

Marie-Josée Bernardi, *Le droit à la santé du fœtus au Canada*, Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 1995, xxii + 258 pages, ISBN 2-89400-055-3

Jean Rhéaume

Volume 26, Number 4, December 1995

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1035896ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1035896ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Rhéaume, J. (1995). Review of [Marie-Josée Bernardi, *Le droit à la santé du fœtus au Canada*, Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 1995, xxii + 258 pages, ISBN 2-89400-055-3]. *Revue générale de droit*, 26(4), 591–595.
<https://doi.org/10.7202/1035896ar>

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1995

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

Marie-Josée BERNARDI,
Le droit à la santé du fœtus au Canada, Montréal,
Les Éditions Thémis Inc., 1995, xxii + 258 pages,
ISBN 2-89400-055-3

JEAN RHÉAUME
Avocat, Ottawa

Conformément à ce que le titre de cet ouvrage indique, M^e Marie-Josée Bernardi examine surtout le droit à la santé de l'enfant à naître en vertu du droit canadien actuel. Elle traite cependant aussi de la façon dont la *Convention relative aux droits de l'enfant* adoptée par l'O.N.U. le 20 novembre 1989 pourrait ajouter à la protection de ce droit à la santé dans le droit interne du Canada, lequel a signé cette Convention le 28 mai 1990 puis l'a ratifiée le 13 décembre 1991.

Dans une Partie préliminaire assez substantielle (pp. 9-47) et très intéressante, l'auteur rappelle les fondements et les normes du droit à la santé de l'enfant et de l'enfant à naître en droit international. La Première partie cherche ensuite à répondre à la question de savoir s'il existe un droit de l'enfant à naître aux soins prénatals, en analysant la portée de l'article 24(2)(d) de la Convention suivant son contexte d'origine. Dans la Deuxième partie, M^e Bernardi aborde l'autre aspect essentiel de sa question initiale, à savoir si une femme possède des droits garantis à des soins prénatals et postnatals. Une table des lois citées, une table de la jurisprudence et une bibliographie complètent l'ouvrage.

Ce qui retient l'attention du lecteur n'est toutefois pas le plan, mais les positions surprenantes et souvent contradictoires de l'auteur sur plusieurs sujets. Nous en examinerons quatre.

L'ABSENCE QUASI COMPLÈTE DU PÈRE

Dès le départ, M^e Bernardi a mentionné « l'intérêt légal particulier de chacun des principaux acteurs concernés par l'ensemble du processus de gestation, de la conception (et « l'avant-conception ») à la naissance, soit : l'intérêt du fœtus, de la mère et de l'État » (p. 2). Cette approche, qui comporte des relents de l'affaire *Daigle c. Tremblay*¹, écarte la présence pourtant indéniable du père pour les fins de la conception et contraste avec l'accent mis depuis au moins une décennie sur la participation du père aux cours prénatals, sur son rôle lors de l'accouchement... Comme dans beaucoup d'autres textes, les droits et devoirs du père de l'enfant à naître sont par conséquent oubliés, omis ou réduits.

Il faut donc attendre à la page 150 avant d'entendre à nouveau parler du père grâce à un renvoi à un autre ouvrage : « Ainsi, lorsque l'expérimentation

1. [1989] 2 R.C.S. 530.

consistant principalement, à l'heure actuelle, à prélever des tissus embryonnaires/ fœtaux, est pratiquée sur un embryon ou un fœtus mort, issu de l'avortement, le consentement de la mère devrait, croyons-nous, être obligatoire pour l'utilisation du fœtus ou de l'embryon à des fins de recherche ou de traitement. La Commission de réforme du droit du Canada recommande que le consentement du père soit également obtenu ». Contrairement à la décision rendue la même année par la Cour suprême du Canada, la recommandation de la Commission reconnaît ainsi qu'un père, tel Tremblay qui n'avait aucun « droit » à empêcher Daigle d'avorter, aurait le droit de s'objecter à ce que le cadavre du bébé avorté soit utilisé à des fins de recherche!

