



uOttawa

L'Université canadienne  
Canada's university

**FACULTÉ DES ÉTUDES SUPÉRIEURES  
ET POSTDOCTORALES**



**uOttawa**

L'Université canadienne  
Canada's university

**FACULTY OF GRADUATE AND  
POSTDOCTORAL STUDIES**

**Julie Daigle**

AUTEUR DE LA THÈSE / AUTHOR OF THESIS

**M.A. (sociologie et anthropologie)**

GRADE / DEGREE

**Faculté des sciences sociales**

FACULTE, ÉCOLE, DÉPARTEMENT / FACULTY, SCHOOL, DEPARTMENT

**Le cas canadien en matière d'avortement:  
Une inévitable question**

TITRE DE LA THÈSE / TITLE OF THESIS

**Marie-Blanche Tahon**

DIRECTEUR (DIRECTRICE) DE LA THÈSE / THESIS SUPERVISOR

CO-DIRECTEUR (CO-DIRECTRICE) DE LA THÈSE / THESIS CO-SUPERVISOR

**Stéphane Vibert**

**Winter Elke**

**Gary W. Slater**

Le Doyen de la Faculté des études supérieures et postdoctorales / Dean of the Faculty of Graduate and Postdoctoral Studies

**LE CAS CANADIEN EN MATIÈRE D'AVORTEMENT :  
UNE INÉVITABLE QUESTION**

par  
Julie Daigle

Thèse déposée à la Faculté des études supérieures et postdoctorales  
en vue de l'obtention d'une  
Maîtrise (M.A.) en Sociologie

Directrice : Marie-Blanche Tahon

©Julie Daigle, Ottawa, Canada, 2010



Library and Archives  
Canada

Published Heritage  
Branch

395 Wellington Street  
Ottawa ON K1A 0N4  
Canada

Bibliothèque et  
Archives Canada

Direction du  
Patrimoine de l'édition

395, rue Wellington  
Ottawa ON K1A 0N4  
Canada

*Your file* *Votre référence*  
ISBN: 978-0-494-65544-3  
*Our file* *Notre référence*  
ISBN: 978-0-494-65544-3

**NOTICE:**

The author has granted a non-exclusive license allowing Library and Archives Canada to reproduce, publish, archive, preserve, conserve, communicate to the public by telecommunication or on the Internet, loan, distribute and sell theses worldwide, for commercial or non-commercial purposes, in microform, paper, electronic and/or any other formats.

The author retains copyright ownership and moral rights in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

**AVIS:**

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque et Archives Canada de reproduire, publier, archiver, sauvegarder, conserver, transmettre au public par télécommunication ou par l'Internet, prêter, distribuer et vendre des thèses partout dans le monde, à des fins commerciales ou autres, sur support microforme, papier, électronique et/ou autres formats.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur et des droits moraux qui protègent cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

---

In compliance with the Canadian Privacy Act some supporting forms may have been removed from this thesis.

While these forms may be included in the document page count, their removal does not represent any loss of content from the thesis.

Conformément à la loi canadienne sur la protection de la vie privée, quelques formulaires secondaires ont été enlevés de cette thèse.

Bien que ces formulaires aient inclus dans la pagination, il n'y aura aucun contenu manquant.

  
**Canada**

## RÉSUMÉ

Cette étude de cas part des controverses publiques suscitées par des projets de loi qui paraissaient menacer la liberté de choix des femmes au cours de la 39<sup>e</sup> législature du Parlement canadien (3 avril 2006 au 7 septembre 2008). Partant de l'exceptionnelle absence de loi en matière d'avortement au Canada, nous avons observé qu'un statu quo perdurait depuis bientôt vingt ans : l'avortement ne cesse d'apparaître dans les médias et les débats publics, mais les parlementaires canadiens refusent d'ouvrir le débat sur cette question.

Après avoir retracé la décriminalisation de l'avortement au Canada, nous avons trouvé que l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* avait permis au législateur d'éviter d'assumer ses responsabilités et avait contraint les tribunaux de décider de l'encadrement de l'avortement. De plus, l'absence de loi oblige d'autres instances, non juridiques, à créer des limites à la pratique de l'avortement. La réticence à discuter de l'absence de loi en matière d'avortement fait aussi en sorte que toutes discussions sur le fœtus – et il semble que ces discussions soient de plus en plus fréquentes – s'avèrent controversées.

Reprenant à notre compte l'idée de Luc Boltanski (2004) selon laquelle l'apparition de l'avortement révèle une contradiction inhérente au processus d'engendrement des êtres humains, ce qui mène au maintien de cette pratique dans l'officieux ainsi qu'à une catégorisation fœtale, nous avons observé que cette catégorisation apparaissait à la fois dans les jugements de la Cour suprême sur la protection du fœtus ainsi que dans les débats à la Chambre des communes. À nos yeux, ces manières foncièrement opposées de percevoir l'être qui croît dans le corps de la femme continueront probablement de se polariser à mesure que la sensibilisation à l'égard du fœtus augmente.

Toutes ces conséquences de l'absence de loi devraient pousser le Parlement à prendre une décision claire à l'égard de la question politique principale qu'est l'avortement.

## REMERCIEMENTS

Ma gratitude va avant tout à ma directrice, Mme Marie-Blanche Tahon, pour son appui constant depuis le début de mes études de maîtrise. Qu'elle sache à quel point j'apprécie son souci de la rigueur mais aussi de l'art qu'implique le travail sociologique. Je la remercie pour sa patience, ses lectures attentives et surtout de m'avoir insufflé le courage nécessaire à l'éclaircissement de mes idées.

À ma mère, Francine Lauzon, j'aimerais aussi dire merci pour la qualité de son écoute et ses précieux encouragements.

Mon affection va, enfin, à David Savoie, avec lequel j'ai partagé d'inestimables échanges dont les fruits apparaissent sûrement, d'une manière ou d'une autre, dans cette thèse.

## TABLE DES MATIÈRES

<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>6</b>
Problématique et questions de recherche .....	7
Démarche et méthodologique .....	9
Division de la thèse.....	11
Limites et intérêt de la recherche.....	13
<b>PARTIE I : MISE EN CONTEXTE</b> .....	<b>15</b>
<b>CHAPITRE 1 : CONTROVERSES ET « VIDE JURIDIQUE »</b> .....	<b>15</b>
1.1 Premières menaces .....	16
1.2 Polémiques publiques .....	17
1.3 Quel « vide juridique »?.....	19
1.4 Une marée de projets de loi.....	22
1.5 L'avortement, ce non-dit.....	24
1.6 Le statu quo .....	26
<b>CHAPITRE 2 : L'AVORTEMENT DANS LA SPHÈRE JURIDIQUE CANADIENNE</b> .....	<b>28</b>
2.1. Une première décriminalisation .....	31
2.2. L'insatisfaction généralisée .....	36
2.3 Les affaires Morgentaler .....	37
2.4. Ailleurs au Canada .....	38
2.5. Une voie inespérée : le déplacement constitutionnel du débat .....	40
2.6. L'arrêt Morgentaler de 1988 et la décriminalisation complète de l'avortement.....	42
2.7. Efforts afin de légiférer .....	48
<b>CHAPITRE 3 : L'ENCADREMENT DE L'AVORTEMENT</b> .....	<b>52</b>
3.1. Les limites extra-juridiques à la liberté d'avortement .....	52
3.1.1 Les limites imposées par les provinces.....	53
3.1.2. Les limites imposées par les professionnels de la santé .....	55
3.1.3. Limite implicite dans le Code criminel.....	56
3.2. L'encadrement de la liberté d'avortement par la jurisprudence sur la protection du fœtus.....	57
3.2.1. La femme seule décide .....	58
3.2.2. Ni une « personne » ni un « être humain » .....	59
3.2.3. Un fœtus sans protection .....	61
3.2.4. L'impunité maternelle sanctionnée.....	64
3.2.5. Contradictions et polarisation du débat.....	69
3.3. Causes et conséquences de l'absence de loi en matière d'avortement.....	71
<b>PARTIE II : ANALYSE APPROFONDIE</b> .....	<b>73</b>
<b>CHAPITRE 4 : LES SOURCES DU STATU QUO</b> .....	<b>73</b>
4.1. Corps et modernité.....	74
4.2. Manifestation d'un tabou .....	76
4.3. Comprendre l'évitement.....	78
<b>CHAPITRE 5 : L'EXPLICATION BOLTANSKIENNE DU REFOULEMENT DE L'AVORTEMENT</b> .....	<b>82</b>
5.1. La singularisation des êtres humains .....	84
5.2. L'avortement, dimension fondamentale de l'engendrement.....	85

5.3. Des arrangements pour réduire la tension .....	87
5.4. Un concours de circonstances historiques inédit .....	88
5.5. La naissance d'un nouvel arrangement.....	90
5.6. La qualification du fœtus dans l'arrangement par projet .....	93
5.7. Ce que change la visibilité du fœtus.....	95
5.8. L'expérience vécue confrontée à la catégorisation de l'expérience .....	98
5.9. Que faire de la tension?.....	100
<b>CHAPITRE 6 : LA CATÉGORISATION DU FŒTUS DANS LA SOCIÉTÉ CANADIENNE.....</b>	<b>102</b>
6.1. Fœtus tumoral et fœtus authentique.....	103
6.2. Le techno-fœtus .....	105
6.3. Catégorisation et « vide juridique ».....	106
6.4. L'augmentation de la sensibilité à l'égard du fœtus.....	107
6.5. Les limites de la catégorisation .....	109
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>111</b>
<b>RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES.....</b>	<b>117</b>
Documents gouvernementaux et constitutionnels.....	118
Jurisprudence.....	119
Sites Internet .....	119
Articles provenant de journaux et de magazines.....	121

## INTRODUCTION

Il n'y a pas de loi sur l'avortement au Canada. Une loi à cet égard existe bien dans le Code criminel, mais elle n'a plus aucune effectivité juridique depuis que la Cour suprême a considéré, lors de l'arrêt Morgentaler de 1988, que l'article 251<sup>1</sup>, soit la loi sur l'avortement, était inconstitutionnel parce qu'il allait à l'encontre de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette situation n'a donc pas été décidée démocratiquement : elle résulte d'un concours de circonstances historiques ayant obligé la plus haute instance juridique canadienne à statuer sur la constitutionnalité d'une loi. De plus, étant donné qu'il avait déjà été établi dans l'arrêt Morgentaler de 1975 que l'article 251 était un « code sur l'avortement, un code entier et complet en lui-même », le juge en chef Dickson a expliqué, dans le jugement de 1988, que cet article du Code criminel devait être annulé dans son entièreté. L'idée de le réécrire ou encore d'en modifier les parties qui étaient plus inconstitutionnelles que d'autres n'avait, selon lui, aucun sens (*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, par.63). La majorité des juges de la Cour suprême ayant rendu ce jugement avaient pourtant précisé que le législateur était tout à fait justifié de légiférer afin d'apporter certaines limites à la liberté complète qu'ont les femmes canadiennes en matière d'avortement. Elle avait même fortement incité le Parlement à agir. Pourtant, depuis lors, aucun projet de loi présenté à la Chambre des communes n'a reçu la sanction royale nécessaire à son inclusion dans la loi.

Plus de vingt ans après cet arrêt, la position du Canada sur la question de l'avortement demeure donc unique dans le monde. En effet, si l'avortement a été décriminalisé dans la plupart des démocraties occidentales, la rigueur de son encadrement législatif représente cependant des

---

<sup>1</sup> Aujourd'hui, l'article 287.

différences considérables d'un pays à l'autre : la loi impose habituellement une limite gestationnelle (de temps) afin de contrôler cette pratique. Même s'il existe d'autres pays dans le monde où il n'y a aucune limite gestationnelle, comme la Chine, la Corée du Nord et le Vietnam, ceux-ci ne se distinguent pas par leur sensibilité démocratique (Centre for Reproductive Rights). On s'abstiendra ici de procéder à une critique des politiques publiques de limitation des naissances de ces pays, ce qui nous obligerait à faire la critique des régimes qui les ont créées. Il faut néanmoins souligner qu'ils ont aussi des politiques de régulation des naissances qui rendraient la limitation de l'avortement, aussi minime serait-elle, assez contradictoire. Car si l'avortement y est légal en toutes circonstances, l'interdit y est renversé : la prohibition de l'avortement est remplacée par une interdiction de mettre au monde. En Chine, par exemple, bien que cette pratique soit officiellement interdite, des cas d'avortement forcé (par injection) commencent, depuis quelques années, à être dénoncés (Olesen, 2007)<sup>2</sup>.

### ***Problématique et questions de recherche***

Au cours de la 39<sup>e</sup> législature (3 avril 2006 au 7 septembre 2008), plusieurs de nos concitoyens se sont plaints du fait qu'un nombre record de projets de loi, qui semblaient menacer la liberté de choix des femmes canadiennes en matière d'avortement, avaient été présentés à la Chambre des communes. Les détracteurs de ces projets n'avaient pas eu le temps d'atténuer la virulence de leurs critiques que la gouverneure générale, Michaëlle Jean, annonçait la décision du comité de sélection de l'Ordre du Canada de décerner son prestigieux prix au Dr Henry Morgentaler, chef de file de la lutte pour le droit à l'avortement au Canada. Les réactions, parfois

---

<sup>2</sup> L'avortement et la stérilisation forcés sont bien documentés dans l'ouvrage de Greenhalgh et Winckler (2005).

incisives, par rapport à cette décision, de même que les nombreuses prises de position suscitées par les projets de loi au Parlement, démontrent l'aspect extrêmement conflictuel de l'avortement dans le contexte canadien. Ces événements sont cependant tout aussi révélateurs d'un certain statu quo, car même si l'avortement est très présent dans les médias et à la Chambre des communes, il semble être constamment refoulé de la sphère publique.

Le caractère exceptionnel de l'absence de loi sur l'avortement au Canada et notre incompréhension envers l'actualité politique récente sur cette question nous ont motivée à nous fixer une double tâche dans ce travail. La première vise à retracer la généalogie de l'absence de loi en matière d'avortement, afin de voir quelles en sont les causes et ses conséquences sur la société canadienne. Les fortes réactions suscitées par les événements de la 39<sup>e</sup> législature nous amenaient à considérer que les conséquences de cette absence de loi étaient multiples. Face à la réticence apparente des Canadiennes et des Canadiens à rouvrir le débat sur l'avortement, il nous paraissait ensuite essentiel de questionner le statu quo repéré, afin d'identifier les causes historiques et politiques qui l'ont permis.

On pourrait prétendre que la réflexion sur l'avortement est révolue depuis que la plupart des pays démocratiques reconnaissent, avec certaines limites, le droit des femmes à contrôler elles-mêmes leur fécondité et que les techniques de procréation prennent davantage de place dans les débats publics. Cependant, et c'est l'idée principale que nous souhaitons défendre dans cette thèse, la décision ou la non-décision que prend une société par rapport à l'avortement est principielle, c'est-à-dire qu'elle a d'importantes conséquences sur le vivre-ensemble d'une société.

### *Démarche et méthodologique*

Avec le recul, nous pouvons dire à propos de notre travail ce que Martineau et coll. (2001) ont écrit au sujet de la recherche théorique et spéculative en éducation : elle requiert une méthodologie particulière, articulant trois axes : l'interpréter, l'argumenter et le raconter. Ces trois dimensions nous ont, en effet, accompagnée jusqu'aux derniers moments de la rédaction de cette thèse. Elles s'appelaient et se précisaient mutuellement. Ces auteurs affirment aussi que la plupart des manuels de méthodologie donnés à l'étude en sciences humaines et sociales évitent de discuter des méthodes et des défis propres aux recherches théoriques et spéculatives, notamment de la relation entre le problème et la méthode. Ils précisent, à ce propos : « Entre le problème et la méthode existe ici comme une sorte de dialectique, nous voulons dire que le problème s'éclaire par la méthode et la méthode par le problème à éclairer; en d'autres termes, une relation dynamique s'installe où le problème se construit tout au long de la recherche en même temps que s'affine la méthodologie. » (Martineau et coll., 2001 : 6). Le problème et la méthodologie se précisent, plus finement, suivant un contact prolongé avec l'objet de recherche. Tout comme la méthode traditionnelle de l'ethnographie suppose une préparation du chercheur, au cours de laquelle il effectue de nombreuses lectures, la pensée théorique requiert du chercheur qu'il s'enferme dans son bureau, livres, articles scientifiques et écran cathodique à l'appui. (Martineau et coll., 2001 : 8) Ce n'est qu'après une très longue fréquentation de son objet qu'il arrivera à trouver une manière inédite de le penser.

Nous pourrions dire aussi à propos de cette thèse ce que l'auteur dramatique français Bernard-Marie Koltès a dit un jour en parlant de la création de l'une de ses œuvres : « J'ai eu l'envie d'écrire une pièce comme on construit un hangar, c'est-à-dire en bâtissant d'abord une

structure, qui va des fondations jusqu'au toit, avant de savoir exactement ce qui allait y être entreposé... une forme suffisamment solide pour pouvoir contenir d'autres formes en elle.» (Lavandier, 2004 : 34). La problématique et les questions de recherches présentées dans cette thèse ont été formulées et surtout reformulées après une fréquentation assidue de l'objet que nous souhaitons élucider ainsi qu'un désir d'organiser et de présenter les nombreux aspects de ce que nous avons appelé le « cas canadien » pour parler de son exceptionnelle absence de loi en matière d'avortement.

C'est à l'aide de l'une des méthodes les plus anciennement connues des sciences humaines, quoique longtemps mise à l'écart parce que considérée dépassée, que nous avons choisi d'aborder notre sujet. La pensée par cas, telle qu'explicitée par Passeron et Revel (2005), nous convenait dans sa capacité de :

(...) procéder par l'exploration et l'approfondissement des propriétés d'une *singularité* accessible à l'observation. Non pour y borner son analyse ou statuer sur un cas unique, mais parce qu'on espère en extraire une argumentation de portée plus générale, dont les conclusions pourront être réutilisées pour fonder d'autres intelligibilités ou justifier d'autres décisions (Passeron et Revel, 2005 : 9).

L'attention accordée aux propriétés de notre cas permettra, nous l'espérons, de jeter un autre regard sur les conflits qui ont lieu au Canada depuis les vingt dernières années autour de l'avortement. Nous espérons aussi qu'un tel travail pourra s'appliquer à d'autres pays qui ne sont peut-être pas confrontés à la même situation que le Canada, mais qui doivent malgré tout composer avec les questions fondamentales de vie, de mort et de générations qu'implique forcément l'avortement.

Nous devons aussi dire quelques mots sur la sélection du matériel empirique utilisé afin de construire l'historique de notre « cas ». Étant donné le caractère relativement récent des controverses publiques survenues au cours de la 39<sup>e</sup> législature, l'information utilisée afin de rappeler ces événements a surtout été tirée de journaux et de sites internet. Le reste de notre mise

en contexte a été écrite à l'aide de monographies et de textes, non partisans, rédigés par le personnel du service d'information et de recherche parlementaires de la Bibliothèque du Parlement canadien sur l'historique de la décriminalisation de l'avortement au Canada. Enfin, n'étant pas juriste, nous n'avons pu choisir nous-mêmes les cas formant la jurisprudence sur l'encadrement juridique de l'avortement et de la protection du fœtus. Pour ce faire, nous nous sommes fiée à des recensions parlementaires. Il n'en reste pas moins que le travail en profondeur des jugements majoritaires et dissidents de la Cour suprême est strictement le nôtre.

### *Division de la thèse*

Quoique la particularité principale d'un cas soit d'être « indéfiniment descriptible » (Passeron et Revel, 2005 : 12), nous prendrons soin, dans la première partie de cette thèse, d'identifier le nôtre en précisant son contexte propre. Ainsi, nous nous pencherons d'abord sur l'actualité récente afin d'examiner comment l'absence de loi se joue au quotidien dans la sphère politique canadienne. Notre premier chapitre consistera donc à rappeler en détail les événements qui ont suscité la polémique au cours de la 39<sup>e</sup> législature, en accordant une attention particulière à la manière dont la notion de « vide juridique » a été instrumentalisée.

Au deuxième chapitre, nous présenterons un bref historique de l'encadrement juridique de l'avortement au Canada, depuis la colonisation française jusqu'à la décriminalisation complète de cette pratique suivant l'arrêt Morgentaler de 1988. L'idée selon laquelle, au fil des années, le débat sur l'avortement est passé de la sphère politique à la sphère juridique sera au cœur de ce chapitre.

Le troisième chapitre concernera plus précisément les conséquences de l'absence de loi. Après avoir vu, au chapitre précédent, comment tous les efforts politiques afin de légiférer sur

l'avortement, depuis l'arrêt Morgentaler de 1988, ont échoué, nous rappellerons que même s'il n'y a pas de loi sur l'avortement, toutes les femmes canadiennes ne peuvent pas avorter quand elles le souhaitent. Des limites extra-juridiques font souvent obstacle à leur liberté d'avorter.

La deuxième partie de ce travail comporte une analyse approfondie de notre « cas ». À partir du quatrième chapitre, nous irons donc aux sources du statu quo en matière d'avortement, en rappelant quelques théories qui montrent comment il correspond à d'autres tendances relevées par divers auteurs en sciences humaines et sociales qui ont écrit sur l'histoire de la loi en Occident.

Puisque le refoulement de l'avortement a été théorisé de manière originale dans *La condition fœtale : une sociologie de l'engendrement et de l'avortement* (2004), par le sociologue Luc Boltanski, nous l'utiliserons afin d'éclairer notre cas. Après avoir rappelé les thèses développées par Boltanski dans cet ouvrage (chapitre 5), nous montrerons qu'une catégorisation du fœtus, telle que définie par Boltanski, est repérable dans la jurisprudence canadienne sur l'avortement et la protection de l'enfant à naître. Les limites de cette catégorisation nous seront utiles afin de comprendre à la fois les opinions divergentes exprimées par les juges dans cette jurisprudence, de même que les récents débats à la Chambre des communes (sixième chapitre).

Cette observation du cas canadien devrait nous permettre de relever des problèmes susceptibles de survenir lorsqu'une société refuse de prendre position sur l'avortement. Finalement, nous argumenterons, à l'encontre de l'opinion populaire courante, que les Canadiennes et les Canadiens seraient bien inspirés d'ouvrir le débat sur l'avortement.

### *Limites et intérêt de la recherche*

Notre difficulté principale a été de nous aventurer sur un terrain qui ne nous était pas familier, soit le domaine du droit. Tenter de comprendre le vocabulaire juridique, la jurisprudence, le fonctionnement des tribunaux et le processus législatif, ainsi que le caractère unique du système bijuridique canadien, n'a pas été de tout repos<sup>3</sup>. Malgré ces limites, il nous semble toutefois pertinent d'examiner la question de l'avortement au Canada d'un point de vue sociohistorique, étant donné qu'une réflexion critique, sans parti pris, brille par son absence dans la littérature académique des deux dernières décennies. Réfléchir sur l'avortement n'est jamais une tâche facile, mais elle s'avère encore plus ardue lorsque l'on s'impose de l'accomplir sociologiquement. Car même si l'on se donne comme phare la neutralité axiologique wébérienne, la tentation est toujours très grande de prendre position ou de croire qu'il nous revient de mettre en lumière la solution aux conflits que provoque un sujet aussi controversé. Il ne nous échappe pas que notre interprétation demeure imprégnée de notre subjectivité, mais nous avons malgré cela tenté de rendre justice aux nombreuses facettes du cas canadien.

Une autre limite de cette thèse réside sans doute en ce qu'elle ne propose pas de réflexion *critique* sur l'ouvrage de Boltanski. Il nous a semblé plus stimulant de nous laisser aller au jeu de suivre les idées qu'il y défend afin de les utiliser comme outil pour mieux lire la situation canadienne. Bien sûr, d'autres explications du refoulement de la question de l'avortement, relevant tantôt de la psychologie tantôt de l'analyse de stratégies politiques, existent, mais l'ouvrage de Boltanski semblait être le seul à l'aborder avec le regard de la sociologie. Notre

---

<sup>3</sup> Nous remercions vivement M. Michel Morin, professeur de droit à l'Université de Montréal, de nous avoir consacré son temps afin de clarifier quelques éléments théoriques et historiques plus difficiles à saisir.

choix de borner notre analyse à une lecture boltanskienne du problème vise davantage à mettre en lumière sa pertinence et sa valeur heuristique qu'à discréditer d'autres explications. Innover théoriquement, sans pour autant avoir à nous prononcer dans le registre du pour ou contre l'avortement, voilà le défi que nous nous sommes lancée.

Enfin, autre limite encore : nous avons évité le recours aux statistiques qui, habituellement, occupent beaucoup de place dans les travaux sur l'avortement. Bien que quelques chiffres apparaissent dans cette étude, à tort ou à raison, ils sont secondaires : si les statistiques ont l'avantage de refléter des « faits concrets », elles sont pauvres, nous semble-t-il, pour creuser l'explication.

## **PARTIE I : MISE EN CONTEXTE**

### **CHAPITRE 1 : CONTROVERSE ET « VIDE JURIDIQUE »**

Les élections fédérales du 23 janvier 2006 ont fait du Parti conservateur le premier gouvernement minoritaire au Canada, après plus de vingt ans de gouvernance libérale. Lors de sa convention, précédant ces élections, le PC s'était engagé explicitement à ne pas revenir sur le statu quo en matière d'avortement. Cette prise de position n'était pourtant pas sans équivoque, puisque ce parti affirmait aussi respecter la diversité des convictions personnelles morales des élu(e)s, de même que leur droit à soumettre aux électeurs des initiatives parlementaires sur ces questions (Fillion, 2006). Plusieurs projets de loi présentés à la Chambre des communes lors de cette 39<sup>e</sup> législature ont été accusés de mettre en péril la liberté des femmes canadiennes à se faire avorter ou d'accorder indirectement des droits à l'enfant à naître. On pourrait dire que ces projets s'inscrivaient dans l'ambiguïté originelle dont faisait preuve le Parti conservateur lors de la campagne électorale. La plupart des initiatives parlementaires provenaient d'ailleurs du camp conservateur, et sans que ceux qui les appuyaient n'affirment explicitement vouloir revenir sur la question du droit à l'avortement, il n'était pourtant guère exagéré de les interpréter comme de subtiles tentatives de brimer une liberté qui avait été acquise après de longues années d'acharnement. Mais à bien regarder ce qui était alors en cause, on se rend rapidement à l'évidence que l'origine des controverses suscitées par ces projets de loi allait bien au-delà de la simple partisanerie.

### *1.1 Premières menaces*

En mai 2006, le projet de loi C-291, intitulé « Loi modifiant le Code criminel : blesser un enfant avant ou pendant sa naissance ou causer sa mort au cours de la perpétration d'une infraction », a été présenté par le député conservateur Léon Benoît (Vegreville-Wainwright). Ce projet visait à inclure, après l'article 238<sup>4</sup> du Code criminel, un nouveau paragraphe, où l'on précisait que « quiconque blesse un enfant ou cause sa mort, avant ou pendant sa naissance, au cours de la perpétration ou de la tentative de perpétration d'une infraction à l'égard de la mère enceinte de l'enfant », devait être reconnu coupable d'une infraction distincte. Cette infraction devait s'appliquer malgré le fait que l'enfant n'est pas considéré comme un être humain dans le Code criminel. Elle devait aussi s'appliquer dans les cas où celui ou celle qui commet l'infraction ignore la grossesse de la femme ou n'a pas l'intention précise de porter atteinte à l'enfant. Précisons que l'article 238, tel qu'il apparaît actuellement dans le Code criminel, concerne uniquement les crimes qui sont commis au cours de la mise au monde de l'enfant, tandis que les modifications suggérées par le député Benoît visaient à créer une nouvelle infraction afin de punir les atteintes à l'enfant à naître tout au long de sa vie intra-utérine. Étant donné l'impossibilité de parler d'une intention coupable lorsque celui ou celle qui a commis l'infraction n'est pas au courant de la grossesse, ce projet de loi a été jugé inconstitutionnel.

En octobre 2007, un autre député conservateur, Ken Epp (Edmonton-Scherwood Park), dépose le projet de loi C-484, « Loi sur les enfants non encore nés victimes d'actes criminels ».

---

<sup>4</sup> « Art. 238 (1) Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité toute personne qui, au cours de la mise au monde, cause la mort d'un enfant qui n'est pas devenu un être humain, de telle manière que, si l'enfant était un être humain, cette personne serait coupable de meurtre.

Réserve

2) Le présent article ne s'applique pas à une personne qui, par des moyens que, de bonne foi, elle estime nécessaires pour sauver la vie de la mère d'un enfant, cause la mort de l'enfant. S.R., ch. C-34, art. 221. »

Ce projet avait aussi pour but d'amender l'article 238 du Code criminel, mais contrairement au projet du député Benoît, il proposait d'ajouter, après le deuxième paragraphe de l'article 238, les précisions suivantes : « 238. 1 (1) La personne qui cause directement ou indirectement la mort d'un enfant, pendant sa naissance ou à toute étape de son développement intra-utérin, en perpétrant ou en tentant de perpétrer une infraction à l'égard de la mère – qu'elle sait ou devrait savoir enceinte – est coupable ». Suivent les peines prévues pour cette infraction distincte, de même qu'une clause, au paragraphe 7, où il est spécifiquement indiqué que le délit en question ne s'applique pas aux interruptions de grossesse de même qu'à tout acte ou omission ayant été commis par une personne voulant sauver la vie de l'enfant ou de la mère (entendre un médecin). Ce projet, beaucoup plus détaillé que celui présenté par le député Benoît, s'est rendu jusqu'en deuxième lecture pour être évalué par un comité parlementaire au mois de mars 2007.

