, *Responsabilité civile*, *supra* note 131 à la p. 153, n° 298. De nos jours, l'acceptation très répandue au Québec du phénomène des mères célibataires rend sans doute illusoire la demande d'une indemnité pour perte de l'honneur.

²²³ Voir *ibid.* à la p. 153, n° 299 ; l'article 2261, 1er al. C.c.B.-C. fixe à deux ans la prescription pour «séduction et frais de gésine», tandis que la version anglaise emploie les termes «séduction ou frais de gésine» («for seduction, or lying-in expenses»). La jurisprudence accorde les frais de gésine même si la femme n'a pas été séduite par des manœuvres dolosives, ce qui fait obstacle à l'octroi d'une indemnité pour perte de l'honneur (voir P. Letarte, «Séduction et frais de gésine» (1942) 2 R. du B. 251 à la p. 256 ; A. Perrault, «La critique des arrêts» (1946) 6 R. du B. 37 aux pp. 43-48 ; A. Nadeau et R. Nadeau, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1971 aux pp. 206-09, n° 191 ; Bédard c. Provencher, [1968] R.C.S. 859). Bien que certains juges affirment que les frais de gésine ont un caractère alimentaire, ils ajoutent que les aliments proprement dits peuvent être réclamés uniquement par un tuteur représentant l'enfant après la naissance. Ainsi, le juge Fauteux déclare que ces dépenses sont accordées «à titre d'aliments ou autre» et comprennent «les frais médicaux, pharmaceutiques, d'hospitalisation et tous autres, employés au soin de la femme qui doit accoucher et aux premiers secours de son enfant» ou encore «tous les frais que lui font nécessairement encourir sa grossesse, son accouchement et les premiers secours qu'elle doit donner à son enfant» (Bédard c. Provencher, *ibid.* à la p. 864). Par ailleurs, les frais de gésine sont accordés à la mère même si l'enfant est mort-né (Forsyth c. Boyce (1939), 67 B.R. 270 à la p. 277). Ceci montre que ce droit résulte de l'accouchement, que l'enfant accède à la personnalité juridique ou non.

²²⁴ Le droit québécois est ici tributaire de l'évolution du droit français. Au XVI^e et au XVII^e siècles, les officialités, soit les tribunaux ecclésiastiques, obligent le père à verser une provision à la femme enceinte. Cette somme sert aussi bien à lui procurer des aliments pendant la grossesse qu'à défrayer les frais de gésine proprement dits (voir Lefebvre-Teillard, *supra* note 29 à la p. 255). Au XVIII^e siècle, les tribunaux laïcs accordent encore une provision pour frais de gésine. Ces frais «sont employés

Toute allusion aux frais de gésine a disparu du *Code civil du Québec*. Toutefois, le *Code civil du Bas-Canada* a été simplement «remplacé» par le *Code civil du Québec*²²⁵. En outre, le *Code civil du Bas-Canada* se contentait de fixer le délai de prescription de l'action pour frais de gésine (art. 2261, 1er al. C.c.B.-C.). Dans l'ancien droit français, le droit au paiement de ces frais avait été reconnu par la jurisprudence. Au Québec, cette règle est demeurée en vigueur par le jeu de l'article 8 de l'*Acte de Québec de 1774*²²⁶. N'ayant pas fait l'objet d'une disposition précise du *Code civil du Bas-Canada*, elle n'a pas été abrogée par celui-ci et demeure en vigueur à l'heure actuelle²²⁷. À première vue, la règle est cependant discriminatoire, car elle fait supporter au seul père le paiement des frais. Cela pourrait conduire à l'écarter ou à la modifier²²⁸.

En l'absence d'un régime d'assurance-maladie²²⁹, l'obligation de rembourser les frais occasionnés par l'accouchement favorise le recours aux services médicaux. Elle protège la santé de la mère et augmente les chances que l'enfant naisse viable. Cette règle est la seule qui affecte la santé de l'enfant conçu. Elle s'applique à la toute fin de la grossesse, dans une hypothèse où les intérêts de la mère et ceux de l'enfant conçu

au soulagement de l'accouchée & aux premiers secours de l'enfant» (M. Fournel, *Traité de la séduction considérée dans l'ordre judiciaire*, Paris, Demonville, 1781 à la p. 98). Si la femme «devenue mère» peut obtenir une provision pour les aliments dus à l'enfant, c'est «indépendamment des frais de gésine» (Fournel, *ibid.* à la p. 99). La pension alimentaire commence d'ailleurs à courir uniquement à compter de l'accouchement, même si le jugement est rendu avant ce moment (voir Fournel, *ibid.* à la p. 204). En employant l'expression «frais de gésine», le *Code civil du Bas-Canada* pourvoit donc uniquement aux dépenses occasionnées par l'accouchement, ce qui ressort clairement de la jurisprudence citée à la note précédente. La Cour supérieure a déjà refusé d'octroyer une provision pour frais de gésine avant l'accouchement, en affirmant que seuls les «frais et dépenses actuellement faits et dûs à raison de ladite grossesse» pouvaient être accordés (*Bolduc c. Corbeil* (1906), 7 R.P. Qué. 412 à la p. 413 (C.S.)). Notons que dans son étude sur les filles-mères en Nouvelle-France, Marie-Aimé Cliche ne signale pas l'octroi de provisions aux femmes enceintes (voir «Filles-mères», *supra* note 84). En France, à l'heure actuelle, le tribunal qui accueille l'action en recherche de paternité peut condamner le père à rembourser en tout ou en partie les frais de maternité et d'entretien encourus par la mère pendant les trois mois qui ont suivi et les trois mois qui ont précédé la naissance (voir art. 340-5 du Code civil, édicté par la *Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972*, J.O., 5 janvier 1972, 145).

²²⁵ Voir Dispositions finales C.c.Q.

²²⁶ *Supra* note 99.

²²⁷ L'article 2613 C.c.B.-C., devenu en 1974 l'article 2712, prévoyait que seules les règles reprises, modifiées ou contredites par le *Code* étaient abrogées ; celles sur lesquelles le *Code* était silencieux demeuraient en vigueur. Les dispositions du *Code civil du Bas-Canada* ont été remplacées par le *Code civil du Québec*, ce qui équivaut à une abrogation. Celles qui avaient été abrogées en 1866 ne revivent évidemment pas de ce fait (voir *Loi d'interprétation*, L.R.Q. c. I-16, art. 9). En revanche, celles qui n'ont pas été abrogées en 1866 demeurent en vigueur aujourd'hui.

²²⁸ Plusieurs problèmes se posent ici. La *Charte québécoise*, *supra* note 150, rend inopérante une loi ou un règlement qui entre en conflit avec ses dispositions ; elle ne mentionne pas expressément la jurisprudence (voir *ibid.*, art. 52 et 56.3). La *Charte canadienne*, *supra* note 9, ne s'applique pas aux relations d'ordre privé (voir *ibid.*, art. 32). Les tribunaux ont cependant l'obligation de faire évoluer la jurisprudence de façon à se conformer à la *Charte canadienne* (voir *supra* note 166).

²²⁹ Peut-être la règle pourrait-elle encore s'appliquer dans le cas où la mère accouche à l'étranger et encourt de ce fait des frais qui ne sont pas remboursés par le régime d'assurance-maladie.

coïncident. Elle n'impose toutefois aucune obligation à la femme enceinte. Par contre, en l'absence de mariage, les intérêts de l'enfant conçu n'ont pas pour effet d'imposer une obligation alimentaire au père pendant la grossesse. Certains principes sont donc jugés plus importants que les intérêts de l'enfant, telle la liberté d'action de la femme ou l'absence d'obligation alimentaire entre conjoints de fait.

Les règles prévoyant la nomination d'un représentant peuvent difficilement être adaptées au contexte d'un recours dirigé contre la femme enceinte afin de protéger l'intégrité physique de l'enfant conçu. L'article 192 C.c.Q. fait d'ailleurs obstacle à une telle procédure, car l'intérêt patrimonial de l'enfant n'est pas en cause. Certaines libertés de la femme enceinte ont également préséance sur les intérêts de l'enfant, tel le droit de résider avec le partenaire de son choix. D'autres part, l'absence de lien matrimonial exempte le père de toute obligation alimentaire envers la femme enceinte. Dans cette perspective, la protection accordée par le droit civil se révèle insatisfaisante. Elle pourrait cependant être renforcée si l'enfant conçu devait être considéré un être humain. C'est la question dont il nous faut maintenant traiter.

4. L'être humain

L'article 18 C.c.B.-C. et l'article premier C.c.Q. disposent que «tout être humain possède la personnalité juridique». L'article premier de la *Charte des droits et libertés de la personne*²³⁰ et l'article 3 C.c.Q. garantissent de plus le «droit à la vie» de l'être humain²³¹. Il convient cependant de remarquer que la signification des termes «être humain» n'est pas déterminée par la reconnaissance de certains droits à l'enfant conçu²³². Celui-ci peut être une personne en formation, dont les droits patrimoniaux sont préservés pendant la grossesse, sans être pour autant un être humain à part entière. En étudiant cette question, il importe de distinguer deux hypothèses : l'existence humaine commence dès la conception (a) ou à un certain stade de la grossesse (b).

a. L'enfant conçu, un être humain ?

Il est possible de soutenir que l'expression «être humain» s'applique dès la formation de l'embryon²³³ ; on peut également considérer qu'elle doit s'appliquer uni-

²³⁰ *Supra* note 150.

²³¹ Si l'enfant conçu est une personne humaine, l'article 19, 1er al. C.c.B.-C. et l'article 3, 1er al. C.c.Q. s'appliquent («[l]a personne humaine est inviolable»). Nous soutenons donc que l'enfant conçu n'est pas encore une personne humaine ou un «être humain».

²³² En droit international, l'enfant conçu n'est pas automatiquement visé par l'expression «être humain». Les États disposent plutôt d'une large latitude sur cette question (voir Bernardi, *supra* note 151 aux pp. 40 et 80-83).