Beaucoup plus loin, la troisième mention du père laisse cependant entendre que son rôle, réduit à une relation « morale », commence à la naissance : « L'on peut à cet égard suggérer une analogie entre la relation morale unissant *la mère et le fœtus* et celle existant entre *le père et l'enfant* pour recommander la prudence [...] »². Avec égard pour l'opinion contraire, la relation entre mère et enfant (« fœtus ») et celle entre père et enfant (« fœtus ») sont *également biologiques et juridiques*.

La dernière référence au père admet sa participation dans la conception mais semble envisager son rôle comme celui d'un simple pourvoyeur de fonds : « Enfin, la responsabilité de la conception d'un enfant étant partagée entre l'homme et la femme, il s'avère difficile de justifier que la femme doive seule assumer le fardeau de la responsabilité de cet enfant à sa naissance » (p. 217). Or si l'on veut favoriser la fourniture de soins prénatals à un enfant à naître, ne faudrait-il pas reconnaître un rôle accru à son père plutôt que de le reléguer aux oubliettes ?

AVOIR DROIT AUX SOINS PRÉNATALS SANS AVOIR DROIT À LA VIE ?

M^e Bernardi précise qu'« il ne s'agit donc pas, dans le cadre de cette analyse, de discuter du droit à la vie du fœtus, mais bien de déterminer si, parallèlement à la liberté reconnue à la femme de mettre un terme à sa grossesse³, l'enfant à naître possède un droit à bénéficier de soins prénatals, et si oui, dans quelle mesure » (p. 3). Curieusement, elle ne semble pas constater la contradiction qui existe entre l'affirmation du « droit » à l'avortement et celle du « droit » de l'enfant à naître à recevoir des soins prénatals. En effet, la présence de l'un de ces « droits » entraîne nécessairement l'absence ou la négation de l'autre : si une femme avorte, son enfant à naître perd son droit à la vie et aux soins, et, à l'inverse, si un enfant a le droit de recevoir des soins avant sa naissance, sa mère ne peut pas avorter.

À défaut de faire le choix qui permet d'éviter cette contradiction, l'auteur affirmera donc, d'une part, que « [...] les milieux scientifique et médical reconnaissent depuis la seconde moitié du siècle *l'autonomie du fœtus par rapport à la mère* »⁴, et, d'autre part, que « [l]'on doit en effet se rappeler que le fœtus se développe à l'intérieur de la femme et *est une partie d'elle-même* »⁵.

2. P. 216 (Nos italiques).

3. À cet égard, M^e Bernardi attribue une importance démesurée au point de vue isolé de la juge Wilson dans l'affaire *R. c. Morgentaler* en le présentant comme « *l'état actuel du droit interne* qui reconnaît la liberté de choix de la femme en matière d'avortement » (p. 3, note 7).

4. P. 169 (Nos italiques).

5. P. 222 (Nos italiques). En fait, l'enfant à naître se développe à l'intérieur du corps de la femme dont il est distinct.

Elle utilisera aussi les termes « enfant à naître » et « mère » lorsqu'elle veut admettre le droit à des soins prénatals, et les termes « fœtus » et « femme » — comme si le lien de filiation avait soudain disparu! — lorsqu'elle veut affirmer le « droit » à l'avortement. Or ce choix de langage implique ordinairement une analyse ou une approche de droit civil ou de droit criminel⁶, ce que l'auteur confirme quand elle déclare adopter « la définition du "fœtus" proposée par la Commission de réforme du droit du Canada » dans l'ouvrage *Les crimes contre le fœtus*⁷.

De même, elle argumentera que « [...] ce droit à la santé assuré au fœtus s'exerce alors dans le [seul] cas où la grossesse n'est pas interrompue » (p. 92) mais, un peu plus tard, que « [s]a protection doit donc *nécessairement débiter au moment de la conception* et inclure la femme enceinte »⁸, une position plus conforme à sa conclusion précédente voulant que, « [p]uisque la survie de l'enfant est protégée dès la naissance en tant que droit fondamental dont dépend l'exercice de tous les autres droits, *la logique impose, à notre avis, que les étapes du développement fœtal précédant sa venue au monde le soient aussi* »⁹.

PERSONNE, « PERSONNE POTENTIELLE » OU « MATÉRIEL HUMAIN » ?

