

## Les Cahiers de droit

# Le Dr Morgentaler devant la Cour d'appel

Michèle Rivet



Volume 15, numéro 4, 1974

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/041997ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/041997ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Rivet, M. (1974). Le Dr Morgentaler devant la Cour d'appel. *Les Cahiers de droit*, 15(4), 889–896. <https://doi.org/10.7202/041997ar>

## Chronique de jurisprudence

---

### Le Dr Morgentaler devant la Cour d'appel

Michèle RIVET \*

Récemment, le Dr Morgentaler était trouvé coupable par la Cour d'appel du Québec d'avoir le 15 août 1973 « avec l'intention de provoquer l'avortement d'une personne de sexe féminin, employé quelque moyen pour réaliser son intention à savoir la manipulation et l'emploi d'un instrument »<sup>1</sup>. La décision de la Cour d'appel cassait ainsi celle de première instance qui avait acquitté le prévenu.

Le Dr Morgentaler ne s'était jamais caché<sup>2</sup> d'avoir pratiqué des avortements. Il avait toujours soutenu qu'une mauvaise application de la loi<sup>3</sup> notamment l'absence de comités thérapeutiques dans les hôpitaux<sup>4</sup> l'autorisait, en quelque sorte, à pratiquer des avortements.

Sur ce point, le Dr Morgentaler semble en effet avoir raison. Un *Dossier sur l'avortement*<sup>5</sup> remis au ministre des Affaires sociales le 26 novembre 1973 par le président du Conseil des affaires sociales et de la famille en témoigne.

---

\* Avocat, professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

1. *Sa Majesté la Reine v. Henry Morgentaler*, Cour d'appel, district de Montréal, n° 10-000289-73, décision unanime des juges Casey, Rinfret, Crête, Bélanger et Dubé.
2. Voir : « Un médecin avoue avoir pratiqué 5,000 avortements au Québec », *Le Soleil*, jeudi 29 mars 1973, p. 10.
3. *Loi de 1968-1969 modifiant le droit pénal*, 17-18 Eliz. II, S. Can. 1968-1969, ch. 38 ; La Loi canadienne a donné lieu à plusieurs commentaires et critiques. Entre autres, écrit dans cette revue, nous nous permettons de citer notre texte : *quelques réflexions sur le droit à l'avortement dans le monde anglo-saxon*, (1972) 13 C. de D. 591.
4. L'art. 251 al. 4 du *Code criminel* édicte : « 4 les paragraphes (1) et (2) (qui déclarent qu'avorter quelqu'un est un acte criminel) ne s'appliquent pas a) à un médecin qualifié, autre qu'un membre d'un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital, qui emploie de bonne foi, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen pour réaliser son intention de procurer l'avortement d'une personne de sexe féminin, ou b) à une personne du sexe féminin qui, étant enceinte, permet à un médecin qualifié d'employer, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen mentionné à l'alinéa a) aux fins de réaliser son intention d'obtenir son propre avortement si, avant que ces moyens ne soient employés, le comité de l'avortement thérapeutique de cet hôpital accrédité ou approuvé, par décision de la majorité des membres du comité au cours de laquelle le cas de cette personne du sexe féminin a été examiné — c) a déclaré par certificat qu'à son avis la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière, et d) a fait remettre une copie de ce certificat au médecin qualifié. »

La liste d'hôpitaux ayant formé des comités thérapeutiques et le nombre d'avortements autorisés sont très peu nombreux<sup>6</sup>. Le phénomène de l'avortement présente indiscutablement plusieurs dimensions et est d'ailleurs l'objet d'études et de réflexions<sup>7</sup>.