²³³ Nous n'étudierons pas la question du statut de l'embryon qui ne se forme pas naturellement, est prélevé ou manipulé (voir sur ces questions Beaulne, *supra* note 197 ; Deleury et Goubau, *supra* note 111 aux pp. 18-23, n^{os} 11-13 ; P.L. C-47, *Loi concernant les techniques de reproduction humaine et les opérations commerciales liées à la reproduction humaine*, *supra* note 196). Au Canada, une controverse empêche toujours la mise en vente d'un produit (la myféGINE) provoquant l'avortement dans les neuf premières semaines de la grossesse (voir M.A. Mullen, B. Slater et R. Deber, «Politics, Principles and a Pill: Public Policy and RU 486» (1994) 14 *Health L. Can.* 63). Saisi d'un litige portant sur la

quement aux personnes physiques déjà nées²³⁴. Il nous paraît illusoire d'affirmer que l'interprétation de ces termes est une «question de fait»²³⁵ relevant du «domaine relatif aux sciences de la vie»²³⁶. Car on peut fort bien reconnaître que l'embryon et le fœtus sont des organismes humains, tout en refusant d'en faire pour les fins du droit des «êtres», au motif qu'ils n'ont pas d'existence autonome avant la naissance. Nous ne croyons pas davantage possible de faire abstraction de «choix sociaux, politiques [ou] moraux»²³⁷ en précisant la portée de ces termes. Il nous paraît préférable de nous con-

mise en vente de ce même produit, le Conseil d'État français a affirmé sans plus d'explications que la loi permettant l'interruption volontaire de grossesse ne violait pas le droit à la vie garanti à toute personne par des instruments internationaux (voir *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E. 5, 213 R.T.N.U. 221, art. 2 ; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, R.T. Can. 1976 n° 47, 999 R.T.N.U. 171, art. 6 ; Cons. d'État, 21 décembre 1990, D.1991.Jur.283 (note P. Sabourin)). Pour sa part, le Conseil constitutionnel constate qu'aux yeux du législateur de 1994, le principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie n'est pas applicable aux embryons fécondés *in vitro*. Il déclare qu'il ne lui appartient pas de remettre en cause, «au regard de l'état des connaissances et des techniques, les dispositions ainsi prises» (Conseil constitutionnel, 27 juillet 1994, D.1995.Jur.237). La Cour de cassation a également jugé que le refus d'implanter un embryon ne portait pas atteinte au principe du respect de l'être humain dès le commencement de la vie, en dépit du fait que cet embryon pouvait éventuellement être détruit (voir Cass. civ. 1^{re}, 9 janvier 1996, D.1996.Jur.376, J.C.P.1996.IV.487).

²³⁴ Au Québec, le premier alinéa de l'article 617 C.c.Q. semble tenir pour acquis que l'enfant conçu est une personne physique existante:

Peuvent succéder les personnes physiques qui existent au moment de l'ouverture de la succession, y compris l'absent présumé vivant à cette époque et l'enfant conçu, mais non encore né, s'il naît vivant et viable.

L'article 2447 C.c.Q. déclare pour sa part qu'«il suffit qu'à l'époque où son droit devient exigible le bénéficiaire ou le titulaire subrogé existe ou, s'il est conçu, mais non encore né, qu'il naisse vivant et viable [...]», laissant entendre que l'enfant conçu n'existe pas encore. Ces deux dispositions n'ont pas pour objectif de définir les droits de l'enfant conçu ; en quelque sorte, elles s'annulent mutuellement. La nature des droits reconnus à l'enfant conçu demeure donc ambiguë. En ce qui concerne l'expression «être humain», un projet de loi contenait la précision suivante : «[i]l est sujet de droit depuis sa naissance jusqu'à sa mort» (P.L. 107, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des successions*, 3^e sess., 32^e lég., Québec, 1982, art. 1). Cette phrase a été omise dans les versions subséquentes, pour conserver le statu quo, notamment en matière de réparation du préjudice causé pendant la grossesse (voir Brière, *supra* note 113 aux pp. 35-39, n° 39). Cette suppression ne permet cependant pas d'affirmer que l'enfant conçu est un être humain. Le législateur a évité de prendre position sur le sujet, en employant une expression ambiguë. On peut d'ailleurs penser qu'en ne précisant pas la portée de ces termes en 1991, il a implicitement accepté les conclusions de l'arrêt *Daigle* (C.S.C.), *supra* note 4.

²³⁵ Crépeau, *supra* note 5 à la p. 242.

²³⁶ *Ibid.* Pour une critique de cette vision du problème, voir M. Shaffer, «Foetal Rights and the Regulation of Abortion» (1994) 39 R.D. McGill 58.

²³⁷ «L'attribution de la personnalité au fœtus est en droit une tâche essentiellement normative. [...] Les décisions fondées sur des choix sociaux, politiques, moraux et économiques au sens large, doivent plutôt être confiés au législateur» (*Daigle* (C.S.C.), *supra* note 4 à la p. 553). Par ailleurs, il ne nous paraît pas acceptable de lire dans la constitution les règles du droit naturel afin d'y découvrir une prohibition implicite de l'avortement (voir J. R. Graham, «Natural Law, our Constitutions, and the Unborn» (1996) 27 R.G.D. 21). Historiquement, certains auteurs de droit naturel, tels Grotius et Pu-

centrer sur les problèmes et les difficultés que soulève une reconnaissance d'un droit à la vie dès la conception.

Il faut noter tout d'abord que, si l'embryon est un être humain, toute mesure de régulation des naissances est interdite après la conception, y compris dans les jours qui suivent la fécondation²³⁸. De plus, en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne*, tout individu peut se porter à la défense d'un «être humain»²³⁹, même si les père et mère souhaitent qu'un avortement ait lieu. D'autre part, le droit à la santé physique et psychologique de la femme ne peut être concilié avec un droit absolu de l'enfant conçu à la vie. Les femmes ont en effet le droit constitutionnel de ne pas se voir imposer par l'État, sous peine de sanction pénale, l'obligation de poursuivre une grossesse s'il en résulte une menace à leur santé²⁴⁰. L'article premier de la *Charte des droits et libertés de la personne*²⁴¹ protège également le droit de la femme enceinte à «la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne». S'il devait être étendu à l'enfant conçu, le droit à la vie prévu par cette disposition serait subordonné à l'état de santé physique et psycho-

fendorf, ont conclu que l'autorité maritale était une règle du droit naturel. De nos jours, personne ne prétend que cette règle fait partie de la constitution. La même évolution peut être observée face à l'avortement.

²³⁸ *Daigle* (C.S.), *supra* note 3 à la p. 1986 :

Il ne nous appartient certainement pas d'examiner si le fœtus, en tant qu'être humain, a plus ou moins droit à la vie, dépendant du nombre de semaines de grossesse de sa mère. Le législateur n'a pas fait cette distinction et il n'est pas dans notre intention de tenter de la faire.

La position de la Cour d'appel est beaucoup moins claire. Le juge Bernier reconnaît des droits à l'enfant conçu «peu importe le stade de la grossesse» (*Daigle* (C.A.), *supra* note 3 à la p. 1739). Pour sa part, le juge Nichols affirme «qu'au stade où est rendue sa grossesse il ne peut être question d'y mettre fin librement [...]» (*Daigle* (C.A.), *ibid.* à la p. 1742). Enfin, le juge LeBel mentionne qu'«[à] cette étape du développement de l'enfant, la balance des inconvénients paraît clairement favoriser le fœtus [...]» (*Daigle* (C.A.), *ibid.* à la p. 1754).

²³⁹ *Supra* note 150, art. 2. Voir *Daigle* (C.A.), *ibid.* aux pp. 1739 et 1746, les juges Bernier et Nichols et à la p. 1754, le juge LeBel, qui est toutefois nettement plus réservé. La Cour supérieure a déjà jugé qu'un simple particulier n'avait pas l'intérêt requis pour exiger le respect de la disposition pertinente du *Code criminel*, *supra* note 1. Celle-ci interdisait les avortements n'ayant pas été autorisés par un comité de l'avortement thérapeutique (voir *Côté c. Centre local de services communautaires Le Norois*, [1987] R.J.Q. 2426 (C.S.) [ci-après *Le Norois*]). Nous ne croyons pas que cette décision puisse s'appliquer à la *Charte québécoise*, *ibid.*, compte tenu du libellé de l'article 2 de cette loi :

Tout être humain dont la vie est en péril a droit au secours.

Toute personne doit porter secours à celui dont la vie est en péril, personnellement ou en obtenant du secours, en lui apportant l'aide physique nécessaire et immédiate, à moins d'un risque pour elle ou pour les tiers ou d'un autre motif raisonnable.

²⁴⁰ Le droit à la «sécurité de la personne» prévu par l'article 7 de la *Charte canadienne*, *supra* note 9, protège les femmes contre une atteinte à leur santé physique et psychologique qui résulte d'une action de l'État (voir *R. c. Morgentaler* (1988), *supra* note 2 aux pp. 55-56 (le juge en chef Dickson), pp. 90-91, 105 et 108 (le juge Beetz), pp. 163 et 173 (la juge Wilson)).

²⁴¹ *Supra* note 150. Sur l'interprétation de cette disposition, voir *supra* note 167.

logique de la femme enceinte²⁴². Un tel résultat serait pour le moins curieux²⁴³. Enfin, le recours aux tribunaux pour déterminer si la santé de la femme enceinte est menacée occasionnerait inévitablement des délais. Ceux-ci auraient pour effet d'augmenter les risques posés par un avortement qui pourrait s'avérer nécessaire pour préserver la santé de la femme.