M^e Bernardi rappelle que l'enfant conçu¹⁰ mais non encore né qui subit un dommage est, en droit civil, « [...] considéré comme s'il avait déjà été né au moment de l'accident subi par sa mère. *Étant une personne aux yeux du droit civil, il est ainsi compris dans le terme « autrui »*, et est donc en droit d'intenter une action lorsqu'il naît vivant et viable, par le biais de son tuteur »¹¹. La plupart du temps cependant, elle décrit l'enfant à naître comme « potentiel de vie humaine »¹², « personne potentielle » ou « matériel humain » :

Au nom des principes éthiques et moraux universels, rien ne s'opposerait selon nous à ce que l'on considère le fœtus en tant que « personne potentielle » ou encore en tant que « matériel humain », sans que soit rattaché à cette reconnaissance les attributs de la personnalité juridique. [...] Cette approche a déjà été adoptée dans le cas des esclaves à qui nul statut juridique n'était accordé, ceux-ci n'étant qu'un

6. À ce sujet, voir P.-A. CRÉPEAU, « L'affaire *Daigle* et la Cour suprême du Canada ou la méconnaissance de la tradition civiliste », pp. 217-281 dans *Mélanges Germain Brière*, E. CAPARROS (dir.), Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1993; J. RHÉAUME, « *Daigle* : un oubli des questions de droit civil et constitutionnel? », (1990) 21 *R.G.D.* 151-167.

7. P. 11, note 20.

8. P. 96 (Nos italiques).

9. P. 51 (Nos italiques); voir p. 96 : « sous-ensemble fondamental des droits de l'enfant né, à titre de *continuité* de ses droits ».

10. S'il est facile de penser à un dommage prénatal subi par l'enfant *conçu*, il s'avère ardu d'imaginer un « dommage préconceptionnel » (p. 6 et fréquemment dans la deuxième partie de l'ouvrage, pp. 165-218) car, logiquement, l'enfant à naître n'existe pas avant la conception et la loi, si elle reconnaît des droits à l'enfant conçu mais non encore né, admet rarement l'attribution de droits aux personnes non encore individuellement conçues. On trouve cependant des textes qui réfèrent aux droits des générations *futures* , et par conséquent des personnes non encore conçues : voir par exemple la *Loi sur le ministère des forêts*, L.R.C. 1985, c. F-29.8, a. 2, la *Loi sur les musées*, L.R.C. 1985, c. M-13.4, a. 3, la *Loi sur les parcs nationaux*, L.R.C. 1985, c. N-14, a. 4, et la *Loi sur la Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie*, L.R.C. 1985, c. N-16, a. 2.

11. P. 194; voir aussi p. 185. Les italiques sont nôtres.

12. Voir par exemple pp. 137, 140, 155 et 215. Voir aussi p. 135, où l'embryon humain devient simplement des « tissus embryonnaires ».

bien, propriété de leurs maîtres, mais qui bénéficiaient tout de même de certains droits de par leur rattachement à la race humaine, ainsi qu'en raison du respect élémentaire voué à la vie.¹³

Nous pensons au contraire que, au nom des principes éthiques et moraux universels, *tout* — et en particulier le respect élémentaire voué à la race humaine et à la vie humaine — *s'oppose à ce que l'on considère l'enfant conçu et non encore né simplement comme « personne potentielle » ou, pire, « matériel humain » qu'une femme ou le personnel médical peut éliminer comme s'il s'agissait d'une tumeur cancéreuse dont la patiente est « propriétaire ».*

Il faut ajouter au crédit de l'auteur que, selon elle, cette qualification « potentiel de vie humaine » n'empêche pas « la reconnaissance du besoin de protection de l'enfant *avant* comme après sa naissance »¹⁴. Compte tenu du statut précaire donné à l'enfant à naître, le lecteur peut cependant demeurer sceptique quant à la valeur réelle de cette attribution de protection.