5. Conseil des Affaires sociales et de la famille, *Dossier sur l'avortement*, « Contribution du CASF à une information et une réflexion collective sur un problème d'actualité », Québec, 1974, Éditeur officiel du Québec, 48 pp. ; ce dossier trace un profil actuel de l'avortement au Québec, dit quelques mots sur la loi canadienne, signale l'évolution des comportements et des attitudes face à l'avortement (population féminine, médecins, travailleurs sociaux, conseillers sociaux et psychologiques, hôpitaux catholiques) et note les constats et recommandations exprimées par divers organismes d'études et de planification sociale sur le problème de l'avortement (Conseil canadien de développement social, commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada, Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social, ex-centre de planning familial du Québec, Fédération pour la planification familiale du Canada et Comité d'étude de la mortalité périnatale du Québec). Enfin, le Conseil tire un certain nombre de conclusions.
6. *Dossier sur l'avortement*, *op. cit.*, à la p. 46. Le tableau présente les statistiques pour l'année 1972 :

Villes (nombre d'hôpitaux)	Hôpitaux francophones (nombre d'avortements)	Hôpitaux anglophones (nombre d'avortements)
Montréal (1)	Maisonneuve (29) Notre-Dame (98) Fleury (4) Hôtel-Dieu (0) ** Ste-Jeanne D'Arc (1)	Queen Elizabeth (25) Catherine Booth (710) Jewish General (548) Lachine General (2) Montreal General (1078) Reddy Memorial (346) Royal Victoria (49) Lakeshore General (11)
St-Hyacinthe (1)	Honoré Mercier (0)	
Huntingdon (1)		Huntingdon County General (0)
Ormstown		
Châteauguay (1)		The Barrie Memorial (2)
Sherbrooke (2)	Clinique de l'Université de Sherbrooke (5)	Sherbrooke General (11)
Maniwaki (1)	St-Joseph (0)	
Québec (2)	Hôtel-Dieu (0) Laval (0)	
Baie Comeau (1)	Hôpital Général (0)	
Sept-Îles (1)	Sept-Îles (0)	

Source: ministère des Affaires sociales.

\* Dans certains cas, le nombre des avortements obtenus par le ministère des Affaires sociales diffère de celui fourni par les hôpitaux eux-mêmes.

\*\* L'hôpital dit n'avoir jamais eu de comité.

7. Ainsi, la Faculté de théologie de l'Université Laval, au trimestre d'hiver 1974, organisait une recherche sur le phénomène de l'avortement en adoptant une démarche multidisciplinaire. L'équipe de chercheurs fit appel à des personnes-ressources lorsqu'il s'est agi de traiter des points de vue médical, psychologique et psychiatrique, biologique et juridique.

Que dire par exemple d'une loi qui fonctionne parfois arbitrairement et restrictivement<sup>8</sup> mais dont peuvent cependant se prévaloir les mineurs de 14 ans et plus aux termes de l'article 36 de la *Loi de la protection de la santé publique*?<sup>9</sup>

Notre intention n'est ici que de reprendre une toute petite pièce de cette mosaïque: *celle des arguments apportés par le Dr Morgentaler aux juges de la Cour d'appel pour soutenir la légalité des avortements pratiqués et la manière dont ils ont été accueillis par cette Cour.*

Les procureurs du Dr Morgentaler ont porté sa cause devant la Cour suprême<sup>10</sup>; quelle que soit la décision de la Cour suprême, nous pensons que le jugement québécois, longuement fouillé<sup>11</sup>, mérite d'être analysé.

Le motif principal d'appel consiste dans l'erreur de droit que le premier juge aurait commise en ne restreignant pas les moyens de défense ouverts à l'intimé à ceux formulés dans le paragraphe (4) de l'art. 251 et en décidant que le moyen de défense prévu à l'article 45 du *Code criminel* pouvait être invoqué<sup>12</sup> à l'encontre de l'avortement et en soumettant ce moyen de défense au jury. Les procureurs de l'intimé se sont également servis de la défense de nécessité. Nous étudierons ces deux séries d'arguments à tour de rôle.

---

8. Voir note 6.

9. 1972, L.Q., ch. 42.

L'art. 36 stipule que: « Un établissement ou un médecin peut fournir les soins ou traitements requis par l'état de santé d'un mineur âgé de quatorze ans ou plus, avec le consentement de celui-ci, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement du titulaire de l'autorité paternelle; l'établissement ou le médecin doit toutefois avertir le titulaire de l'autorité paternelle en cas d'hébergement pendant plus de douze heures ou de traitements prolongés.