La difficile question du sens des mots «être humain» peut maintenant être tranchée à la lumière des implications juridiques et sociales exposées ci-dessus. En employant cette expression, le législateur a affirmé que tout homme et toute femme possède le droit à la vie. Rien ne permet de penser qu'il entendait conférer une protection additionnelle à l'enfant conçu²⁴⁴. Celui-ci n'a ni respiré ni vécu de façon autonome ; il

²⁴² On sait que la Cour suprême a refusé de décider si les termes «[c]hacun a droit à la vie [...]» (art. 7 de la *Charte canadienne*, *supra* note 9) protègent l'enfant conçu (voir *Borowski c. Canada (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 342, 57 D.L.R. (4^e) 231). Toutefois, la Cour a reconnu que le droit de la femme enceinte à sa santé physique et psychologique justifie le recours à l'avortement (voir *supra* notes 169-70). Dans l'arrêt *R. c. Morgentaler* (1988), *supra* note 2, les juges majoritaires ont tous déclaré que le législateur peut légitimement chercher à protéger le fœtus et restreindre le droit de la femme de se faire avorter, sans préciser dans quelles conditions une règle de cette nature serait jugée acceptable aux termes de l'article 1 de la *Charte canadienne*, *ibid.* (voir *R. c. Morgentaler* (1988), *ibid.* aux pp. 74-76 des notes du juge en chef Dickson, pp. 124-28 de celles du juge Beetz, p. 183 de celles de la juge Wilson). Bien qu'ils aient expressément affirmé ne pas prendre position sur la question d'un droit à la vie du fœtus (voir *ibid.* à la p. 74 des notes du juge en chef Dickson, p. 128 de celles du juge Beetz et p. 184 de celles de la juge Wilson), il est impossible de réconcilier l'analyse du juge en chef et de la juge Wilson avec un droit à la vie remontant à la conception. Pour sa part, le juge Beetz affirme que l'avortement ne saurait être interdit lorsque la santé de la femme enceinte est menacée par la continuation de la grossesse (voir *ibid.* aux pp. 82, 125-26 de ses notes) ; il laisse entendre qu'une interdiction de l'avortement à partir d'un certain stade de la grossesse serait peut-être acceptable (voir *ibid.* aux pp. 112-14). Voir sur ce sujet Shaffer, *supra* note 236.

²⁴³ L'opinion majoritaire d'un arrêt de la Cour suprême considère une approche semblable, pour finalement la rejeter. Il s'agit dans cette affaire de parents ayant refusé de consentir à ce que leur enfant de quelques mois reçoive une transfusion sanguine. Une ordonnance est rendue afin d'autoriser temporairement une société ontarienne d'aide à l'enfance à consentir à cette transfusion. Le juge La Forest, avec l'accord des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin, affirme que le droit à la liberté garanti par l'article 7 de la *Charte canadienne*, *ibid.*, protège le droit des parents d'élever leurs enfants et de décider quels traitements médicaux doivent leur être administrés. La loi ontarienne portant atteinte à ce droit afin de protéger la vie et la santé des enfants est toutefois jugée conforme aux principes de justice fondamentale (voir *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315 aux pp. 362-81, (1994), 122 D.L.R. (4^e) 1). De façon similaire, les intérêts de l'enfant conçu peuvent être protégés en imposant une restriction à la liberté dont jouit la femme enceinte ; ils ne peuvent toutefois pas avoir pour effet de compromettre la sécurité de sa personne. Les juges Cory, Iacobucci et Major croient plutôt que la «liberté» des parents ne saurait s'étendre au «droit des parents de refuser à leur enfant un traitement jugé nécessaire par un professionnel de la santé», car le droit à la vie et à la sécurité de l'enfant serait ainsi compromis (voir *ibid.* aux pp. 430-34). Le juge en chef est d'avis que l'article 7 ne s'applique pas et le juge Sopinka évite de prendre position. Récemment, la Cour a affirmé que la *Charte canadienne*, *ibid.* et la *Charte québécoise*, *supra* note 150, ne reconnaissent pas «le droit de conserver et de continuer une relation parent-enfant» (*Augustus c. Gosset*, *supra* note 132 au par. 53 des motifs de la Cour).

²⁴⁴ Voir Keyserlingk, «Prenatal Care — Civil Law», *supra* note 112 à la p. 62 et Keyserlingk, *Prenatal Care*, *supra* note 112 ; Rivet, *supra* note 113 aux pp. 455-57.

ne constitue pas encore une personne physique. Il est tout à fait logique de ne pas lui reconnaître la qualité d'être humain. Ceci irait à l'encontre du sens usuel de cette expression, en plus de modifier considérablement les règles traditionnelles du droit québécois, qui n'ont jamais porté sur l'avortement.

En définitive, le problème consiste à déterminer qui est habilité à décider si l'avortement doit avoir lieu : les juges ou la femme enceinte ? Il faut se demander si, en reconnaissant que tout être humain possède la personnalité juridique, le législateur québécois entendait confier aux tribunaux le soin de trancher cette question, sans énoncer aucun critère pour baliser leur action²⁴⁵. Placée devant une telle alternative, nous croyons que la Cour suprême a retenu la seule solution acceptable d'un point de vue juridique et social. Il reste toutefois à examiner une variante de cette question : est-il possible de considérer que l'être humain se forme à un certain stade de la grossesse ?

b. Être humain ... après quelques semaines ?

Aucun texte de droit québécois ne permet de considérer que plus le développement de l'enfant est avancé, plus il s'apparente à un être humain. De deux choses l'une : ou cette expression englobe le simple embryon ou, au contraire, elle s'applique uniquement après la naissance. Elle ne peut varier selon le nombre de semaines. En effet, aucun critère ne permet de décider à quel stade de la gestation «l'être humain» apparaît. On peut estimer que cela se produit quand le fœtus est formé ou peut bouger, environ huit semaines après le début de la grossesse. L'avortement devient alors

²⁴⁵ En Cour d'appel, les juges majoritaires ont proposé une variété de critères qui illustrent bien le danger inhérent à l'élaboration de solutions au cas par cas. Le juge Bernier affirme que recourir à l'avortement constitue un abus de droit, sauf en présence de «motifs raisonnables eu égard au stade de la grossesse», les motifs de Chantal Daigle n'étant pas, à son avis, «suffisamment sérieux» (*Daigle* (C.A.), *supra* note 3 à la p. 1739). Le juge Nichols affirme ce qui suit :

au stade où est rendue sa grossesse il ne peut être question d'y mettre fin librement, compte tenu du fait qu'il s'agit d'une grossesse désirée, que la vie et la santé de la mère ne sont pas en danger et que tout porte à croire que l'enfant est normal.

Il ajoute que le litige

n'exige pas non plus que nous nous penchions sur les conséquences de la naissance pour la mère, le fœtus ou pour le père. À ce sujet, la preuve n'offre aucun renseignement, que ce soit d'ordre social, psychologique, d'ordre matériel ou économique. J'aurais la conviction de sombrer dans la spéculation si je m'aventurais à prévoir les effets qu'aura la naissance du fœtus dans les circonstances actuelles.

Lorsqu'il s'agit d'arbitrer le conflit que pose la libre disposition de son corps par une femme et le droit à la vie de l'être qu'elle porte, un cas comme celui-ci fait pencher la balance du côté du fœtus tant à cause des droits apparents qui lui compètent qu'à cause de la balance des inconvénients (*Daigle* (C.A.), *ibid.* aux pp. 1742-43).

Quant au juge LeBel, il précise que le fœtus paraît en bonne santé et que la santé «physiologique» de la mère n'est pas en danger. Il déclare mettre «en balance la fin immédiate de l'existence et d'autre part des inconvénients et des restrictions importantes de la vie de l'appelante». Il conclut : «[à] cette étape du développement de l'enfant, la balance des inconvénients paraît clairement favoriser le fœtus et justifier la demande d'injonction» (*ibid.* à la p. 1754).

très difficile à obtenir dans ce délai²⁴⁶. Par contre, on peut penser que l'existence humaine apparaît uniquement après que le seuil de viabilité a été atteint, au plus tôt après la vingt-deuxième semaine²⁴⁷. Si tel était le cas, les avortements pratiqués à l'heure actuelle au Québec seraient tous licites. Les termes «être humain» ne contenant aucun critère permettant de trancher cette question, il ne convient pas de s'en remettre à l'arbitraire des juges.

C'est pourtant à ce genre d'exercice que se sont livrés deux juges de la Cour d'appel dans l'arrêt *Daigle*, en s'inspirant des règles de la procédure interlocutoire, qui permettent de pondérer les avantages et les inconvénients découlant de l'injonction (art. 752 C.p.c.)²⁴⁸. En se prononçant sur l'existence du droit invoqué, ces considérations n'ont pas leur place²⁴⁹. En d'autres termes, le droit à la vie de l'enfant conçu ne saurait dépendre d'une évaluation des avantages et des inconvénients découlant d'une injonction. De ce point de vue, le nombre de semaines écoulées depuis le début de la grossesse ne peut avoir pour effet de rendre un avortement plus ou moins acceptable. C'est au législateur qu'il appartient de poser une règle sur ce sujet²⁵⁰.

À l'issue de cette analyse, il apparaît que les intérêts de l'enfant conçu ne sauraient avoir pour effet de restreindre la liberté d'action de la femme enceinte. L'expression «être humain» est beaucoup trop vague pour être étendue à l'embryon ou au fœtus. Cette interprétation serait de plus difficile à concilier avec le droit des femmes à la protection de leur santé physique et psychologique. En admettant toutefois qu'elle représente l'intention du législateur, il devient nécessaire de se demander si un tel résultat est acceptable dans le contexte constitutionnel canadien.

C. Les limites posées par le fédéralisme canadien

L'utilisation d'une injonction dans le but de protéger le droit à la vie de l'enfant conçu pose un certain nombre de problèmes de droit public. Une brève description des caractéristiques de l'injonction en droit constitutionnel (1) permet d'aborder la question du partage des pouvoirs législatifs en matière d'avortement (2).

²⁴⁶ Voir Shaffer, *supra* note 236 à la p. 76.

²⁴⁷ Voir Deleury et Goubau, *supra* note 111 à la p. 10, n. 21.

²⁴⁸ Les juges Nichols et LeBel opposent les droits de l'enfant conçu et ceux de la femme enceinte et déclarent pondérer les avantages et les inconvénients découlant de l'injonction interlocutoire (voir les extraits cités, *supra* note 245).

²⁴⁹ Lorsqu'une injonction interlocutoire est demandée, le tribunal doit d'abord déterminer si le droit allégué est clair ou discutable. Dans ce dernier cas, il doit évaluer les inconvénients occasionnés par la délivrance ou le refus de l'injonction interlocutoire, afin de déterminer lesquels l'emportent (voir D. Ferland et B. Emery, dir., *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, Cowansville, Yvon Blais, 1994 aux pp. 353-55).

²⁵⁰ L'arrêt *R. c. Morgentaler* (1988), *supra* note 2, reconnaît clairement au législateur le droit de restreindre l'accès à l'avortement passé un certain stade de développement du fœtus, qui n'est pas précisé. Les juges majoritaires sont unanimes sur ce point.