## ***1.2 Polémiques publiques***

L'initiative du député Epp a suscité de vives réactions au sein de la population canadienne. D'aucuns craignaient qu'elle ouvre la porte à la qualification et à l'attribution de droits au fœtus *in utero*, ce qui modifierait la définition d'un être humain en plus de menacer l'autonomie de reproduction des femmes canadiennes<sup>5</sup>. Des cas similaires aux États-Unis ont été évoqués à plusieurs reprises au cours des débats qui eurent lieu à la Chambre des communes, tant par les opposants de ce projet que par ses défenseurs. On suscita ainsi l'émotion de la Chambre en rappelant, d'une part, des drames reliés à plusieurs tragédies où des femmes enceintes ont été tuées et, d'autre part, en soulevant des cas de poursuites judiciaires contre des femmes

---

<sup>5</sup> Voir, entre autres, le rapport du Conseil du statut de la femme (septembre 2008), les deux textes de la Fédération du Québec pour le planning des naissances (FQPN) ainsi que le n°25 (été 2008) de la revue *À bâbord : revue sociale et politique* : « L'avortement, un droit menacé ».

étatsuniennes provoquées par l'existence d'une loi semblable à celle que le député Epp voulait introduire<sup>6</sup>.

Les journaux n'ont toutefois pas manqué de rappeler que des juristes s'opposaient à l'idée que ce projet de loi présente une menace pour la liberté d'avortement des femmes canadiennes (Daudens, *Rue 89*, le 19 avril 2008; de Grandpré, *La Presse*, le 18 avril 2008; Gruda, *La Presse*, le 22 mai 2008). En fait, la plupart de ces juristes ont affirmé que le projet de loi du député Epp était tout à fait constitutionnel. Aux dires du professeur de droit Michel Morin, un projet de loi relié à l'aggravation de la peine dans le cas de la mort d'une femme enceinte est loin d'être aussi inquiétant que certains le laissent croire. Selon lui, il est même plausible de penser que si un tel projet de loi avait été adopté, il aurait eu pour effet de confirmer le droit à l'avortement des femmes canadiennes. Car le fait d'inclure dans la loi une aggravation de la peine dans le cas où un fœtus est blessé, tout en excluant l'interruption de grossesse librement choisie par la femme enceinte<sup>7</sup>, aurait confirmé implicitement le droit à l'avortement en l'inscrivant dans la loi. Quant à l'expression « enfant non encore né », qui inquiétait certains critiques du projet, le juriste assure qu'elle fait déjà partie du Code criminel. Enfin, si une telle loi avait été adoptée, il y aurait toujours la possibilité que certaines personnes essayent de s'en servir afin de faire valoir des

---

<sup>6</sup> Les États-Unis ont adopté une loi similaire le 1<sup>er</sup> avril 2004. Il s'agit de la *Unborn Victims of Violence Act* ou *Laci and Conner's law*. Cette loi fait du fœtus *in utero* une victime et elle vise à punir quiconque blesse ou tue un fœtus *in utero*. Elle exclut aussi l'interruption de grossesse et les traitements médicaux pratiqués en toute bonne foi et pouvant entraîner la mort de l'enfant à naître. Il est précisé à la section (d) du 2<sup>e</sup> paragraphe de cette loi que les termes "unborn child" renvoient à l'enfant *in utero*, tandis que l'expression « enfant *in utero* » fait allusion à tout membre de l'espèce homo sapiens qui est porté dans la matrice d'une femme, à n'importe quel moment de son développement. Précisons toutefois que cette loi ne s'applique qu'aux infractions qui sont de compétence fédérales, mais que 34 états reconnaissent désormais le "unborn child" comme victime potentielle d'un crime. (United States Congress, 2004).

<sup>7</sup> On peut lire à la partie 7 du projet de loi : « Il est entendu que le présent article ne vise pas : a) un acte posé relativement à une interruption légale de la grossesse de la mère de l'enfant avec le consentement de celle-ci; b) un acte ou une omission qu'une personne agissant en bonne foi considère nécessaire pour préserver la vie de la mère ou la vie de l'enfant; c) un acte ou une omission commis par la mère de l'enfant ».

intérêts pro-vie, mais la plupart des spécialistes du droit ont soutenu que les chances qu'une entreprise de cette sorte réussisse étaient très minimes.

### 1.3 Quel « *vide juridique* » ?

Pour ceux qui appuyaient ce projet, l'initiative du député Epp comblait un supposé « *vide juridique* ». Nul n'ignore le caractère polysémique de l'expression « *vide juridique* », dont l'utilisation reste probablement aussi controversée que la plupart des situations qu'elle vise à définir. Il n'en reste pas moins que la constatation d'un recours fréquent à cette expression est, à nos yeux, beaucoup plus  *parlante* que le fait d'en établir une fois pour toutes l'existence ou l'inexistence. Dans un article où elle se penche sur la pertinence de l'hypothèse du non-droit, introduite par Jean Carbonnier en sociologie du droit afin de mettre en valeur d'autres formes de régulations sociales que le droit, Anne-Marie Ho Dinh (2007) propose une lecture renouvelée du concept de « *vide juridique* ». Elle reconnaît que pour les juristes, ledit « *vide juridique* » n'existe pas en référence à une lacune du droit, car, pour eux, le droit est un système complet qui soit interdit, soit permet un comportement. En revanche, l'idée d'une « lacune de la loi » est quant à elle acceptée par la majorité des juristes, même si elle est toujours relative, en ce sens qu'elle relève d'une opinion ou d'une interprétation. Malgré cette nuance, Ho Dinh insiste néanmoins sur l'importance de considérer les manières courantes d'employer les termes « *vide juridique* » :

L'existence d'une lacune de la loi relève donc d'une opinion sur ce qu'est le droit et sur la fonction qu'il devrait avoir dans la société. Pour étudier la lacune de la loi, il faut nécessairement prendre en compte les références au « *vide juridique* », car ce dernier est toujours utilisé de façon erronée comme son synonyme. (Ho Dinh, 2007 : 426-427).

Ho Dinh observe également que le terme « *vide juridique* » est souvent instrumentalisé et qu'il est généralement représenté comme un lieu de souffrance et de désordre, renvoyant à une

injustice (Ho Dinh, 2007 : 443-444). Elle donne l'exemple des événements qui se sont déroulés en France autour des affaires Grosmangin et Mareva. Ces affaires, semblables aux questions qui ont récemment occupé la Chambre des communes au Canada, concernaient des femmes qui, approchant de la fin de leur grossesse, avaient perdu leur fœtus après un accident de voiture provoqué par la négligence d'un tiers. Après que la Cour de cassation ait décidé que l'accusation d'homicide involontaire ne pouvait s'appliquer dans le cas d'une atteinte à l'enfant à naître, ces arrêts ont donné le coup d'envoi à plusieurs tentatives de création d'une loi qui aurait permis d'inculper celui ou celle qui aurait provoqué la mort d'un fœtus alors qu'il était encore dans le ventre de sa mère (Ho Dinh, 2007 : 435). La sociologue montre comment dans les débats sur la création de ce nouveau délit d'interruption involontaire de grossesse, la souffrance faisait partie d'une stratégie politique qui avait pour but de légiférer dans une situation d'urgence (Ho Dinh, 2007 : 446-447).

À partir d'une analyse des débats qui ont eu lieu à la Chambre des communes autour du projet C-484, nous avons aussi remarqué que les interventions de plusieurs députés rappelaient l'instrumentalisation du « vide juridique » et son association à la souffrance évoquée par Ho Dinh. L'intervention du 13 décembre 2007 du député Ken Epp, celui là même qui avait introduit le projet de loi, est sans aucun doute la plus remarquable :

*Le projet de loi C-484 porte sur la mort causée par un acte criminel commis contre une femme enceinte. Le chagrin des proches s'en trouve amplifié; ils éprouvent le summum du chagrin en perdant non seulement la personne aimée, mais aussi cet enfant désiré et attendu, un neveu, une nièce ou un petit-enfant. En réalité, ils pleurent la perte d'une personne dans des circonstances horribles et, en plus, la perte d'un enfant pas encore né. C'est là-dessus que porte le projet de loi que je parraine (39 : 2 Hansard- 2007/12/13).*

Pour convaincre les autres députés du bien-fondé de son projet de loi, il évoque ensuite l'attachement affectif des proches de la femme qui attend un enfant et va même jusqu'à partager ses propres souvenirs de la joie qu'il éprouvait au cours des grossesses de sa femme. Le député

rappelle ensuite plusieurs cas états-uniens et canadiens où il a été impossible d'intenter une action en justice contre une personne qui aurait tué, dans des conditions atroces, une femme et le fœtus qu'elle portait. Un des cas qu'il mentionne, celui de la jeune Olivia Talbot d'Edmonton, enceinte de sept mois, est particulièrement saisissant. Après nous avoir raconté l'histoire de cette femme de 19 ans qui avait reçu trois coups de fusil à l'abdomen et deux coups à la tête, ce qui l'avait tué en plus d'emporter son fœtus, le député Epp lance :

*Les députés ont-ils une idée de la souffrance de sa famille? La mère d'Olivia, Mary, était et est toujours en croisade actuellement et elle le sera probablement tant qu'un projet de loi comme celui-ci ne sera pas adopté. Elle assure que les souffrances de sa famille sont d'autant plus vives qu'Olivia était enceinte de sept mois et que la famille attendait impatiemment la naissance du bébé. [...] Je prie instamment mes collègues de la Chambre des communes d'appuyer cette mesure législative, car nous avons clairement affaire à des cas de femmes blessées ou abattues, leur enfant à naître avec elles, enfant qu'elles tenaient à mettre au monde, à qui elles tenaient à donner la vie, vie qui a été enlevée. D'une certaine façon, quelqu'un a pris de force une décision à leur place en leur niant totalement le choix de donner la vie. (39 : 2 Hansard-2007/12/13).*

Au cours de ce même débat, la députée du Nouveau parti démocratique, Alexa McDonough (Halifax) a fermement dénoncé l'idée que la souffrance des proches puisse être un motif raisonnable afin de légiférer dans une démocratie :

*Je pense qu'il n'est pas un seul député ici, quelle que soit sa position sur ce projet de loi, qui ne sympathise pas entièrement avec la douleur que peut entraîner une telle perte pour la victime et ses proches. Toutefois, cela m'a amenée à me souvenir que c'est pour une bonne raison que nous ne confions pas à une personne frappée par la douleur d'une tragédie personnelle le soin de rédiger ou d'adopter des lois dans une société démocratique et plurielle. Je ne pensais pas dire ce que je suis en train de dire jusqu'au moment où j'ai vu à quel point le député centrait le débat sur le problème de la souffrance. Cela m'a amenée à faire un bref retour en arrière sur ma propre expérience passée à l'époque où j'étais travailleuse sociale dans le domaine psychiatrique. La douleur d'une émotion humaine est très normale, et dans ce cas-là, nous sommes là pour reconforter et aider les gens. Mais nous savons très bien aussi que la douleur est presque toujours accompagnée de sentiments de colère, de désespoir, de rage et souvent aussi d'un désir de vengeance. Dans notre société démocratique, nous avons décidé depuis longtemps que la vengeance n'était pas un motif valable pour légiférer. De multiples constats psychiatriques montrent que quand on renforce la volonté de vengeance chez quelqu'un qui a perdu un être cher par suite*

*d'un acte violent et inacceptable, on entrave le processus de sa guérison affective. Je ne souhaite pas m'étendre sur la question, mais disons simplement que le malaise que j'éprouvais à l'égard de ce projet de loi avant même d'entendre l'intervention du député d'Edmonton—Sherwood Park n'a fait que s'aggraver quand j'ai vu à quel point il insistait sur les notions de souffrance, de colère et de rage. Je ne doute pas de sa sincérité quand il parle de partager la souffrance des gens, mais je crois que c'est un motif très discutable pour proposer une telle loi (39 : 2, Hansard-37, 2007/12/13).*

Lors de la reprise des débats, au mois de mars 2008, la même tendance a pu être observée : ceux qui soutenaient le projet de loi, rappelaient la souffrance des proches et ceux qui s'opposaient au projet dénonçaient la pertinence et le poids de la souffrance dans le processus législatif. C'est justement l'idée derrière l'intervention de la députée du Bloc Québécois, Carole Freeman (Châteauguay-Saint-Constant) :

*Je disais plus tôt que l'avortement est un choix basé sur un droit, mais il faut reconnaître que c'est une solution douloureuse. Cela devrait se faire en dernier recours, basé sur une décision mûrement réfléchi. En tant que parent, je préconise aux jeunes femmes l'éducation, la compréhension et l'entraide afin d'aider au mieux celles enceintes aux prises avec des difficultés financières ou encore conjugales. Aussi, il faut faire preuve de compassion lorsqu'une femme est aux prises avec une grossesse causée par un viol ou une grossesse non désirée. Par ces actions simples, on pourrait parvenir à réduire naturellement le nombre d'avortements dans notre société. Malheureusement, le projet de loi C-484 ne contient pas cela. Aucune compassion ne s'y retrouve — juste l'expression de la souffrance et de la rancœur, toutes deux vouées délibérément à l'approche strictement punitive. Il raterait invariablement son objectif caché de réduire l'avortement, sinon de protéger le fœtus. (39-2 Hansard, 58-2008/03/03).*

#### **1.4 Une marée de projets de loi**

Les vives réactions populaires suscitées par le projet du député Epp ont amené un autre député, libéral cette fois, à proposer un projet de loi alternatif, évitant les ambiguïtés qu'on avait reprochées au projet de loi C-484. Le 14 mai 2008, le député Brent St. Denis (Algoma, Manitoulin, Kapuskasing) propose le projet de loi C-543, « Loi modifiant le Code criminel : mauvais traitement d'une femme enceinte » et déclare devant la Chambre des communes :

*Pour ceux d'entre nous qui favorisent la liberté de choix, mais qui ne voulaient pas se lancer dans ce débat, j'ai préparé un projet de loi fort simple qui permettrait aux juges d'imposer des pénalités plus sévères à ceux qui feraient sciemment subir agressions ou sévices à une femme enceinte. Je me suis assuré qu'une telle mesure ne permettrait pas de rouvrir le débat sur la « recriminalisation » de l'avortement. Je me suis également assuré qu'elle ne conduirait pas à des sanctions envers la femme elle-même, si elle décidait de se faire avorter. En fait, cette mesure permet de combler les lacunes laissées par le projet de loi C-484. (39-2. Hansard 95, 2008/05/14).*

Beaucoup plus concise, l'initiative du député St. Denis visait à modifier l'alinéa 718.2 a) du Code criminel<sup>8</sup> afin que la grossesse soit considérée comme une circonstance aggravante dans la détermination de la peine. Elle laissait donc tomber les modifications de l'article 238. Ce projet a été jugé superflu, étant donné qu'en vertu des principes d'imposition de la peine, il est déjà laissé à la discrétion du juge d'aggraver ou non une peine selon la gravité d'un crime.

Le ministre de la Justice, Rob Nicholson, s'est lui aussi joint à la partie en annonçant, à peine quelques jours avant les élections fédérales de la 40<sup>e</sup> législature du 14 octobre 2008, l'intention du gouvernement Harper de présenter un projet de loi qui aurait pour but d'aggraver les peines pour les infractions qui mettraient en danger la vie d'une femme enceinte. Nicholson précisait cependant que ce projet ne laisserait aucune place à la qualification ou à l'attribution de droits au fœtus *in utero*. Il tenta aussi de rassurer les éventuels détracteurs de ce projet en insistant sur le fait qu'il ne mettrait pas en péril la liberté d'avortement des femmes canadiennes.

Au cours de cette 39<sup>e</sup> législature, d'autres projets de loi, qui avaient aussi pour but de combler un supposé « vide juridique », ont également touché de près à la question de l'avortement. Présenté par le député libéral, Paul Steckle (Huron-Bruce), le 21 juin 2006, le projet de loi C-338, « Loi modifiant le Code criminel (procurer un avortement après vingt

---

<sup>8</sup> « 718.02 Le tribunal qui impose une peine pour l'une des infractions prévues au paragraphe 270(1), aux articles 270.01 ou 270.02 ou à l'alinéa 423.1(1)b) accorde une attention particulière aux objectifs de dénonciation et de dissuasion de l'agissement à l'origine de l'infraction. 2009, ch. 22, art. 18. »

semaines de gestation », avait pour but d'interdire l'avortement tardif. Le projet avait pour but d'inclure, après l'article 287<sup>9</sup>, une interdiction de pratiquer un avortement après la vingtième semaine de gestation. Il prévoyait quelques exceptions comme les problèmes de santé graves de la femme, mais il ignorait les cas d'anomalies fœtales, qui constituent actuellement la raison principale des avortements tardifs (Arthur, 2009). Ce projet a été de nouveau proposé, en octobre 2007, lors de la 2<sup>e</sup> session parlementaire.

Enfin, le projet de loi C-537, « Loi modifiant le Code criminel (protection du droit de conscience des professionnels de la santé) », présenté le 16 avril 2008, cherchait à créer une nouvelle infraction afin de punir la discrimination contre les professionnels de la santé. Cette loi voulait interdire le refus d'employer, le refus d'avancement ou le congédiement d'un professionnel de la santé qui n'accepterait pas de pratiquer des actes médicaux qui entraînent en contradiction avec ses croyances religieuses ou spirituelles quant « au caractère inviolable de la vie humaine ». Il était aussi précisé que la « vie humaine » devait être entendue comme « toutes les étapes du développement de l'organisme humain depuis la fécondation ou la création ».

### ***1.5 L'avortement, ce non-dit***

Au mois de juillet 2008, il a encore été possible de mesurer le caractère délicat de l'avortement en suivant les réactions mitigées de la population canadienne à la suite à la décision d'attribuer l'Ordre du Canada, le plus grand honneur national, au médecin Henry Morgentaler, l'un des plus importants symboles de la lutte pour la libéralisation de l'avortement au Canada. Pétitions, lettres aux journaux et déclarations de désaccord surabondaient sur la place publique. Plusieurs députés, et même le Premier ministre du Canada, ont dénoncé haut et fort la nomination

---

<sup>9</sup> Anciennement, l'article 251, soit la loi sur l'avortement.

du médecin. Certains membres de l'Ordre sont même allés jusqu'à rendre leur insigne. La nomination du Dr Morgentaler a probablement été la décision la plus controversée depuis la création de cette organisation. On pourrait se demander pourquoi les membres du conseil consultatif de l'Ordre ont choisi d'accorder cet honneur à l'un des militants pro-avortement les plus publics qu'a connu le Canada, surtout à un moment où les débats sur cette question pullulaient déjà à l'avant-scène de la vie politique canadienne. La raison de ce choix semble toutefois attribuable à un concours de circonstances. Le nom de Morgentaler figurait d'ailleurs déjà, depuis quelques années, sur la liste des personnes considérées pour obtenir ce prix. Le fait que l'unanimité des votes ne soit pas requise et qu'une majorité entraîne la nomination d'un candidat laisse aussi croire que la nomination du médecin n'a vraisemblablement pas été consensuelle au sein du comité<sup>10</sup>.

Le plus remarquable dans cette affaire est sans aucun doute le fait que la citation accompagnant la médaille du Dr Morgentaler ne faisait aucune mention du réel travail auquel s'est consacré le médecin pendant la majeure partie de son existence, soit de faciliter l'accès aux services *d'avortement* pour les Canadiennes de tous les coins du pays. La citation évoque seulement le dévouement de Morgentaler envers la santé et la reproduction des femmes canadiennes :

Henry Morgentaler a eu un impact majeur sur la politique publique canadienne. Un survivant de l'holocauste, avec détermination, il n'a pas hésité, malgré les risques pour sa sécurité et sa vie même, à tenter de donner aux Canadiennes un éventail plus large d'options en matière de soins de santé. Ses actions ont été porteuses de changements et la source d'un débat important, dont l'influence sur la politique publique à l'échelle nationale est loin d'être négligeable. Il a sensibilisé le milieu médical et le public canadien aux questions touchant la santé de la reproduction des femmes. Bénévole respecté, il a assumé des rôles de leadership au sein d'organismes humanitaires et de

---

<sup>10</sup>Des détails sur le processus de nomination sont fournis sur le site de la gouverneure générale du Canada.

défense des libertés civiles. Il est également le récipiendaire de nombreuses récompenses nationales et internationales<sup>11</sup>.

L'absence même du mot « avortement » est flagrante. Pourquoi une formulation omettant la véritable raison des nombreuses actions militantes du Dr Morgentaler a-t-elle été choisie? La devise de l'Ordre, *desiderantes meliorem patriam* — « ils veulent une patrie meilleure » — rappelle pourtant toute la portée de ce prix qui vise à reconnaître le dévouement de Canadiens et de Canadiennes à l'égard de leurs concitoyens. Comment donc se peut-il que la véritable raison pour laquelle le Dr Morgentaler a reçu ce prix ne puisse être dite de manière explicite?

### ***1.6 Le statu quo***

Bien que tous les projets de loi que nous avons rappelés plus tôt soient morts au Feuilleton, en raison du déclenchement des élections fédérales en septembre 2008, et que le Conseil de l'Ordre du Canada ne soit pas revenu sur sa décision d'attribuer son prestigieux prix au Dr Morgentaler<sup>12</sup>, ces événements révèlent combien nous sommes en présence d'une situation paradoxale. Les divers projets de loi ainsi que la nomination du médecin montrent à quel point la question de l'avortement ne cesse d'apparaître sur la place publique, le plus souvent de manière indirecte, mais ces événements révèlent aussi comment nous évitons systématiquement d'ouvrir le débat sur cette question. Considérant le caractère irrésolu de l'avortement au Canada, on pourrait penser que les dirigeants politiques seraient bien inspirés d'aborder frontalement cette question. La sensibilité et la susceptibilité du peuple canadien à son égard sont toutefois plus

---

<sup>11</sup> Voir le site de la gouverneure générale.

<sup>12</sup> La constitution de l'Ordre du Canada prévoit, à son alinéa 25 c), la possibilité de révoquer l'appartenance d'une personne à l'Ordre. La politique et procédure de révocation d'une nomination à l'Ordre du Canada indique trois raisons susceptibles d'entraîner la révocation d'un membre de l'Ordre : la personne est jugée coupable d'un crime criminel; la conduite de l'individu « constitue un écart de conduite grave et est considérée comme une atteinte à la réputation, à l'intégrité ou à la valeur de l'Ordre ou ternit les motifs de la nomination de la personne à l'Ordre » ou bien, a été l'objet d'une sanction criminelle (site de la gouverneure générale).

qu'évidentes et les gouvernements semblent réticents à inclure ce sujet à la liste de priorités. En raison de son caractère polémique, il persiste donc à être retranché de la place publique.

Notre travail consistera justement à creuser cette manière de procéder, à examiner d'où elle vient, les événements historiques et politiques qui l'ont constituée en tant que telle, de même que ses conséquences sur la société canadienne contemporaine. Ainsi, nous suivrons sociologiquement la constitution et les effets du supposé « vide juridique » en matière d'avortement au Canada. Cela devrait nous permettre d'éclairer, comme l'indique Ho Dinh, comment ce concept a partie liée à la démocratie, en ce sens qu'il sert à tisser des liens entre les espaces juridique, politique et social et vise à atteindre un équilibre entre les intérêts et les exigences propres à chacun de ces espaces (Ho Dinh, 2007 : 452).

## CHAPITRE 2 : L'AVORTEMENT DANS LA SPHÈRE JURIDIQUE CANADIENNE

Pour comprendre le caractère particulier de l'encadrement juridique de l'avortement au Canada, un survol historique s'impose. Vers la fin du XVI<sup>e</sup> siècle, les Français commencent à s'installer en Nouvelle-France et appliquent le droit français de l'époque. Morin (1997) souligne que la Coutume de Paris est appliquée en Nouvelle-France, dès 1664, et ce jusqu'à la codification du Code civil du Bas-Canada en 1866. Un édit du roi Henri II, de 1556, précisait que la peine de mort devait être imposée aux femmes qui avaient commis un infanticide ou qui s'étaient fait avorter. Morin ajoute cependant que « s'il n'y a pas de poursuite pénale, le droit civil ne semble pas prévoir de règles particulières visant la femme s'étant fait avorter » (Morin, 1997 : 223).

Après la *Proclamation royale* de 1763, premier document constitutionnel de ce qui deviendra le Canada actuel et symbole par excellence de la victoire anglaise sur les colons français, la loi relève du droit pénal anglais. La première codification en common law du droit sur l'avortement criminel, le *Miscarrige of Women Act*, établissait, en 1803, que l'interruption de grossesse devait être considérée comme une infraction si elle était pratiquée avant le *quickenig*, ce qui désignait les premiers mouvements du fœtus, perceptibles par la mère autour de la vingtième semaine de gestation (Dunsmuir, 1998; Desmarais, 1999). Pratiqué après le *quickenig*, l'avortement pouvait être puni de la peine capitale, mais s'il avait lieu avant, des peines moins sévères s'appliquaient, telles que la déportation (Godard, 1997 : 13). En 1847, cette distinction a été abandonnée, en Angleterre, en même temps que la peine de mort (Dunsmuir, 1998).

La première loi britannique criminalisant le comportement d'une femme qui s'avortait elle-même date quant à elle de *l'Acte concernant les offenses contre les personnes*, adopté en

1861. Cette loi a été reprise par le Parlement de la Confédération canadienne, en 1869, dans la première loi du droit pénal canadien sur l'avortement, *La loi sur les infractions contre la personne*. Elle établissait que les personnes qui avaient recours à un avortement risquaient la prison à perpétuité (Dunsmuir, 1998). Les avorteurs pouvaient quant à eux subir jusqu'à deux ans d'incarcération.

59. Toute femme enceinte qui, dans l'intention de provoquer son propre avortement, s'administre illégalement à elle-même du poison ou autre substance délétère, ou emploie illégalement quelque instrument ou d'autres moyens quelconques avec la même intention et quiconque, avec l'intention de procurer l'avortement d'une femme, qu'elle soit ou non enceinte, lui administre illégalement ou lui fait prendre du poison ou autre substance délétère, ou emploie illégalement quelque instrument ou autres moyens quelconques avec telle intention, est coupable de félonie, et sera passible de l'incarcération dans le pénitencier pour la vie, ou pour un terme de pas moins de deux ans.

60. Quiconque fournit ou procure illégalement du poison ou autre substance délétère, ou quelque instrument ou chose quelconque, sachant qu'il est destiné à servir ou à être illégalement employé avec l'intention de procurer l'avortement d'une femme, qu'elle soit enceinte ou non, est coupable de délit, et sera passible de l'incarcération dans le pénitencier pour un terme de deux ans, ou dans toute autre prison ou lieu de détention pour un terme de moins de deux ans, avec ou sans travaux forcés<sup>13</sup>.

En 1892, le premier *Code criminel* canadien incluait une loi sur l'avortement. Cette loi faisait du fait d'entraîner la mort d'un enfant qui n'était pas encore un être humain une infraction à part entière.

271. Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité celui qui cause la mort d'un enfant qui n'est pas devenu un être humain, de telle manière qu'il aurait été coupable de meurtre si cet enfant fut venu au monde.

2. Nul n'est coupable d'un acte criminel si, par des moyens qu'il croit de bonne foi nécessaires pour sauver la vie de la mère de l'enfant il cause la mort de cet enfant avant ou pendant l'accouchement<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Tiré de l'ouvrage de Louise Desmarais, *Mémoires d'une bataille inachevée : la lutte pour l'avortement au Québec 1970-1992* (1999), p. 30.

<sup>14</sup> *Ibid.*, pp. 31-32.

La femme qui s'avorte elle-même risque quant à elle d'être emprisonnée pendant sept ans. Desmarais (1999 : 31) souligne le fait que cette mesure législative visait la protection du fœtus, du moment de sa viabilité jusqu'à ce que sa mère en accouche. Or, même si la loi visait clairement la protection du fœtus et que la morale sociale et religieuse de l'époque condamnait l'avortement, il faut toutefois noter que la pénalisation de cette pratique avait pour but principal la protection des femmes enceintes. En effet, l'avortement était alors une intervention dangereuse et elle n'était rarement pratiquée par des médecins, ce qui augmentait les risques et la fréquence des erreurs fatales (Dunsmuir, 1998; Godard, 1992).

En dépit de cette répression légale, la loi n'était pas appliquée de manière systématique. En fait, selon Collins (1987 : 33), bien que l'avortement et la contraception aient été illégaux jusqu'en 1969, a toujours existé une certaine tolérance à l'égard de l'avortement au Canada. En témoigne, selon elle, le fait que plusieurs médecins qui affirmaient publiquement avoir pratiqué des avortements thérapeutiques en milieu hospitalier n'ont jamais été poursuivis. Il semblerait aussi que l'ordre policier ait été au courant de l'existence de lieux clandestins où se pratiquaient des avortements. Ainsi, en 1924, il était bien connu des services de police de la ville de Montréal que pas moins d'une vingtaine de lieux pratiquant l'avortement avaient pignon sur la rue St-Denis (Desmarais, 1999 : 32). Les femmes n'étaient, quant à elles, que très rarement condamnées par la justice lorsqu'elles avortaient.

C'est que, à cette époque, il y avait une quasi-identité du savoir médical et du savoir populaire sur les méthodes d'avortement ainsi que sur l'étiologie de l'aménorrhée. La distinction entre un avortement et un traitement médical de l'aménorrhée était parfois difficile à établir. Dans les procès pour avortement, lorsque les femmes parlaient des différentes manœuvres pour « faire revenir le sang », pour disculper un avortement par exemple, elles étaient comprises par les juges autant que par les médecins. (Godard, 1992 : 12-13).