L'IMPACT DE LA CONVENTION SUR LE DROIT INTERNE

Comme l'affirme M^e Bernardi, « la garantie sanitaire offerte par l'article 24(2)(d) de la Convention, lue corrélativement avec le paragraphe 9 du préambule, assure sans contredit, sinon directement du moins indirectement, un droit à une protection de gestation décente pour l'enfant *in utero* » (pp. 124-125). L'existence et l'exercice de droit exigent néanmoins l'adoption, par le pays partie à la Convention, d'une législation appropriée à sa mise en œuvre¹⁵. Cette législation pourrait être de nature constitutionnelle, par exemple par l'ajout d'une disposition à la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou de nature statutaire ordinaire, comme la modification du *Code criminel*¹⁶ ou d'une autre loi fédérale ou même des lois provinciales.

À cet égard, l'auteur propose de ne pas recourir à la Charte canadienne (p. 140) et préconise plutôt le recours au droit pénal (p. 151). Elle suggère que le droit pénal joue à cet effet « un rôle symbolique » (p. 155), ce qui nous paraît largement insuffisant pour assurer efficacement à l'enfant à naître le « respect » voué à la vie humaine que l'auteur semble vouloir protéger, « notamment quant à l'expérimentation, l'exploitation commerciale et les mauvais traitements » (pp. 215-216).

La portée de ce « rôle symbolique » serait d'ailleurs très restreinte de l'avis de M^e Bernardi car « [l']imposition de sanctions criminelles à la femme pour usage de drogues pendant la grossesse constituerait l'antithèse de la volonté étatique de protection des droits de l'enfant à naître affirmée dans la *Convention rela-*

13. P. 13; voir aussi p. 55. À la page 156, la phrase « [...] le statut de l'enfant [né] est passé de propriété paternelle à valeur économique à celui de personne, valorisée et vulnérable » présentée en conclusion de la première partie amène le lecteur à constater que, pour l'auteur, l'enfant à naître est une propriété maternelle qui n'a pas encore accédé au statut de personne.

14. P. 137 (Nos italiques).

15. P. 140 : « l'absence de toute protection spécifique pour l'enfant à naître constitue, selon nous, une lacune majeure du droit canadien en rapport avec les obligations internationales contractées ».

16. Nous avons déjà mentionné, par exemple, qu'il faudrait avoir dans ce Code une nouvelle définition de « personne » : voir notre recension d'« Un virage à prendre en douceur : Rapport final de la Commission royale d'enquête sur les nouvelles technologies de reproduction », dans (1994) 26 R.D. d'Ottawa 677-688, p. 687.

tive aux droits de l'enfant » (pp. 217-218). Pourtant, lorsque l'on considère que l'État a déjà légiféré, d'une part pour empêcher la consommation de cigarettes dans les endroits où cela peut affecter le public et, d'autre part, pour prohiber l'usage de drogues par tout citoyen, ce qui comprend les femmes qu'elles soient ou non enceintes, l'on peut se demander pourquoi le législateur ne serait pas justifié, à plus forte raison, d'interdire l'usage de drogues par les femmes enceintes quand cette intervention législative a pour but et effet directs et principaux de protéger la santé des enfants à naître?

CONCLUSION

Par souci de reconnaître un « droit à l'avortement », M^e Bernardi affirme qu'il ne faut pas accorder de personnalité juridique au fœtus, qu'il faut accorder priorité à la liberté de la mère sur la vie du fœtus¹⁷ et que le père a tout au plus un rôle effacé de nature morale et financière. Par son désir de donner un sens et une portée au préambule et à l'article 24(2)(d) de la *Convention des droits de l'enfant*, elle déclare que les États parties à la Convention ont « un devoir de protection du fœtus » (p. 222) et estime nécessaire une législation qui protégerait l'embryon et le fœtus contre l'expérimentation et les mauvais traitements (pp. 140, 155 et 176).

Face au droit interne de chaque État, le droit à la santé de l'enfant à naître visé par la *Convention relative aux droits de l'enfant* demeure donc aléatoire. Il revient aux juristes de mettre en place le cadre conceptuel cohérent qui permettra de le reconnaître et de le protéger efficacement.

Jean Rhéaume
351, boul. St-Joseph
6^e étage
HULL (Québec) K1A 0H3
Tél. : (613) 953-0783
Télec. : (613) 953-9110

17. Voir par exemple pp. 118 et 140.