1. L'injonction en droit constitutionnel

Le non-respect d'une injonction peut avoir pour conséquences l'imposition de sanctions pénales (a). Il ne s'ensuit pas que cette procédure relève exclusivement du domaine de compétence imparti au Parlement (b).

a. L'outrage au tribunal

En droit québécois, la personne qui contrevient à une injonction commet un outrage au tribunal. Elle est alors passible d'une amende de 50 000 \$ ainsi que d'un emprisonnement d'une durée maximale d'un an (art. 761 C.p.c.). La procédure qui permet d'obtenir une telle condamnation est régie par le droit provincial et est «de nature quasi pénale»²⁵¹. Elle «comporte toujours un élément de "droit public"»²⁵², même si l'expression «outrage civil» est utilisée, afin d'indiquer que le *Code de procédure civile* s'applique. Par contre, si la désobéissance revêt un caractère public et jette le discrédit sur le système judiciaire, le contrevenant commet un «outrage criminel»²⁵³, qui est régi par les règles de procédure du droit pénal canadien²⁵⁴. Dans ce dernier cas, la peine ne connaît pas de limites²⁵⁵. Des manifestants opposés à l'avortement ont appris à leur dépens que dans une affaire médiatisée, le refus d'obtempérer à une injonction est très rapidement qualifié d'outrage criminel²⁵⁶.

²⁵¹ *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits électroniques Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 1065 à la p. 1078, 96 D.L.R. (4^e) 376 [ci-après *Vidéotron* avec renvois aux R.C.S.] ; voir également *Commission de transport de la communauté urbaine de Montréal c. Québec (P.G.)*, [1987] R.D.J. 199 (C.A.).

²⁵² *Vidéotron*, *ibid.* à la p. 1075.

²⁵³ L'accusation d'outrage peut alors être portée par le juge ou le Procureur général provincial, même si la partie au litige qui a demandé la délivrance de l'injonction refuse de le faire (voir *Poje c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1953] 1 R.C.S. 516, 105 C.C.C. 311 ; A. Popovici, *L'outrage au tribunal*, Montréal, Thémis, 1977 au c. 1).

²⁵⁴ Voir Popovici, *ibid.* aux pp. 22-30 et c. 4 ; *Commission de transport de la communauté urbaine de Montréal c. Syndicat du transport de Montréal (C.S.N.)*, [1977] C.A. 476 à la p. 480.

²⁵⁵ Voir *Code criminel*, *supra* note 1, art. 9 ; cette infraction a été déclarée valide par la Cour suprême dans *United Nurses of Alberta c. Alberta (P.G.)*, [1992] 1 R.C.S. 901, 89 D.L.R. (4^e) 609 [ci-après *United Nurses*]. L'outrage criminel peut découler de la violation d'une ordonnance judiciaire destinée à assurer le respect d'une règle de droit provincial. Cela ne soulève pas de difficultés du point de vue du partage des compétences (voir *United Nurses*, *ibid.* aux pp. 937-38). Sur ce type d'outrage, voir également *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 214 aux pp. 233 et s., 53 D.L.R. (4^e) 1.

²⁵⁶ Voir *Everywoman's Health Centre Society (1988) c. Bridges*, [1989] B.C.J. n° 453 (QL) (C.S. C.-B.) ; *R. c. Bridges (No. 2)* (1989), 61 D.L.R. (4^e) 154 aux pp. 159-60, 48 C.C.C. (3^e) 546 (C.S. C.-B.) ; *Everywoman's Health Centre Society (1988) c. Bridges* (1990), 48 C.R.R. 356 à la p. 366 (C.S. C.-B.) ; *Everywoman's Health (1990)* (C.A. C.-B.), *supra* note 179 aux pp. 292-93 ; *Everywoman's Health* (1994) (C.S. C.-B.), *supra* note 182 aux pp. 352-53. Dans ce dernier jugement, le juge conclut qu'il n'y a pas d'outrage criminel. D'autre part, la Cour suprême a reconnu récemment qu'une manifestation très médiatisée pouvait donner lieu à une condamnation pour outrage criminel (voir *MacMillan Bloedel Ltd c. Simpson*, [1996] 2 R.C.S. 1048 aux pp. 1062-63, 137 D.L.R. (4^e) 633, jugement unanime [ci-après *MacMillan Bloedel* avec renvois aux R.C.S.]).

Peut-on douter un seul instant que Chantal Daigle et bien d'autres femmes enceintes aient été prêtes à purger une peine d'emprisonnement pour se faire avorter ? Dans ces conditions, le recours à l'injonction et à la condamnation pour outrage au tribunal dans le but de protéger le droit à la vie de l'enfant conçu se révèle sous sa vraie nature : une interdiction pure et simple, assortie d'une sanction pénale. Il est vrai qu'une demande d'injonction ayant pour objet l'interdiction d'un avortement est présentée au nom de l'enfant conçu par une partie privée. Il peut s'agir du père, d'une tutrice nommée malgré l'opposition des père et mère ou même d'une étrangère qui se réclame de la *Charte des droits et libertés de la personne*²⁵⁷. À notre avis, cette seule caractéristique n'est pas suffisante pour qu'une prohibition pure et simple, assortie d'une peine pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement, soit rattachée au droit privé. Le fait que ce soit une partie privée, et non pas l'État, qui tente d'empêcher l'avortement ne retranche pas nécessairement la règle portant sur cette question du domaine criminel. À l'époque où l'avortement était un acte criminel, les tribunaux ont d'ailleurs refusé de délivrer des injonctions contre les personnes que le Procureur général refusait de poursuivre, refusant ainsi d'aborder la question sous l'angle civil²⁵⁸. En pratique, la femme enceinte menacée d'outrage au tribunal est confrontée à une interdiction qui risque de la conduire derrière les barreaux si quelqu'un décide de s'adresser au tribunal. Dans cette perspective, toute distinction avec le droit pénal est purement formelle.

b. L'injonction et le fédéralisme

On l'a dit, toute contravention à une injonction peut donner lieu à une condamnation pour outrage au tribunal. Il ne s'ensuit pas qu'elle constitue une règle de droit pénal sur laquelle le Parlement soit seul à pouvoir légiférer. Les législatures provinciales peuvent prévoir l'imposition de peines d'emprisonnement afin d'assurer le respect des règles qu'elles ont le pouvoir d'édicter²⁵⁹. L'injonction peut être employée à cette fin²⁶⁰ ; elle peut également être délivrée aux termes d'une loi

²⁵⁷ *Supra* note 150, art. 2.

²⁵⁸ Antérieurement à 1988, plusieurs jugements ont rejeté une requête en injonction où l'on alléguait que des médecins contrevenaient au *Code criminel* en pratiquant des avortements. Les juges ont affirmé qu'il appartenait au Procureur général d'agir (voir *Carruthers c. Langley* (1985), 13 D.L.R. (4^e) 528, 57 B.C.L.R. 373 (C.S. C.-B.), conf. par (1985), 69 B.C.L.R. 24 (C.A. C.-B.), autorisation de se pourvoir refusée, [1986] 1 R.C.S. vii ; *League for Life in Manitoba Inc. c. Morgentaler* (1985), 34 Man.R. (2^e) 91 (B.R.), où le juge fait une étude exhaustive de la question ; *Campbell c. Ontario (P.G.)* (1987), 58 O.R. (2^e) 209 (H.C. Ont.), conf. par (1987), 60 O.R. (2^e) 617 (C.A.), autorisation de se pourvoir refusée, [1987] 1 R.C.S. vi ; *Québec (P.G.) c. Chartrand*, [1987] R.J.Q. 1732 (C.A.), infirmant [1987] R.J.Q. 331 (C.S.), autorisation de se pourvoir refusée, [1988] 1 R.C.S. vii ; *Harvey c. Québec (Ministre de la justice)*, [1987] R.J.Q. 1743 (C.S.) ; *Le Norois, supra* note 239 ; *Guay, supra* note 198 à la p. 12 des notes du juge Barbeau. L'arrêt *Québec (P.G.) c. Chartrand, ibid.*, laisse entendre que l'inaction du Procureur général pourrait être révisée en cas d'abus, mais la Cour d'appel décide d'attendre le résultat de la contestation constitutionnelle menée par le Dr Morgentaler. Voir également H. Dumont, « L'abolition du crime d'avortement dans la perspective de la réforme du droit criminel » (1980-81) 15 R.J.T. 149 aux pp. 169-74.

²⁵⁹ Voir *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c.3, art. 92(15).

²⁶⁰ L'arrêt *Bédard c. Dawson*, [1923] R.C.S. 681, 4 D.L.R. 293 [ci-après *Bédard* avec renvois aux R.C.S.], permet d'affirmer qu'une loi provinciale peut autoriser un juge à enjoindre la fermeture

fédérale²⁶¹. De plus, une personne peut demander au tribunal d'interdire un acte qui porte atteinte à son droit de propriété même si le comportement du défendeur constitue par ailleurs un crime²⁶². En somme, l'injonction est neutre du point de vue constitutionnel. Seule la règle de droit qu'elle a pour mission de faire respecter doit être examinée, afin de déterminer si elle relève bien du pouvoir législatif provincial.

En utilisant l'injonction pour interdire à une personne de poser certains gestes, un tribunal peut fort bien déborder le cadre du droit provincial. Il risque en effet d'empiéter sur le pouvoir du Parlement en matière de droit criminel. La jurisprudence fait parfois allusion à cette possibilité. Ainsi, le juge Beetz écrit :

Les peines imposées par la loi attaquée pour refus de témoigner sont de nature coercitive. Même si elles étaient punitives, elles seraient valides en vertu du par. (15) de l'art. 92 à moins d'être employées spécieusement pour créer de nouveaux crimes ou pour assortir d'autres peines à ceux du Code criminel. Les plaidoiries ont fait état de ce dernier point sans toutefois l'établir²⁶³.

Dès 1925, le juge Middelton avait clairement posé le problème :

Much less should the Courts interfere when the thing complained of is not within the terms of the criminal law, although it might be rightly regarded as objectionable or even immoral, for then the civil Courts by injunction are attempting to enlarge and amend the criminal law. Government by injunction is a thing abhorrent to the law of England and of this Province.