## 2.1. Une première décriminalisation

Ce sont via des groupes de médecins, tels que l'Association médicale canadienne (AMC), qui pratiquaient des avortements sur des femmes dont la vie dépendait de cette intervention ou qui la jugeaient nécessaire, que sont parvenues les premières revendications canadiennes pour la libéralisation de l'interruption de grossesse. Certains hôpitaux étaient d'ailleurs déjà passablement bien organisés : des comités d'avortement thérapeutique, pouvant être formés de jusqu'à cinq médecins, évaluaient les requêtes d'avortement sans laisser de traces écrites de cette procédure (Desmarais, 1999 : 38, citant Collins, 1987 : 32). Les médecins, s'imaginant que les progrès de l'obstétrique, tels que les diagnostics prénataux, étaient susceptibles d'augmenter le nombre d'avortements, ont été amenés à demander une protection contre une responsabilité criminelle (Godard, 1992 : 22). Les dangers reliés aux avortements clandestins étaient aussi une autre motivation d'une demande de légiférer sur la question de l'avortement.

De l'autre côté de l'Atlantique, la *British Medical Association* avait recommandé, dès 1938, la modification de la loi afin de rendre possible les avortements thérapeutiques (Dunsmuir, 1998). La même année, l'arrêt anglais *Bourne*, impliquant un médecin qui avait pratiqué un avortement sur une jeune fille qui avait été violée, constitua le premier cas reconnu d'avortement thérapeutique pratiqué pour des raisons de santé. Ce moyen de défense, la défense de nécessité, a par la suite été adopté par la plupart des pays du Commonwealth appliquant la common law, dont le Canada. Dunsmuir souligne d'ailleurs que cette défense aurait pu être utilisée au Canada, avant même l'adoption de la loi décriminalisant l'avortement<sup>15</sup>. Or, en 1955, un nouveau Code criminel

---

<sup>15</sup> Elle ajoute que c'est d'ailleurs ce qui est sous-entendu dans l'arrêt *Morgentaler de 1975* (Dunsmuir, 1998).

est introduit au Canada dans lequel le mot « illégalement » est supprimé de la loi sur l'avortement (articles 237 et 238) (Desmarais, 1999 : 36)<sup>16</sup>.

C'est en 1955 que, au Canada, à la suite de l'arrêt Bourne, le mot « illégalement » compris dans la définition du crime d'avortement depuis 1869 était supprimé pour permettre aux médecins de pratiquer des interruptions de grossesse quand la vie des femmes en dépendait. Déjà depuis la fin du dix-neuvième siècle, la communauté médicale avait pris en charge l'obstétrique. Qu'elle prenne également en charge l'avortement semblait être dans l'ordre des choses. Et, à mesure que la justice remettait l'avortement entre les mains de la médecine, il était de moins en moins puni. (Godard, 1992 : 14).

L'insatisfaction à l'égard de la loi sur l'avortement était toutefois largement diffusée dans l'opinion publique canadienne pendant les années cinquante et elle s'intensifia au cours de la décennie suivante. Selon Godard (1992), plusieurs facteurs y ont contribué : les sanctions inefficaces contre les avortements clandestins qui devenaient de plus en plus fréquents et dangereux, la révolution sexuelle des années soixante, l'association de la contraception et de l'avortement, de même que les revendications pour la maternité choisie. Godard évoque aussi l'influence grandissante de l'opinion publique d'autres pays, où la loi avait été amendée pour permettre l'avortement thérapeutique, ainsi que la controverse entourant la thalidomide<sup>17</sup>.

Cette insatisfaction faisait aussi partie d'une certaine tendance populaire à remettre en question le pouvoir et la mainmise du gouvernement sur certaines pratiques. C'est d'ailleurs dans ce mécontentement ambiant que, le 21 décembre 1967, le gouvernement canadien a introduit en première lecture le bill Omnibus (C-195), grande réforme législative visant à amender plusieurs articles du Code criminel et, par ce fait même, à moderniser certaines lois qui entraient en conflit

---

<sup>16</sup> Voir la *Loi sur les infractions contre la personne* citée à la page 27.

<sup>17</sup> La thalidomide était vendue au cours des années cinquante et soixante afin d'atténuer les nausées des femmes enceintes. La prise de ce médicament a entraîné des défauts congénitaux de même que des handicaps et des déformations multiples. Le caractère tératogène sur le développement du fœtus de la thalidomide n'a toutefois été découvert qu'au début des années soixante. Le fait que Sherri Finkbine décide de mettre fin à sa grossesse lorsqu'elle a appris que son fœtus souffrait de malformations parce qu'elle avait pris de la thalidomide, a causé toute une controverse en Amérique du Nord.

avec la morale individuelle. Les lois encadrant la contraception, l'avortement, l'homosexualité et le divorce étaient particulièrement visées. En matière d'avortement, le projet Omnibus avait pour but de modifier l'article 251 (remplacé depuis par l'article 287) du Code criminel, afin de faire de l'avortement une pratique légale, à condition qu'il soit autorisé par un comité d'avortement thérapeutique, formé de trois médecins aptes à reconnaître, dans un hôpital accrédité, la menace que représentait la grossesse pour la vie ou pour la santé de la femme. L'article 251 et les exceptions prévues par la modification de cette loi étaient les suivantes :

### **Procurer un avortement**

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

### **Femme qui procure son propre avortement**

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

[...]

### **Exceptions**

(4) Les paragraphes (1) et (2) ne s'applique pas aux personnes suivantes :

(a) un médecin qualifié, autre qu'un membre d'un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital, qui emploie de bonne foi, dans un hôpital accrédité ou approuvé, tout moyen pour réaliser son intention de procurer l'avortement d'une personne de sexe féminin;

(b) une personne du sexe féminin qui, étant enceinte, permet à un médecin qualifié d'employer, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen pour réaliser son intention d'obtenir son propre avortement,

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

- c) a déclaré par certificat qu'à son avis la continuation de la grossesse de cette personne de sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière;
- d) a fait remettre une copie de ce certificat au médecin qualifié<sup>18</sup>.

Suivent ensuite les renseignements requis (alinéa 5), les définitions importantes des mots et expressions utilisées dans la loi, tels que « comité de l'avortement thérapeutique » ou « hôpital accrédité » (alinéa 6), ainsi qu'une précision à l'effet que le paragraphe 4 n'a pas pour but de modifier la nécessité d'obtenir un consentement ou une autorisation (alinéa 7).

Cette refonte législative a été fortement critiquée pour le caractère équivoque de ce qu'il fallait entendre par la « santé » de la femme. D'ailleurs, avant même que le projet de loi ne soit présenté par le ministre de la Justice de l'époque, Pierre Elliott Trudeau, menant ultimement à son adoption le 28 août 1969, le rapport du Comité parlementaire sur la santé et le bien-être social avait déjà jugé le projet Omnibus trop imprécis (Godard, 1992 : 36).

Malgré ces nouvelles conditions d'accès, l'avortement demeurait toutefois un crime. En fait, l'amendement de la loi signifiait surtout le transfert du pouvoir décisionnel du juridique au médical. Rappelant l'analyse de Larry Collins dans *The Politics of Abortion*, Anne Collins (1987 : 36) souligne que les modifications de la loi visaient surtout à réduire la part de responsabilité qui revenait au gouvernement fédéral en matière d'avortement. Car la responsabilité de définir ce qui devait être considéré comme un motif raisonnable pour procéder à un avortement revenait désormais aux médecins et, par extension, au comité d'avortement thérapeutique de même qu'aux provinces qui devaient, quant à elles, assurer l'existence de services d'avortement adéquats. Ces mesures ne répondaient donc pas exactement à la demande d'une libéralisation de la loi sur l'avortement qui avait été formulée, en 1967, par des

---

<sup>18</sup> Il s'agit de l'article 287, tel qu'il apparaît maintenant dans le Code criminel du Canada.

organisations aussi importantes dans leur domaine respectif que l'Association médicale du Canada et l'Association du Barreau canadien

En rattachant l'avortement au besoin de protéger la santé ou la vie des parturientes, la loi exigeait l'autorisation préalable d'un comité médical, et interdisait les avortements pour des raisons sociales et eugéniques. Elle fut donc très critiquée par ceux qui en demandaient la libéralisation pure et simple. (Godard, 1992 : 15).

Afin de déterminer si le recours à l'avortement, prévu dans la loi depuis les modifications du Code criminel, était disponible de manière équitable partout au pays, le gouvernement canadien a mandaté, en 1975, un *Comité sur l'application des dispositions législatives sur l'avortement* (Comité Badgley). Le rapport du comité, publié en janvier 1977, insistait fortement sur le fait qu'il existait des inégalités dans l'application de la loi, sans toutefois proposer de recommandations à cet égard (Godard, 1992 : 28). Les auteurs déresponsabilisaient autant la loi que le gouvernement canadien, insistant plutôt sur la médecine préventive, notamment le *planning* familial. Ils mettaient l'accent sur l'idée que la responsabilité d'assurer l'accès à l'avortement revenait davantage au ministère de la Santé qu'au ministère de la Justice (Collins, 1987 : 50). Entre l'avortement provoqué et la planification familiale (la contraception), le gouvernement devait déterminer ce qu'il voulait prioriser. Selon les auteurs du rapport, le *planning* familial pouvait éventuellement mener à l'élimination complète de l'avortement (Dunsmuir, 1998). Aux dires de Collins (1987 : 51-52), aucune suite n'a été donnée aux avis formulés dans ce document, puisque le gouvernement se préoccupait alors davantage de questions économiques.

## ***2.2. L'insatisfaction généralisée***

En 1969, le législateur, constatant l'insatisfaction des citoyens canadiens à l'égard de la loi sur l'avortement, a assumé ses responsabilités en proposant le projet Omnibus, menant alors à la réforme législative que nous venons de rappeler. Le projet Omnibus n'est toutefois pas parvenu à satisfaire la majorité des Canadiens. En effet, l'insatisfaction entraînée par le projet Omnibus s'est généralisée au cours des années soixante-dix, les uns trouvant que le Parlement était allé trop loin et les autres, qu'il n'était pas allé assez loin dans la libéralisation de la loi. À défaut d'être entreprise par le législateur, c'est toutefois aux tribunaux, et plus précisément à la Cour suprême, qu'est revenue la tâche de décider comment encadrer la difficile question de l'avortement. Ainsi, bien que peu présent à la Chambre des communes, le débat sur l'avortement n'a fait que se déplacer au cœur de la Cour suprême. Il faut toutefois préciser que les débats et les opinions des juges de la Cour ne sont pas forcément représentatifs de ceux de la population canadienne, puisque ces juges sont nommés par le gouvernement. En outre, à de rares exceptions près<sup>19</sup>, aucun des jugements que nous avons étudiés n'a été unanime. En plus de rappeler les motifs des jugements majoritaires sur la question de l'avortement, nous accorderons donc autant d'importance aux dissidences. Celles-ci sont révélatrices d'une certaine diversité des opinions sur cette question au Canada, en plus d'être tout aussi susceptibles que les jugements majoritaires d'alimenter le débat public.

---

<sup>19</sup> Il s'agit de *Tremblay c. Daigle* et de *Borowski c. Canada (procureur général)*.

### ***2.3 Les affaires Morgentaler***

Il a fallu attendre la fin des années quatre-vingt pour que des médecins se joignent au mouvement pro-choix, fortement impulsé par les luttes féministes, et revendiquent que l'avortement soit reconnu comme un acte médical, accessible à toutes les femmes quelle qu'en soit la raison (Godard, 1992 : 70). La lutte d'un médecin en particulier, le Dr Henry Morgentaler, a pourtant été notable dans le public et les médias canadiens. Dès 1969, en guise de protestation contre les limites imposées par le projet Omnibus, le Dr Morgentaler ouvre illégalement une première clinique d'interruption de grossesse à Montréal. Le médecin réclamait la libéralisation de cette pratique et ne se privait pas d'afficher publiquement qu'il pratiquait des avortements afin de venir en aide aux femmes. Pas plus tard qu'en 1970, Morgentaler est arrêté et accusé de pratiquer des avortements illégaux dans sa clinique. Lors de son premier procès, en 1973, au cours duquel il invoque la nécessité afin de justifier son choix d'aller à l'encontre de la loi, le jury lui a donné raison pour le motif qu'il avait agi par compassion en venant en aide à une personne dans le besoin (Godard, 1992 : 24). Après trois procès au Québec, entre septembre 1973 et septembre 1976, à l'issue desquels il a systématiquement été acquitté par le jury, la persécution de Morgentaler a momentanément pris fin grâce à l'arrivée au pouvoir du Parti québécois. En effet, à la fin des années soixante-dix, le gouvernement québécois, enfreignant la loi fédérale, avait permis que des centres de services communautaires pratiquent des avortements sans l'avis d'un comité d'avortement thérapeutique. Les autorités fédérales, tout à fait au courant, n'ont toutefois pas cherché à revenir sur la décision de la province québécoise (Godard, 1992 : 28).

Avant les affaires Morgentaler, la voix des principales concernées dans ce débat, les femmes, n'était pas très présente dans la lutte canadienne pour un plus grand accès au service d'interruption volontaire de grossesse. C'est néanmoins grâce au support de tout un réseau

féministe que la cause du médecin a pu s'intensifier. En fait, selon Godard (1992), la victoire du médecin aurait été impensable sans le soutien financier et moral des nombreux groupes de femmes qui, par ce combat, firent entendre leurs revendications sur la place publique. Cette sociologue va même jusqu'à dire que toute l'histoire de Morgentaler reflète l'importance grandissante du féminisme à titre de force politique au Canada (Godard, 1992 : 23). L'idée d'une symbiose historique entre Morgentaler et la cause des femmes a été attestée dans plusieurs témoignages de cette époque charnière. Partant d'un point de vue militant, Desmarais (1999) souligne que le fait que le droit des femmes à l'avortement soit devenu le cheval de bataille des démêlés judiciaires du Dr Morgentaler est révélateur du succès politique du mouvement féministe au Canada :

Cette victoire juridique du Dr Morgentaler est aussi la victoire politique des féministes. Grâce à leur lutte, sans laquelle le médecin n'aurait pu l'emporter, elles ont réussi à imposer le droit des femmes à avorter librement et gratuitement comme l'enjeu central de ce conflit, plutôt que le seul droit des médecins de pratiquer des avortements. Ce qui était loin d'être acquis au point de départ. (Desmarais, 1999 : 65).

On peut donc dire que ces deux événements historiques ont été impulsés simultanément : les affaires Morgentaler ont servi au mouvement féministe, en lui fournissant une cause à défendre et autour de laquelle se regrouper, mais le mouvement des femmes a aussi été une ressource fort précieuse pour la cause du Dr Morgentaler, lui offrant une dose considérable de visibilité médiatique et de légitimité politique.

#### ***2.4. Ailleurs au Canada***

Grâce aux efforts du Dr Morgentaler et du mouvement des femmes, les Québécoises ont pu profiter d'un meilleur accès aux services d'avortement. Dans d'autres provinces, la situation

s'est avérée toutefois plus compliquée. Le 5 septembre 1978, un autre acteur, qui allait devenir en quelque sorte la Némésis de Morgentaler, se présentait devant la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan afin de s'opposer aux modifications apportées au Code criminel en 1969. Joseph Borowski, un ex-député du NPD, avait abandonné le métier de politicien pour se consacrer plus pleinement à la lutte contre l'avortement. Selon lui, les ajouts faits par le Parlement du Canada au Code criminel des paragraphes (4), (5) et (6) de l'article 251<sup>20</sup> sur l'avortement étaient « nuls et inopérants » et l'utilisation de fonds publics aux fins visées par ces paragraphes était *ultra vires*<sup>21</sup> et illégale.

Entre-temps, Morgentaler avait quant à lui ouvert deux autres cliniques en 1983, à l'extérieur du Québec, l'une à Winnipeg, le 6 mai, et l'autre à Toronto, le 15 juin. Au Manitoba, le ministre de la Santé du Nouveau Parti démocratique, avait reconnu publiquement que les services d'avortement étaient inadéquats. Cette province est ainsi devenue la deuxième où des avortements ont pu être pratiqués en dépit des conditions spécifiées dans le Code criminel (Godard, 1992)<sup>22</sup>. Morgentaler et deux autres médecins, Robert Scott et Leslie Frank Smoling, chargés respectivement de ses cliniques de Winnipeg et de Toronto, sont accusés d'avoir remis en question la « sagesse » de la loi canadienne sur l'avortement. Ils sont aussi accusés de complot pour avoir pratiqué des avortements sur des femmes qui n'avaient pas obtenu une certification d'un comité de l'avortement thérapeutique d'un hôpital accrédité. L'accusation des trois médecins donna suite à un procès, lors duquel les accusés ont fondé leur défense sur la nécessité ainsi que sur l'injustice faite aux femmes qui n'avaient souvent pas accès à des services

---

<sup>20</sup> Voir les pages 31 et 32.

<sup>21</sup> Une action est considérée *ultra vires* lorsqu'elle va au-delà du pouvoir ou de l'autorité de celui ou de celle qui l'a posée.

<sup>22</sup> Godard précise que cette situation ne dure que deux mois, puisque des groupes anti-avortement ont fait fermer la clinique manitobaine. Elle fut toutefois réouverte en 1985.

d'avortement de qualité. Comme le souligne Godard, la défense invoquée par Morgentaler dans ce procès diffère de celle à laquelle il avait eu recours jusque-là : « À la différence des arguments avancés par Morgentaler lors des procès québécois, les motifs actuels ne sont plus de venir en aide à une tierce personne, mais de remédier à une situation découlant d'une loi inéquitable. » (Godard, 1992 : 32).

La Cour de première instance rejeta la demande des médecins qui firent donc appel à la Cour d'appel de l'Ontario. Cette dernière rejeta la requête des médecins, ce qui donna lieu à un autre procès avec juge et jury (R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30 : par. 7). Le jury ontarien, trouvant l'article 251 inéquitable et l'accusation de complot trop vague, les acquitta. La Couronne ne perdit pas de temps pour faire appel, ce qui a eu pour effet de suspendre l'exécution du jugement. La Couronne sortira finalement victorieuse du procès en appel, car on estima que le jury ne s'en était pas tenu au texte de la loi et que la défense de la nécessité n'était pas admissible.

### ***2.5. Une voie inespérée : le déplacement constitutionnel du débat***

Il a fallu attendre que le Parlement adopte la *Charte canadienne des droits et libertés*, entrée en vigueur le 17 avril 1982, pour que le débat prenne un tournant constitutionnel. Dès le 18 avril, afin de discréditer encore plus les modifications apportées à la loi sur l'avortement en 1969, Borowski amende la déclaration qu'il avait présentée devant la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, soutenant que les trois paragraphes susmentionnés de l'article 251 du Code criminel, en plus d'être *ultra vires*, nuls et inopérants, étaient aussi inconstitutionnels. Selon lui, l'article 251 entrerait en contradiction avec les 7<sup>e</sup> et 15<sup>e</sup> articles de la *Charte canadienne des droits et libertés*, car il permettait l'élimination du fœtus qui, à ses yeux, devait être considéré comme

une personne, dès sa conception (*Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342).

Rappelons la teneur des articles de la *Charte* évoqués par Borowski :

Art. 7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Art. 15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

La Cour du Banc de la Reine a d'abord décidé que la *Déclaration canadienne des droits* interdisait aux tribunaux de juger les lois. Le juge de cette cour a aussi précisé que les paragraphes du Code criminel contestés par Borowski ne portaient pas atteinte au fœtus, puisque celui-ci n'était pas visé dans l'expression « chacun » du 7<sup>e</sup> article de la *Charte*. Abandonnant l'idée que l'utilisation des fonds publics prévue dans l'article 251 était illégale, Borowski décide alors de se pourvoir à la Cour d'appel de la Saskatchewan. Cette cour rejette toutefois ses arguments pour le motif que ni les garanties prévues par l'article 7, ni les mots « personne » ou « tous » de l'article 15 ne peuvent s'appliquer au fœtus (*Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, pp. 12-13).

Au mois d'octobre 1986, la Cour suprême accepte d'entendre le cas des médecins Morgentaler, Scott et Smoling. En plus de demander leur acquittement, leur avocat, maître Manning, soutenait que l'article 251 du Code criminel entrerait en conflit avec l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits et libertés*. Me Manning essayait aussi de faire valoir que l'article 251 enfreignait l'alinéa 2a), soit la liberté de conscience et de religion, l'article 7, le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et l'article 12, le droit à la protection « contre tous traitements ou peines cruels et inusités » de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il

tenta aussi de montrer que l'article 251 dépassait le pouvoir du Parlement canadien (*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 : par. 7). Enfin, l'avocat soutenait que l'article 7 devait être interprété afin d'inclure le droit de la femme « d'assumer sa destinée et de promouvoir son autonomie individuelle. Ce droit [à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne] inclurait donc le droit à la vie privée et celui de décider souverainement de tout ce qui touche à sa vie personnelle » (*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 : par. 8). Selon Me Manning, l'article 251, la loi sur l'avortement, entrainait en contradiction avec cet article parce qu'il interdisait aux femmes de mettre fin à une grossesse selon leur volonté. Les juges de la Cour suprême étaient donc appelés à répondre à la question de savoir si les dispositions du Code criminel portaient atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne des femmes enceintes, et si tel était le cas, si cette atteinte était en conformité avec la justice fondamentale. Ils étaient aussi appelés à décider si l'article 251 du Code criminel était raisonnable et justifiable dans une société libre et démocratique.

## ***2.6. L'arrêt Morgentaler de 1988 et la décriminalisation complète de l'avortement***

On peut dire que ce nouvel appui du débat sur des arguments constitutionnels a contribué à diviser la population militante canadienne en deux camps, soit pro et anti avortement. Les militants pro-vie pouvaient s'identifier à la cause de Joe Borowski, qui cherchait à faire reconnaître que le fœtus est une personne juridique, alors que les militants pro-choix se ralliaient derrière la cause du Dr Morgentaler qui essayait de démontrer comment l'article 251 du Code criminel enfreignait l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ce déplacement constitutionnel du débat donnera finalement raison à ceux et à celles qui soutenaient Morgentaler. En fait, dans l'arrêt Morgentaler de 1988 les juges de la Cour suprême ont majoritairement (5

contre 2) décidé que l'article 251 portait effectivement atteinte au droit garanti par l'article 7 de la *Charte*, soit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Ils ont aussi trouvé que cet article n'était pas justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne* garantissant les droits et libertés<sup>23</sup> et qu'il n'était, en conséquence, pas en accord avec la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'arrêt comprend trois jugements majoritaires ainsi qu'un jugement dissident. D'abord, le juge en chef Dickson et le juge Lamer ont tenu à préciser que leur interprétation de l'article 7 se limitait uniquement au droit de chacun à la sécurité de sa personne ainsi qu'aux principes de justice fondamentale, bien qu'ils aient affirmé que plusieurs lectures de cet article étaient possibles : « La Cour devra être saisie d'un large éventail d'espèces avant de pouvoir broser un tableau complet des droits visés par l'article 7. » (R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30 : par. 9). Ils ont aussi précisé que plusieurs limites entraînées par l'article 251 menaçaient effectivement la vie et la santé de la femme enceinte. Ils évoquent l'atteinte à « l'intégrité physique » de même que « la tension psychologique causée par l'État » que représente l'article 251 : « Forcer une femme, sous la menace d'une sanction criminelle, à mener à terme le fœtus, à moins qu'elle ne remplisse certains critères indépendants de ses propres priorités et aspirations, est une ingérence profonde à l'égard de son corps et donc une atteinte à la sécurité de sa personne. » (R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30).

Les juges Dickson et Lamer ont aussi affirmé que la procédure et les restrictions administratives que comportait l'article 251 ne respectaient pas les principes de justice fondamentale. Le fait qu'un minimum de trois médecins devait être libre afin d'autoriser et de pratiquer un avortement dans un hôpital, les restrictions empêchant certains hôpitaux d'être

---

<sup>23</sup> « 1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »

accrédités, le fait que rien n'obligeait les hôpitaux autorisés à pratiquer des avortements ainsi que les réglementations provinciales, rendaient difficiles, voire même impossibles dans certains cas, les conditions d'obtention d'un avortement thérapeutique légal. Aussi l'attente qu'avaient à subir certaines femmes afin d'obtenir un avortement, portait-elle atteinte à leur sécurité personnelle. Enfin, les juges Dickson et Lamer dénoncent l'arbitraire de la norme appliquée par les comités d'avortement thérapeutiques et le caractère vague du mot « santé » (R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30).

Le juge Beetz, écrivant en son nom et celui du juge Estey, critique lui aussi l'atteinte au droit à la sécurité de la personne, le non-respect des principes de justice fondamentale et la menace de répression pénale qu'entraînent les exigences imposées par l'article 251<sup>24</sup>. Il critique, plus spécifiquement, le fait que cet article retarde souvent le « traitement médical » requis afin d'interrompre une grossesse.

C'est uniquement dans la mesure où la structure administrative crée des délais qui ne sont pas nécessaires qu'on peut considérer qu'elle viole les principes de justice fondamentale. Un examen des délais occasionnés par certaines exigences en matière de procédure du paragraphe 251(4) révèle effectivement qu'ils ne sont pas nécessaires, compte tenu des objectifs que poursuivait le législateur en établissant cette structure administrative (R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30 : par. 136).

Selon le juge Beetz, en vertu du premier article de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>25</sup>, l'objectif de l'article 251, soit la protection du fœtus, est néanmoins tout à fait légal et n'entre pas en conflit avec le pouvoir du Parlement en ce qui concerne le droit criminel : « Je pense que l'article premier de la *Charte* permet de limiter raisonnablement le droit d'une femme compte tenu de l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus » (R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30 : par. 162). Aux dires du juge Beetz, les droits de la femme sont secondaires au regard du but

---

<sup>24</sup> Maintenant, l'article 287.

<sup>25</sup> Voir la note 23.

principal de l'article 251, soit la protection du fœtus. Ce sont toutefois les exigences procédurales imposées par cette loi qui sont excessives :

L'objectif premier, celui de la protection du fœtus, touche effectivement à des questions qui sont urgentes et importantes dans une société libre et démocratique et qui, conformément à l'article premier de la Charte, justifient que des limites raisonnables soient imposées au droit d'une femme. Toutefois, les moyens choisis par l'art. 251 ne sont pas raisonnables et leur justification ne peut être démontrée. (R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30 : 9-10).

Le juge Beetz admet toutefois la possibilité que le Parlement adopte une loi qui sache équilibrer de manière plus proportionnelle les droits de la femme et l'intérêt de l'État à protéger le fœtus. Le fait que la vie et la santé de la femme soient davantage menacées au cours du dernier trimestre est, selon lui, une raison légitime de limiter les droits des femmes et d'exiger l'opinion d'un médecin avant d'obtenir un avortement vers la fin de la grossesse (R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30 : par. 131).

La juge Bertha Wilson reconnaît elle aussi le fait que le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la femme est menacé par l'article 251 qui entre en conflit avec les principes de justice fondamentale. Elle est toutefois plus libérale que les autres juges dans son jugement en ce sens qu'elle dénonce toute intervention d'un tiers dans la décision de la femme à se faire avorter en rappelant l'atteinte à la liberté de conscience :

L'atteinte au droit conféré par l'article 7 en l'espèce enfreint la liberté de conscience garantie par l'alinéa 2a) de la Charte<sup>26</sup>. La décision d'interrompre ou non une grossesse est essentiellement une décision morale et, dans une société libre et démocratique, la conscience de l'individu doit primer sur celle de l'État. (R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30 : 13).

Pour la juge Wilson, le problème principal de l'article 251 est qu'il retire le droit à la femme de décider ce qu'elle veut faire de son corps à toutes les étapes de sa grossesse. À ses yeux, cette

---

<sup>26</sup> L'article 2 a) fait partie des libertés fondamentales incluses dans la Charte. C'est la liberté de conscience et de religion.

décision est loin d'être banale et doit être respectée. Elle illustre, en fait, toute l'ampleur de la décision d'avorter dans le prochain passage :

La décision que prend une femme d'interrompre sa grossesse relève de cette catégorie de décisions protégées. Cette décision aura des conséquences psychologiques, économiques et sociales profondes pour la femme enceinte. C'est une décision qui reflète profondément l'opinion qu'une femme a d'elle-même, ses rapports avec les autres et avec la société en général. Ce n'est pas seulement une décision d'ordre médical; elle est aussi profondément d'ordre social et éthique. (R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30 : 12).

La juge Wilson mentionne toutefois, elle aussi, que la protection du fœtus est un objectif législatif qui est tout à fait valide et convenable. Partant d'un raisonnement très proche du jugement *Roe c. Wade*, ayant dépénalisé l'avortement aux États-Unis en 1973, qu'elle qualifie d'approche « gestationnelle », elle ajoute qu'il faut considérer que la valeur du fœtus augmente au fur et à mesure que la grossesse avance : dans les premiers mois de la grossesse, c'est l'autonomie de la femme qui a préséance sur la vie potentielle de l'enfant à naître, ce qui permet l'avortement, mais au cours des derniers stades de la grossesse, puisque la vie de la femme et du fœtus encourent tous les deux plus de risques, l'État a intérêt à protéger le fœtus en limitant l'avortement. La juge Wilson ajoute néanmoins qu'il revient au législateur, éclairé par les avis de disciplines pertinentes, de fixer le moment où il convient d'accorder la priorité à l'intérêt de l'État dans la protection du fœtus en tant que vie potentielle. (R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30 : 14).