Lorsqu'un mineur est âgé de moins de quatorze ans, le consentement du titulaire de l'autorité paternelle doit être obtenu; toutefois, en cas d'impossibilité d'obtenir ce consentement ou lorsque le refus du titulaire de l'autorité paternelle n'est pas justifié par le meilleur intérêt de l'enfant, un juge de la Cour supérieure peut autoriser les soins ou traitements.

Pour une étude des différentes transformations que cet article a connues avant de devenir texte de loi, voir: P. A. Crépeau, *Le consentement d'un mineur en matière de soins et traitements médicaux ou chirurgicaux selon le droit civil canadien*, (1974) 52 R. du B. Can. 247, aux pp. 252 et 253.

10. L'appel a été entendu au début du mois d'octobre 1974; la décision a été prise en délibéré le 7 octobre.

11. Décision dactylographiée de 53 pp.

12. L'art. 45 du *C.cr.* se lit comme suit: « Toute personne est à couvert de responsabilité criminelle lorsqu'elle pratique sur une autre, pour le bien de cette dernière, une opération chirurgicale, a) si l'opération est pratiquée avec des soins et une habileté raisonnables b) s'il est raisonnable de pratiquer l'opération étant donné l'état de santé de la personne au moment de l'opération et toutes les autres circonstances de l'espèce. »

**I - L'article 45 du Code criminel constitue-t-il un moyen de défense permis à l'encontre d'une accusation d'avortement ?**

Dans son mémoire, le ministère public résume sa position en disant <sup>13</sup> : « Nous prétendons respectueusement que les moyens d'exception contenus aux paragraphes 4, 5 et ss. de l'art. 251 du *C.cr.* constituent la seule défense possible à une plainte d'avortement selon notre droit. Il faut se rappeler que ces articles n'existaient pas avant le Bill omnibus de 1969. Or, nous demandons la question : pourquoi le législateur, en voulant libéraliser la Loi de l'avortement, aurait-il ajouté ces paragraphes 4 et 5 à l'article 251 du *C.cr.* s'il s'était avéré qu'une défense existait déjà depuis longtemps prévue à l'art. 45 du *C.Cr.* ... La prétention du ministère public est à l'effet que l'article 45 du *C.cr.* vise essentiellement à protéger un médecin ou toute autre personne qui pratique une opération chirurgicale dans les circonstances énoncées contre une accusation de négligence criminelle. »

Par contre, la position de l'intimé est ainsi résumée par le juge Bélanger <sup>14</sup> : « Depuis le premier *Code criminel*, le Parlement a adopté simultanément des dispositions prohibant l'avortement et permettant la défense décrite à l'article 45. En amendant sa disposition relative à la prohibition de l'avortement de façon à reconnaître les exceptions décrites au paragraphe (4) de l'article 251 du *Code criminel*, le Parlement n'a pas jugé à propos de rendre cette défense inapplicable aux inculpations d'avortement. L'article 45 a été placé parmi les dispositions générales du *Code criminel* s'appliquant à toutes les parties du *Code*. Voici comment le procureur de l'intimé décrit dans son mémoire ce qu'il appelle *the true scope and limitations of this Defense* :

« A defense based on Section 45 imposes on the accused the burden of establishing all of the following facts :

1. that the incriminated act was a surgical operation ;
2. that it was « for the benefit of (the) person » on whom it was performed ;
3. that it was performed with reasonable care and skill ;
4. that it was reasonable to perform the operation, « having regard to the state of health of the person at the time and to all the circumstances of the case ». »

Et selon le juge de première instance : <sup>15</sup>

« J'ajouterais à ceci que l'article deux cent cinquante et un (251) paragraphe quatre (4) crée une espèce de défense par anticipation, tandis que l'article quarante-cinq (45) crée une défense qui est disponible seulement au procès, c'est-à-dire, le paragraphe quatre (4) de deux cent cinquante et un (251) permet au médecin, de s'assurer d'avance, qu'il ne sera pas poursuivi, ou s'il est poursuivi, qu'il aurait une défense qui serait cent pour cent (100%) certaine. Je crois que c'est évident, que la défense basée sur quarante-cinq (45) est loin d'être cent pour cent (100%) certaine !