The fact that the criminal law emanates from the Dominion, and the civil law from the Province, and that our Courts are created by the Province, only serves to manifest the desirability of refraining from any assumption by the civil Courts of a power to regulate public conduct.

The question of trades unionism and of the open shop and of how far those who advocate the one as against the other should be permitted to go in endeav-

d'une maison de débauche, afin de faire disparaître une nuisance. Cette mesure relève de la propriété et des droits civils (voir *Loi constitutionnelle de 1867*, *ibid.*, art. 92(13)) car elle vise l'utilisation d'une propriété. En l'espèce, la loi provinciale renvoie à la définition des termes «maison de débauche» contenue dans le *Code criminel* ; de plus, le juge Idington tient pour acquis qu'elle vise uniquement le propriétaire qui ne tient pas lui-même une maison de débauche (*Bédard*, *ibid.* à la p. 683). Par ailleurs, il existe d'autres situations où l'injonction peut venir à l'appui d'une loi provinciale. Le Procureur général peut demander la délivrance d'une telle ordonnance afin de mettre fin aux violations répétées d'une loi lorsque l'imposition des peines prévues par celle-ci s'avère inefficace (voir *League for Life in Manitoba Inc. c. Morgentaler* (1985), 34 Man.R. (2^e) 91 aux pp. 100-02 (B.R.) ; *Dieleman*, *supra* note 170 aux pp. 648-52).

²⁶¹ Voir *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada c. R.*, [1956] R.C.S. 303 aux pp. 308-09, 2 D.L.R. (2^e) 11. Le mot «injonction» n'est pas employé en l'espèce, mais l'ordonnance en question a les mêmes caractéristiques.

²⁶² Voir *MacMillan Bloedel*, *supra* note 256 aux pp. 1058-59.

²⁶³ *Di Iorio c. Gardien de la prison commune de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152 aux pp. 227-28, 73 D.L.R. (3^e) 491 [nos italiques]. Il s'agissait dans cette affaire d'une condamnation pour outrage au tribunal imposée à la suite d'un refus de répondre aux questions posées.

ouring to uphold and enforce their views, are essentially matters for Parliament and quite foreign to civil Courts²⁶⁴.

Le jugement de la Cour supérieure et l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Daigle* nous semblent être tombés dans le travers dénoncé par le juge Middleton. Cette affirmation suppose cependant que l'interdiction de l'avortement relève de la compétence exclusive du Parlement, une question qu'il nous faut maintenant examiner.

2. L'avortement et le partage des pouvoirs législatifs

L'injonction délivrée en première instance contre Chantal Daigle assure-t-elle le respect d'une règle qui découle d'un chef de compétence provinciale ? S'agit-il plutôt d'une question qui relève exclusivement du droit pénal ? Sans prétendre faire une analyse approfondie du partage des compétences en droit constitutionnel canadien, nous espérons présenter les termes de ce débat ainsi que les éléments sur lesquels nous appuyons notre propre conclusion. Pour ce faire, une brève description de la jurisprudence concernant le domaine du droit criminel s'impose, ainsi qu'un examen des règles d'interprétation applicables en matière constitutionnelle (a). Il devient alors nécessaire d'examiner les chefs de compétence provinciale susceptibles de permettre l'adoption de règles concernant l'avortement, soit les soins de santé (b) ainsi que la propriété et les droits civils (c).

a. Le domaine du droit criminel canadien

Il n'est pas aisé d'identifier les critères permettant de déterminer si une interdiction assortie de sanctions pénales relève du domaine imparti au Parlement en matière criminelle²⁶⁵. Dans la perspective qui est la nôtre, il convient de s'attarder particulièrement aux cas où une règle de droit provincial empiète sur cette compétence²⁶⁶. Il est possible de relever dans la jurisprudence certaines caractéristiques auxquelles les juges accordent beaucoup de poids, quoiqu'aucune d'entre elles ne soit déterminante. L'existence d'une sanction de nature pénale est évidemment prise en considération²⁶⁷.

²⁶⁴ *Robinson c. Adams* (1924), 56 O.L.R. 217, 1 D.L.R. 359 à la p. 365 (C.A. Ont.). Le juge Middleton ajoute que l'injonction ne doit pas servir à assurer le respect des règles du droit criminel. Cette opinion n'a pas été suivie : un acte criminel peut constituer simultanément une atteinte à un droit relevant de la compétence provinciale, ce qui autorise le recours à l'injonction (voir *MacMillan Bloedel*, *supra* note 256 aux pp. 1058-59).

²⁶⁵ Voir *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 259, art. 91(27) ; voir aussi les réflexions stimulantes du professeur F. Chevrette, «Prolégomènes à l'étude de la notion de droit criminel en droit constitutionnel canadien» (1969) 4 R.J.T. 17.

²⁶⁶ Sur le caractère évolutif de la compétence fédérale en matière de droit pénal, voir J. Leclair, «Aperçu des virtualités de la compétence fédérale en droit criminel dans le contexte de la protection de l'environnement» (1996) 27 R.G.D. 137.

²⁶⁷ Dans l'exercice de sa compétence en droit criminel, le Parlement peut prévoir des mesures de détention et de traitement des personnes déclarées inaptes pour cause de troubles mentaux (voir *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933 aux pp. 997-1008, 125 N.R. 1), ainsi que l'hébergement et l'encadrement des jeunes contrevenants (voir *Colombie-Britannique (P.G.) c. Smith*, [1967] R.C.S. 702 à la p. 712,

Le fait qu'une règle de droit criminel soit en vigueur ou ait existé dans le passé pèse lourd dans la balance. Dans cette hypothèse, l'acte interdit est considéré comme faisant partie ou comme ayant déjà fait partie des méfaits sociaux (*public wrong*) que le droit criminel a pour mission de combattre. Ce critère est sans doute celui auquel les juges s'attardent le plus souvent²⁶⁸.

La jurisprudence a reconnu à maintes reprises que certaines questions relèvent exclusivement du Parlement et ne peuvent faire l'objet de lois provinciales²⁶⁹, en particulier dans l'hypothèse où une disposition de droit criminel a déjà porté sur la même question.

Le droit constitutionnel canadien n'admet cependant pas de solution toute faite. Une loi provinciale peut reprendre une règle qui a déjà été contenue dans une loi fédérale²⁷⁰. Elle peut même faire double emploi avec une disposition fédérale relevant du

65 O.L.R. (2^e) 713 ; R. c. S. (S.), [1990] 2 R.C.S. 254 aux pp. 347-50, 57 C.C.C. (3^e) 115). Même si ces mesures ne sont pas des sanctions pénales dans le sens traditionnel du terme, les lois dans lesquelles elles s'inscrivent relèvent de la compétence du Parlement en droit criminel.

D'autre part, l'article 92(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 259, ne fixe aucune limite aux peines pouvant être imposées pour une contravention à une loi provinciale. Les lois provinciales qui ont été déclarées inopérantes parce qu'elles empiétaient la compétence exclusive sur le droit criminel ne prévoyaient pas de peines particulièrement élevées. La rigueur des peines imposées n'est donc pas déterminante.

²⁶⁸ Voir *Reference Re Section 5 (a) of The Dairy Industry Act*, R.S.C. 1927, c. 45, [1949] R.C.S. 1, 1 D.L.R. 433, conf. par [1951] A.C. 179, [1950] 4 D.L.R. 689 ; *Labatt c. Canada (P.G.)*, [1980] 1 R.C.S. 914 aux pp. 932-34, 30 N.R. 496 ; *Boggs c. R.*, [1981] 1 R.C.S. 49 aux pp. 61-64, 120 D.L.R. (3^e) 718 ; *Devine c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 790 aux pp. 810-11, 55 D.L.R. (4^e) 641 ; *Knox Contracting Ltd c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338 aux pp. 347-50, 110 N.R. 171 ; R. c. *Swain*, *ibid.* ; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (P.G.)*, [1995] 3 R.C.S. 199 aux pp. 240-67, le juge La Forest, pour un majorité de 5 juges et aux pp. 356-64, le juge Major dissident, 127 D.L.R. (4^e) 1.

Il existe plusieurs arrêts où une loi provinciale, de par son caractère véritable, a été jugée comme empiétant sur la compétence législative du Parlement en matière criminelle (voir notamment *Switzman c. Elbing*, [1957] R.C.S. 285, 7 D.L.R. (2^e) 337 [ci-après *Switzman* avec renvois aux R.C.S.] ; *Westendorp c. R.*, [1983] 1 R.C.S. 43 aux pp. 53-54, 46 N.R. 30 [ci-après *Westendorp* avec renvois aux R.C.S.] ; *Cabaret Sex Appeal Inc. c. Montréal (Ville de)*, [1992] R.J.Q. 2189 aux pp. 2196-214 (C.S.), conf. pour un autre motif par [1994] R.J.Q. 2133 (C.A.)).

Pour ce qui concerne l'interdiction de travailler le dimanche, voir *Ontario (P.G.) c. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524 ; *Henry Birks & Sons Ltd c. Montreal (City of)*, [1955] R.C.S. 799 aux pp. 807-09, 818-23, 5 D.L.R. 321 ; sur la liberté de recruter des fidèles et le droit criminel, voir *Saumur c. Québec (City of)*, [1953] 2 R.C.S. 299, 4 D.L.R. 641.

²⁶⁹ L'arrêt *Johnson c. Alberta (P.G.)*, [1954] R.C.S. 127, 2 D.L.R. 625, déclare inopérante une loi provinciale permettant au gouvernement de la province d'obtenir une ordonnance de confiscation de machines à sous, en raison du fait que le *Code criminel* permet au gouvernement fédéral d'obtenir une telle ordonnance. Il est évident qu'un seul gouvernement peut confisquer l'appareil, d'où l'inconstitutionnalité de la loi provinciale. Par ailleurs, les juges Locke (voir *ibid.* à la p. 162) et Cartwright (voir *ibid.* à la p. 167) notent que si la définition des termes «machines à sous» contenue dans la loi provinciale était plus large que celle du *Code criminel*, L.R.C. 1927, c. 36, art. 986(4), mod. par L.C. 1938, c. 44, art. 46, elle serait inconstitutionnelle.