Dans leur dissidence, les juges La Forest et McIntyre considèrent que l'article 251 du Code criminel est valide et devrait être conservé. Ils réfutent l'existence d'un droit constitutionnel à l'avortement dans le droit, la coutume ou la tradition du Canada, mis à part les quelques dispositions dans le Code criminel autorisant l'avortement dans les cas où la vie et la santé des femmes sont menacées. Ils refusent aussi l'idée selon laquelle l'article 7 de la *Charte* puisse introduire un tel droit. Selon leur point de vue :

L'atteinte à un droit comme le droit à la sécurité de la personne se produira seulement lorsque la loi va au-delà de l'ingérence dans les priorités et aspirations et restreint des droits compris et protégés par cette notion. La proposition selon laquelle les femmes jouissent d'un droit constitutionnel à l'avortement ne trouve aucun appui dans le texte, la structure ou l'historique du texte constitutionnel ni dans la tradition constitutionnelle ou l'histoire, les traditions et les philosophies sous-jacentes dans notre société. Historiquement, l'existence d'un intérêt public dans la protection des enfants non encore nés a toujours été clairement reconnue et rien ne prouve ni n'indique que le concept de l'avortement à volonté soit généralement accepté dans notre société. La façon d'interpréter la Charte adoptée par cette Cour ne justifie aucunement l'enchâssement d'un droit constitutionnel à l'avortement. (R. c. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30 : 15).

Nous retrouvons dans ce passage un élément qui rapproche le jugement des juges McIntyre et La Forest de ceux des autres juges : l'existence d'un intérêt public dans la protection des enfants non encore nés (R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30 : par. 193). Ils se distancient toutefois du jugement majoritaire en refusant l'idée que l'article 251 porte atteinte aux droits des femmes à l'égalité de même qu'à la liberté de conscience et de religion. Quant au rôle et à la place de l'opinion de la Cour sur la question de l'avortement, le juge McIntyre (écrivant pour lui-même et le juge La Forest), est assez catégorique dans sa dénonciation de l'ingérence de l'opinion des membres de la Cour dans le processus législatif :

(...) notre tâche en l'espèce consiste non pas à résoudre ni à tenter de résoudre ce qu'on pourrait appeler la question de l'avortement, mais simplement à examiner le contenu de l'article 251 en fonction de la *Charte*. Quoique cela puisse paraître évident en soi, la distinction revêt une importance capitale. Si une interprétation particulière n'est pas appuyée, expressément ou implicitement, par la *Charte*, la Cour est alors impuissante à prêter à cette interprétation un caractère constitutionnel. Il n'appartient nullement à la Cour de substituer ses propres opinions à celles du législateur concernant le bien-fondé d'une question donnée. La Cour ne doit pas considérer ce qu'elle estime être la meilleure solution aux problèmes posés; son rôle se limite à décider si la solution adoptée par le législateur va à l'encontre de la *Charte* (R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30 : par. 187).

En outre, le juge McIntyre précise que le problème en cause n'est pas tant le caractère injuste de l'article 251 que la demande d'avortement, et ce, malgré toutes les exigences imposées par la loi.

Pour lui, la lourde procédure imposée par l'article 251 ne suffit donc pas à l'invalider au complet (R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30 : par. 187 : 16). Le juge McIntyre insiste aussi sur le fait que le rôle de la Cour n'est pas de préciser sous quelles conditions la femme devrait pouvoir subir une interruption de grossesse sans être punie (R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30 : par. 187 : par. 213). Cette tâche, soutient-il à plusieurs reprises, revient au législateur qui est mieux placé afin de décider quelle solution apporter à cette question complexe :

C'est au Parlement qu'il revient de formuler et de diriger la politique sociale, non pas parce qu'il possède une sagesse infinie et la connaissance de toutes choses, mais simplement parce que c'est précisément dans ce but que les députés sont élus dans une démocratie libre. De plus, le Parlement dispose des moyens (du fait qu'il est au courant de l'opinion publique) ainsi que du pouvoir politique de mettre à exécution ses décisions. (R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30 : par. 215).

## ***2.7. Efforts afin de légiférer***

Trois éléments importants ressortent de l'arrêt que nous venons d'évoquer. D'abord, les juges ont précisé qu'il ne leur revenait pas de décider si le fœtus devait être inclus dans le terme « chacun » de l'article 7 de la Charte. Le juge Beetz a beaucoup insisté sur ce point :

Enfin, je tiens à souligner qu'on ne nous a pas demandé, pas plus qu'il n'est nécessaire de le faire, étant donné ma propre conclusion que l'article 251 comporte des règles qui ne sont pas nécessaires pour la protection du fœtus, de décider si ce dernier est inclus dans le terme "chacun" de l'art. 7, de manière à être titulaire du droit "à la vie, à la liberté et la sécurité de sa personne" au sens de la *Charte*. (R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30 : par. 171).

En outre, malgré les différentes opinions présentées par les juges, chacun a confirmé la légitimité de la protection du fœtus inhérente à l'article 251. Même si la majorité a jugé que les procédures législatives comprises dans cet article étaient inconstitutionnelles, elle n'a pas nié l'intérêt qu'avait l'État à protéger le fœtus. Enfin, l'invalidation de l'article 251 n'a pas fait de l'avortement un droit constitutionnel pour autant. En fait, chacun des jugements affirme, à sa

manière, qu'il revient au Parlement de veiller à l'adoption d'une loi qui limiterait la pratique de l'avortement, surtout vers la fin de la grossesse. La Cour a donc décliné la responsabilité de résoudre la question de l'avortement. Même le juge McIntyre qui, dans sa dissidence niait le droit à l'avortement, a écrit que la Cour ne devait pas substituer son opinion à celle du législateur. Selon lui, c'est le Parlement, élu précisément à cet effet, qui devait prendre une telle décision.

On aurait pu s'attendre à ce qu'une telle décision incite fortement le Parlement à légiférer sur cette question dans les plus brefs délais, mais en raison d'une polarisation des opinions, le gouvernement a mis plusieurs mois avant de proposer des mesures législatives. De plus, aucune recommandation n'a été faite aux provinces, ce qui a entraîné des inégalités dans l'accès au service d'avortement d'un bout à l'autre du territoire canadien. Ainsi, au Québec, le gouvernement a facilité l'accès aux services, alors que dans les provinces de l'Ouest, l'accessibilité et les remboursements ont été très limités (Godard, 1992 : 40).

L'arrêt Morgentaler a été rendu le 28 janvier 1988, mais ce n'est qu'au mois de juillet de cette même année que la Chambre des communes a débattu d'une motion soumise par le gouvernement afin de prendre le pouls des opinions des parlementaires. Cette motion permettait l'avortement au cours des « premiers stades » de la grossesse, à condition qu'un médecin juge que la continuation de la grossesse menaçait la vie ou la santé de la femme enceinte. La pratique demeurait légale au cours des « stades inférieurs » de la grossesse, mais plusieurs autres conditions venaient s'ajouter à la condition initiale (Dunsmuir, 1998). De nombreuses propositions d'amendement à cette motion ont été soumises par des députés, parmi lesquelles cinq ont été mises aux voix de la Chambre (en plus de la motion du gouvernement). Même si aucune n'a été adoptée, c'est la proposition la plus restrictive, celle qui exigeait l'opinion de deux médecins, qui a reçu le plus de support : 118 voix contre 105. Il est toutefois remarquable

qu'aucune femme qui siégeait à la Chambre des communes ce jour-là n'a voté pour cette proposition (Dunsmuir, 1998).

Après cette défaite et quelques tergiversations politiques, il a fallu attendre la 2<sup>e</sup> session de la 34<sup>e</sup> législature (3 avril 1989 au 12 mai 1991), pour que le gouvernement progressiste-conservateur de Brian Mulroney se décide à présenter le projet de loi C-43, « Loi concernant l'avortement ». Lu pour la première fois à la Chambre des communes le 3 novembre 1989, ce projet visait à abroger et à récrire la loi sur l'avortement, soit les articles 251 (maintenant 287) et 252 (maintenant 288) du Code criminel. Ces modifications réduisaient le comité d'avortement thérapeutique formé de trois médecins à l'approbation d'un seul médecin, en plus d'élargir la définition de la « santé » pour inclure la santé psychologique et mentale de la femme enceinte. Il faisait ainsi de l'avortement une pratique légale, à condition qu'un seul médecin décide que la santé ou la vie de la femme était en danger, l'intervention médicale devant être provoquée ou dirigée par ce même médecin.

Le projet de loi C-43 a été envoyé à un Comité législatif le 28 novembre 1989. Plusieurs douzaines de personnes sont venues témoigner devant ce comité, parmi lesquelles la plupart étaient soit pro-vie ou pro-choix. Dunsmuir (1998) ajoute toutefois qu'une exception à cette division militante des témoins doit être soulignée, puisque l'Association médicale canadienne (AMC) dénonçait le fait que le projet de loi C-43 laissait ouverte la possibilité de poursuites contre les médecins étant donné que les comités d'avortement thérapeutique étaient éliminés. Les membres du Comité ont donc proposé un amendement qui prenait en considération ce point de vue, mais il n'a pas été adopté. Un autre amendement, qui aurait protégé la liberté de conscience des travailleurs des soins de la santé en leur permettant de refuser de pratiquer un avortement, n'a pas recueilli, lui non plus, le soutien de la majorité (Dunsmuir, 1998). Le rapport du Comité a donc été envoyé à la Chambre des communes, sans amendement, le 6 avril 1990. Le projet a

passé l'étape de la troisième lecture, après un vote très serré à la Chambre des communes de 140 contre 131 voix, mais il a été défait le 31 janvier 1991 à la suite d'une égalité des voix au Sénat, ce qui a entraîné son abandon (Dunsmuir, 1998).

### CHAPITRE 3 : L'ENCADREMENT DE L'AVORTEMENT

Depuis lors, aucune tentative parlementaire afin de légiférer sur l'avortement n'a dépassé l'étape de la deuxième lecture, ce qui, comme nous l'avons vu au début de ce travail, laisse le Canada dans une situation unique par rapport à d'autres démocraties occidentales. Le sens que l'on peut donner à cette exceptionnalité varie toutefois selon le point de vue que l'on adopte. Dans ce chapitre, nous verrons comment, même si aucune loi ne limite l'avortement au Canada, cette pratique n'est pas pour autant sans encadrement.

#### ***3.1. Les limites extra-juridiques à la liberté d'avortement***

En dépit de l'absence de loi, d'aucuns se sont fortement opposés à l'idée de parler d'un « vide juridique »<sup>27</sup> en matière d'avortement. La plupart du temps, ces personnes perçoivent le fait de soutenir cette idée comme une menace à la liberté de choix des femmes. Godard rappelle que le Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme a dénoncé l'idée qu'il y aurait un vide juridique en matière d'avortement dans son *Mémoire présenté au Comité législatif sur le projet de loi C-43*, publié en 1990. Dans ce mémoire, le Conseil rappelle que la criminalisation des actes est une mesure exceptionnelle et qu'elle n'est pas la règle. Le mémoire souligne aussi le fait que *l'arrêt Morgentaler* avait complètement dépouillé l'avortement de son caractère criminel et que cette pratique devait donc être vue comme un acte médical (Godard, 1992 : 18). La juriste Louise Langevin insiste pour sa part sur le fait qu'une démocratie n'a pas besoin d'une loi pour autoriser un comportement. Quant à l'idée de créer une loi afin de permettre officiellement l'intervention médicale qu'est l'avortement, Langevin précise que cela ne ferait qu'admettre

---

<sup>27</sup> Nous reprenons la compréhension large de Ho Dinh du « vide juridique » pour parler de l'absence de loi.

l'idée que les femmes ne sont pas capables de décider par elle-même de leur destin corporel (Langevin : 2004 : 48). De plus, elle ajoute que même s'il n'y a pas de loi en matière d'avortement, il existe au Canada des limites à cette pratique provenant des différences provinciales en matière de couverture financière et de disponibilité d'accès aux services.

Langevin a sans doute raison de souligner ces limites, mais la manière dont elle le fait déplace subtilement le propos : elle passe d'un problème légal à un problème lié à la santé. Bien que ces problématiques soient reliées, cela ne justifie pas que l'on puisse confondre le problème que pose l'absence de loi et celui, très différent, que pose l'accès aux services et aux cliniques d'avortement. C'est bien parce qu'il n'y a pas de loi sur l'avortement que les provinces, les hôpitaux et les professionnels de la santé eux-mêmes se retrouvent obligés d'encadrer cette pratique. À nos yeux, les limites à l'avortement posées par les provinces et les professionnels de la santé sont donc des conséquences de l'absence de loi. Autrement dit, si toutes les femmes canadiennes ne bénéficient pas des mêmes services et n'ont pas les mêmes droits en matière d'avortement, c'est parce qu'il n'y a pas de loi garantissant ce service à l'échelle fédérale.

### ***3.1.1 Les limites imposées par les provinces***

Plusieurs recherches ont effectivement révélé des disparités régionales dans l'accès aux services d'avortement au Canada. Un rapport publié en 2006 par *l'Association canadienne pour la liberté de choix* a montré que de très grandes inégalités existaient dans l'accès à ce service dans les centres hospitaliers d'un bout à l'autre du territoire canadien. Selon les conclusions de cette étude, un centre hospitalier sur six, soit 15,9 %, offre des services d'avortement accessibles au Canada. Ce pourcentage s'est révélé inférieur à celui qu'avait trouvé l'Association en 2003 : 17,8 %. L'auteur de la recherche précise que la majorité de ces centres se retrouvent dans de

grandes régions urbaines, à moins de 150 km de la frontière américaine (Shaw, 2006 : 1). Certaines régions du Canada ont donc accès, sans difficulté majeure, à de nombreux services, alors que d'autres en sont complètement dépourvues. Dans la province de l'Île-du-Prince-Édouard, par exemple, il n'existe aucun service d'avortement sur demande. Les conclusions de cette étude montrent que plusieurs obstacles pourraient expliquer pourquoi les services d'avortement varient autant d'une province à l'autre. Quelques obstacles relevés sont les différences provinciales dans les délais d'attente (qui peuvent aller jusqu'à six semaines dans certaines provinces) ou dans les limites d'âge gestationnel acceptées afin d'obtenir un avortement (elles peuvent varier entre 10 et 22 semaines). On mentionne aussi l'absence d'ententes de facturation réciproques entre certaines juridictions. Par exemple, au Nunavut, où on ne pratique pas d'avortements après la 13<sup>e</sup> semaine de grossesse, les avortements qui sont pratiqués à l'extérieur de la province ne sont pas remboursables (Shaw, 2006 : 32).

Un autre obstacle relevé dans le rapport est les différentes procédures exigées par certaines provinces afin d'obtenir un avortement. Par exemple, au Nouveau-Brunswick, l'autorisation de deux médecins est nécessaire pour se faire avorter. De plus, dans cette province, les remboursements se font seulement lorsque l'avortement a été pratiqué par un gynécologue, dans un hôpital, et ce, avant la 12<sup>e</sup> semaine de grossesse. Le régime d'assurance-maladie de la province du Nouveau-Brunswick ne rembourse pas les avortements pratiqués dans des cliniques privées. Si le médecin de famille d'une femme qui souhaite se faire avorter ne soutient pas sa décision ou si une femme a attendu trop longtemps avant de prendre cette décision, elle est donc contrainte de se faire avorter à la Clinique Morgentaler de Fredericton, pour une somme qui peut varier entre 500 \$ et 750 \$ (Shaw, 2006 : 28).

Dans une autre analyse effectuée récemment pour le Service d'information et de recherche parlementaires, Richer (2008) a montré comment la division des pouvoirs entre les provinces et le

fédéral complique souvent l'accès aux services d'avortement. Elle explique que même si la réglementation des procédures médicales est de compétence provinciale, le pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral lui permet d'exercer un certain contrôle sur les soins de santé offerts dans les provinces et territoires canadiens. La *Loi canadienne sur la santé*, qui assure une couverture financière pour toutes les interventions médicales nécessaires, est justement un exemple de ce pouvoir de dépenser. En vertu de cette loi, les provinces doivent se conformer à certaines normes spécifiques afin de pouvoir bénéficier de subventions provenant du gouvernement fédéral. Richer (2008) souligne que le gouvernement fédéral a spécifié que les services d'avortement étaient médicalement nécessaires en vertu de cette loi, mais qu'il n'est pas allé jusqu'à prendre des mesures sérieuses afin d'assurer le respect de cette consigne. Une jurisprudence s'est néanmoins formée sur cette question depuis les vingt dernières années, après que la décriminalisation de l'avortement a poussé les provinces à réglementer l'accès aux services à l'interruption de grossesse et à inclure cette pratique dans leur régime d'assurance-maladie (Richer, 2008). Dans le rapport susmentionné de *l'Association canadienne pour la liberté de choix*, Shaw nous informe aussi que malgré de nombreuses poursuites juridiques intentées contre le gouvernement du Nouveau-Brunswick, pour le motif que cette province violait la *Loi canadienne sur la santé*, les politiques inéquitables de cette province perdurent (Shaw, 2006 : 28).

### ***3.1.2. Les limites imposées par les professionnels de la santé***

Des limites sont aussi imposées à l'accès à l'avortement par les professionnels de la santé. Dans la recherche de *l'Association canadienne pour la liberté de choix*, un autre obstacle à l'accès à l'avortement identifié est le fait que dans les territoires ou provinces où une femme doit

être référée par son médecin de famille afin d'obtenir un avortement, si celui-ci est anti-choix, il demeure libre de refuser de signer l'ordonnance nécessaire en utilisant l'argument de la « clause de conscience »<sup>28</sup>. Cette clause permet à tous les professionnels du milieu de la santé de refuser de proposer ou de pratiquer des services d'avortement si cela est contraire à leurs valeurs personnelles (Shaw, 2006 : 50). La recherche montre aussi comment les croyances et les valeurs de toutes les personnes qui sont impliquées d'une manière ou d'une autre dans les services d'avortement ont un rôle important à jouer dans l'accessibilité des services. Des actions aussi simples que l'omission d'une information, un commentaire insultant glissé dans une conversation téléphonique ou le détournement d'une vérité, peuvent empêcher les femmes d'avoir accès aux services qu'elles demandent.

De plus, alors que l'avortement est possible et légal jusqu'à l'accouchement, pratiquement aucun avortement tardif ne se pratique au Canada après la 24<sup>e</sup> semaine de grossesse, une entente tacite ayant été établie entre les membres de l'Association canadienne des obstétriciens. Selon cette entente, les femmes qui souhaitent se faire avorter lorsque le fœtus est viable doivent être envoyées aux États-Unis (*radio-Canada.ca*, le 7 mars 2008).

### ***3.1.3. Limite implicite dans le Code criminel***

Même s'il n'y a pas de loi spécifique sur l'avortement, une limite à l'avortement tardif, moins connue, existe aussi dans l'article 223 du Code criminel :

---

<sup>28</sup> **Article 18 (article R.4127-18 du code de la santé publique)** : « Un médecin ne peut pratiquer une interruption volontaire de grossesse que dans les cas et les conditions prévus par la loi ; il est toujours libre de s'y refuser et doit en informer l'intéressée dans les conditions et délais prévus par la loi ». (*Code de déontologie médicale de l'Ordre National des Médecins*).

### **Quand un enfant devient un être humain**

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

- a) qu'il ait respiré ou non;
- b) qu'il ait ou non une circulation indépendante;
- c) que le cordon ombilical soit coupé ou non.

### **Fait de tuer un enfant**

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

S.R., ch. C-34, art. 206.

Cet article entraîne des limites très précises à l'avortement tardif si l'on comprend que le fœtus naît très souvent vivant lors d'un avortement pratiqué au cours du troisième trimestre de la grossesse, ce qui fait de lui un « être vivant » au sens du premier paragraphe de cet article. Un médecin qui pratiquerait un avortement tardif sur une femme dont l'enfant naît vivant pourrait donc courir le risque d'être accusé d'homicide en vertu de cette loi<sup>29</sup>.

### **3.2. L'encadrement de la liberté d'avortement par la jurisprudence sur la protection du fœtus**

Depuis l'arrêt Morgentaler, la jurisprudence sur la protection du fœtus offre aussi un certain encadrement de l'avortement. Une rétrospective de cette jurisprudence nécessite tout d'abord de retourner à la cause soutenue par l'ex-député du NPD, Joseph Borowski. Après que la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan et la Cour d'appel de la Saskatchewan ont toutes deux refusé l'idée que les 4<sup>e</sup>, 5, et 6<sup>e</sup> paragraphes de l'article 251 (maintenant 287) du Code criminel portaient atteinte aux droits à la vie, à la sécurité et à l'égalité du fœtus, qui devaient lui être garantis en tant que personne par les 7<sup>e</sup> et 15<sup>e</sup> articles de la Charte, Borowski a fait appel à la

---

<sup>29</sup> Je remercie le professeur Michel Morin d'avoir attiré mon attention sur l'importance de cet article.

Cour suprême. La Cour a autorisé le pourvoi de Borowski le 3 septembre 1987. Mais au moment où sa cause a été entendue, en octobre 1988, l'*arrêt Morgentaler*, annulant l'article 251 du Code criminel, avait déjà été rendu. Dans un jugement unanime, sept juges de la Cour ont donc décidé que le pourvoi de Borowski était sans objet et que les redressements qu'il demandait n'étaient plus pertinents. De plus, puisque la question posée par Borowski était théorique<sup>30</sup>, la Cour a jugé qu'elle n'était pas obligée d'utiliser son pouvoir discrétionnaire (*Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342).

### ***3.2.1. La femme seule décide***

Après le jugement Borowski, des hommes au Manitoba, en Ontario et au Québec ont essayé d'interdire à leur ex-compagne de se faire avorter au cours de l'été 1989 (Dunsmuir, 1998). L'entreprise a échoué dans les deux premières provinces, cependant, au Québec, Jean-Guy Tremblay, a réussi à obtenir de la Cour supérieure du Québec une injonction interlocutoire afin d'empêcher son ex-conjointe, Chantal Daigle, de se faire avorter. Tremblay cherchait à faire valoir l'idée que le fœtus est un « être humain » et qu'on devrait donc pouvoir lui accorder la personnalité juridique. Après que le juge de première instance a donné raison à Tremblay, Chantal Daigle fit appel à la Cour suprême. Même s'ils savaient qu'elle s'était déjà fait avorter aux États-Unis, les neuf juges de la Cour suprême ont été unanimes pour dire que les droits du fœtus n'existent pas et que le père n'a aucun droit sur le fœtus. Ce dernier ne peut, sous aucune condition, empêcher une femme de contrôler son propre corps. La Cour a aussi précisé que le

---

<sup>30</sup> Une question théorique est définie ainsi : « La doctrine relative au caractère théorique relève du principe général en vertu duquel un tribunal peut refuser de trancher une affaire qui ne soulève qu'une question hypothétique ou abstraite. Un appel est théorique lorsque la décision du tribunal n'aura pas pour effet de résoudre un litige qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties. » (*Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 : 4).

foetus ne peut jouir de la personnalité juridique qu'à condition de naître vivant. Elle limite aussi son interprétation de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, comme elle l'avait d'ailleurs déjà fait dans l'arrêt Morgentaler de 1988, en s'abstenant de décider si le foetus devait être visé dans le terme « chacun » de cet article (Tremblay c. Daigle, [1989] 2 R.C.S. 530).

### 3.2.2. Ni une « personne » ni un « être humain »

L'idée que le foetus ne devait pas être considéré comme une personne a aussi été confirmée par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Sullivan et Lemay*, en 1991. Dans cette affaire, deux sages-femmes, Mary C. Sullivan et Gloria J. Lemay, ont été accusées de négligence criminelle causant la mort d'un enfant (en vertu de l'article 203, maintenant 220<sup>31</sup> du Code criminel) et de négligence criminelle causant des lésions corporelles à la mère de l'enfant (d'après l'article 204, maintenant 221<sup>32</sup> du Code criminel), après qu'un enfant qu'elles aidaient à naître est mort dans la filière génitale. Les sages-femmes ont été jugées coupables du premier chef d'accusation, mais elles ont été acquittées de l'accusation de négligence criminelle à l'égard de la mère. Elles firent donc appel à la cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui les acquitta du premier chef d'accusation. La cour d'appel a toutefois décidé de revenir sur la décision de la cour de première instance, en substituant un jugement de culpabilité de négligence criminelle ayant causé des lésions corporelles à la mère. Suivant ce jugement, deux pourvois ont été

---

<sup>31</sup> « **220.** Quiconque, par négligence criminelle, cause la mort d'une autre personne est coupable d'un acte criminel passible :

a) s'il y a usage d'une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction, de l'emprisonnement à perpétuité, la peine minimale étant de quatre ans;

b) dans les autres cas, de l'emprisonnement à perpétuité.

L.R. (1985), ch. C-46, art. 220; 1995, ch. 39, art. 141. »

<sup>32</sup> « **221.** Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque, par négligence criminelle, cause des lésions corporelles à autrui.

S.R., ch. C-34, art. 204. »

entendus par la Cour suprême : l'un provenant des sages-femmes, contestant la décision de la cour d'appel de revenir sur la décision de la cour de première instance, et l'autre, du ministère public, qui n'était pas d'accord avec l'acquittement de culpabilité pour la négligence à l'égard de l'enfant (*R. c. Sullivan*, [1991] 1 R.C.S. 489).

Telle qu'on la retrouve dans l'arrêt de la Cour suprême, la question en litige dans le premier chef d'accusation (*R. c. Sullivan et Lemay*) était la suivante : « (...) savoir si un enfant vivant, partiellement né, est une personne au sens de l'article 203 du Code criminel et, dans l'affirmative, s'il convient d'appliquer une norme objective pour déterminer la culpabilité. » (*R. c. Sullivan*, [1991] 1 R.C.S. 489 : 3-4). Le deuxième chef d'accusation (*Sullivan et Lemay c. R.*) visait à savoir si :

(...) les paragraphes 613 (2) et (8) autorisaient la Cour d'appel à substituer une déclaration de culpabilité de négligence ayant causé des lésions corporelles en l'absence d'appel du ministère public quant à ce chef d'accusation et si c'est à tort que la Cour a conclu que le fœtus fait partie de sa mère, de sorte que la mort du fœtus peut entraîner une déclaration de culpabilité de négligence ayant causé des lésions corporelles. (*R. c. Sullivan*, [1991] 1 R.C.S. 489 : 4).

Selon le jugement majoritaire (8 juges sur 9) de la Cour, rendu par le juge en chef Lamer, la cour d'appel n'aurait pas dû remplacer le jugement d'acquittement. Parce que les termes « être humain » de l'article 206 (maintenant 223)<sup>33</sup> et « personne » de l'article 203 (maintenant 220) sont synonymes, le fœtus ne fait, selon ce juge, pas partie de la catégorie des êtres humains. Il décide donc de retirer l'accusation de négligence criminelle ayant causé la mort d'une autre personne portée contre les sages-femmes (*R. c. Sullivan*, [1991] 1 R.C.S. 489 : 20-21).

Dans sa dissidence, la juge L'Heureux-Dubé rejette toutefois les deux pourvois : elle est d'accord avec le jugement majoritaire, exprimé par le juge Lamer, selon lequel le pourvoi du

---

<sup>33</sup> Voir l'article 223 à la page 55.

ministère public devait être rejeté, mais elle rejette aussi le pourvoi de Sullivan et de Lemay, dénonçant la substitution d'un verdict de culpabilité et de négligence criminelle car, selon elle, la Cour d'appel avait la compétence nécessaire afin de revenir sur le jugement précédent.

### **3.2.3. Un fœtus sans protection**

L'arrêt *R. c. Sullivan* précise que le fœtus *in utero* ne pouvait être compensé pour un dommage parce qu'il n'était pas une personne et qu'il ne l'est jamais devenu. Le problème se pose toutefois différemment lorsque l'on cherche à savoir si un enfant qui est né vivant peut obtenir une réparation pour un dommage subi alors qu'il était encore dans le ventre de sa mère. C'est justement ce que devait décider la Cour dans l'affaire *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*.

Au mois d'août 1996, D.F.G., enceinte de 5 mois de son quatrième enfant, avait une dépendance à la colle. Elle avait déjà donné naissance à deux enfants, lourdement handicapés en raison de cette dépendance, qui avaient été placés sous la tutelle de l'État. Selon le juge de la cour supérieure du Manitoba, D.F.G. devait être confiée à l'Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg afin d'être traitée jusqu'à la naissance de son enfant. La cour d'appel du Manitoba a toutefois annulé cette ordonnance, ce qui a poussé l'Office à demander à la Cour suprême de revenir sur l'annulation.

La juge McLachlin, écrivant au nom des sept juges majoritaires, rappelle que la loi ne reconnaît pas les droits du fœtus. Elle précise que l'existence intra-utérine du fœtus peut être reconnue dans certains cas, mais seulement après la naissance vivante et viable de l'enfant. Ainsi, selon elle, l'ordonnance de détention de la mère était illégale avant la naissance du fœtus. Elle

ajoute toutefois qu'il revient au législateur de veiller à changer la loi s'il croit que celle-ci est inéquitable.

Je conclus que la common law ne confère pas aux tribunaux le pouvoir d'ordonner la détention d'une femme enceinte afin d'empêcher qu'un préjudice ne soit causé à l'enfant qu'elle porte. Vu l'ampleur des modifications préconisées et de leurs répercussions possibles, il n'est pas non plus opportun que les tribunaux étendent leur compétence et se reconnaissent le pouvoir de rendre une telle ordonnance. Il est préférable de laisser aux élus le soin de décider s'il y a lieu de modifier les règles de droit comme le souhaite l'appelant. (Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.), [1997] 3 R.C.S. 925, par. 59).

La juge McLachlin a aussi clairement refusé d'étendre la compétence *parens patria*<sup>34</sup> de l'État afin de protéger l'enfant à naître.

Dans sa dissidence, le juge Major (écrivant en son nom et celui du juge Sopinka), explique quant à lui que la compétence *parens patria* de l'État devrait être étendue pour inclure la protection des intérêts du fœtus. Il explique qu'en raison des progrès de la médecine, la règle de la « naissance vivante », selon laquelle seuls les fœtus qui naissent vivants et viables sont des êtres humains à part entière, devrait être considérée comme un « anachronisme juridique ».