13. Mémoire de l'appelant dont certains extraits ont été repris par le juge Bélanger aux pages 4 et suivantes de sa décision.

14. La position de l'intimé est résumée par le juge Bélanger aux pages 6 et 7 de sa décision.

15. D.C., vol. 12, p. 2346.

... et un peu plus loin il ajoute :

« La défense, l'article quarante-cinq (45), en est une qui est difficile. M<sup>e</sup> Sheppard peut en témoigner ; mais il faut tout de même rendre compte, aussi, des changements dans la Science Médicale et dans la Pratique Médicale. Ce n'est pas la loi qui a changé mais les faits auxquels la loi s'applique ont changé. Autrefois, si je ne m'abuse, les médecins n'acceptaient jamais de pratiquer un avortement sous les conditions médicales. Un avortement qui pourrait même espérer rencontrer les conditions de l'article quarante-cinq (45). Aujourd'hui, ils le font, et s'ils le font sans prendre, sans s'assurer d'avance de la défense prévue dans le paragraphe quatre (4) de l'article deux cent cinquante et un (251), ils le font évidemment à leur risque.

Comment la Cour d'appel a-t-elle reçu cet argument ?

Une des difficultés d'interprétation de l'art. 45 du *C.cr.* provient en partie du fait qu'il n'a donné lieu à aucune interprétation jurisprudentielle.

Les juges ont rejeté cette défense en analysant, dans leur contexte, l'art. 45 du Code criminel et les articles du Code relatifs à l'avortement.

Avant 1969<sup>16</sup> l'art. 237<sup>17</sup> interdisait l'avortement. L'article 45 constituait-il alors une défense valable ? Comme le souligne, entre autres, le juge Dubé<sup>18</sup>, si le législateur avait voulu que l'article 45 du *C.cr.* serve de défense à une accusation d'avortement, il aurait été logique qu'il s'assure que cette défense soit disponible à tous les cas d'avortement : « Pourquoi le médecin pratiquant l'avortement par opération chirurgicale bénéficierait-il grâce à l'art. 45 du *C.cr.* d'une défense plus facile que celui pratiquant l'avortement au moyen d'un médicament, lequel n'aurait pour se disculper que la défense de nécessité, laquelle est beaucoup plus difficile à établir ? »

Par ailleurs, comme le note le juge Bélanger<sup>19</sup> :

« Toutes ces considérations m'amènent à la conclusion que la défense de l'article 45 du *Code criminel* ne pouvait pas être invoquée avant les amendements de 1969 par celui qui était inculpé de l'infraction d'avortement. Je me refuse à attribuer au législateur un illogisme aussi flagrant que d'une part, prohiber l'avortement et le tenir pour un acte criminel de même que celui de causer la mort d'un enfant qui n'est pas devenu un être humain, ne faisant une réserve que dans le cas où la mort a été causée de bonne foi pour sauver la vie de la mère et, d'autre part, dans le seul cas où l'avortement a été procuré par le moyen d'une opération chirurgicale, d'admettre comme défense qu'on a satisfait les conditions auxquelles un acte non prohibé ne fait pas encourir de responsabilité criminelle. Alors que dans une partie du *Code*, l'attentat à la vie d'un enfant qui n'est pas devenu un être humain serait une infraction à moins que ce ne soit nécessaire pour sauver la vie de la mère, dans une autre partie il suffirait que la mort soit le résultat d'une opération chirurgicale pour le bien de la patiente, s'il est raisonnable de pratiquer l'opération étant donné l'état de santé de la personne au moment de l'opération et toutes les autres circonstances de l'espèce. Je suis d'avis que l'article 45 était nécessaire comme mesure de contrôle des opérations chirurgicales qui ne concernent que la personne sur laquelle elles sont pratiquées, non pas dans le cas d'avortement que le législateur n'a pas placé sur le même pied. »

16. Alors que la Loi sur l'avortement fut modifiée, voir *supra* note (4).

17. Devenu lors de la refonte de 1970, l'art. 251.

18. Aux pages 2 et 3 de sa décision.

19. À la page 16 de sa décision.