²⁷⁰ Il en va ainsi de l'interdiction faite à un syndicat de contribuer au financement d'un parti politique fédéral. La législature provinciale peut, en vertu de son pouvoir de légiférer sur la propriété et les

droit criminel mais qui n'est pas entrée en vigueur²⁷¹. Le fait que le *Code criminel* contienne des dispositions sur le même sujet ou sur une question connexe n'est pas déterminant. En effet, une autre règle peut porter sur cette question et se rattacher à un chef de compétence provinciale. C'est la théorie du double aspect²⁷². Des dispositions fédérales et provinciales peuvent donc porter sur une même question et se rattacher chacune à un chef de compétence différent. Elles peuvent alors coexister si elles ne se contredisent pas²⁷³. Dans l'hypothèse où l'objectif poursuivi par le législateur fédéral

droits civils (voir *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 259, art. 92(13)), mettre en place un système de prélèvement obligatoire. Par voie de conséquence, elle peut également restreindre l'utilisation qui sera faite des fonds recueillis de cette manière (voir *Oil, Chemical and Atomic Workers International Union c. Imperial Oil Ltd.*, [1963] R.C.S. 584 aux pp. 591-94 et 596-97, 41 D.L.R. (2^e) 1 ; voir cependant la très forte dissidence des juges Cartwright (voir *ibid.* à la p. 598), Abbott (voir *ibid.* à la p. 599) et Judson (voir *ibid.* à la p. 606), qui insistent sur l'abrogation d'une règle fédérale portant sur la même question).

²⁷¹ Voir *Schneider c. R.*, [1982] 2 R.C.S. 112, 139 D.L.R. (3^e) 417 [ci-après *Schneider* avec renvois aux R.C.S.]. Il s'agissait dans cette affaire d'une loi provinciale obligeant les héroïnomanes à se faire traiter ; elle fut jugée valide car elle relevait du pouvoir des provinces de légiférer sur la santé, même si elle prévoyait qu'un juge pouvait ordonner à un patient de demeurer en institution pendant au plus trois ans. La disposition de loi fédérale portant sur cette question était conditionnelle à la conclusion d'un accord avec la province où elle devait s'appliquer et n'était pas entrée en vigueur. Il n'y avait donc aucun conflit entre les deux lois.

²⁷² La théorie du double aspect doit ses lettres de noblesse aux arrêts portant sur la suspension d'un permis de conduire. Celle-ci est imposée au conducteur reconnu coupable d'avoir conduit son véhicule en état d'ébriété, ce que prohibe le *Code criminel*. Les lois provinciales peuvent prévoir une période de suspension plus longue ou l'assortir de conditions plus rigoureuses. On notera qu'il s'agit de règles concernant l'octroi et la révocation d'un permis (voir, entre autres, *Ross c. Ontario (Registraire des véhicules automobiles)*, [1975] 1 R.C.S. 5, 42 D.L.R. (3^e) 68).

Par ailleurs, une loi provinciale obligeant les entreprises à fermer leurs portes le dimanche afin d'imposer une journée commune de repos est parfaitement valide. En effet, si elle n'a pas pour objet la profanation du dimanche en tant que jour religieux, elle ne porte pas une question de moralité publique (voir *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713 aux pp. 737-44, 35 D.L.R. (4^e) 1).

²⁷³ Voir *Multiple Access Ltd c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, 138 D.L.R. (3^e) 1 ; voir également F. Joyal, «Le principe de la primauté de la législation fédérale en droit constitutionnel canadien» (1993) 27 R.J.T. 109 ; *Canada (P.G.) c. Dupond*, [1978] 2 R.C.S. 770, 84 D.L.R. (3^e) 420 [ci-après *Dupond*] (d'après les juges majoritaires, le règlement municipal, interdisant toute manifestation, complète le *Code criminel* sans entrer en conflit avec ses dispositions (voir *ibid.* aux pp. 792-94, le juge Beetz) ; le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson sont dissidents (voir *ibid.* aux pp. 778-80)).

Une loi provinciale autorisant une régie à retirer le permis des propriétaires de salles de cinéma qui projettent des films jugés obscènes a pour objet véritable la réglementation d'une entreprise provinciale (voir *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 665 aux pp. 691-92 (le juge Ritchie), le juge en chef Laskin et les juges Judson, Spence et Dickson étant dissidents (voir *ibid.* aux pp. 680-84), 55 D.L.R. (3^e) 632 [renvois aux R.C.S.] ; par contre, le règlement qui paraphrase une disposition du *Code criminel* et interdit sous peine d'amende la projection de films obscènes est jugé invalide, car il ne vise pas la réglementation d'une entreprise (voir le juge Ritchie, *ibid.* aux pp. 698-99 ; la Cour est unanime sur ce point)). Voir aussi *Rio Hotel Ltd c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59, 44 D.L.R. (4^e) 663 [ci-après *Rio Hotel* avec renvois aux R.C.S.]. Là encore, le *Code criminel* contient des dispositions sur le sujet réglementé, soit les spectacles de nudité. La loi provinciale est toutefois valide car elle vise les «mesures de commerciali-

ne serait pas atteint en exigeant le respect de la disposition provinciale, celle-ci doit cependant céder le pas²⁷⁴.

L'interaction du *Code criminel* et des lois de protection de la jeunesse fournit un exemple d'application de la doctrine du double aspect. Ces lois relèvent en principe de la compétence provinciale²⁷⁵. Elles énoncent les obligations des parents envers leurs enfants et mettent sur pied un système administratif destiné à pallier leurs défaillances en ce domaine. Pour sa part, le *Code criminel* oblige les parents à fournir aux enfants les «choses nécessaires à l'existence» si l'enfant «se trouve dans le dénuement ou dans le besoin» ou si sa vie est en danger²⁷⁶. Il se trouve que certaines lois provinciales imposent une peine aux parents qui négligent, maltraitent ou abandonnent leurs enfants. Cette infraction a une portée plus large que celle du *Code criminel*. Elle fait partie d'une loi qui porte sur l'éducation des enfants ; sa validité constitutionnelle est admise pour cette raison²⁷⁷.

De façon générale, une loi provinciale peut être inspirée par des préoccupations morales si elle a principalement pour objet une question de compétence provinciale. La détermination de cet objet, du «caractère véritable de la loi», est une opération éminemment subjective. C'est ainsi qu'un règlement municipal interdisant temporairement toute manifestation a été qualifié de mesure portant sur la réglementation des voies publiques²⁷⁸. En revanche, un règlement interdisant aux prostituées d'offrir leurs services sur la place publique a été jugé inopérant, parce qu'il visait la prostitution en tant que fléau social²⁷⁹. En ce domaine, tout est question d'appréciation.

sation pour augmenter les ventes d'alcool» (voir *ibid.* aux pp. 64-65, le juge en chef Dickson, avec l'accord des juges McIntyre, Wilson et Le Dain ; *ibid.* à la p. 80, le juge Estey, avec l'accord du juge Lamer ; *ibid.* aux pp. 66-67, le juge Beetz souscrit à l'opinion de ses deux collègues.)

Il faut noter que dans les deux derniers cas, la sanction la plus fréquemment imposée, et la plus efficace, consiste à retirer le permis délivré par l'organisme provincial chargé de réglementer ces secteurs d'activité. Cela permet de conclure qu'il ne s'agit pas d'une règle de droit criminel (voir *Rio Hotel*, *ibid.* aux pp. 65-66, le juge en chef Dickson, avec l'accord des juges McIntyre, Wilson et Le Dain ; *ibid.* aux pp. 70 et 79, le juge Estey, avec l'accord du juge Lamer.)

²⁷⁴ Voir *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, 65 D.L.R. (4^e) 361 ; *Husky Oil Operations Ltd c. M.R.N.*, [1995] 3 R.C.S. 453 aux pp. 503-07, 128 D.L.R. (4^e) 1.

²⁷⁵ Voir *Reference Re Authority to Perform Functions Vested by the Adoption Act, the Children's Protection Act, the Children of Unmarried Parents Act, the Deserted Wives and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1937, c. 218, 312, 217 and 211, [1938] R.C.S. 398 aux pp. 402-03 et 421, 3 D.L.R. 497.

²⁷⁶ *Supra* note 1, art. 215(1) et (2)(a) (i) et (ii).

²⁷⁷ Voir *R. c. Dowdell*, [1933] 4 D.L.R. 794, 46 B.C.R. 267 (C.S. C.-B.) ; *Re Gutsch*, [1959] O.R. 539, 19 D.L.R. (2^e) 572 (H.C. Ont.) ; *R. c. Chief* (1963), 42 D.L.R. (2^e) 712, 46 W.W.R. 57 (B.R. Man.), conf. par (1964), 44 D.L.R. (2^e) 108 (C.A.).

²⁷⁸ Voir *Dupond*, *supra* note 273.

²⁷⁹ Voir *Westendorp*, *supra* note 268 aux pp. 53-54. Toutefois, dans *Montréal (Ville de) c. Goldwax*, [1983] C.A. 342, la Cour d'appel du Québec s'était appuyée sur l'arrêt *Dupond*, *ibid.*, pour déclarer valide un règlement semblable à celui que la Cour suprême a déclaré inopérant dans l'affaire *Westendorp*, 16 D.L.R. (4^e) 667. La Cour suprême a toutefois infirmé cette décision (voir *Goldwax c. Montréal (Ville de)*, [1984] 2 R.C.S. 525).

Le partage des pouvoirs législatifs joue également un rôle déterminant lorsque les tribunaux sont appelés à appliquer une disposition provinciale ambiguë. Celle-ci peut parfois être susceptible de deux interprétations, la première se confinant à un domaine de compétence provinciale, la seconde débordant ce cadre et empiétant sur un domaine de compétence fédérale. Dans ces conditions, il faut évidemment choisir la première interprétation²⁸⁰.