De nos jours, l'échographie et d'autres techniques de pointe permettent de déterminer le sexe du fœtus et de suivre l'évolution de son état de santé peu de temps après la conception. Les interventions chirurgicales complexes pratiquées sur des fœtus avant la naissance contredisent également la nécessité du principe de la « naissance vivante ». (Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.), [1997] 3 R.C.S. 925, par. 67).

Selon le juge Major, c'est pour cette raison que le fœtus devrait être inclus dans la catégorie des personnes (Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.), [1997] 3 R.C.S. 925 par. 120) et qu'il revient à l'État de veiller à son bien-être (Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.), [1997] 3 R.C.S. 925 par. 66). Il exprime aussi son opposition à l'idée soutenue par la juge McLachlin

---

<sup>34</sup> La compétence *parens patria* « permet au tribunal d'agir à la place des parents et de prendre des décisions dans l'intérêt de l'enfant » (Richer, 2008).

selon laquelle seule la création d'une nouvelle loi pourrait apporter les modifications du droit nécessaires à l'ordonnance de détention d'une femme enceinte qui continue d'inhaler de la colle mais qui ne souhaite pas se faire avorter (Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) *c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925, par. 60). La common law est, écrit-il, assez « flexible » pour permettre une telle ordonnance. Quant à l'idée selon laquelle le droit à l'autonomie de la femme enceinte serait brimé par cette action, le juge insiste sur l'importance de limiter l'autonomie de quiconque porte atteinte à autrui :

Le fait que la société puisse limiter le droit à l'autonomie d'une personne si l'exercice de ce droit nuit à autrui constitue un précepte fondamental de notre société et de notre système de justice. Inversement, il serait injuste de ne pas limiter le droit à l'autonomie d'une personne si l'exercice de ce droit nuit à autrui. (Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) *c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925, par. 131).

Le juge Major précise néanmoins que le tort subi par l'enfant une fois qu'il est né doit être considéré comme suffisamment important pour limiter les droits de la mère au cours de la grossesse. Si le comportement de la mère est susceptible de nuire sérieusement au bien-être de l'enfant une fois qu'il est né, l'ordonnance mérite d'être imposée : « Bien que l'octroi d'une telle réparation porte atteinte au droit à la liberté de la mère, ce droit doit fléchir dans un cas où il est facile de prévenir un préjudice dévastateur et toute une vie de souffrance » (Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) *c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925). De plus, il admet que l'idéal serait que le législateur prenne des mesures pour dissiper ce préjudice à l'égard du fœtus, par contre il précise que les tribunaux ne sont pas complètement impuissants devant l'inaction du Parlement à l'égard d'une telle situation. Ils peuvent prendre position, à condition que ce soit de leur compétence : « Lorsque le préjudice est si important et la séparation temporaire si bénigne, une intervention juridique s'impose. » (Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) *c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925,

par. 138). Le juge Major considère toutefois que l'ordonnance d'internement doit être un dernier recours, applicable seulement lorsque d'autres solutions, moins extrêmes, sont impossibles. Il tient aussi à préciser qu'en toutes circonstances, la femme demeure libre de se faire avorter si elle ne souhaite pas mener à terme sa grossesse : « De toute façon, une telle atteinte est toujours assujettie au droit de la mère de décider de mettre fin à sa grossesse en se faisant avorter. » (Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) *c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925, p. 7). Enfin, l'ordonnance qu'il préconise doit avoir comme but premier le traitement et non la punition de la personne à laquelle elle est imposée.

#### **3.2.4. L'impunité maternelle sanctionnée**

En dépit de la dissidence formulée par le juge Major, l'arrêt que nous venons de voir interdit la détention de la mère contre son gré. Aucune mention n'est cependant faite du recours de l'enfant qui aurait subi, une fois né, les conséquences des actes posés par sa mère au cours de sa grossesse. C'est l'arrêt *Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson* qui permettra à la Cour suprême d'expliquer, deux ans plus tard, les raisons pour lesquelles l'enfant ne peut pas intenter une action en responsabilité contre sa mère pour un préjudice prénatal.

Lors de sa vingt-septième semaine de grossesse, l'appelante, Cynthia Dobson (en appel de la cour d'appel du Nouveau-Brunswick), à cause de sa négligence au volant, a provoqué un accident automobile. L'enfant né prématurément des suites de cet accident a souffert de déficience physique et intellectuelle graves. La Cour était donc tenue de décider si la mère pouvait être considérée comme responsable des dommages subis par son enfant, Ryan Leigh McLean Dobson (représenté par son grand-père et tuteur à l'instance), en raison de son comportement négligent avant la naissance de celui-ci.

Dans leur décision, les juges ont tout d'abord évoqué la jurisprudence significative sur cette question : depuis 1933, suivant l'arrêt *Montréal Tramways Co. c. Léveillé*<sup>35</sup>, impliquant un enfant né avec les pieds bots en raison de la négligence d'une compagnie de tramway, la Cour reconnaît, en droit civil, à l'enfant qui naît vivant et viable, le droit de poursuivre un tiers qui lui cause un préjudice au cours de sa vie intra-utérine. L'équivalent existe aussi en common law, en raison de l'arrêt *Duval c. Séguin* de 1972<sup>36</sup>, dans lequel il a été question d'un enfant ayant souffert d'anomalies cérébrales des suites d'un accident d'automobile causé par la négligence d'un tiers et ayant provoqué sa naissance prématurée (*Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 753 : par. 12). D'après les jugements rendus dans ces deux cas, les parents peuvent intenter un procès contre la personne qui aurait porté atteinte à leur enfant au cours de sa vie intra-utérine. La situation en cause dans l'affaire Dobson est toutefois différente étant donné que l'inculpée est la mère de l'enfant.

L'arrêt Dobson évoque le raisonnement du juge de première instance, qui avait conclu que puisque la common law a confirmé le droit de l'enfant né vivant à intenter une action en responsabilité délictuelle contre un parent négligent et qu'un tiers pouvait aussi être poursuivi en justice pour un tort qu'il aurait fait subir à un enfant né vivant lors de sa vie intra-utérine, il était « raisonnable de franchir un pas de plus » et de reconnaître à l'enfant né vivant le droit d'intenter une action contre sa mère dans le cas où elle lui aurait fait subir un préjudice au cours de sa vie intra-utérine (*Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 753, par. 7 et 93-94). Trois jugements sont exprimés dans cet arrêt. S'exprimant pour la majorité (lui-même et quatre autres juges), le juge Cory soutient qu'une obligation de diligence ne peut être imposée à la

---

<sup>35</sup> *Montréal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456

<sup>36</sup> *Duval c. Séguin*, [1972] 2 O.R. 686, conf. par (1973), 1 O.R. (2d) 482

femme enceinte avant la naissance de son enfant, compte tenu du caractère unique de la relation qui existe entre la mère et le fœtus qu'elle porte. Une telle obligation serait, selon lui, susceptible d'entraîner des conséquences psychologiques négatives, autant sur la relation de la mère et de l'enfant que sur toute la famille.

Les actes de la femme enceinte, incluant la conduite automobile, sont inextricablement liés à son rôle familial, à sa vie professionnelle et à son droit à la vie privée, à l'intégrité physique et à l'autonomie décisionnelle. De plus, la reconnaissance par les tribunaux de cette cause d'action aurait de graves conséquences psychologiques sur la relation entre la mère et l'enfant de même que sur la cellule familiale dans son ensemble. Il est manifeste que l'imposition d'une responsabilité délictuelle dans ce contexte aurait des effets profonds sur chaque femme enceinte et sur la société canadienne en général. (*Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 753, par. 78).

Le juge Cory précise néanmoins que s'il croit cette mesure nécessaire, le législateur est libre de créer une loi qui responsabiliserait la mère à l'égard de son fœtus, à condition que cette loi respecte la *Charte canadienne des droits et libertés*. En dépit de cette dernière suggestion, le juge Cory préconise ce qu'il appelle une « retenue juridique » : « La meilleure solution consiste donc à permettre que l'obligation de la mère envers le fœtus demeure une obligation morale reconnue de plein gré par la plupart des femmes et respectée par elles sans que la loi ne les y obligent. » (*Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 753 : 3). Il s'arrête aussi longuement sur les nombreuses difficultés liées à l'élaboration d'une norme qui serait apte à préciser le comportement raisonnable d'une femme enceinte. Car une telle norme ferait apparaître, écrit-il, « le spectre de la responsabilité délictuelle par choix de mode de vie », en plus de porter atteinte à l'autonomie et à la vie privée des femmes enceintes (*Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 753).

La juge McLachlin (écrivain pour elle et la juge L'Heureux-Dubé), tout en souscrivant au jugement du juge Cory, tient quant à elle à préciser la complexité du jugement ainsi que les

valeurs constitutionnelles qui sous-tendent le droit à l'autonomie des femmes enceintes. Elle souligne le caractère « inacceptable » de la proposition de créer une responsabilité délictuelle de la femme enceinte pour une négligence à l'égard du fœtus qu'elle porte. Pour elle, une telle responsabilité porterait atteinte au droit à la liberté et à l'égalité des femmes enceintes (*Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 753, par. 84). Sur la question de l'égalité, elle stipule que :

En général, les Canadiens sont entièrement libres de décider ce qu'ils mangeront ou boiront, de choisir leur lieu de travail et de se déterminer dans leur vie personnelle. Les femmes enceintes, cependant, seraient privées de ce droit. En plus d'être assujetties à l'obligation habituelle de se conduire prudemment dans l'exercice des activités humaines, les femmes enceintes feraient l'objet de toute une gamme de restrictions supplémentaires. N'importe qui peut éviter de commettre un délit en s'isolant des autres membres de la société. La femme enceinte, elle, ne le peut pas. Elle porte le fœtus 24 heures par jour, sept jours par semaine. Dire que les femmes choisissent de devenir enceintes n'avance à rien. La grossesse est essentiellement liée au fait d'être femme. Il est une réalité inexorable et essentielle de l'histoire de l'humanité que les femmes -- et seules les femmes -- peuvent être enceintes. Elles ne doivent pas être pénalisées parce qu'elles appartiennent au sexe qui porte les enfants: *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219. Dire que l'imposition d'importantes contraintes juridiques concernant la conduite des femmes enceintes ne constitue pas une inégalité de traitement parce que les femmes elles-mêmes choisissent de devenir enceintes, c'est renforcer l'inégalité dont elles font l'objet par la fiction du consentement réputé et la négation de la nature même de la femme. (*Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 753, par. 86).

·Finalement, tout en adhérant au droit à l'autonomie de choix de la femme enceinte, le juge Major (écrivain pour lui-même et le juge Bastarache), dans sa dissidence, est d'avis que l'enfant né vivant devrait avoir la possibilité d'un recours délictuel contre sa mère pour un préjudice prénatal. Il soutient qu'étant donné que la mère avait déjà une obligation de diligence envers les autres automobilistes qui utilisaient la route de même que les passagers de son propre véhicule, elle devait aussi être responsable de son enfant né vivant. De plus, pour le juge Major, les droits à la liberté et l'égalité de la femme enceinte n'ont pas été menacés dans l'affaire *Dobson*.

Avec égards, je suis en désaccord avec la conclusion du juge McLachlin que le droit à la liberté et à l'égalité de la femme enceinte est en cause dans le présent pourvoi. Les valeurs inscrites dans la *Charte canadienne des droits et libertés* n'accordent à la femme enceinte aucun droit en matière de négligence au volant. Compte tenu des faits de la présente affaire, le droit *prima facie* de Ryan Dobson d'intenter une action en responsabilité délictuelle prend naissance pour les mêmes motifs et de la même manière que celui du conducteur de l'autre automobile. Dans ces circonstances, la liberté d'action de l'appelante n'est pas en cause et l'idée que son fils doit être privé de ses droits pour protéger sa liberté d'action à elle est hors de propos. (*Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 753, par. 114-115).

Aux yeux du juge Major, même si la « responsabilité pour préjudice prénatal » n'apparaît nulle part dans le droit canadien et que le fœtus n'est, jusqu'à maintenant, pas protégé par l'État (*Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 753, par. 102), il dénonce l'idée que la nature de la relation entre la mère et le fœtus serait telle que la responsabilité délictuelle ne devrait pas s'appliquer à la femme enceinte à l'égard du fœtus qu'elle porte :

La relation spéciale entre la femme enceinte et le fœtus est importante tant pour la mère-défenderesse que pour l'enfant-demandeur né vivant, et les incidences touchant la politique juridique ou sociale que l'on peut déduire de ce fait biologique ne peuvent pas être vérifiées en l'absence d'une reconnaissance égale des droits de l'enfant. Accorder l'immunité à la femme enceinte pour les conséquences raisonnablement prévisibles de ses actes sur son enfant né vivant créerait une distorsion juridique, car aucun autre demandeur ne doit supporter un tel fardeau unilatéral, et aucun défendeur ne jouit d'un tel avantage. (*Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 753 : 6-7).

Pour le juge Major, ce qui, dans ce cas, justifie que l'on puisse rendre la mère responsable, ce n'est pas le mal qu'elle a fait subir à son fœtus avant sa naissance, mais plutôt la souffrance que son comportement lui a infligée après qu'il soit devenu un être humain (*Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 753, par. 101). Le juge Major soutient que le recours de l'enfant né vivant de poursuivre sa mère pour le tort qu'il a subi lorsqu'il était dans son ventre est donc tout à fait légal. Il précise aussi que s'il n'est pas d'accord avec ce recours, il revient au législateur de supprimer, dans les limites acceptables de la *Charte canadienne des droits et*

*libertés*, le droit de l'enfant né vivant d'intenter une action en responsabilité délictuelle contre toute personne qui aurait été négligente à son égard et qui aurait porté atteinte à son intégrité (*Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 753, par. 133).

### **3.2.5. Contradictions et polarisation du débat**

Il est vrai que la jurisprudence que nous venons de parcourir a défini quelques balises juridiques afin d'encadrer l'avortement. Cette jurisprudence fait néanmoins aussi apparaître les positions contradictoires des juges sur les rôles propres au législateur et à la Cour suprême en ce qui concerne les questions impliquant le fœtus et sa protection. Ainsi, en 1989, la Cour a été unanime dans le jugement *Tremblay c. Daigle*, statuant qu'un homme ne pouvait empêcher son ex-compagne de subir un avortement parce que les droits du fœtus et ceux du père en puissance n'existent pas. Deux ans plus tard, le jugement majoritaire à l'égard des sages-femmes, Sullivan et Lemay, qui avaient été accusées de négligence criminelle ayant causé la mort d'un enfant et de négligence criminelle ayant causé des lésions corporelles à la mère, à la suite de la mort d'un enfant pendant qu'elles essayaient de l'accoucher, lui a aussi permis d'ajouter que le fœtus n'était ni un être humain ni une personne.

Par contre, même si elle ne reconnaissait pas les droits et la personnalité juridique du fœtus, la Cour a maintes fois demandé au législateur de veiller aux intérêts du fœtus. Elle a premièrement évoqué cette position dans le jugement *Morgentaler* de 1988, dans lequel le juge Beetz précisait que malgré le fait que l'article 251 (maintenant 287) menaçait le droit à la sécurité de la femme enceinte, le but premier de cet article, soit la protection du fœtus, portait sur des questions « urgentes et importantes dans une société libre et démocratique » (*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30 : 10). Ce juge insistait aussi sur la nécessité de trouver une manière plus

proportionnelle d'équilibrer les droits de la femme enceinte et l'intérêt de l'État à protéger la vie du fœtus. Même la juge Wilson, la plus libérale dans son jugement, soulignait toute l'importance de veiller à la protection de la vie potentielle du fœtus vers la fin de la grossesse (R. c. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30 : 14).

Les positions divergentes exprimées par les juges de la Cour se durcissent toutefois, en 1997, dans l'affaire de *l'Office*, impliquant l'ordonnance de détention d'une femme enceinte pour empêcher un préjudice à l'égard de son fœtus. La juge McLachlin, écrivant pour la majorité, a strictement refusé d'étendre la compétence *parens patriae* de la Cour afin de protéger les intérêts du fœtus, tandis que la dissidence du juge Major reflète une impatience face à l'inaction du Parlement. Pour ce dernier, même si l'idéal serait que le Parlement crée une loi afin de protéger les intérêts du fœtus, si le législateur ne prend pas ses responsabilités, c'est à la Cour qu'il revient de changer la loi. Selon lui, les développements de la science prouvent que la compétence *parens patriae* devrait être étendue afin d'inclure la protection du fœtus. Il ajoute aussi que le fœtus devrait entrer dans la catégorie des personnes.

Dans une affaire impliquant une mère accusée de négligence à l'égard de son fils alors que celui-ci était encore dans son ventre, soit le cas *Dobson c. Dobson*, le rôle attribué au législateur varie encore plus considérablement entre le jugement majoritaire et la dissidence. Ce sont, en fait, les différences dans la définition du fœtus qui semblent rendre encore plus difficile le consensus. Ainsi, le jugement majoritaire du juge Cory souligne que le législateur pourrait créer une loi afin de responsabiliser la mère à l'égard du fœtus, mais qu'il serait préférable de s'en tenir à une obligation morale. La juge McLachlin soutient, pour sa part, que toute tentative juridique de responsabiliser la mère pour une négligence à l'égard du fœtus qu'elle porte est inacceptable, car elle porterait atteinte au droit à la liberté et à l'égalité de la femme enceinte. Enfin, dans leur dissidence, les juges Major et Bastarache expliquent que l'enfant né vivant

devrait pouvoir intenter une action contre sa mère pour un préjudice prénatal. Selon eux, la liberté de la mère ne serait alors aucunement menacée, car celle-ci avait déjà une responsabilité envers les autres personnes sur la route et dans sa voiture de même qu'à l'égard de son enfant né vivant. Il revient, aux yeux de ces juges, au législateur, de supprimer le droit de l'enfant né vivant de poursuivre sa mère s'il n'est pas d'accord avec cette mesure.

Bref, ce qui ressort de cette jurisprudence c'est une polarisation des raisonnements des juges, qui semblent s'opposer de plus en plus sur les diverses responsabilités qui reviennent au Parlement et à la Cour au sujet de la question de la protection du fœtus. On ne peut évidemment pas prédire les positions qu'adopteront les juges dans le futur à l'égard d'autres cas, mais d'après les jugements qui ont été rendus au cours de ces quelque vingt dernières années, on peut assez facilement escompter que les divergences continueront à s'accroître.

### ***3.3. Causes et conséquences de l'absence de loi en matière d'avortement***

La rétrospective que nous venons de faire de notre cas nous amène à tirer quatre conclusions sur la situation actuelle en matière d'avortement au Canada. Premièrement, l'adoption, en 1982, de la *Charte canadienne des droits et libertés* a permis au législateur de se dérober à ses responsabilités, laissant aux tribunaux le soin de trancher les litiges ayant trait à l'avortement et à la protection du fœtus. Deuxièmement, nous avons repéré, au fil des années, une nette augmentation de la sensibilité à l'égard du fœtus, à la fois dans les litiges et dans certains jugements de la Cour suprême, de même que dans les revendications et projets de loi présentés tout récemment par des députés à la Chambre des communes. Troisièmement, le fait qu'il n'y ait pas de loi sur l'avortement au Canada permet – on pourrait même aller jusqu'à dire oblige – des instances non juridiques à poser des limites à cette pratique. Celles-ci se manifestent à la fois par

les différences d'un bout à l'autre du pays dans l'accès aux services d'avortement, mais aussi dans les conditions qu'imposent les professionnels de la santé et les provinces à cette pratique. Enfin, selon nous, le fait que les élus canadiens n'aient pas pris de décision au sujet de l'avortement rend les discussions sur le fœtus encore plus susceptibles de déclencher des divergences passionnées à propos de l'avortement.

## **PARTIE II : ANALYSE APPROFONDIE**

### **CHAPITRE 4 : LES SOURCES DU STATU QUO**

Vu les pressions de la Cour suprême de même que les conséquences non négligeables de l'absence de loi sur l'avortement que nous venons de rappeler, il est surprenant que les gouvernements n'aient pas compris l'intérêt de prendre cette question lourde en considération. Les événements de la 39<sup>e</sup> législature nous ont, en fait, démontré que la tendance était plutôt l'inverse : bien que l'avortement apparaisse souvent dans les débats, les dirigeants canadiens refusent de prendre une position claire sur ce sujet, préférant davantage la dérobade à la polémique.

Dans cette seconde partie de notre travail, nous avons donc choisi d'approfondir cette dimension en apparence paradoxale du cas canadien en la situant dans une analyse sociohistorique. Pour ce faire, nous aurons recours à des travaux de divers théoriciens des sciences humaines et sociales, tout en accordant une attention particulière à l'ouvrage du sociologue Luc Boltanski, *La condition fœtale : une sociologie de l'engendrement et de l'avortement* (2004). Bien que l'analyse que propose Boltanski porte surtout sur la France et les États-Unis, nous ferons des rapprochements avec le cas canadien, en espérant y trouver de la matière afin d'éclairer le statu quo ici en matière d'avortement.

#### 4.1. Corps et modernité

La modernité a transformé le rapport de l'être humain à lui-même. Ne pouvant plus se reporter à une référence extra-mondaine, il a dû chercher le fondement des valeurs pouvant donner un sens à sa vie, telles que la vérité et la justice, en son for intérieur. La valeur suprême se trouvant désormais dans l'individu (Dumont, 1983), c'est ce corps, aussi imparfait soit-il, qui en est devenu le support absolu. Le corps est ainsi devenu l'élément qui individualise et qui distingue chaque individu de tous les autres plus qu'il ne les rapproche : « Le corps de la modernité, celui qui résulte du recul des traditions populaires et de l'avènement de l'individualisme occidental, marque la frontière d'un individu à un autre, la clôture du sujet sur lui-même » (Lebreton, 2003 : 23).

Avec la modernité, c'est aussi l'État et son corollaire, le droit, qui ont fini par occuper la place laissée vacante par la religion et la tradition. L'être humain a donc commencé à se voir de plus en plus comme détenteur de droits que devait lui assurer l'État. Selon Genard (2000 : 10) « (...) le droit apparaît clairement comme horizon à partir duquel se pensent l'intégrité et la reconnaissance de la personne ». Il va même jusqu'à dire que le droit joue désormais le rôle fondamental de lier la vie symbolique à la vie biologique :

Faire de chacun un « *homo juridicus* » est la manière occidentale de lier les dimensions biologique et symbolique constitutives de l'être humain. Le Droit relie l'infinitude de notre univers mental à la finitude de notre expérience physique et c'est en cela qu'il remplit chez nous une fonction anthropologique d'institution de la raison (Genard, 2000 : 10).

D'autres chercheurs ont cependant remarqué que l'Occident serait désormais confronté à une « crise de la justice », au sens où la capacité régulatrice du droit est remise en question de manière généralisée. Genard (2000 : 5) remarque, pour sa part, que dans le même temps, les individus ont aujourd'hui plus que jamais recours à ce droit afin de résoudre leurs conflits. L'une

ou l'autre des deux tendances de cette antinomie ont d'ailleurs fait l'objet de plusieurs ouvrages et elles ont été particulièrement remarquables en ce qui concerne les pratiques du corps.

La sociologue Dominique Memmi propose une judicieuse analyse de la dépénalisation des pratiques corporelles, comme l'euthanasie et l'avortement, en France. Elle remarque toutefois qu'avec ce changement, ce n'est pas seulement l'autorité du droit qui est remis en question, c'est aussi l'autorité des gouvernements, de même que celle de la politique. En travaillant les notions de « souci de soi », développée par Michel Foucault, et de processus d'individuation, telle qu'élaborée par Norbert Elias, la sociologue affirme que « La condition de possibilité de cette mise en veilleuse spectaculaire de l'autorité politique, étatique et juridique, c'est un gouvernement par autocontrôles » (Memmi, 2003 : 49). On transfère désormais à l'individu le « droit de vivre ou pas, de "faire vivre" et de "laisser vivre" ou pas (= avortement), et de se "laisser mourir" ou de se "faire mourir" (choix entre soins palliatifs ou euthanasie). » (Memmi, 2003 : 55). Legendre (1993), qui associe le droit à une forme de normativité parmi d'autres, va plus loin en précisant :

Je n'entreprends pas la critique de cette incapacité du droit, je l'enregistre comme un fait historique et politique très important, fort intéressant aussi en ce qu'il manifeste que sur le terrain social le plus névralgique (celui de la reproduction de l'homme), la pensée normative est au bout du rouleau. Nous vivons donc un moment privilégié, où nous avons quelque chance d'apercevoir la structure, sa fragilité de principe; je dirai même, reprenant le vocabulaire des naïfs glossateurs médiéviaux, que les *ficelles* (*funicula*) des institutions sont en train de devenir apparentes. (Legendre, 1993 : 116).

La tendance opposée, qu'on a parfois appelée une « juridicisation » à l'égard des pratiques corporelles, ferait elle aussi partie de cette même transformation historique :

Bien plus que face à une crise économique ou politique, comme les sociétés modernes ont déjà connues et surmontées, nous serions aujourd'hui plongés dans une profonde crise du sens, de l'identité et du lien social, de ce que Durkheim visait précisément en parlant de "conscience collective". Et face à ce diagnostic, l'appel au pénal ferait fonction de grand restaurateur symbolique. Au travers de l'appel au pénal, c'est à une réhabilitation de la Loi qu'on en appelle. (Genard, 2000 : 32).

D'après la rétrospective du cas canadien que nous avons présentée en première partie, nous pouvons dire, concernant l'avortement, que le Canada est exemplaire de l'antinomie ou du double mouvement identifié par Genard. Après une longue période de dépénalisation progressive, d'abord par le Parlement et ensuite par la Cour suprême, une recrudescence d'efforts a été déployée à la Chambre des communes dans le but de recriminaliser des pratiques qui s'apparentent de près ou de loin à l'avortement, par des moyens parfois discutables, il faut en convenir. C'est précisément ce dont il était question au cours de la 39<sup>e</sup> législature.

#### ***4.2. Manifestation d'un tabou***

À nos yeux, la dépénalisation et la juridicisation peuvent aussi être rapprochées de deux autres tendances que nous avons repéré dans la première partie de ce travail, soit une sensibilité accrue face à l'avortement, qui se manifeste par la présence de ce sujet un peu partout dans les médias et les tribunaux, et dans un même temps, le refoulement et l'évitement de toute discussion de fond à ce sujet. En effet, les événements récents ont montré dans quelle mesure les questions de l'avortement et du fœtus préoccupaient les Canadiennes et les Canadiens, mais ils révélaient aussi à quel point elles étaient taboues. De plus, des menaces à la liberté des femmes canadiennes de se faire avorter étaient pressenties de partout. Des alertes ont d'ailleurs fait foison dans les médias : le site d'information et de débat sur l'actualité, *Rue 89*, rapportait le 19 avril 2008, en référence au projet C-484 : « Au Canada, une loi menace le droit à l'avortement » (Daudens, 2008); le 16 avril, un article du *Devoir* employait le titre choc « Le droit à l'avortement en danger – Stéphane Dion doit tuer dans l'œuf C-484 » (Rioux Soucy, 2008); un article paru le 28 septembre 2008 sur le site web de Radio-Canada évoquait le « renversement du droit acquis des

femmes à l'interruption volontaire de grossesse »; lors de la dernière campagne électorale fédérale, on apprend, le 1<sup>er</sup> octobre 2008, que le candidat conservateur Jean-Pierre Blackburn, en plus de dénoncer toute tentative du gouvernement conservateur à criminaliser l'avortement ou à accorder un statut au fœtus, « promet de mettre son siège en jeu si le gouvernement conservateur tente d'interdire ou de limiter le droit à l'avortement » (radio-canada.ca); enfin, rapportant une manifestation à Ottawa commémorant le 40<sup>e</sup> anniversaire du bill Omnibus de Pierre Elliott Trudeau qui, rappelons-le, avait libéralisé la loi sur l'avortement en 1969, *La Presse* titrait tout récemment, « Le droit à l'avortement menacé, jugent des experts » (Gruda, *La Presse*, 15 mai 2009). Il n'y a pourtant jamais eu de « droit à l'avortement » à proprement parler au Canada. On peut, bien sûr, parler du droit à l'avortement comme d'un but à atteindre ou d'un principe à défendre, mais la manière dont sont formulés ces titres laisse souvent entendre que le droit à l'avortement est un acquis.

Il est surprenant que les élus canadiens n'aient pas vu la pertinence de mettre cartes sur table et d'engager une véritable discussion afin de clarifier l'état de la loi sur l'avortement au Canada. En fait, plusieurs personnes se sont opposées à l'ouverture du débat sur cette question. Pour certains, comme pour Joyce Arthur (2009) de la Coalition pour le droit à l'avortement au Canada (CDAC), « Le mot “débat” est un cheval de Troie qui cache la volonté de faire adopter des lois anti-avortement ». De manière similaire, malgré la multiplication des projets de loi, les conservateurs n'ont pas cessé de rassurer les Canadiennes et les Canadiens que l'avortement était un choix qui appartenait aux femmes et qu'ils n'allaient pas « ouvrir le débat sur l'avortement », ce qui sous-entendait aussi qu'ils n'allaient pas tenter de légiférer sur cette question.

La récente controverse au Québec à l'égard de la loi 34 montre elle aussi le refus de s'engager dans une vraie discussion sur l'avortement, de même que la perception qu'une telle initiative ne pourrait que miner les droits des femmes. Rappelons que la loi 34 définissait, entre

autres, de nouvelles normes d'encadrement de la pratique de l'avortement dans les cliniques privées. Elle imposait, plus particulièrement, que les lieux où étaient pratiqués des avortements thérapeutiques soient conformes à des conditions de type bloc opératoire. L'annonce de cette loi a amené une clinique privée de la ville de Montréal, L'Alternative, desservant plus d'un millier de femmes par année, à prendre la décision de cesser d'offrir ce service (Croteau, *La Presse*, 8 août 2009). En réponse aux fortes réactions suscitées par l'annonce de ces nouvelles normes, le ministre québécois de la Santé, Yves Bolduc, a demandé au Collège des médecins de réviser les exigences imposées, de sorte que les cliniques privées d'avortement n'aient pas à se plier à des conditions aussi strictes. Dans une déclaration publique à ce propos, le premier ministre de la province, Jean Charest, n'a pas manqué de rassurer les Québécoises et les Québécois que le gouvernement ne reviendrait pas sur le débat « explosif » sur l'avortement (Richer, *La Presse Canadienne*, 12 août 2009). Il fallait donc tout faire pour ne pas attiser les passions et la colère des partis dissidents, éteindre le feu et refuser de revenir à la racine de cette controverse. La règle du statu quo remportait de nouveau la partie.