Depuis 1969, la *Loi sur l'avortement* a été libéralisée; mais pas plus qu'avant 1969, l'art. 45 ne peut être utilisé comme le prétendent les procureurs de l'intimé.

C'est toute l'économie des deux séries d'articles du Code criminel qu'il faut regarder; et les arguments avancés par les juges de la Cour d'appel se résument ainsi:

on ne peut offrir, grâce à l'article 45, une défense supplémentaire au médecin pratiquant un avortement et ne pas permettre une telle défense à toute personne pratiquant un avortement<sup>20</sup> aux termes de l'article 251;

de plus, le *Code criminel* fait une distinction très nette entre l'expression « opération chirurgicale » et l'expression « avortement »: « la première étant une expression neutre en soi quant à sa qualité criminelle, l'autre au contraire étant un crime (sauf évidemment si pratiqué conformément aux exceptions prévues au sous-paragraphe 4 de l'article 251 du *C.cr.*) »<sup>21</sup>;

enfin, l'article 45 du *C.cr.* pourrait s'appliquer à l'avortement, lorsque le médecin se serait d'abord soumis aux conditions imposées par l'art. 251 (4), mais dont l'acte médical pourrait néanmoins être attaqué<sup>22</sup>.

## II - La défense de « nécessité » pouvait-elle s'appliquer au Dr Morgentaler ?

Les procureurs de l'intimé ont également tenté de faire valoir la défense de nécessité. Brièvement, nous tenterons d'analyser ce qu'il faut entendre par ce concept en droit criminel, pour ensuite voir l'application qui en a été faite en droit anglais en matière d'avortement; nous noterons ensuite l'attitude des juges de la Cour d'appel devant les faits soumis.

Permise aux termes de l'art. 7(3) du *Code criminel*, cette défense est étudiée par tous les auteurs en droit anglais<sup>23</sup>. Comme le note le juge Casey<sup>24</sup>: « *if a person has to choose between committing a crime or suffering*

20. Le juge DUBÉ, à la page 3; le juge RINFRET à la page 4 de sa décision précise:

« Je n'accepterais pourtant pas au point de vue légal que puisse se prévaloir de la protection de l'art. 45, un chirurgien ou un médecin qui, délibérément, irait ouvrir un bureau ou une clinique d'avortement dans un endroit éloigné, privé des services que prévoit l'art. 251 paragraphe 4, dans le but d'y recevoir des jeunes filles ou jeunes femmes venant de centres où tels services existent.

Approuver la théorie exposée par l'intimé à l'effet que « toute personne » (c'est le texte de l'article) qu'elle soit chirurgien, médecin ou non, « est à couvert de responsabilité criminelle » lorsqu'elle pratique, en n'importe quelle occurrence, sur une autre, pour le bien possible de cette dernière, un avortement, ce serait ouvrir la porte toute grande, à l'utilisation de cette défense tout à fait spéciale et restrictive, à tout individu ou avorteur professionnel, qui se croirait à couvert de toute responsabilité criminelle, si, dans sa sagesse, à tort ou à raison, il jugeait par lui-même, que l'état de santé de la personne est tel qu'il y a lieu à intervention. »

21. Le juge DUBÉ, à la page 3.

22. Nous pensons par exemple aux hypothèses où la patiente décéderait ou subirait quelque préjudice à la suite de l'avortement.

23. Les juges de la Cour d'appel mentionnent spécifiquement: *Harris Criminal Law* (21<sup>e</sup> éd.), p. 103 *et sequi*.

24. À la page 2 de sa décision.