Cette problématique peut être transposée à l'affaire *Daigle* : quoique valide en vertu de la compétence législative provinciale, la règle de droit provinciale énoncée à l'art. 2 de la *Charte des droits et des libertés de la personne*²⁸¹ ne peut être interprétée de façon à interdire à une femme enceinte de se faire avorter si cette interdiction relève de la compétence exclusive du Parlement sur le droit criminel. C'est à cette dernière question qu'il nous faut maintenant tenter de répondre.

b. L'avortement et les soins de santé

Le pouvoir du Parlement de légiférer en droit criminel s'étend à l'interdiction de l'avortement ainsi qu'aux conditions de sa légalité²⁸². Une législature provinciale peut-elle néanmoins édicter des règles portant sur cette question ? La compétence en matière de santé vient naturellement à l'esprit²⁸³. À titre d'exemple, une loi provin-

²⁸⁰ Pour donner un exemple, un règlement de zonage municipal peut avoir pour effet d'interdire toute forme d'affichage dans les quartiers résidentiels. Il peut également être interprété comme ne visant pas l'installation d'affiches partisans lors d'une campagne électorale fédérale. Une majorité des juges de la Cour suprême a retenu cette deuxième interprétation (voir *McKay c. R.*, [1965] R.C.S. 798 aux pp. 805-07, 53 D.L.R. (2^e) 532). Voir également *Bisailon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60 aux pp. 101-09, 2 D.L.R. (4^e) 193 ; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, 32 D.L.R. (4^e) 161 [renvois aux R.C.S.] (une disposition provinciale protège les citoyens contre l'arrestation et la détention arbitraire sous peine d'amende ou de dommages punitifs ; elle ne peut s'appliquer à une arrestation effectuée aux termes du *Code criminel*, bien qu'elle puisse régir les arrestations pour des infractions aux lois provinciales (*ibid.* aux pp. 239-41)).

²⁸¹ *Supra* note 150.

²⁸² Voir *Morgentaler c. R.* (1976), *supra* note 176 aux pp. 626-28 (le juge en chef Laskin, dissident, avec l'accord des juges Judson et Spence) ; *R. c. Morgentaler* (1988), *supra* note 2 aux pp. 128-29 (le juge Beetz, avec l'accord du juge Estey) et p. 156 (le juge McIntyre, dissident, avec l'accord du juge La Forest). Par ailleurs, dans *R. c. Morgentaler* (1988), le juge en chef Dickson et le juge Lamer (voir *ibid.* à la p. 80) ainsi que la juge Wilson (voir *ibid.* à la p. 184), en répondant à la troisième question constitutionnelle, reconnaissent que le Parlement avait le pouvoir d'édicter la disposition interdisant l'avortement sauf si un comité de médecins déterminait qu'il était thérapeutique. Il y a donc unanimité sur cette question. Deux auteurs affirment, sans en faire la démonstration, que l'avortement est une question d'intérêt national : M. McConnel et L. Clark, «Abortion Law in Canada: A Matter of National Concern» (1991-92) 14 *Dalhousie L.J.* 81.

²⁸³ Voir *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 259, art. 92(7) ; voir aussi *R. c. Morgentaler* (1988), *supra* note 2 à la p. 124 (juge Beetz) ; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463 à la p. 491 [ci-après *Morgentaler* (1993)] :

Par conséquent, si la préoccupation centrale des textes législatifs en l'espèce était le traitement médical des grossesses non désirées et la sécurité des femmes enceintes, et non la limitation des services d'avortement destinée à protéger l'intérêt public ou à interdire un mal public, on pourrait soutenir que les textes constituent une loi valide sur

ciale peut exiger que cette intervention soit pratiquée par un médecin. Une réglementation ayant pour but de protéger la santé des femmes en fixant les conditions d'exécution de cet acte serait également valide, à condition qu'elle n'ait pas pour objectif ou pour effet de le rendre moins accessible. A priori, la décision de défrayer ou non les frais de l'intervention par le régime d'assurance-maladie semble également entrer parfaitement dans le cadre de la réglementation des soins de santé. Ces questions n'ont d'ailleurs jamais été régies par le droit criminel.

Un arrêt de la Cour suprême appuie cette interprétation²⁸⁴. Il déclare invalide une loi de la Nouvelle-Écosse interdisant les avortements pratiqués dans une clinique privée. À l'échelle provinciale, quatre-vingt-trois pour cent des avortements avaient lieu dans un seul hôpital ; le personnel affecté à cette section n'était pas remplacé et avait diminué considérablement en quelques années²⁸⁵. Après avoir pris connaissance des débats parlementaires, la Cour conclut que le législateur entendait prohiber les avortements pratiqués en clinique privée parce qu'il s'agissait là d'une conduite socialement répréhensible²⁸⁶. Elle insiste sur le fait que la loi a pour objectif primordial d'interdire un acte qui a toujours été régi par le droit criminel ; elle la déclare donc inconstitutionnelle²⁸⁷.

Au Nouveau-Brunswick, une loi portant sur l'avortement a également été déclarée inconstitutionnelle. Elle est adoptée en 1985, alors que le docteur Morgentaler manifeste son intention d'ouvrir une clinique d'avortement. Aux termes de cette modification de la *Loi médicale*²⁸⁸, constitue une faute professionnelle le fait de procurer ou de tenter de procurer un avortement à l'extérieur d'un hôpital reconnu à cette fin par le ministre de la santé. En outre, le Conseil de la corporation des médecins est autorisé à suspendre sans audition le permis d'un médecin contre lequel une plainte a été déposée ou «qui va vraisemblablement faire quelque chose pour lequel il peut être trouvé coupable d'une faute professionnelle»²⁸⁹. Cette suspension ne peut demeurer en vigueur plus de trente jours. Pendant cette période, une commission enquête et fait rapport au Conseil, qui décide si une faute professionnelle a été commise²⁹⁰. Le ministre de la santé peut porter plainte auprès du Conseil et demander que le permis d'un médecin ayant prétendument commis une faute professionnelle ou s'apprêtant à en commettre une soit suspendu provisoirement²⁹¹. Si le Conseil refuse d'accueillir cette demande, le ministre peut s'adresser à la Cour du Banc de la Reine, qui est habilitée à

la santé, édictée conformément à la compétence générale de la province en matière de santé.

²⁸⁴ Voir *Morgentaler* (1993), *ibid.*

²⁸⁵ Voir *ibid.* aux pp. 509-10.

²⁸⁶ Voir *ibid.* aux pp. 504-05. La province soutenait que l'interdiction de poser des actes médicaux en clinique privée se justifiait par des raisons d'efficacité ; mais la preuve tendait à prouver le contraire (voir *ibid.* aux pp. 505-12).

²⁸⁷ Voir *ibid.* aux pp. 493-99.

²⁸⁸ L.N.-B. 1981, c. 87, art. 56(b.1), 56.1 à 56.4.

²⁸⁹ *Ibid.*, art. 56.1.

²⁹⁰ Voir *ibid.*, art. 56.3.

²⁹¹ Voir *ibid.*, art. 56.2.

rendre une telle ordonnance²⁹². En somme, le fait de pratiquer des avortements à l'extérieur d'un hôpital approuvé conduit très rapidement à la révocation du droit de pratiquer la médecine dans la province. Aucune autre sanction n'est prévue.

En 1994, le docteur Morgentaler conteste la constitutionnalité de cette loi²⁹³. Le juge Stevenson lui donne raison. Au moment où la loi est adoptée, il est en théorie inutile de préciser que le fait de pratiquer un avortement à l'extérieur d'un hôpital accrédité ou approuvé constitue une faute professionnelle, puisqu'il s'agit déjà d'un crime. En pratique, plusieurs jurys ont cependant refusé de condamner le docteur Morgentaler. La modification de 1985 vise donc à mettre en place une procédure et des sanctions qui se substituent aux règles de droit criminel²⁹⁴. En outre, elle ne vise pas la qualité des soins de santé dans la province ou les normes professionnelles ; son objectif est plutôt d'interdire une pratique jugée socialement indésirable. Elle n'est donc pas fondée sur la compétence législative sur les hôpitaux, les soins de santé et la pratique de la médecine²⁹⁵. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, dans un arrêt majoritaire, approuve les propos du juge de première instance²⁹⁶ ; la Cour suprême du Canada refuse l'autorisation de se pourvoir²⁹⁷. Ces jugements font prédominer l'intention du législateur sur les effets de la loi. Ils semblent assez inusités car ils déclarent invalide une loi provinciale prévoyant uniquement la révocation d'un permis, au motif qu'elle empiète sur la compétence fédérale en matière de droit criminel²⁹⁸. C'est dire à quel point la marge de manoeuvre des provinces est mince lorsqu'il s'agit d'avortement²⁹⁹.

²⁹² Voir *ibid.*, art. 56.2(2) à (4). La violation de l'ordonnance de la Cour du Banc de la Reine constitue un outrage au tribunal (voir *ibid.*, art. 56.2 (5)).

²⁹³ Voir *Morgentaler c. Nouveau-Brunswick (P.G.)* (1994), 152 N.B.R. (2^e) 200 (B.R.) [ci-après *Morgentaler* (1994)]. La disposition du *Code criminel* interdisant l'avortement a été déclarée inopérante en 1988 (voir *R. c. Morgentaler* (1988), *supra* note 2).

²⁹⁴ Voir *Morgentaler* (1994), *ibid.* à la p. 229. Ce critère a aussi été retenu par le juge Sopinka dans *Morgentaler* (1993), *supra* note 283 aux pp. 498-99.

²⁹⁵ Voir *Morgentaler* (1994), *ibid.*

²⁹⁶ Voir *Morgentaler c. Nouveau-Brunswick (P.G.)* (1995), 156 N.B.R. (2^e) 205.

²⁹⁷ [1995] 3 R.C.S. v, 124 D.L.R. (4^e) vi.

²⁹⁸ La chose n'est toutefois pas sans précédent. Voir *Switzman*, *supra* note 268 ; les juges majoritaires sont tous d'avis que l'interdiction de faire de la propagande communiste relève de la compétence fédérale en droit criminel. Même si aucune amende n'était imposée aux personnes utilisant une maison dans ce but, la loi dans son ensemble a été jugée inconstitutionnelle. Par ailleurs, un *obiter* du juge Estey est intéressant. À son avis, un organisme provincial ne peut rendre une décision qui déclare effectivement le titulaire d'un permis coupable d'un acte criminel (voir *Rio Hotel*, *supra* note 273 à la p. 71).