#### ***4.3. Comprendre l'évitement***

En effet, dès que la polémique suscitée par l'avortement s'intensifie, le statu quo, le retour à l'état des choses avant que ne survienne le conflit, semble toujours être privilégié. Puis quand cela ne suffit pas, on laisse aux provinces ou aux tribunaux le soin de démêler, à partir des lois existantes, les litiges en cause. Dans son livre de 1985, *The Big Evasion*, Anne Collins, avec beaucoup de perspicacité, avait déjà compris la tendance canadienne à éviter le débat sur l'avortement :

Les législateurs et les décideurs canadiens considèrent la politique de l'autruche comme la meilleure façon d'aborder les questions où la frontière entre la vie publique et la vie privée est imprécise, comme l'avortement, la contraception ou tout ce qui touche à la famille. Nulle autre démocratie où ces questions ont été soulevées n'a fait preuve d'autant d'inertie que le Canada. (...) De la manière hésitante et timorée qui le caractérise, le gouvernement canadien a préféré attendre que des francs-tireurs, tels que Joe Borowski ou Henry Morgentaler, déclenchent les réactions du grand public pour jouer ensuite le rôle d'unificateur, d'arbitre, de gardien des règles du jeu, qui, prétend-il, lui a été imposé par la population canadienne. Les décideurs canadiens font penser à ces balayeurs qui nettoient les rues après une manifestation. Ils ne modifient prudemment les lois controversées que lorsqu'elles ne sont déjà plus respectées dans la pratique depuis nombre d'années. Les remaniements ainsi effectués sont alors présentés comme des "réformes" et jetés en pâture aux citoyens turbulents qui réclament des changements. (Collins, 1987 : 29-30).

Godard propose une explication à l'inertie repérée par Collins, dans son ouvrage de 1992, par laquelle elle soutient que le consensus dans le débat sur la question de l'avortement est difficile parce que le Canada n'a pas vraiment de système idéologique dominant :

En fait, le statut politiquement confus qui est actuellement celui de l'avortement n'est que la manifestation du caractère instable de notre société, en ce qu'elle traverse une période où, sans pouvoir adhérer à des valeurs, à des croyances et à des aspirations qui ne sont plus les siennes, elle n'a pas encore solidement ancré un système idéologique autour duquel il y aurait un large consensus. Autrement dit, nous en sommes rendus à proposer de nouvelles réponses aux questions fondamentales de la vie (sur la place et le rôle des hommes et des femmes, la nature de la famille, de la vie, la mort, etc.). Le malaise politique, collectif, autour de l'avortement en est la preuve. (Godard, 1992 : 11-12).

Ces dernières lignes ont été écrites il y a déjà dix-sept ans et pourtant on ne peut pas dire que le Canada se soit ancré plus solidement dans un système idéologique particulier. Au contraire, si l'on suit le diagnostic de Genard selon lequel les sociétés modernes sont confrontées à une crise du « sens, de l'identité et du lien social »<sup>37</sup>, le malaise politique identifié par Godard semble s'être exacerbé. On pourrait même dire que c'est un malaise qui se généralise un peu partout dans le monde occidental. Lafontaine (2008) a même proposé que les pays occidentaux seraient entrés dans un processus de déconstruction et de désymbolisation de la mort, ce qui mènerait à évincer

---

<sup>37</sup> Telle que nous l'avons déjà mentionnée à la page 73

de plus en plus cette dimension fondamentale de la vie humaine et sociale de la place publique. Selon cette sociologue, les sociétés modernes actuelles sont plus précisément « postmortelles », en ce sens qu'elles sont habitées par le fantasme d'éliminer la finalité qu'est la mort et que ce fantasme d'immortalité s'accompagne aussi d'une « privatisation symbolique » (Lafontaine, 2008 : 26). La mort s'effaçant de plus en plus de la sphère publique, chacun souffre donc de sa présence ou de son absence seul, sans le soutien des liens sociaux qui, autrefois, permettaient à l'individu de vivre et de donner un sens à cette étape de la vie :

La mortalité en tant que fait positif ne disparaît évidemment pas de la société postmortelle; ce qui s'efface en revanche, c'est son statut ontologique, c'est-à-dire son rôle fondamental dans l'édification de la culture, de l'ordre symbolique, et qui donne sens à l'existence et au monde. S'il est vrai que "sans la mort, il n'y aurait pas de culture", force est de constater que le sens socialement octroyé à la finitude humaine s'est considérablement rétréci pour finalement devenir une affaire strictement individuelle, ni plus ni moins que la fin d'une vie. (Lafontaine, 2008 : 187-188).

Lafontaine ajoute qu'en plus d'être devenue une expérience complètement individuelle, la mort devient de plus en plus une question de droit à l'égard de laquelle chacun revendique la liberté de choisir (Lafontaine, 2009 : 184).

Étant donné que l'avortement correspond toujours à la mort d'une vie qui aurait pu être<sup>38</sup>, on pourrait supposer qu'il s'inscrit tout à fait dans l'analyse que nous fournit Lafontaine. En effet, malgré l'absence de loi en matière d'avortement, la privatisation de cette expérience a force de loi au Canada. L'autonomie de la vie privée de la femme est protégée et sa liberté de choix est érigée en symbole de la lutte pour l'égalité. Comme nous l'avons vu dans la jurisprudence sur cette question, l'avortement est devenu une affaire radicalement privée au Canada, puisqu'elle relève ultimement de la décision de la femme.

---

<sup>38</sup> C'est justement la potentialité de cette vie qui incite à mettre fin à la grossesse.

Une nuance doit néanmoins être apportée à ce rapprochement. Car l'avortement s'oppose à la mort, telle qu'analysée par Lafontaine, comme objet de déconstruction et de désymbolisation dans les sociétés occidentales, dans la mesure où la plupart des études anthropologiques réalisées sur cette pratique ont montré que, depuis les plus anciennes sociétés, l'avortement a été refoulé de la sphère publique. Dans une telle perspective, l'évitement de l'avortement ne serait donc pas propre à la modernité. Il serait, en fait, une constante anthropologique. Le sociologue Luc Boltanski a proposé, en 2004, une analyse de l'avortement qui prend comme point de départ cette tendance au refoulement. Afin d'y trouver des pistes de réflexion utiles pour nous aider à penser le cas canadien, nous consacrerons donc le prochain chapitre aux idées défendues par Boltanski dans cet ouvrage.

## CHAPITRE 5 : L'EXPLICATION BOLTANSKIENNE DU REFOULEMENT DE L'AVORTEMENT

Dans *La condition fœtale : une sociologie de l'engendrement et de l'avortement* (2004), Boltanski n'identifie pas seulement une, mais plutôt trois dimensions anthropologiques de l'avortement. À partir surtout des intuitions de l'anthropologue et psychanalyste George Devereux, dans *A Study of Abortion in Primitive Society* (1955), un ouvrage qui porte sur quatre cents sociétés préindustrielles, Boltanski affirme que :

- la possibilité (et non l'accomplissement) et les manières de pratiquer (techniques) l'avortement sont universellement reconnues;
- l'avortement est une pratique qui est le plus souvent l'objet de réprobation, même si le degré de cette désapprobation peut varier selon les sociétés et les circonstances;
- malgré cette réprobation, une tolérance a toujours existé à l'égard de l'avortement.

Pour le sociologue, ces invariants historiques expliqueraient pourquoi l'avortement a depuis toujours été faiblement représenté sur le plan symbolique. En fait, précise Boltanski, l'avortement et le fœtus avorté n'ont été que très rarement représentés dans la figuration artistique ou dans la littérature traditionnelle. De plus, des rites n'ont presque jamais accompagné cette pratique : on s'arrangeait toujours pour se débarrasser du fœtus sans que ni paroles sacrées ni rituels funéraires viennent souligner le fait accompli. Ces constantes historiques permettent aussi à Boltanski d'établir que dans toutes les sociétés, il y aurait donc un décalage important entre la norme officielle et les pratiques tolérées de manière officieuse. Ainsi, l'avortement a toujours été admis officieusement, même si la morale l'a condamné ou que, plus tard, il a été criminalisé. Dans les sociétés où il existe une loi écrite, cela s'exprime sous forme d'écart entre la règle, reconnue en tant que norme officielle, et ce qui se fait réellement dans la pratique. C'est donc sous forme

d'interdit que l'avortement est entré dans l'officiel. L'interdiction officielle de l'avortement ne l'a pourtant pas fait disparaître. En effet, rares sont les sociétés, comme la France sous le régime de Vichy ou bien la Roumanie sous le décret 770, où des efforts importants auraient été déployés afin de poursuivre les personnes ayant pratiqué des avortements.

Rappelons qu'au Canada, la première inclusion de l'interdiction de l'avortement dans la loi a eu lieu à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Comme nous l'avons vu, l'avortement a toutefois continué d'être pratiqué malgré cette interdiction. Collins (1987) note que la plupart des médecins qui affirmaient avoir pratiqué des avortements thérapeutiques dans des hôpitaux, avant 1969, n'ont pas été poursuivis. Desmarais (1999) rappelle quant à elle que les services de police de Montréal toléraient les lieux où se pratiquaient des avortements clandestins sur la rue St-Denis. Enfin, Godard (1994) souligne pour sa part que des femmes qui se faisaient avorter avant que l'avortement ne devienne légal au Canada n'ont que rarement été poursuivies en justice.

Boltanski ajoute que bien que les avortements aient été interdits par la morale ou par la loi, ils ont toujours continué à avoir cours dans l'ombre, dans cet espace réservé au secret et rattaché à ce qu'on a appelé *l'officieux*, d'après l'acception bourdieusienne. *L'officieux*, dans cette optique, est lié au pouvoir féminin, au privé et à l'intérieur de la maison. L'avortement peut ainsi être compris comme l'exemple par excellence du pouvoir féminin, illégitime et caché, des sociétés traditionnelles : « Cet espace, celui de la maison, échappe à la logique politique de la cité, c'est-à-dire au domaine de la justice et, plus profondément, à la "société" au sens moderne du terme. » (Boltanski, 2004 : 33).

### 5.1. *La singularisation des êtres humains*

Étant donné que l'avortement mène ultimement à l'élimination du fœtus, ce qui empêche ce dernier d'accéder à l'humanité, la réflexion sur l'avortement doit se faire, selon Boltanski, en amont des considérations sur la justice. Elle les précède et en détermine, en quelque sorte, les conditions de possibilité. C'est sans doute ce qui fait écrire à Frédéric Keck que la justification de l'avortement, selon l'analyse boltanskienne, peut être défini comme une épreuve de force : « (...) : c'est l'épreuve du principe de commune humanité, c'est-à-dire de ce qui fait des humains et des non humains. » (Keck, 2006 : 511). Boltanski nous propose, plus précisément, un « modèle de l'engendrement » des êtres humains, qui suppose que l'entrée dans l'humanité passe par deux étapes, ou deux « contraintes d'engendrement », qui sont aussi deux manières de considérer le fœtus.

Tous les fœtus sont d'abord considérés *par la chair*, dans la mesure où ils proviennent du ventre d'une femme qui a été fécondée par le sperme d'un (ou, selon les sociétés, de plusieurs) homme. Les fœtus peuvent ensuite être considérés *par la parole*, lorsqu'ils sont reconnus et accueillis symboliquement dans la société, ce qui s'accomplit à l'aide d'une panoplie de rites qui servent à les inclure dans des collectifs et des rapports sociaux. La création de tout être humain est ainsi marquée par cette différence entre l'engendrement *par la chair* et l'engendrement *par la parole*. Selon ce point de vue, ni la relation sexuelle, ni la naissance, qui sont des faits purement physiologiques, ne seraient donc des conditions suffisantes afin de former des êtres humains qui puissent venir prendre une place dans la communauté humaine. En effet, pour que de nouveaux membres aient une place dans l'humanité, leur *singularité* doit être confirmée *par la parole*.

Pour Boltanski, la *singularité* est une dimension fondamentale de la vie en société puisqu'elle permet d'identifier chaque être humain de manière définitive et constante. C'est aussi

ce processus de singularisation qui permet de nommer les personnes et de leur conférer une identité propre. La plupart du temps, c'est la mère qui singularise son enfant en l'adoptant symboliquement au moment de la grossesse<sup>39</sup>. Lorsque la mère confirme *par la parole* la singularité de l'être qui croît en elle, ce dernier acquiert ainsi une valeur illimitée ou infinie. À partir de ce moment, il devient irremplaçable et ne peut être rapproché d'aucun autre être qui viendrait s'inscrire en elle. Selon Boltanski, les sciences sociales auraient négligé cette dimension constitutive de l'humanité qu'est la singularisation au profit de l'individuation.

Le degré auquel les êtres humains sont considérés en priorité comme des individus, c'est-à-dire en tant qu'êtres autonomes détenteurs de droits subjectifs ou, au contraire, en tant qu'ils appartiennent à des collectifs dont ils partagent les droits, les devoirs et le destin, est certes très inégal selon les sociétés. Il reste pourtant que même dans les sociétés considérées comme "holistes" il n'existe pas d'être humain dont on puisse dire qu'il appartient pleinement au monde qui est le sien (au lieu, par exemple, de n'y figurer qu'au titre de "chose") et dont le caractère singulier ne soit pas explicitement ou tacitement reconnu. (Boltanski, 2004 : 48).

La singularisation, par opposition à l'individuation, ne serait donc pas le propre de la modernité : elle aurait existé depuis les premières sociétés humaines.

## ***5.2. L'avortement, dimension fondamentale de l'engendrement***

Le fait que ce ne sont pas tous les êtres qui viennent s'inscrire dans la chair d'une femme qui peuvent accéder à l'humanité est, pour Boltanski, une première « contrainte d'engendrement ». Une seconde contrainte, de « non-discrimination », viendrait du caractère indéfendable de la distinction entre les êtres engendrés *par la parole* et ceux qui sont engendrés *par la chair*. Cette seconde contrainte provient du fait qu'il est foncièrement injustifiable de faire subir un traitement aux êtres qui ont seulement été confirmés *par la chair* qu'on ne voudrait pas

---

<sup>39</sup> Ce qui n'a pas besoin d'être verbalisé.

imposer à ceux qui ont reçu une confirmation *par la parole*. Le modèle de l'engendrement défini par Boltanski révèle donc la manière dont la pratique de l'avortement y est intimement liée, c'est-à-dire qu'il montre comment la possibilité même de l'avortement (décider de ne pas adopter *par la parole*) est aussi la condition de possibilité de l'inscription de nouveaux êtres humains dans la communauté humaine.

Il faut, par conséquent, pour que cette distinction puisse se faire sur le mode symbolique, qu'il y ait un monde possible où lui corresponde une séparation mettant en jeu la corporéité. C'est à cette étape de la modélisation qu'intervient, pris dans sa dimension formelle, l'avortement comme possibilité (dont nous avons vu qu'elle était très probablement universellement connue), par laquelle la non-confirmation de ce qui est venu s'inscrire dans la chair peut être liée à l'éventualité tout à fait concrète d'interrompre une gestation, d'expulser le fœtus et de le détruire, et cela même si cette possibilité n'était que rarement mise en pratique, voire ne l'était jamais. En effet, si tous les êtres engendrés à la suite d'un rapprochement sexuel — qu'elles qu'en aient été les conditions — allaient nécessairement à terme, naissaient et prenaient place dans la société selon un processus fatal, alors cet acquiescement aurait un caractère de nécessité qui le contredirait en tant que tel. Du même coup, les êtres ainsi engendrés ne seraient pas traversés par la différence radicale entre leur appartenance à l'humanité par la chair et leur appartenance à l'humanité par la parole. Ils seraient par là démunis de cette profonde dualité qui est constitutive de leur humanité (...) (Boltanski, 2004 : 77-78).

Les deux contraintes irréconciliables de ce modèle d'engendrement produisent toutefois une tension, qui donne lieu à une contradiction lorsqu'elle est dévoilée. Selon Boltanski, c'est l'accomplissement de l'avortement qui *dévoile* cette tension, la retire de l'ombre et en révèle le caractère insupportable, si insupportable, en fait, que depuis la nuit des temps, l'être humain a eu tendance à la refouler dans le secret de la vie privée. Voilà une première réponse à la question que nous nous posions au sujet de notre cas canadien, à savoir pourquoi l'avortement trouverait, encore aujourd'hui, aussi difficilement à s'exprimer sur la place publique. Selon l'explication boltanskienne, cette tendance à évincer l'avortement serait donc due à une contradiction, qui se présente lorsque l'avortement est révélé, et dont le caractère injustifiable serait si terrible que l'humanité aurait depuis toujours cherché à la refouler.

### 5.3. *Des arrangements pour réduire la tension*

La contradiction inhérente au processus d'engendrement des êtres humains, étant aussi insupportable qu'impossible à éliminer, l'humanité aurait recours à ce que Boltanski nomme des « arrangements », ayant pour but de réduire ou d'éviter la tension qui résulte des deux contraintes d'engendrement. Chacun de ces arrangements repousse la sélection en la situant avant même la grossesse, de sorte que tous les êtres qui sont conçus sont, en quelque sorte, préconfirmés dans leur humanité par une institution. Or, même si la mère conserve toujours le pouvoir de conférer la singularité à l'être qu'elle porte, elle n'a néanmoins pas l'autorité nécessaire pour utiliser ce pouvoir. Autrement dit, la mère possède le pouvoir suffisant pour engendrer *par la chair*, mais elle n'a pas l'autorité nécessaire à l'engendrement *par la parole*, puisque « aucun être humain ne peut posséder, par soi seul, l'autorité nécessaire pour créer un être humain nouveau et le déposer dans le monde » (Boltanski, 2004 : 93).

Trois arrangements, qui auraient marqué l'histoire des sociétés occidentales modernes, en *arrangeant*, en quelque sorte, la relation entre la sexualité et l'engendrement, sont relevés par Boltanski. C'est en raison de ces arrangements que tous les êtres que la sexualité engendre seront singularisés par la parole. Pour faire le lien avec ce que nous avons dit un peu plus tôt au sujet de la contradiction inhérente au processus d'engendrement, il est important de noter que ces arrangements doivent être compris comme des procédures d'évitement qui permettent de *fermer les yeux*<sup>40</sup> sur l'avortement. Dans tous ces arrangements, il y aurait donc une différence

---

<sup>40</sup> « Ce sur quoi il vaut mieux fermer les yeux, c'est d'abord ce que l'on désapprouve ou, au moins, ce que l'on ne juge pas être un bien, sans être pourtant en mesure de le changer ou, pour être plus précis, ce dont on pressent que les efforts pour le changer feraient plus de mal que de bien. » (Boltanski, 2004 : 40).

fondamentale entre ce qui est connu publiquement ou officiellement (la confirmation de tous les êtres qui sont engendrés *par la chair*) et ce qui demeure caché ou officieux (la réparation, par l'avortement, des erreurs inévitables de la sexualité) et sur lequel il vaut mieux *fermer les yeux*. Ainsi, dans *l'arrangement spirituel avec le Créateur*, tous les êtres conçus sont pré-confirmés en tant qu'enfants de Dieu. Dans *l'arrangement domestique avec la parenté*, tous les enfants nés d'une relation sexuelle entre les époux sont des enfants légitimes, pré-confirmés en raison même de la légitimité de l'union des époux. Enfin, dans *l'arrangement socialement utile avec l'État industriel*, la confirmation *par la parole* des êtres engendrés *par la chair* dépend de l'État-nation, qui détermine les propriétés des êtres qui pourront venir trouver une place dans l'humanité : « L'être qui vient dans la chair est confirmé et identifié en propre quand on peut s'attendre qu'il puisse occuper une place dans la société nationale et y jouer un rôle utile à la collectivité. » (Boltanski, 2004 : 114).

Il est important de noter que dans ces trois arrangements, l'avortement subsiste, mais qu'il est toujours pratiqué dans le secret de la vie privée. Ce sont les femmes qui se « débarrassent », le plus souvent, de ces « erreurs » de la sexualité, à l'abri des regards publics. Par exemple, dans *l'arrangement domestique avec la parenté*, les enfants illégitimes, soit ceux qui ont été conçus hors mariage, sont souvent éliminés soit pendant la grossesse (avortement) ou après la grossesse (infanticide).

#### **5.4. Un concours de circonstances historiques inédit**

La dépénalisation de l'avortement, qui a eu lieu au cours de la décennie 1965-1975, dans la plupart des pays occidentaux, intéresse particulièrement Boltanski puisqu'elle représente une situation où la logique contradictoire de l'avortement est dévoilée. La dépénalisation de

l'avortement permet ainsi de constater ce qui se passe lorsque les frontières entre l'officiel et l'officieux se brouillent et que devient soudainement apparente la logique contradictoire propre à l'engendrement :

Cette opération [la dépénalisation de l'avortement] tirait toute sa force précisément de son caractère public, c'est-à-dire du fait de poser dans l'espace *public*, avec l'intention de le soumettre à un débat collectif, quelque chose que chacun savait pour son propre compte et, par là, de transgresser la séparation entre les dimensions *officielles* et les dimensions *officieuses* des arrangements qui présidaient à l'engendrement des êtres humains. (Boltanski, 2004 : 219).

Pour Boltanski, c'est surtout grâce au mouvement féministe que cette transgression des dimensions officielles et officieuses a été possible. En fait, d'après lui, le féminisme doit être entendu comme un mouvement qui a eu pour effet principal de « faire jaillir dans la sphère publique le féminin qui en avait été jusque-là exclu, en tant que tel, et par là à modifier radicalement les frontières du politique » (Boltanski, 2004 : 220). Ce n'est pas très clair ce que Boltanski entend exactement lorsqu'il évoque cette modification radicale des frontières du politique, mais il nous semble juste de rapprocher cette interprétation de celle de Tahon (2003), selon laquelle la reconnaissance par le législateur du droit des femmes de contrôler elles-mêmes leur fécondité constitue une véritable révolution politique :

Cela constitue une révolution politique du fait que, avec la reconnaissance du droit des femmes à contrôler elles-mêmes leur fécondité, elles sont reconnues comme des individus qui exercent leur volonté, comme des individus doués de raison. Tant que c'étaient les hommes qui exerçaient ce contrôle, il était possible de considérer que les femmes étaient le jouet de la nature ou de la volonté de Dieu, qu'elles-mêmes n'étaient pas capables d'exercer leur volonté : elles pouvaient « tomber » enceintes malgré elles. À partir du moment où ce sont les femmes qui exercent elles-mêmes ce contrôle, l'aléatoire n'a plus droit de cité. Il est remplacé par une « maîtrise » de la part de celle qui accepte d'en assumer les conséquences. Autrement dit, il y a reconnaissance que la femme est un individu doué de raison, qu'elle est un individu doué de conscience, et que c'est en raison, en conscience, qu'elle agit et réagit. (Tahon, 2003 : 129).

On peut dire que la dépénalisation de l'avortement entérine cette révolution qu'avait introduit le droit à la contraception. C'est, à nos yeux, la suite logique de la reconnaissance par l'État de

l'individualité et de la conscience de la femme. L'analyse boltanskienne a toutefois aussi le mérite d'avoir su reconnaître le caractère unique de ce moment historique, dans le sens qu'elle rend compte de la malléabilité même des frontières du politique, plus précisément de la division fondamentale, propre à toute société politique, entre le privé et le public (Freund, 1965 : 280). L'apparition dans l'officiel de ce qui, depuis toujours, appartenait à l'officieux (la pratique de l'avortement), prouve que la frontière entre ces deux sphères n'est jamais immuable :

Malgré cette division absolue qui n'est que formelle, la frontière entre le privé et le public n'est pas définitive ni invariable. Chacune des deux sphères peut avoir, suivant les époques, les idées régnantes ou les nécessités techniques, une extension plus ou moins large. (...) L'antagonisme qui les oppose est permanent : aucun régime politique ne peut y mettre fin sans périr lui-même, car il se nourrit de cette rivalité. Étant l'une et l'autre absolument originaire, aucune n'a de supériorité réelle sur sa rivale, mais c'est le rôle des idéologies, des passions et des théories politiques de favoriser l'une au détriment de l'autre, de rétrécir tantôt la sphère du privé tantôt celle du public. (Freund, 1965 : 295).

À la lumière de cette analyse, nous pouvons dire que Boltanski met probablement le doigt sur l'originalité historique et anthropologique de l'apparition momentanée de l'avortement, expérience qu'il décrit comme étant foncièrement féminine, dans la sphère publique. Voir l'entrée de l'avortement dans l'officiel comme une « révolution radicale des frontières du politique », comme le propose Boltanski, c'est reconnaître toute l'importance de cet événement au cours duquel l'avortement devient officiellement objet de cette tension antagonique, que décrit si justement Freund, entre les sphères privée et publique.

### ***5.5. La naissance d'un nouvel arrangement***

On aurait pu croire que la contradiction inhérente au processus d'engendrement disparaîtrait avec ces changements historiques et que l'autorité des femmes à confirmer *par la parole* les êtres qui viennent s'inscrire en elles serait enfin reconnue de manière officielle.

Tout se passe donc comme si, aujourd'hui, l'autorité des femmes pour sélectionner, parmi les êtres qui viennent s'inscrire dans leur chair à la suite d'un acte sexuel, ceux qu'elles adopteront en les confirmant par la parole était pleinement reconnue (bien que dans un compromis avec l'État). Cette reconnaissance ne vient-elle pas contredire l'hypothèse (...) d'une tension entre deux contraintes d'engendrement (la première exigeant et la seconde excluant la possibilité de cette sélection)? Dans ce cas, le déficit de la représentation, dans lequel nous avons vu un trait structurel de l'avortement, n'aurait été que le résultat d'un interdit culturel, historiquement situé, d'un tabou, que les puissances d'émancipation ouvertes par la modernité auraient enfin permis de surmonter. (Boltanski, 2004 : 128).

La dépénalisation de l'avortement ne signifie-t-elle pas que la contrainte de distinction entre les êtres engendrés *par la chair* et les êtres engendrés *par la parole* était enfin officiellement reconnue ? Les entretiens réalisés dans le cadre de la recherche de Boltanski montrent toutefois que tel n'est pas le cas. Ils montrent plutôt qu'un nouvel arrangement semble être en train de prendre forme depuis les trente dernières années. À cette nouvelle autorité régissant l'engendrement, Boltanski donne un nom qui provient d'une notion juridique : le « projet parental »<sup>41</sup>. Dans *l'arrangement par projet*, la sélection des êtres qui viennent s'inscrire dans la chair d'une femme renvoie donc à la présence des éléments constitutifs d'un « projet parental ». Ainsi, d'après les justifications des femmes interviewées<sup>42</sup>, dans les cas où soit la mère soit le père refuse de s'engager dans le projet, il y a là une raison suffisante de ne pas avoir un enfant.

De quel « père » s'agit-il? Certainement pas du père considéré du point de vue de la parenté dans ses formes traditionnelles en tant qu'il est susceptible d'assurer à l'enfant une filiation légitime, à l'intérieur de l'institution du mariage. Et de même, les justifications de ces personnes ne font pas référence à l'opprobre dont, dans un

---

<sup>41</sup> En parlant de ces nouvelles transformations, Boltanski précise : « (...) nous ne prétendons pas que ce modèle émergent soit général ni même, peut-être, actuellement dominant. Il reste que la plupart des indicateurs statistiques témoignent d'un changement allant dans le sens d'un déplacement de la vie sentimentale et sexuelle du mariage dit « traditionnel » vers une organisation « par projet » caractérisée par une alternance, selon des modalités complexes, entre célibat, vie en commun, mariage, divorce, etc. » (Boltanski, 2004 : 138).

<sup>42</sup> Malgré l'intérêt qu'il y voyait, un seul entretien a été fait avec un homme. Boltanski lui-même n'a fait que quelques entretiens, « (...) malheureusement handicapé, dans cette entreprise, par son appartenance non à l'un, mais à l'autre sexe. » (Boltanski, 2004 : 20). La plupart des entretiens ont été réalisés par deux femmes : une doctorante, Suzana Bleil, et une assistante de recherche, Valérie Pihet.

arrangement tourné vers la parenté, l'enfant illégitime ne manquait pas de faire l'objet jusqu'à une période récente. Notre hypothèse est que le "père" auquel ces arguments font référence, bien qu'il n'indexe pas la parenté comme instance supra-individuelle, n'est pas pour autant considéré dans son individualité empirique. Il est ce par quoi est désignée une autre forme d'extériorité qui est le *projet*. Le projet désigne ici l'accord par lequel se lient un homme et une femme dans l'intention de réaliser un enfant. (Boltanski, 2004 : 132).

Lorsque le projet parental fait défaut, l'être engendré *par la chair* risque donc de ne pas être singularisé et, par conséquent, d'être avorté. Plus concrètement, c'est en renvoyant l'impossibilité de mener à terme leur grossesse au fait que le père ou la relation au père est défaillant (trop jeune, trop absent, etc.) que ces femmes justifient le fait de devoir recourir à l'avortement. Ces conditions précaires seraient, soutiennent-elles, des entraves au bonheur et au développement normal de leur enfant (Boltanski, 2004 : 131).