*to himself or to others whom he has the duty to protect, a grave end, he may commit the crime provided that he does not thereby affect the equal rights of others. This as I understand it is the common law defence of necessity.*

Le droit anglais de l'avortement antérieur à 1967<sup>25</sup> avait, à travers la jurisprudence<sup>26</sup>, permis l'avortement lorsque la continuation de la grossesse mettait en danger la vie ou la santé de la mère, termes que le législateur canadien faisait siens lors de la réforme de 1969. Pour établir ce qu'il fallait entendre par « la vie ou la santé de la mère » avait-on tenu compte de la « nécessité » de l'intervention ?

« Since the decision in *Bourne*, this fact has become clearer, and it was accepted by Ashworth J. in his direction to the jury in the (unfortunately, unreported) case of *Newton* (1958). The direction was that termination of pregnancy was lawful to preserve the mother's life or health; and the learned judge expressly included not only physical but mental health. Hence it is now clear that a termination of pregnancy may lawfully be performed on wider grounds than that mentioned in the Infant Life Preservation Act. The case is one in which the doctrine of necessity has been used to secure an important revision in the law, when the culpable inactivity of the Government and Parliament left the judges with hardly any alternative. »<sup>27</sup>

Mais le juge Bélanger<sup>28</sup> note que la défense de nécessité doit être articulée en relation avec les articles du *Code criminel* canadien et notamment que « l'accusé doit prouver que sa décision de procurer l'avortement sans respecter les conditions de l'art. 251 (4) du Code criminel a été prise de bonne foi (notamment) :

— ...

— ...

— *vu qu'il était convaincu pour des raisons sérieuses, de l'impossibilité que les conditions de l'art. 251 (4) soient observées et de la nécessité que l'avortement soit procuré à l'endroit, au moment et dans les conditions où il l'a été. »*

Quatre des cinq juges de la Cour qui ont étudié ce point précis<sup>29</sup> ont nié qu'il ait existé quelque fait qui ait pu justifier de cet état de nécessité. Entre autres, le Dr Morgentaler n'eut avec sa patiente qu'une conversation de quelques minutes où il fut entre autres question d'honoraires; quant à l'affirmation de détresse faite généralement par les patientes, le Dr Morgentaler nota en contre-interrogatoire<sup>30</sup>.

« Non ça s'est fait graduellement, à un certain moment, j'ai décidé de ne pas refuser des requêtes raisonnables, d'avortements, ça veut dire que je continuais avec ma pratique générale, et puis quand les femmes arrivaient au bureau me disant : « Docteur je suis en détresse, je suis dans le désespoir, je suis enceinte, je ne peux pas continuer avec cette grossesse », j'avais décidé de les aider, et je les aidais. »

25. Année où le droit anglais fut modifié par le *Abortion Act*, 1967, c. 87, adopté le 27 octobre 1967 et entré en vigueur le 27 avril 1968.

26. *R. v. Bourne*, (1939) 1 K.B. 687 et *R. v. Newton and Steingo*, (1958) C.L.R. 469.

27. GLANVILLE, Williams, *Criminal Law*, The General Part, (2<sup>e</sup> éd.) à la page 730.

28. À la page 25 de sa décision.

29. Le juge CRÉTE aux pages 1 et 2 de sa décision, le juge RINFRET à la page 7, le juge CASEY à la page 7 et le juge BÉLANGER aux pages 28 et 29.



La défense de nécessité apparut somme toute aux juges de la Cour d'appel ne présenter aucun fondement.

Plus attentive a été leur étude du motif de défense fondé sur l'article 45 du *C.cr.* Comme le note le juge Bélanger<sup>31</sup> : « Le rôle des tribunaux se borne à appliquer les lois en les interprétant conformément à l'intention du législateur qui en découle... (et) le moyen de défense de l'art. 45 ne pouvait être invoqué et soumis au jury ».

Il restait à la Cour d'appel à ordonner un nouveau procès devant jury ou à condamner le Dr Morgentaler. Elle a opté pour la seconde solution.

---

30. D.C. p. 1865.

31. À la page 20 de sa décision.