²⁹⁹ À l'Île-du-Prince-Édouard, les avortements pratiqués dans des cliniques sont exclus par règlement des services couverts par le régime d'assurance-maladie. Un juge de première instance a laissé entendre que cette mesure est inconstitutionnelle (voir *Morgentaler c. Prince Edward Island (Minister of Health & Social Services)* (1994), 122 D.L.R. (4^e) 728 aux pp. 750-52 (C.S. I.-P.-É)). Cette décision a été infirmée (*supra* note 168).

c. *La propriété et les droits civils*

Qu'en est-il maintenant de la compétence provinciale en matière de propriété et de droit civil³⁰⁰ ? Il faut d'abord noter que la décision de consentir à un avortement ne relève pas de la compétence provinciale sur les relations entre époux. Telle est la conclusion de la Cour d'appel de la Saskatchewan, dans sa réponse à un renvoi portant sur la validité d'un projet de loi provincial³⁰¹. Entre autres choses, celui-ci exigeait qu'une épouse majeure obtienne le consentement écrit de son mari et qu'elle attende au moins quarante-huit heures avant de se faire avorter. À cette époque, la disposition du *Code criminel* concernant l'avortement préservait expressément toute règle portant sur «la nécessité d'obtenir une autorisation ou un consentement qui est ou peut être requis»³⁰², ce qui semble laisser le champ libre aux provinces. Dans son ensemble, le projet avait cependant pour effet de rendre les règles concernant l'avortement plus sévères et plus restrictives. La Cour conclut donc à son inconstitutionnalité.

En ce qui concerne l'enfant conçu, sa protection relève à certains égards de la compétence provinciale. Les provinces peuvent édicter des règles sur sa filiation ou sur l'administration des biens devant lui appartenir après sa naissance. Elles pourraient vraisemblablement obliger la femme enceinte à recevoir certains traitements pendant la grossesse, à condition de se conformer à la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁰³. Nous avons vu que, par le passé, les règles du droit civil québécois n'ont jamais porté sur l'avortement. Il demeure néanmoins concevable qu'à l'heure actuelle, l'interdiction de cet acte soit rattachée à la propriété et aux droits civils, tout comme les autres règles portant sur l'enfant conçu.

Dans le contexte de l'affaire *Daigle*, ce raisonnement conduit à des résultats inacceptables. En effet, si la thèse soutenue par les procureurs de Jean-Guy Tremblay avait été retenue, certaines dispositions de droit provincial auraient produit le même effet que la disposition du *Code criminel* qui, antérieurement à 1968, prohibait l'avortement de façon absolue. La finalité poursuivie ici, à savoir la fixation du moment où doit débiter la protection de la vie humaine, relève des préoccupations traditionnelles du droit criminel, soit la définition des valeurs fondamentales de la vie en société. En outre, le recours à l'injonction permet d'assortir la violation de cette règle d'une sanction pénale, par le biais de l'outrage au tribunal. En lui-même, aucun de ces

³⁰⁰ Jean Rhéaume affirme que l'avortement touche à la paternité et à la maternité et relève pour cette raison du droit civil : «*Daigle* : un oubli des questions de droit civil et constitutionnel» (1990) 21 R.G.D. 151 à la p. 167 [ci-après «*Daigle* : un oubli»] ; voir également Rhéaume, *Droits et libertés*, *supra* note 167 à la p. 132 et s. Par ailleurs, et malgré ce qu'en dit cet auteur, l'emploi du mot «foetus» ne permet pas de conclure que dans l'affaire *Daigle*, la Cour «a abordé le dossier comme s'il s'agissait d'une question de droit criminel» («*Daigle* : un oubli», *ibid.* à la p. 166). D'ailleurs, le terme «foetus» n'apparaît pas au *Code criminel*.

³⁰¹ *Reference Re Bill 53, Freedom of Informed Choice (Abortions) Act*, 4th Sess., 20th Leg., Saskatchewan, 1985 (1985), 44 Sask. R. 104, 25 D.L.R. (4^e) 751.

³⁰² *Code criminel* de 1970, *supra* note 1, art. 251(7) ; *Code criminel*, *supra* note 1, art. 287(7).

³⁰³ *Supra* note 9. Une province peut détenir un toxicomane contre son gré afin de l'obliger à se faire traiter (voir *Schneider*, *supra* note 271).

facteurs n'est déterminant ; leur combinaison nous amène cependant à conclure que nous nous situons ici au coeur du domaine du droit criminel³⁰⁴.

L'interdiction de l'avortement s'apparente aux tentatives de combattre la présence de prostituées sur les voies publiques ou, dans les années cinquante, la propagande communiste. Ces questions controversées sont emblématiques du droit criminel et ne peuvent, pour cette raison, faire l'objet de règles prohibitives provinciales. L'imposition d'une pénalité aux conjoints infidèles fournit un autre exemple : les provinces ne peuvent édicter, directement ou indirectement, des mesures répressives portant sur cette question, même si elles peuvent régir les obligations des époux pendant le mariage ainsi que les aspects patrimoniaux de leur union³⁰⁵.

En admettant que la répression de l'avortement relève bien de la compétence sur le droit pénal, il faut conclure que la Cour suprême du Canada n'a eu d'autre choix que de casser le jugement délivrant l'injonction contre Chantal Daigle. En effet, elle a dû s'interroger sur la portée des règles de droit civil reconnaissant l'existence de l'enfant conçu et assurant la préservation de ses droits jusqu'à sa naissance. Interprétées comme ne s'appliquant pas à l'interdiction de l'avortement, ces règles ne prêtent le flanc à aucune critique et relèvent de la propriété et des droits civils. De même, le droit à la vie de l'être humain, garanti par la *Charte des droits et libertés de la personne*³⁰⁶ du Québec, peut être limité à la protection des personnes physiques après leur naissance. Par contre, interprétées comme ayant pour conséquence d'interdire toute forme d'avortement, ces règles sortent du domaine de compétence provinciale. En somme, le partage des pouvoirs législatifs dicte à notre avis la solution retenue par la Cour, bien que les juges n'abordent pas la question sous cet angle³⁰⁷.

Conclusion

L'étude des textes du droit romain montre que pendant plusieurs siècles, les femmes sont libres de se faire avorter. En cas de divorce, le mari a la possibilité d'effectuer des retenues sur la dot si l'échec du mariage est dû à cette décision. Pour le reste, l'avortement ne fait l'objet d'aucune restriction jusqu'au IIe siècle ap. J.-C., alors que les empereurs interdisent aux femmes divorcées de priver leur ex-mari d'un enfant. La reconnaissance des droits de l'enfant conçu, qui est bien antérieure à cette règle, n'a donc pas eu pour corollaire la prohibition de l'avortement. En France, c'est encore le droit criminel qui a réprimé cette pratique. Le droit civil ne s'est pas prononcé sur la question. Qui plus est, le curateur au ventre, dont le rôle premier était de

³⁰⁴ Dans un arrêt, trois éléments ne permettaient pas à eux seuls de déclarer le mandat d'une commission d'enquête provinciale inconstitutionnel ; la combinaison de ces trois facteurs a cependant permis à la Cour de parvenir à cette conclusion (voir *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366 aux pp. 1405, 1408-12), 68 D.L.R. (4^e) 641.

³⁰⁵ Voir *R. c. Strong* (1915), 26 D.L.R. 122 à la p. 126, 43 N.B.R. 190 (C.A. N.-B.) ; *R. c. Hayduk*, [1938] 4 D.L.R. 762 (C.A. Ont.). Évidemment, l'octroi de dommages-intérêts au mari a pu par le passé être rattaché à la propriété et au droit civil ; mais il ne s'agit pas là d'une sanction de nature pénale.

³⁰⁶ *Supra* note 150, art. 1.

³⁰⁷ Voir *Daigle* (C.S.C.), *supra* note 4 à la p. 550.

prévenir l'apparition d'un faux héritier, a toujours vu ses pouvoirs restreints par le droit de la femme à l'autonomie de sa personne et de son corps.

Au Québec, le *Code civil du Bas-Canada* a repris les textes du *Code Napoléon*. La personnalité juridique demeure conditionnelle à la naissance et à la viabilité de l'enfant. Pendant la grossesse, les droits de l'enfant conçu sont préservés, sans que les règles pertinentes aient pour effet d'interdire l'avortement. En l'absence d'une disposition pénale l'interdisant, l'interruption volontaire de grossesse a les mêmes conséquences qu'une fausse couche : elle met un terme à la formation d'une personne. Le législateur québécois reconnaît d'ailleurs aux femmes le droit à la protection de leur santé physique et psychologique. Or rares sont celles qui peuvent poursuivre une grossesse non désirée sans encourir un risque psychologique. Il faudrait des termes très clairs pour restreindre le droit de décider librement de subir une intervention médicale, qu'on ne trouve nulle part dans les textes applicables.

La réticence des juges à ordonner à une personne, au moyen d'une injonction, de poser un geste personnel, sous peine d'amende ou d'emprisonnement, favorise cette interprétation. Elle permet de supposer que le législateur n'entendait pas obliger la femme à accoucher contre son gré. Dans ces conditions, les mots «être humain», tel qu'utilisés dans la *Charte des droits et libertés de la personne*³⁰⁸ et dans les *Codes civils*, ne peuvent être interprétés comme prohibant l'avortement en tout temps après la conception. Rien ne permet de conclure que c'était là l'intention du législateur. Qui plus est, une disposition législative provinciale interdisant expressément l'avortement, sous peine de sanctions pénales, serait immédiatement déclarée inconstitutionnelle. Il faut donc écarter l'interprétation d'une disposition de droit provincial qui est susceptible de produire le même résultat.

L'idée qu'il existe une tradition civiliste québécoise admettant une seule réponse à une question aussi délicate et controversée nous semble des plus discutables. Elle tire des conclusions de textes ambigus, sans égard aux conséquences sociales d'une telle interprétation. Par surcroît, cette analyse fait abstraction du contexte juridique dans lequel se déroule la discussion, pour ne rien dire des règles du droit constitutionnel. Il ne serait jamais venu à l'idée des juristes romains ou des auteurs français de ne pas tenir compte des règles du droit pénal portant sur l'avortement. Ni la tradition, ni la société québécoise ne peuvent s'accommoder de cette vision partielle des choses.

³⁰⁸ *Supra* note 150.