Le « projet parental », tout comme les autres arrangements, joue donc tout autant le rôle d'une autorité extérieure à la mère et d'une préconfirmation du fœtus. En fait, Boltanski remarque que lorsqu'elles tentent d'expliquer ce qui a influencé leur décision de se faire avorter, ces femmes n'invoquent jamais d'abord leur autonomie de reproduction. Elles proposent, bien au contraire, des excuses et présentent leur avortement comme une nécessité inéluctable ou un *moindre mal* qu'elles ont dû subir malgré elles, en raison de facteurs qu'elles n'arrivaient pas à contrôler.

L'identification de cet arrangement montre que la tension qui résulte des deux contraintes d'engendrement, identifiées par Boltanski, ne s'est donc pas complètement dissipée. Le sociologue observe aussi que même si la pratique de l'avortement est reconnue officiellement, elle conserve encore sa part d'officieux.

De cet acte, accompli avec les plus grandes garanties de discrétion, les personnes concernées ne parlent pas plus aujourd'hui que lorsque, dans un passé récent, il devait être réalisé de façon clandestine, et d'ailleurs peut-être moins encore, sa légalisation ayant eu pour effet de rendre inutiles l'entraide, la recherche de conseils et le soutien qui amenaient à confier son angoisse à d'autres femmes, amies, parentes, collègues,

etc. Quant aux manifestations de dévoilement qui ont accompagné, dans les années 1970, la période de revendication militante (et qui ont d'ailleurs porté plutôt sur la question de l'avortement prise dans sa généralité que sur les cas singuliers) elles ont disparu avec la prise en charge institutionnelle de cette pratique. Les femmes qui avortent n'ont peut-être jamais été aussi seules. (Boltanski, 2004 : 170).

### ***5.6. La qualification du fœtus dans l'arrangement par projet***

La tension ressentie à l'égard de l'avortement n'est toutefois pas uniquement le propre des femmes qui décident d'avoir recours à cette intervention. N'importe quelle personne qui se place dans la position de la femme ou qui essaie de justifier l'avortement peut la ressentir. Boltanski précise, par ailleurs, qu'il est possible de repérer des situations où les personnes sont confrontées à une contradiction parce qu'elles sont incapables de justifier leur action à l'aide d'un bien (Boltanski, 2004 : 316). Peu importe les situations desquelles elles proviennent, le sociologue remarque qu'il semble toujours y avoir une continuité dans les justifications de l'avortement : elles suivent toutes la même *logique du moindre mal*. À l'inverse des actions qui sont orientées vers un bien et qui répondent à une « exigence de justification », lorsque des actions sont orientées vers un *moindre mal*, les personnes ont tendance à fournir des excuses (Boltanski, 2004 : 316). Puisque l'avortement ne peut pas être considéré comme un bien et qu'il est généralement convenu que les efforts pour tenter de le réprimer feraient plus de mal que de bien, les personnes auraient donc tendance à *fermer les yeux* sur lui et à éviter le sujet (Boltanski, 2004 : 40). Boltanski souligne par ailleurs que l'intensité de la tension ressentie à l'égard de l'avortement explique en partie pourquoi le fœtus a généralement été évité des débats ayant mené à la dépénalisation de l'avortement. Le sociologue remarque, en fait, que le fœtus a été soit ignoré soit traité de manière ambiguë dans les lois ayant dépénalisé l'avortement en France et aux États-

Unis. Cet évitement a néanmoins fragilisé les lois, dont on cherche toujours à nier la validité, en reportant l'attention sur le fœtus (Boltanski, 2004 : 236-237).

Or, Boltanski remarque que dans le cadre de *l'arrangement par projet*, les individus ont recours à un mécanisme particulier afin de réduire la tension qui résulte des deux contraintes d'engendrement. En effet, selon lui, une *manipulation ontologique* du fœtus serait implicite dans les sociétés où *l'arrangement par projet* est particulièrement prégnant. Cette *manipulation* atténue la tension en éloignant au maximum le *fœtus authentique*, qui viendra s'inscrire dans un « projet parental » et qui sera porté jusqu'à la naissance, et le *fœtus tumoral*, dont le développement se terminera par un avortement. Ce dernier peut être avorté, dans la mesure où il est considéré comme un « rien », alors que le premier doit à tout prix être sauvé parce que la mère a décidé qu'il était un enfant potentiel.

(...) si l'opération elle-même a été légalisée et, par conséquent, représentée dans le droit, elle n'a pu devenir normale qu'au prix d'une manipulation ontologique du fœtus, comme pour escamoter ce que l'avortement faisait disparaître (...). L'avortement ne s'inscrit vraiment dans le cours ordinaire des choses qu'à la condition d'être l'avortement de rien. (Boltanski, 2004 : 144).

Les individus n'utilisent évidemment pas les termes donnés par Boltanski à ces deux catégories. Les notions de *fœtus authentique* et de *fœtus tumoral* renvoient plutôt à des *catégories implicites*, qui seraient repérables dans les discours des individus, des experts ou encore dans les textes juridiques (Boltanski, 2004 : 172).

Bien qu'elles soient (...) nettement identifiables, soit dans les propos des acteurs, soit dans les discours des experts, soit encore dans les textes juridiques, ces deux modalités de la condition fœtale ne sont pas désignées, en effet, dans le langage ordinaire, par des termes spécifiques, et cela non seulement du fait de l'évitement dont le fœtus fait généralement l'objet, mais surtout parce que toute entreprise de désignation qui passerait par l'attribution de prédicats différents à un même sujet risquerait de susciter des rapprochements qui feraient immédiatement ressurgir la tension que le déploiement de deux champs lexicaux faiblement connectés, à l'œuvre dans des contextes d'usage différents, permet au contraire de relâcher. (Boltanski, 2004 : 172).

Bref, ces deux catégories visent à différencier au maximum le fœtus que la femme adopte de celui dont elle finira par avorter, afin de réduire la tension que le caractère injustifiable de l'avortement faisait apparaître. Selon que la mère décide ou non de faire de l'être qu'elle porte un futur enfant, on assiste donc soit à une valorisation extrême (*fœtus authentique*) ou à une dépréciation (*fœtus tumoral*) du fœtus.

### 5.7. Ce que change la visibilité du fœtus

La *manipulation ontologique* du fœtus que nous venons de décrire ne réduit toutefois la tension liée au caractère injustifiable de l'avortement que d'un point de vue théorique. Car étant donné que les deux catégories fœtales que sont le *fœtus authentique* et le *fœtus tumoral* renvoient à la même matière, soit à l'être qui croît dans le corps de la femme, cette tension réapparaît dès que le fœtus devient visible. En fait, l'augmentation des connaissances et de la visibilité du fœtus qu'entraînent les progrès de la science et de la technique, de même que les questions légales que suscite le fœtus depuis quelques décennies, le propulsent sur l'avant-scène et font apparaître le caractère intenable de la catégorisation qu'avait mis en place *l'arrangement par projet*. Or, plus les situations sociales dans lesquelles le fœtus se donne à voir se multiplient, plus on se retrouve confronté à l'évidence que le *fœtus authentique* et le *fœtus tumoral* ont le même « support », c'est-à-dire qu'ils ne diffèrent aucunement par le corps et que la seule chose qui les différencie est le sens que donne la mère à sa grossesse.

Boltanski souligne que cette difficulté apparaît dans un certain nombre de litiges d'ordre médicaux et juridiques. En ce qui concerne les conflits d'ordre médical, la difficulté de distinguer entre un *fœtus authentique* et un *fœtus tumoral* se constate dans l'idée d'«euthanasie fœtale», utilisée en référence à un avortement thérapeutique, dans les cas où un projet d'enfant aurait été

formé, mais que les parents décident de mettre fin à la grossesse pour des raisons de santé de la mère ou du fœtus. Dans un tel cas, le fait qu'une femme aurait décidé d'arrêter sa grossesse prématurément, devrait suffire pour qualifier l'être qui grossit en elle de *fœtus tumoral*, mais le fait qu'elle souhaite tout de même souligner de manière officielle le « décès » de son « enfant » place, en même temps, ce dernier dans la catégorie du *fœtus authentique*. La difficulté de distinguer entre le *fœtus authentique* et le *fœtus tumoral* se rencontre aussi lorsque l'on considère le pouvoir des technologies qui permettent de garder vivants des prématurés. Un médecin pourrait tout faire pour sauver un fœtus qui serait né prématurément, parce que pour la mère c'est un enfant, alors qu'il pourrait tout aussi bien être amené à avorter un autre fœtus du même âge gestationnel si la mère décide qu'il ne correspond pas à un projet d'enfant. La similarité entre les deux fœtus fait ainsi apparaître le caractère injuste du traitement qu'on fait subir au second.

D'un point de vue juridique, Boltanski mentionne trois exemples, dont deux qui nous touchent particulièrement, puisqu'ils ont été la cause de litiges au Canada au cours des dernières années. Les demandes de réparation pour tort causé par la destruction d'un fœtus (semblables au projet de loi du député Epp), de même que la dénonciation faite par certains médecins aux États unis d'une atteinte au fœtus *in utero* liées à un problème de dépendance à la drogue ou à l'alcool de la mère ou à son refus de subir une intervention médicale avant la naissance de son enfant, remettent en question la catégorisation fœtale. Ce dernier exemple rappelle l'affaire canadienne de *l'Office*, où il était question de l'ordonnance de détention d'une femme enceinte qui avait une dépendance à la colle. Enfin, la chirurgie fœtale rapproche le *fœtus authentique* du *fœtus tumoral* du fait que l'on peut se demander ce qui peut légitimement décider si le fœtus est un patient pour le médecin (Boltanski, 2004 : 186-189).

Dans tous ces exemples, le problème qui se pose est de comprendre ce qui justifie que le *fœtus tumoral* reçoive un traitement différent du *fœtus authentique*. Boltanski remarque que le

conflit qui résulte du rapprochement entre ces deux catégories fœtales se traduit aussi dans les grands débats moraux, philosophiques et juridiques sur l'ontologie du fœtus, à savoir si le fœtus doit ou non être considéré comme une « personne ». Le sociologue a donc ajouté une troisième catégorie à sa typologie, dans le but de décrire le fœtus qui se donne à voir avec la technologie et qui provoque toute une série de débats sur sa qualification : le *techno-fœtus*. Aux yeux du sociologue, les changements historiques amenés par la dépénalisation de l'avortement ont fait que, pour la première fois dans l'histoire de l'Occident, et Boltanski suggère même de l'histoire des sociétés humaines, le fœtus est propulsé sur la scène publique et inclus dans l'univers social et politique (Boltanski, 2004 : 185). Afin de soutenir cette idée, il s'appuie sur l'analyse de Bruno Latour selon laquelle un être est « social » dans la mesure où « (...) les membres humains d'un collectif (...), ou au moins certains d'entre eux, jugent que la relation que l'on entretient avec cet être concerne et engage le collectif dans son ensemble » (Boltanski, 2004 : 204-205). Inspiré par Latour, il ajoute :

Mais on dira qu'un être est un être social uniquement quand ces chaînes associatives sont activées, c'est-à-dire lorsque la relation que ces êtres entretiennent aux autres est susceptible de faire problème pour les personnes qui sont en relation avec eux. En ce sens, on peut voir un indice du fait qu'un être accède à la vie sociale quand il prend la parole, lui-même ou par l'intermédiaire de porte-parole, que s'ouvre, à son sujet, une discussion, un débat, éventuellement une dispute, ou encore lorsque tel ou tel être se trouve placé au centre de ce que nous avons appelé ailleurs une "affaire" (Boltanski, 2004 : 205).

C'est dans la philosophie morale anglo-saxonne, principalement américaine, que Boltanski trouve les efforts les plus poussés afin de légitimer l'avortement. Il observe toutefois qu'aucune de ces tentatives n'a réussi à justifier l'avortement sans avoir recours à la logique du moindre mal. Or, même si la dépénalisation de l'avortement a permis que l'on évite de parler du fœtus, son apparition sur la scène politique et sociale a donc imposé que l'on y accorde une attention. Les débats au sujet du fœtus ont eu pour effet, selon Boltanski, d'exacerber la contradiction propre à

l'engendrement humain. C'est justement l'exacerbation de cette contradiction qui expliquerait la tendance au refoulement de l'avortement propre aux sociétés où il a été introduit dans la sphère publique.

Il est possible que dans certains cas, et nous pensons que l'avortement est un cas de ce genre, la contradiction que la logique du moindre mal tendait à atténuer ou, en tout cas, à rendre moins visible ait un ancrage anthropologique tel que la tentative pour rendre légitime ce qui était jusque-là tenu pour un mal la fasse jaillir à nouveau dans ce qu'elle a d'intolérable, suscitant alors un mouvement de fuite, voire de peur, orienté vers la recherche de moyens permettant de l'oublier à nouveau. (Boltanski : 2004 : 318-319).

Aux dires du sociologue, cette tendance à l'évitement correspondrait à deux idéologies repérables dans les sociétés contemporaines et qui auraient toutes les deux pour finalité d'« oublier l'avortement ». La première correspondrait à la position des militants antiavortement qui visent à repénaliser l'interruption de grossesse. La seconde, associée au mouvement pro-avortement, renverrait à la libéralisation complète de cette pratique. Cette dernière aurait pour but d'éliminer toutes les limites, qu'elles soient légales ou institutionnelles, à l'avortement, en revendiquant une équivalence entre l'avortement et la contraception. Même si elles aboutissent à des résultats foncièrement différents, ces deux idéologies font ainsi « disparaître » l'avortement de la sphère publique; la première, en renvoyant l'avortement à sa clandestinité originelle et la seconde, en l'inscrivant dans la banalité du quotidien.

### ***5.8. L'expérience vécue confrontée à la catégorisation de l'expérience***

Des entrevues réalisées avec plusieurs femmes ayant vécu un ou plusieurs avortements, dans le cadre de la recherche présentée dans *La condition fœtale*, ont aussi mené à la relativisation de l'opposition catégorique entre le *fœtus authentique* et le *fœtus tumoral*.

Pour le dire d'un mot, les catégories qui organisent le discours politique ou moral sur l'avortement — qu'il vise d'ailleurs à légitimer cette pratique ou, au contraire, à la condamner — se révèlent être de peu d'utilité pour interpréter les récits que les personnes font de cette épreuve et sans doute, plus généralement, pour comprendre ce qu'elles veulent dire quand elles parlent de leurs grossesses. (Boltanski, 2004 : 263).

Ce que découvre Boltanski c'est que la plupart des femmes passent souvent de l'une à l'autre des catégories fœtales qu'il avait repérées avant de prendre la décision de se faire avorter. Il s'aperçoit aussi que d'autres oppositions qui font partie du discours politique et moral entourant l'avortement sont absentes des récits de ces femmes. *Primo*, l'opposition entre la femme qui se perçoit comme un sujet autonome et qui porte un fœtus qui serait lui-même une entité distincte, mérite d'être repensée, car lorsqu'elles évoquent leur grossesse, c'est à la fois d'elles-mêmes et de l'être qu'elles portent dont parlent les femmes. *Segundo*, l'idée que les grossesses désirées sont plus heureuses que les grossesses imprévues, qui mettent la femme dans un état de détresse, doit être repensée. Car même les grossesses désirées peuvent provoquer des angoisses, alors que les grossesses imprévues peuvent parfois être vécues de manière très positive. En fait, selon les observations du sociologue, l'expérience de la grossesse que vivent la plupart des femmes est ambivalente, dans le sens qu'elle oscille inlassablement entre deux sentiments : la *plénitude* et *l'inquiétude* (Boltanski, 2004 : 263-264). Enfin, Boltanski note aussi que les catégories morales qui visent à séparer les femmes qui éprouvent de la culpabilité face à leur avortement de celles qui vivent cette expérience avec plus de détachement et de nonchalance morale sont à reconsidérer.

Le genre d'émotion que trahissent les entretiens se situe, le plus souvent au-delà ou en deçà de la « culpabilité », au sens d'un sentiment moral orienté par référence à un interdit explicite, et il faut, pour les resituer, faire plutôt appel aux registres du « deuil », de la « perte », du « vide », du « malaise » ou encore du déni. (Boltanski, 2004 : 264).

### 5.9. *Que faire de la tension?*

Boltanski nous fournit une explication intéressante afin de comprendre pourquoi l'avortement a tendance à être refoulé lorsqu'il apparaît dans la sphère publique. Selon son interprétation, l'avortement demeure encore aujourd'hui un objet de conflit parce qu'il continue à dévoiler la contradiction propre à l'engendrement des êtres humains. Son ouvrage nous permet aussi de mieux voir comment la dépénalisation de l'avortement a contribué à transformer le débat sur l'avortement en un débat sur le fœtus et son ontologie et comment cette transformation historique et anthropologique est révélatrice des conditions de l'inclusion de nouveaux membres dans l'humanité.

Or ce en face de quoi nous ont placés les changements récents qui ont affecté les conditions de l'engendrement n'est pas, sous ce rapport, sans intérêt ni valeur. En projetant en pleine lumière celui qu'on ne pouvait pas voir et, peut-être, qu'on ne voulait pas voir, ou même qu'on ne devait pas voir, c'est-à-dire le fœtus — cet être incertain suspendu entre l'inexistence et l'existence, entre les limbes et le monde, entre l'appartenance à un autre et l'appartenance à soi, entre le rien et le tout, entre le réel et le virtuel, de l'ordre du fait et de l'ordre du projet —, ils nous ont contraints à reconnaître le caractère paradoxal et, par conséquent, éminemment fragile, non seulement des conditions qui président à notre entrée dans l'humanité, mais de notre humanité elle-même. (Boltanski, 2004 : 331).

La seule manière d'apaiser la tension provoquée par le dévoilement de l'avortement serait, selon l'auteur de *La condition foetale*, de faire disparaître cette pratique de la sphère publique, comme les deux idéologies propres aux sociétés actuelles tentent d'ailleurs de le faire. Mais Boltanski suggère que nous devrions plutôt chercher à affronter cette tension : « c'est-à-dire de développer des dispositifs sociaux dans lesquels elle puisse s'affirmer au lieu d'être rabattue sur l'une ou sur l'autre des possibilités entre lesquelles elle se place. » (Boltanski, 2004 : 332).

Il n'est pas facile de comprendre ce que l'affrontement de cette tension pourrait signifier concrètement. Nous aimerions toutefois suggérer qu'en ce qui concerne le Canada, la première

étape de cet affrontement serait de reconnaître la nécessité d'ouvrir le débat sur l'avortement, afin d'y apporter une réponse collective qui reconnaisse l'ambivalence foncière de cette expérience. Dans le prochain chapitre, nous verrons que le Canada tente systématiquement d'esquiver cette nécessité et comment les catégories relevées par Boltanski afin de définir le fœtus participent de cet évitement.

## CHAPITRE 6 : LA CATÉGORISATION DU FŒTUS DANS LA SOCIÉTÉ CANADIENNE

Nous avons rappelé plus tôt comment l'inaction du Parlement à l'égard des questions de l'avortement avait permis à la Cour suprême de décider de l'encadrement de cette pratique à travers la jurisprudence sur la protection du fœtus. Cette jurisprudence s'est construite pendant les trois décennies au cours desquelles ont pris forme *l'arrangement par projet*, identifié par Boltanski, et les catégories fœtales dont il est porteur. Rappelons qu'au Canada aussi, le fœtus a dû être évité afin de dépénaliser l'avortement. En effet, même si les juges ont affirmé que le législateur devait prendre des mesures afin de protéger la vie du fœtus, ils n'étaient pas tenus, dans *l'arrêt Morgentaler* de 1988, de décider si la garantie juridique prévue dans l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, soit le droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, devait ou non s'appliquer au fœtus. L'année suivante, dans *l'arrêt Tremblay c. Daigle*, suivant lequel il a été décidé que les droits du fœtus et les droits du père en puissance n'existaient pas, la Cour s'est de nouveau abstenue de répondre à cette question.

Les juges ont toutefois été obligés d'apporter des précisions sur ce point lors de jugements subséquents portant directement sur la question du fœtus. Ces jugements, fournis à travers les années, puisent néanmoins dans les catégories fœtales repérées par Boltanski. La catégorisation qu'il propose nous permet ainsi de mieux comprendre comment la question de l'avortement a été traitée dans la jurisprudence qui s'est formée depuis que l'avortement est entré dans la sphère publique canadienne. Nous avons en fait remarqué, dans certains jugements majoritaires, une cristallisation de la distinction entre *fœtus authentique* et *fœtus tumoral*, alors que les dissidences semblent être représentatives des problèmes liés au rapprochement de ces deux catégories provoqué par l'apparition sociale du *techno-fœtus*. Ainsi, à l'inverse des deux pays qui étaient au

cœur de *La condition fœtale*, soit la France, où il existe un contrôle étatique assez important (limite de temps, entretien préalable, etc.) ou les États-Unis, où chaque état se charge de créer des lois afin d'encadrer cette pratique après le premier trimestre, la plus haute juridiction canadienne semble avoir, malgré elle (puisque le Parlement ne répond pas à son invitation à légiférer), enchâssé dans sa jurisprudence l'idéologie du « projet parental » et les catégories fœtales dont elle est porteuse.

Nous devons toutefois préciser que le projet parental auquel les juges semblent faire référence n'est pas celui-là même identifié Boltanski et qui renvoie essentiellement à l'accord établi entre un homme et une femme dans le but de faire un enfant. Bien que l'on puisse prétendre que le rôle de l'homme duquel elle se retrouve enceinte soit incontestable dans la prise de décision d'une femme de se faire avorter ou de garder l'être qui croît en elle, le projet parental auquel les juges semblent renvoyer dans cette jurisprudence n'implique toujours que la mère. En effet, depuis que la Cour a statué dans l'arrêt *Tremblay c. Daigle* que le père en puissance n'a aucun droit sur le fœtus à naître, aucune allusion n'a été faite au rôle du père au cours de la grossesse dans les jugements impliquant le fœtus.

### **6.1. *Fœtus tumoral et fœtus authentique***

Examinons d'abord les jugements qui ont tendance à figer la distinction entre le *fœtus authentique* et le *fœtus tumoral*. Dans *Dobson c. Dobson* – ce cas impliquant un enfant qui intente une action en responsabilité civile contre sa mère – l'avis majoritaire rendu par le juge Cory défend l'idée que le « caractère unique » de la relation qui existe entre la mère et l'enfant qu'elle porte contraint la Cour à refuser d'imposer une obligation de diligence de la mère à l'égard du fœtus. Selon lui, un tel changement apporterait des conséquences psychologiques négatives sur la

famille. De plus, la responsabilisation de la mère entraînerait l'élaboration d'une norme comportementale, ce qui poserait plusieurs problèmes quant au choix de mode de vie de la mère, en plus de porter atteinte à sa vie privée. Selon ce juge, il est donc préférable de ne pas imposer une loi à cet égard et de s'en tenir à l'« obligation morale » de la mère à l'égard de l'enfant qu'elle porte. Il admet toutefois que le législateur est libre de créer une loi afin de responsabiliser la mère, à condition que cette loi respecte la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Dans ce même cas, c'est probablement dans le jugement de la juge McLachlin qu'apparaît, dans sa forme la plus aboutie, la manipulation ontologique décrite par Boltanski entre le *fœtus authentique* et le *fœtus tumoral*. Dans un raisonnement très proche de celui du juge Cory, la juge McLachlin s'oppose elle aussi à l'idée d'imposer une obligation de diligence à la mère à l'égard de son enfant à naître. Selon elle, une telle loi porterait atteinte au droit à la liberté et à l'égalité des femmes enceintes. En admettant le recours contre tout fautif qui aurait porté atteinte au fœtus au cours de sa vie intra-utérine, à l'exception de la mère, son jugement accorde l'immunité la plus complète de la mère à l'égard du fœtus qu'elle porte. Si le fœtus n'a pas été reconnu en tant qu'enfant futur (*fœtus authentique*), il n'a donc aucun droit, puisque la mère est, à tout moment, libre de faire ce qu'elle veut de son corps. On pourrait donc dire que même si l'enfant qu'elle porte correspond à un projet d'enfant, elle demeure libre de faire ce dont elle a envie de son corps, en dépit même des conséquences que ses actions risqueraient d'entraîner sur la vie future de l'enfant à naître. S'opposant à l'imposition d'une responsabilité délictuelle à l'égard de la mère, la juge McLachlin précise que :

Cette action en justice est elle-même susceptible d'assujettir à un examen minutieux, tous les faits et gestes de la femme enceinte, ce qui peut, éventuellement, mettre en péril le droit fondamental de la femme enceinte d'être maîtresse de son propre corps et de prendre des décisions dans son propre intérêt : *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, le juge Wilson. (*Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 753, par. 85).

## 6.2. *Le techno-fœtus*

Nous avons trouvé que la présence de ce que Boltanski a appelé le *techno-fœtus* apparaissait dans le jugement minoritaire rendu par le juge Major dans l'affaire de *l'Office*, impliquant la détention d'une femme enceinte souffrant d'une dépendance à la colle, où ce dernier précise que la règle de la naissance vivante est un « anachronisme juridique » et que la science et les interventions sur le fœtus ont prouvé que la compétence *parens patriae* devait être étendue pour inclure les droits du fœtus. De plus, le fait que le juge insiste sur l'importance de limiter l'autonomie de quiconque porte atteinte à autrui est aussi très significatif, car il implique la reconnaissance officielle de l'altérité du fœtus. Même si cette qualification ne fait pas du fœtus un « être humain » ou une « personne », elle lui donne tout de même une certaine consistance ontologique, c'est-à-dire qu'elle le reconnaît comme un être qui se distingue de sa mère et qui mérite d'être considéré en tant que tel. Pour utiliser le vocabulaire boltanskien, nous pouvons dire qu'aux yeux du juge Major, le fœtus aurait donc fait ses preuves, ce qui devrait entraîner comme conséquence sa reconnaissance en tant qu'« être social ». C'est probablement la raison pour laquelle, deux ans plus tard, ce même juge, fidèle à son raisonnement, affirme dans *Dobson c. Dobson*, que la relation unique qui existe entre la mère et l'enfant ne justifie pas qu'un préjudice prénatal soit infligé impunément à ce dernier. Pour lui, il s'agit davantage des droits de l'enfant, car la souffrance qui lui est imposée, une fois né vivant, est le résultat direct des actions de sa mère. N'oublions pas que pour ce juge, la responsabilisation de la mère à l'égard de son fœtus ne porte pas atteinte à sa liberté d'action. En effet, il affirme adhérer au droit à l'autonomie de choix des femmes en matière d'avortement. De son point de vue, la mère possède toujours le choix d'avorter si elle ne se sent pas apte à porter l'enfant sans lui faire subir les menaces de ses actions.

### 6.3. *Catégorisation et « vide juridique »*

Des arguments qui évoquent les catégories fœtales identifiées par Boltanski ne se limitent néanmoins pas seulement à la jurisprudence canadienne sur la question de l'avortement et de la protection du fœtus. Ces catégories sont aussi repérables dans le raisonnement de certaines personnes qui discréditent l'idée qu'il y aurait un « vide juridique » en matière d'avortement au Canada ou que l'absence de loi sur cette question poserait problème. C'est le cas de la position de la juriste Louise Langevin (2004) qui soutient que les jugements de la Cour suprême auraient permis qu'au Canada l'autonomie et la liberté décisionnelle de la femme l'emportent sur la protection juridique et les droits du fœtus *in utero*. Pour elle, la Cour aurait ainsi accordé un droit absolu à l'autonomie de reproduction des femmes enceintes, le fœtus *in utero* étant soumis à la liberté de choix de sa mère. Langevin précise toutefois que la situation est différente lorsqu'il s'agit du fœtus ou de l'embryon *ex utero*, utilisé dans le cadre d'une procréation assistée ou de la recherche sur l'embryon. Dans ce contexte, maintient Langevin, la notion d'« humain en puissance » et le respect de la vie potentielle s'imposent. Selon ses dires, la jurisprudence sur la protection du fœtus établirait donc une distinction entre la protection juridique du fœtus *in utero* et la protection du fœtus ou de l'embryon *ex utero*, les premiers ne jouissant d'aucune protection, alors qu'il est possible de concevoir que les seconds soient éventuellement protégés par la loi<sup>43</sup>. Elle tient à préciser qu'elle n'y voit pourtant pas là un paradoxe, puisqu'il n'y a pas de projet parental rattaché au fœtus dans le cas d'un avortement, alors qu'il y en a habituellement un lorsqu'il s'agit d'une procréation assistée.

---

<sup>43</sup> La *Loi sur la procréation assistée* (LPA) a reçu la sanction royale le 29 mars 2004, mais la publication du projet de règlement sur la procréation assistée a été interrompue jusqu'à ce que Santé Canada reçoive l'avis de la Cour suprême sur la constitutionnalité de cette loi. (Santé Canada).

Ce raisonnement rappelle les catégories repérées par Boltanski : lorsqu'il est question du fœtus *in utero*, ce dernier peut soit être considéré comme un *fœtus tumoral* soit un *fœtus authentique*, tout dépendamment de la volonté de la femme enceinte, alors que le fœtus *ex utero*, en raison de la potentialité humaine qu'il représente, peut être rapproché du *techno-fœtus*.

#### **6.4. L'augmentation de la sensibilité à l'égard du fœtus**

Les Canadiens et les Canadiennes ne cessent d'en apprendre sur le fœtus et son existence. Un exemple parmi d'autres, illustrant à quel point les connaissances que l'on possède du fœtus et de sa vie intra-utérine se sont multipliées, est l'introduction de l'échographie tridimensionnelle ou volumique. Si l'échographie classique, en noir et blanc, avait davantage pour but d'examiner et de vérifier les aspects anatomiques du fœtus, l'échographie tridimensionnelle se concentre quant à elle sur l'image du fœtus et de ses caractéristiques extérieures. Cette image ressemble de plus en plus à celle d'un bébé, à la fois parce qu'on peut voir le fœtus en couleur et en détail (orteils, yeux ouverts, etc.), mais aussi parce que ses expressions et son activité (sucrer son pouce, jouer avec son cordon ombilical, bâiller), en plus de devenir soudainement visibles, s'apparentent d'autant plus au comportement d'un bébé. De plus, la possibilité existe maintenant d'avoir accès à une échographie 4D, nommée ainsi parce qu'elle juxtapose des images d'échographie 3D afin d'en faire un film. L'aperçu du mouvement du fœtus ajoute beaucoup au réalisme de l'expérience. Au début des années 90, des marques comme « L'échographie affective » ou « 5D » ont commencé à proposer des services non médicaux, en Angleterre, en Belgique et en France, visant uniquement à connaître les caractéristiques « esthétiques » du fœtus et à développer une relation avec lui avant sa naissance. Sur le site de *Studio9months*, on retrouve une explication des services que ces technologies visent à offrir : « (...) vous vivrez alors un moment de

communication émotionnelle intense, une expérience qui va vous bouleverser et qui va préparer les proches qui vous accompagnent à l'arrivée de ce petit être ». Au Canada, *UC Baby*, a été la première entreprise à offrir des services d'échographie prénatale 3D et 4D, en 2003. D'après son site, elle compte désormais plus de 19 cliniques un peu partout au Canada. Sa fondatrice et présidente, Tina Ureton affirme, sur l'une des pages principales du site, que « (...) la technologie 3D/4D a un impact puissant qui offre le privilège de tisser des liens affectifs précoces et d'aimer l'enfant à naître pendant la grossesse ».

Ces images ou vidéos prises à l'aide de technologies d'imageries circulent déjà largement dans la société canadienne, que ce soit dans les familles immédiates ou dans des lieux plus publics, comme Internet. Il suffit de penser à ces femmes enceintes dont on peut suivre toute la grossesse (leur "baby bump") sur des sites de réseaux sociaux comme Facebook, pour se convaincre qu'à une époque où seule la mère avait un lien privilégié avec le fœtus qu'elle portait, se substitue, sans trop en mesurer les effets anthropologiques et politiques, la possibilité actuelle que des tiers, parfois même de purs étrangers, suivent le développement d'une grossesse et s'attachent à l'enfant non encore né.

Il est évident que les fœtus dont il est ici question s'inscrivent dans un projet parental très élaboré. Ils sont le plus souvent désirés et impatiemment attendus. Bref, on peut aisément dire que ce sont des *fœtus authentiques*. L'on ne saurait néanmoins mesurer les conséquences reliées au fait que cette sensibilité à l'égard du fœtus va probablement continuer d'exacerber la tension liée à la division conceptuelle *fœtus tumoral/fœtus authentique* qui, jusqu'ici avait été implicitement sanctionnée dans la sphère juridico-politique canadienne. On commence d'ailleurs déjà à voir certains effets de cette sensibilité accrue. Par exemple, dans la région de Sarnia, en Ontario, un nombre croissant de familles choisissent d'organiser des services funéraires pour commémorer une fausse couche et parfois même un avortement thérapeutique.

De plus en plus de femmes et leurs défenseurs, parmi lesquelles certaines sont résolument pro-choix, revendiquent la reconnaissance officielle du fœtus perdu lors d'une fausse-couche comme le symbole de leur souffrance et de leur perte. Dans certains cas, elles ont recours à ces rites, même si elles ont elles-mêmes décidé de mettre fin à leur grossesse pour des raisons médicales. (Abraham, 2007).<sup>44</sup>

Ces cérémonies permettent, dit-on, aux parents et à leurs proches, de faire le deuil d'une vie, le deuil d'un « projet parental », pourrait-on ajouter. En réalité, il arrive donc qu'on décide de se faire avorter même si un projet d'enfant avait été conçu, ce qui met à mal autant les catégories de *fœtus tumoral* et de *fœtus authentique* que la division entre pro et anti avortement.

### **6.5. Les limites de la catégorisation**

Les éléments analytiques fournis par Boltanski peuvent aussi nous être utiles dans la mesure où ils nous aident à relire les récentes controverses qui ont eu lieu dans les médias et à la Chambre des communes et à les situer dans une histoire politique et sociale. Les juges de la Cour suprême et les élus canadiens n'ont jusqu'à maintenant pas fait le grand saut que représente la reconnaissance officielle de l'altérité du fœtus. La sensibilité à l'égard de cet être ne cesse toutefois d'augmenter, comme en témoigne l'apparition d'arguments reconnaissant le fœtus dans les dissidences ainsi que les préoccupations pour le fœtus à la Chambre des communes. En effet, les projets de loi qui tournaient autour de l'aggravation de la peine dans les cas où une femme enceinte aurait été blessée, seraient demeurés impensables sans l'apparition de ce que Boltanski a appelé le *techno-fœtus* dans la sphère publique et de l'augmentation de la sensibilité à son égard. En ce sens, les conflits qui ont eu lieu lorsque ces projets ont été présentés sont aussi

---

<sup>44</sup> Traduction libre de : " A growing number of women and their advocates, many of them staunchly pro-choice, are pushing for the formal recognition of the miscarried fetus as a symbol of their grief and loss. In some cases, they're seeking out these rites even when, for medical reasons, they have chosen to terminate the pregnancy." (Abraham, 2007).

représentatifs de la confusion provoquée par le *techno-fœtus*, en raison du rapprochement qu'il réalise entre le *fœtus authentique* et le *fœtus tumoral*. L'adoption de l'un de ces projets de loi aurait eu pour effet de reconnaître implicitement l'altérité du fœtus, ce qui aurait retiré à la femme le droit absolu de décider comment qualifier l'être qui croît en elle.

Ainsi, autant les arguments utilisés par les juges que ceux auxquels font appel les membres du Parlement nous confrontent à une opposition radicale sur la manière de définir l'être qui croît dans le corps de la femme. Nous retrouvons dans certaines positions que nous venons de rappeler la définition du fœtus comme un être humain, dès avant sa naissance (*fœtus authentique*), et chez d'autres, l'idée que le fœtus n'est rien de plus qu'une excroissance de la femme à laquelle tous les traitements sont permis (*fœtus tumoral*). Enfin, certains juges sont travaillés par les connaissances fournies par la science et la technique sur le fœtus et son développement (*techno-fœtus*).

## CONCLUSION

Les événements de la 39<sup>e</sup> législature nous ont obligée à admettre que la question de l'avortement avait été laissée en plan. Après avoir examiné sociologiquement l'ensemble des éléments constitutifs dudit « vide juridique » en matière d'avortement au Canada, nous pouvons dire que les conséquences de l'absence de loi, que nous voyons davantage comme une absence de prise de position collective, s'avèrent considérables. Nous opposant à plusieurs politiciens et groupes féministes qui ne cessent d'étouffer le débat sur l'avortement par crainte qu'il ne mine les droits si difficilement acquis des femmes, nous croyons que ce débat est primordial. Il devrait être ouvert, ne serait-ce que pour discuter des limites actuelles de l'avortement, que la majorité des Canadiens et des Canadiennes ignorent.

Ainsi, le fait que les gouvernements fédéral et provinciaux refusent de prendre position sur l'avortement permet que perdurent des écarts dans l'accès à ce service. Le gouvernement canadien avait pourtant précisé que l'avortement était un service médicalement nécessaire en vertu de la *Loi canadienne sur la santé*, exigeant que les professionnels de la santé se conforment à certaines normes afin de pouvoir profiter de subventions fédérales. Il n'a cependant pas encore pris de mesures concrètes afin d'assurer le respect de cette consigne. Cette inconséquence, de même que le désengagement des élus canadiens, amènent d'autres instances à créer des lois et des règlements afin d'encadrer cette pratique, de sorte que les Canadiennes n'ont pas les mêmes droits partout au pays. En effet, selon leur lieu de résidence, leur médecin et les professionnels de la santé qui veilleront sur elles, des options différentes leur seront proposées.

Par ailleurs, bien que seuls deux des projets de loi présentés au cours de la 39<sup>e</sup> législature remettaient explicitement en cause la position canadienne sur le droit à l'avortement, les autres l'évoquaient tout autant par le biais du fœtus. Selon nous, les litiges impliquant le fœtus soulèvent

presque toujours de fortes préoccupations concernant l'avortement, justement parce qu'aucune décision claire n'a été prise à ce sujet, ce qui laisse la porte ouverte à tous les scénarios. En fait, nous sommes encline à penser que moins le Parlement fera preuve de volonté de se confronter à ce problème et plus la question du fœtus prendra de la place dans le débat public. Les litiges, les jugements des juges de la Cour suprême ainsi que les projets de loi qui sont présentés à la Chambre des communes ont tous révélé que la sensibilité à l'égard du fœtus ne cessait d'augmenter. Selon nous, cette sensibilité augmentera encore à mesure que les possibilités de la science et de la technique continueront à nous proposer de nouvelles manières de dépasser l'obstacle physique que représente la matrice de la femme. Cela aussi devrait inciter les Canadiens et les Canadiennes à ouvrir un débat sur l'avortement et à prendre une décision à son sujet au lieu de constamment le refouler.

Jusqu'à maintenant, l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* a permis au législateur de se dérober à ses responsabilités en ce qui concerne l'avortement et la protection du fœtus. Mais si le débat sur l'avortement a pu être ainsi refoulé de la sphère politique, il s'est toutefois perpétué dans la sphère juridique. Depuis plus de vingt ans, c'est aux juges de la Cour suprême qu'il revient de décider au cas par cas quelles solutions apporter à ces problèmes. Or, aussi longtemps que la société canadienne refusera de prendre une position claire sur l'avortement, la sphère juridique se chargera de régler les conflits inéluctables qui en découlent.

Les interprétations de la loi fournies par les juges de la Cour suprême semblent toutefois de plus en plus polarisées, surtout en ce qui concerne les rôles propres au législateur et à la Cour elle-même. À partir de ces jugements, l'on peut se poser quelques questions ayant trait à l'importance que l'on accorde en tant que société à l'engendrement des êtres humains. D'abord, depuis le jugement Morgentaler de 1988, les juges évoquent la question de l'égalité des femmes enceintes. Elle est alors soulevée négativement par le juge McIntyre qui, dans sa dissidence,

considérerait que l'article 251 (maintenant 287) du Code criminel ne portait pas atteinte au droit à l'égalité des femmes enceintes. Dans *Dobson c. Dobson*, la juge McLachlin évoque de nouveau l'égalité des femmes enceintes<sup>45</sup> lorsqu'elle refuse de rendre la mère responsable d'un tort qu'elle aurait infligé à son enfant alors qu'elle le portait. Mais de quelle « égalité » parle-t-on au juste? À suivre la définition de l'égalité telle qu'elle semble être véhiculée dans le raisonnement de la juge McLachlin, le fait que seules les femmes aient le privilège d'enfanter ne devrait rien changer à leur droit à l'égalité par rapport à ceux et à celles<sup>46</sup> qui ne courent jamais le risque d'avoir à mettre un enfant au monde. Ne peut-on se demander jusqu'où devrait aller ce droit à l'égalité lorsqu'il permet que la femme puisse poser des gestes qui risquent probablement d'endommager sérieusement la vie future de l'être auquel elle s'apprête à donner naissance ?

Par ailleurs, dans ce même cas, *Dobson c. Dobson*, le juge Cory, s'exprimant pour les six juges majoritaires, tenait à préciser que l'obligation de diligence de la mère apporterait des conséquences psychologiques négatives sur la famille :

(...) l'imposition d'une responsabilité délictuelle dans ce contexte aurait des répercussions psychologiques et émotionnelles sur la mère poursuivie par le nouveau-né. Mettre une responsabilité délictuelle à la charge de la mère pour un manque déraisonnable de soins prénatals pourrait avoir des effets dévastateurs sur la future relation entre la mère et l'enfant né vivant. Avant tout, la reconnaissance judiciaire d'une cause d'action pour la négligence commise par la mère avant la naissance constituerait une réponse inappropriée face à l'urgent problème social d'assumer les soins des enfants ayant des besoins particuliers. Soumettre la mère à l'expérience stressante du procès public visant à déterminer si elle est responsable du préjudice subi par son enfant ne peut qu'ajouter un traumatisme émotionnel et psychologique à une situation déjà tragique. (*Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 753 : par. 46)<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Voir l'argument de la juge McLachlin à la page 65.

<sup>46</sup> Nous pensons ici aux femmes stériles ou ménopausées.

<sup>47</sup> Voir aussi la variante de ce jugement du juge Cory présentée à la page 64.

On voit mal comment la création d'une responsabilité délictuelle de la mère empêcherait de s'attaquer au problème *social* des soins des enfants ayant des besoins particuliers. De plus, comment des effets psychologiques et émotionnels indésirables pourraient-ils empêcher que la mère soit responsable de son comportement « déraisonnable » à l'égard de son enfant né vivant avant sa naissance ?

Le jugement minoritaire du juge Major, dans le cas de *l'Office*, indique cependant une limite inverse lorsqu'il mentionne que l'avortement est toujours une alternative à la détention de la femme enceinte qui ne se sent pas apte à mettre au monde son enfant dans des conditions qui assureraient son bien-être futur. Une femme qui éprouve, au cours de sa grossesse, des difficultés personnelles physiques ou psychologiques, n'aurait-elle le choix qu'entre la responsabilité de mettre au monde son enfant dans des conditions parfaites ou de recourir à ce moindre mal qu'est l'avortement ? La liberté d'avortement des femmes canadiennes reconnaît leur capacité à choisir de manière raisonnable de poursuivre ou non leur grossesse. Toutefois, la croyance en la raison des femmes semble pourtant disparaître lorsqu'elles poursuivent leur grossesse. Grossesse considérée comme une sorte d'état d'exception au cours duquel une femme donne libre cours à ses « envies ». En un mot, leur permettre d'adopter n'importe quel comportement durant leur grossesse à l'égard de l'enfant né vivant ne nie-t-il pas la capacité des femmes à agir en conscience ?

Notre choix méthodologique nous a été extrêmement utile afin de rendre justice à la singularité propre au Canada. Il nous a aussi permis de présenter une analyse exhaustive, constituant un véritable pont entre les événements récents et l'histoire du Canada sur la question de l'avortement. L'absence de loi nous permet, dans une certaine mesure, d'éviter le débat sur l'avortement, mais comme le montre l'histoire canadienne, elle ne parvient absolument pas à éliminer le caractère conflictuel, ni à faire disparaître les nombreux problèmes qui découlent de la

réponse ou, dans le cas du Canada, de la non-réponse qu'une société donne à cette question primordiale. En effet, la rétrospective que nous venons de faire du cas canadien montre que l'avortement est aujourd'hui aussi conflictuel, sinon plus qu'il ne l'était au début des années quatre-vingt-dix. Cela ne signifie pas que doit être attendu un inatteignable consensus social sur l'avortement, mais cela incite à penser que cette question dissensuelle doit être débattue. L'avortement pose des questions cruciales pour l'humanité qui ne peuvent qu'éveiller les passions humaines. Les réponses que donne une société à ces questions doivent être constamment redéfinies, pour s'adapter aux contextes historique et social dans lesquels elles apparaissent. S'avère plus inquiétant pour le vivre-ensemble ce refus craintif d'adresser toute question qui s'apparente de près ou de loin à l'avortement. Que la présence ou l'absence de loi en matière d'avortement importe moins que la prise de décision collective sur cette question, voilà peut-être ce que le cas canadien nous enseigne de plus précieux.

À nos yeux, la nouveauté anthropologique que représente la symbolisation récente du fœtus, provoquée par l'apparition de l'avortement sur la place publique de même que par les progrès de la médecine et de la technique, rend encore plus nécessaire une discussion collective sur la teneur de ce changement. Enfin, nous croyons que dans les sociétés marquées par la révolution politique que constitue la reconnaissance officielle de l'avortement évoquée par Boltanski, une prise de position collective claire à l'égard de l'avortement, en plus d'être politique<sup>48</sup>, parce qu'elle implique la division entre le privé et le public, est aussi principielle. Elle est le fondement d'une société démocratique, soucieuse du pouvoir qu'elle a sur elle-même. En

---

<sup>48</sup> Un nouveau parti (pour la France et l'Europe), fondé sur l'opposition à l'avortement, a été annoncé le 25 octobre 2008. Le parti A.M.E.N. (Arrêtons le Massacre des Enfants à Naître), affirme viser les abstentionnistes catholiques qui forment environ 25% de l'électorat français. (site d'A.M.E.N.).

ce sens, prendre une décision sur le début de la vie c'est aussi prendre, dès avant leur naissance, la responsabilité pour le monde qu'habiteront les futures générations.

## RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

BOLTANSKI, Luc, *La condition foetale : Une sociologie de l'engendrement et de l'avortement*, Paris, Éditions Gallimard, 2004

COLLINS, Anne, *L'avortement au Canada : l'inéluctable question*, Montréal, Éditions du remue-ménage, 1987

DESMARAIS, Louise, *Mémoires d'une bataille inachevée : la lutte pour l'avortement au Québec 1970-1992*, Montréal, Éditions Tait d'Union, 1999

DUMONT, Louis, *Essais sur l'individualisme : Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Éditions du Seuil, 1983

FRANCOME, Colin et Marcel Vekemans, *Abortion : A Worldwide Perspective*, London, Middlesex University Press, 2007

FREUND, Julien, *L'essence du politique*, Éditions Dalloz, 2003

GENARD, Jean-Louis, *Les dérèglements du droit : entre attentes sociales et impuissance morale*, Bruxelles, Éditions Labor, coll. « Quartier libre », 2000

GODARD, Béatrice, *L'avortement : entre la loi et la médecine*, Montréal, Éditions Liber, 1992

GREENHALGH, Susan and Edwin A. Winckler, *Governing China's Population : From Leninist to Neoliberal Biopolitics*, California, Stanford University Press, 2005

HO DINH, Anne-Marie, « Le "vide juridique" et le "besoin de loi", pour un recours à l'hypothèse du non-droit », *L'Année sociologique*, Vol. 57, n° 2, 2007, pp. 419-453

KECK, Frédéric, « Comment les fœtus sont devenus visibles : Approches phénoménologique et structuraliste des contradictions biopolitiques », *Annales Histoire, Sciences Sociales*, 61<sup>e</sup> année — n° 2, 2006, pp. 505-520

LAFONTAINE, Céline, *La société postmortelle. La mort, l'individu et le lien social à l'ère des technosciences*, Paris, Éditions du Seuil, 2008

LANGEVIN, Louise, « Entre la reconnaissance et la protection : la situation juridique de l'embryon et du fœtus au Canada et au Québec », *Revue internationale de droit comparé*, n° 1, 2004, pp. 39-75

LAVANDIER, Yves, *La dramaturgie : les mécanismes du récit : cinéma, théâtre, opéra, radio, télévision, bande dessinée*, Cergy, Le Clown & L'Enfant, 2004

LEBRETON, David, *Anthropologie du corps et modernité*, Paris, PUF, 2003

LEGENDRE, Pierre (entretien avec), « Ce que nous appelons le droit », *Le Débat*, pp. 107-122, 1993

LE NAOUR, Jean-Yves et Catherine Valenti, *Histoire de l'avortement XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Éditions du Seuil, 2003

MEMMI, Dominique, *Faire vivre et laisser mourir : Le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*, Paris, Éditions La Découverte, 2003

MARTINEAU, Stéphane, Denis Simard et Clermont Gauthier, « Recherches théoriques et spéculatives : considérations méthodologiques et épistémologiques », *Recherches qualitatives*, 2001, Vol. 22, pp. 3-32

MORIN, Michel, « Les confins du droit civil et du droit pénal : l'avortement et les droits de l'enfant conçu », *Revue de droit de McGill*, 42 R.D., 1997, pp. 199-278

PASSERON, Jean-Claude et Jacques Revel, *Penser par cas*, Paris, EHESS, 2005

TAHON, Marie-Blanche, *Sociologie des rapports de sexe*, Les Presses de l'Université d'Ottawa et les Presses universitaires de Rennes, 2003

### ***Documents gouvernementaux et constitutionnels***

*Charte canadienne des droits et libertés* : [<http://lois.justice.gc.ca/fr/charte/index.html>]

*Code criminel du Canada* : [<http://lois.justice.gc.ca/fr/C-46/>]

*Code de déontologie médicale de l'Ordre National des Médecins* : [<http://www.conseil-national.medecin.fr/?url=deonto/rubrique.php>] (mise à jour du 14 décembre 2006)

Débats (Hansard), Compte rendu des débats parlementaires et législatif : [<http://www2.parl.gc.ca/housechamberbusiness/ChamberSittings.aspx?View=H&Language=F&Mode=1&Parl=40&Ses=2>]

Dunsmuir, Mollie, « Avortement : développements constitutionnels et juridiques », *Division du droit et du gouvernement*, Programme des services de dépôt, première version publiée en novembre 1989, dernière mise à jour le 6 mai 2004 : [<http://dsp-psd.communication.gc.ca.proxy.bib.uottawa.ca/Collection-R/LoPBdP/CIR/8910-f.htm>] (consulté en novembre 2009)

RICHER, Karine, « L'avortement au Canada : Vingt ans après l'arrêt R. c. Morgentaler », *Division des affaires juridiques et législatives*, Bibliothèque du Parlement, le 24 septembre 2008:

[<http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/prb0822-f.htm>] (consulté en novembre 2009)

### *Jurisprudence*

R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30 : [<http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/1988/1988rcs1-30/1988rcs1-30.html>]

Borowski c. Canada (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 342 : [<http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/1989/1989rcs1-342/1989rcs1-342.html>]

Tremblay c. Daigle [1989] 2 R.C.S. 530 : [<http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/1991/1991rcs1-489/1991rcs1-489.html>]

R. c. Sullivan, [1991] 1 R.C.S. 489 : [<http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/1991/1991rcs1-489/1991rcs1-489.html>]

Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.), [1997] 3 R.C.S. 925 : [<http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/1997/1997rcs3-925/1997rcs3-925.html>]

Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson, [1999] 2 R.C.S. 753 : [<http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/1999/1999rcs2-753/1999rcs2-753.html>]

### *Sites Internet*

ARTHUR, Joyce, « Le parlementaire libéral Paul Steckle propose un projet de loi pour interdire les avortements après 20 semaines », *Coalition pour le droit à l'avortement au Canada (CDAC)*, le 18 janvier 2009 : [<http://www.arcc-cdac.ca/fr/backgrounders/c338.html>] (consulté en avril 2009)

ARTHUR, Joyce, « Les droits des femmes ne sont plus à débattre », *Coalition pour le droit à l'avortement au Canada (CDAC)*, janvier 2009 : [<http://www.arcc-cdac.ca/fr/backgrounders/nesontplus-debattre.html>] (consulté en avril 2009)

FILLION, Johanne, « Lors du vote, les femmes doivent considérer le “véritable” libre choix », *Action du Canada pour la population et le développement (ACPD)*, 18 janvier 2006 : [<http://www.acpd.ca/acpd.cfm/fr/section/PR/articleid/330>] (consulté en juillet 2009)

A.M.E.N. (Arrêtons le massacre des enfants à naître) : [<http://www.amennet.org/index.php?langue=FRANCAIS&rubrique=communiques&idArticle=12>] (consulté en juillet 2009)

Conseil du Statut de la femme, « L'avortement au Québec : état des lieux au printemps 2008 », *Gouvernement du Québec*, septembre 2008 : [<http://www.csf.gouv.qc.ca/fr/accueil/>] (consulté en novembre 2008)

Center for Reproductive Rights: [[http://www.reproductiverights.org/pub\\_fac\\_abortion\\_laws.html](http://www.reproductiverights.org/pub_fac_abortion_laws.html)] (consulté en novembre 2008)

Fédération du Québec pour le planning des naissances (FQPN), « Pas d'autres C-484 : On ne joue pas avec les droits des femmes », *Chronologie des menaces au droit à l'avortement* : [<http://contrec484.qc.ca/files/chronologieMenaces.pdf>] (consulté en août 2009)

Fédération du Québec pour le planning des naissances (FQPN), « L'intensification des menaces au droit à l'avortement » : [<http://contrec484.qc.ca/2008/09/mobilisation-du.html>] (consulté en novembre 2008)

SHAW, Jessica, « Retour à la réalité : un aperçu de l'accès aux services d'avortement dans les hôpitaux canadiens », *Association canadienne pour la liberté de choix*, 2006 : [[http://www.canadiansforchoice.ca/francais/report\\_francais.pdf](http://www.canadiansforchoice.ca/francais/report_francais.pdf)] (consulté en juillet 2009)

Santé Canada : [<http://www.hc-sc.gc.ca/hl-vs/reprod/hc-sc/legislation/delay-interruption-fra.php>] (consulté en octobre 2009)

Site de la gouverneure générale du Canada : [<http://www.gg.ca/honours/searchrecherche/honoursdesc.asp?lang=f&TypeID=orc&id=5957>] et [[http://www.gg.ca/honours/nat-ord/oc/oc-con\\_f.asp](http://www.gg.ca/honours/nat-ord/oc/oc-con_f.asp)] (consulté en septembre 2009)

Comité québécois de mobilisation contre C-484, « Pas d'autres C-484 : on ne joue pas avec les droits des femmes » : [<http://www.contrec484.qc.ca/>] (consulté en novembre 2008)

National Advocates for Pregnant Women : [<http://www.advocatesforpregnantwomen.org/>] (consulté en novembre 2008)

À bâbord, revue sociale et politique, « Dossier : L'avortement, un droit menacé », n° 25, été 2008 : [<http://www.ababord.org/spip.php?rubrique69>] (consulté en novembre 2008)

Studio9months, « L'échographie affective et 5D » : [<http://www.studio9months.be/>] (consulté en septembre 2009)

UC Baby : [<http://www.uc-baby.com/fr/pourquoi-uc-baby/profil.php>] (consulté en septembre 2009)

United States Congress, Unborn Victims of Violence Act of 2004 ou Laci and Conner's Law : [<http://news.findlaw.com/wp/docs/abortion/unbornbill32504.html>] (consulté en août 2009)

*Articles provenant de journaux et de magazines*

ABRAHAM, Carolyn, “Burying the unborn”, *Globe and Mail*, May 26<sup>th</sup>, 2007

*Agence France-Presse et Libération*, « Foetus nés sans vie : deux décrets comblent un vide juridique », le 22 août 2008

*Agence France-Presse*, « Les conservateurs évitent un débat sur l’avortement », le 25 août 2008

BRETON, Pascale, « Avortement en clinique privée : Québec réévalue le dossier », *La Presse*, le 11 août 2009

CASTONGUAY, Alec et Jacinthe Tremblay, « Morgentaler recevra l’Ordre du Canada », *Le Devoir*, le 2 juillet 2008

COCHRAN, Cate, “The Hidden Abortion Issue”, *The Globe and Mail*, July 19<sup>th</sup>, 2008

COYNE, Andrew, “It’s Time to Talk About Abortion”, *Maclean’s*, July 21<sup>st</sup>, 2008

CROTEAU, Martin, « Une clinique cesse de faire des avortement », *La Presse*, le 8 août 2009

DE GRANDPRÉ, Hugo, « Aucune menace pour le droit à l’avortement, estiment des juristes », *La Presse*, le 18 avril 2008

DE GRANPRÉ, Hugo, « Nouveau projet de loi pour la protection des fœtus », *La Presse*, le 26 août 2008

GRUDA, Agnès, « La croisade du député Ken Epp », *La Presse*, le 22 mai 2008

GRUDA, Agnès, « Tempête autour de l’utérus », *La Presse*, le 22 mai 2008

GRUDA, Agnès, « Le droit à l’avortement menacé, jugent des experts », *La Presse*, le 15 mai 2009

LAMONTAGNE, Yves, « Lettre ouverte aux chefs de partis fédéraux – Contre toute criminalisation de l’avortement », *Le Devoir*, le 3 juin 2008

*La Presse*, « L’avortement tardif, l’ultime tabou », le 27 janvier 2008

LEDUC, Louise, « Pour le docteur Morgentaler, après six mois, c’est non », *La Presse*, le 27 janvier 2008

OLESEN, Alexa, « Chine : les victimes d’avortements forcés commencent à parler », *Associated Press*, le 31 août 2007

*Presse canadienne*, « Les défenseurs du droit à l'avortement manifestent », le 1<sup>er</sup> juin 2008

RICHER, Jocelyne, « Charest s'engage à ne pas rouvrir le débat sur l'avortement », *La Presse canadienne*, le 12 août 2009

RIOUX SOUCY, Louise-Maude, « Le droit à l'avortement en danger – Stéphane Dion doit tuer dans l'œuf C-484 », *Le Devoir*, le 16 avril 2008

*Société Radio-Canada*, « De l'avortement tardif », le 7 mars 2008 .

*Société Radio-Canada*, « Jean-Pierre Blackburn se veut convaincant », le 1<sup>er</sup> octobre 2008

*Société Radio-Canada*, « Josée Verner se fait rassurante », le mardi 22 avril 2008

*Société Radio-Canada*, « Le PC recentre son discours », le 25 août 2008

*Société Radio-Canada*, « Manifester une inquiétude », le 28 septembre 2008

*Société Radio-Canada*, « On recule », le 2 avril 2007

*Société Radio-Canada*, « Québec fait volte-face », le 19 août 2009

*Société Radio-Canada avec la Presse canadienne*, « Coup d'éclat du Cardinal Turcotte », le 11 septembre 2008

*Société Radio-Canada avec la Presse canadienne*, « Le collège des médecins est en désaccord », le 2 juin 2008

TAYLOR, Diane, "Does a foetus have more rights than its mother ?", *The Guardian*, April 23<sup>rd</sup> 2004

VESTAL, Christine and Elizabeth Wilkerson, "States Expand Foetal Homicide Laws", *Stateline*, Tuesday, August 22<sup>nd</sup>, 2006

WEBB, Justin "US foetus law sparks abortion row", *BBC News*, March 26<sup>th</sup> 2004