

## 28. LIBERTÉS PUBLIQUES

François Chevrette et Herbert Marx, avocats, professeurs  
à la Faculté de Droit de l'Université de Montréal.

*L'affaire Morgentaler: Quelques réflexions.*

Litige de droit criminel avant toute chose, la désormais célèbre affaire *Morgentaler* est quand même loin d'être sans rapport avec le droit des libertés publiques. La liaison vient de ce que du côté de la défense on y a beaucoup, quoique sans succès aucun, invoqué la *Déclaration canadienne des droits*; elle vient aussi, et tout autant à notre avis, de la nature profonde de la question en litige et de ces valeurs fondamentales qui font l'enjeu de l'important débat contemporain au sujet de l'avortement.

Suite à une accusation d'avortement (art. 251.(1) C.cr.) portée directement par le procureur général et sans enquête préliminaire préalable (art. 507.(3) C.cr.), le docteur Henry Morgentaler subit son procès devant juge et jury. Il fut acquitté. La Couronne en appela au motif principal (de droit; art. 605.(1)a C.cr.) que deux défenses — la défense de nécessité de *common law* (art. 7.(3) C.cr.) et la défense de justification d'opération chirurgicale (art. 45 C.cr.), — jugées recevables au cas d'accusation d'avortement par le juge de première instance (juge Hugesen), ne l'étaient pas légalement, ou que si elles l'étaient il y avait en l'instance absence totale de preuve de leurs éléments constitutifs. A l'unanimité de ses cinq juges, la Cour d'appel du Québec

consigna un verdict de culpabilité (art. 613.(4) C.cr.).<sup>1</sup> Pour les cinq il y avait absence de preuve d'état de nécessité; quant à la défense de l'article 45 elle fut jugée irrecevable en principe par trois d'entre eux (juges Bélanger, Crête et Dubé), les deux autres la rejetant pour absence de preuve (juges Casey et Rinfret). Ce jugement fut confirmé en Cour suprême.<sup>2</sup> Le juge Pigeon, dont quatre de ses collègues partagèrent l'avis (parmi lesquels le juge Dickson, qui exprima cependant ses propres motifs), rendit une opinion dans le même sens que les juges Bélanger, Crête et Dubé de la Cour d'appel. L'opinion dissidente du juge en chef Laskin, partagée par les juges Judson et Spence, conclut à la recevabilité des deux défenses évoquées plus haut et à l'existence dans l'un et l'autre cas d'une preuve *prima facie*, d'où rétablissement du verdict premier d'acquiescement. De tous, le juge en chef Laskin fut le seul à exposer ses motifs de rejet de l'argumentation constitutionnelle de l'accusé de même que de son argumentation fondée sur la *Déclaration canadienne des droits*. Commençons par là.

L'argumentation proprement constitutionnelle de la défense fut à l'effet que la prohibition de l'avortement, parce que historiquement destinée à protéger la vie et la santé de la femme enceinte, aurait aujourd'hui perdu sa nature criminelle, compte tenu du perfectionnement des techniques médi-

(1) *R. v. Morgentaler* [1974] C.A. 129.

(2) *Morgentaler v. R.*, jugement prononcé le 26 mars 1975.

cales; avec le résultat que la compétence législative fédérale en la matière n'aurait plus de nos jours de justification. Cela fut rejeté par le juge Hugessen<sup>3</sup> et par le juge en chef Laskin, à peu près dans les mêmes termes dans les deux cas et à bon droit à notre avis. Ce n'est pas en effet que la compétence fédérale sur le droit criminel (art. 91,27 A.A.N.B.) ait un contenu statique et figé. Bien au contraire. Elle est extensible, de façon à permettre à Ottawa de prohiber certains *maux publics*, la pollution par exemple, par des mesures qui à une autre époque auraient été jugées comme de caractère simplement local. Elle peut à l'inverse, et cela est moins connu, se rétrécir avec l'évolution des techniques, comme lorsque la prohibition de fabrication et de vente d'un produit alimentaire, initialement posée pour des motifs de santé, ne devint par la suite qu'une prohibition commerciale vu l'amélioration des méthodes de composition et de production.<sup>4</sup> Mais on est forcé d'admettre qu'il n'en va pas ainsi en matière d'avortement, tant il est évident, comme le montrent à souhait les débats actuels, que si l'objectif de protection de la vie de la mère a beaucoup diminué d'importance il en reste un autre: la vie de l'enfant. Et c'est là à n'en pas douter une matière pouvant faire l'objet de la compétence fédérale sur le droit criminel, le fait qu'elle se soit substituée à l'objectif premier n'ayant guère de pertinence au plan constitutionnel. A notre avis

il n'aurait pas été conforme à la réalité des choses, des mentalités et des opinions de décider autrement, tout cela sans égard bien entendu à la sagesse ou à l'opportunité du droit criminel actuel en matière d'avortement.

Plus importants nous sont apparus certains arguments tirés de la *Déclaration canadienne des droits*. On sait qu'au centre du débat actuel sur l'avortement s'insèrent des statistiques fort significatives sur le nombre de comités de l'avortement thérapeutique en milieu hospitalier et sur les décisions prises par eux (art. 251.(4) C.cr.). Ces statistiques révéleraient, à la fois quant au nombre de ces comités et aux décisions qu'ils prennent, une disparité très considérable entre le Québec et certaines autres provinces et à l'intérieur même du Québec entre les milieux hospitaliers francophones et anglophones de même qu'entre la région de Montréal et le reste de la province. Beau cas d'inégalité devant la loi, territoriale et financière, si l'on considère les frais, de déplacement et médicaux, encourus pour un avortement que l'on ne peut obtenir que loin de chez soi, et bien aisément à New York ou ailleurs en dehors du pays.<sup>5</sup> Dans une telle perspective on comprend l'allégation de la défense à l'effet que dans son application effective l'article 251.(4) C.cr. irait à l'encontre de la clause d'égalité devant la loi de la *Déclaration* (art. 1, b). On comprend aussi à vrai dire la motivation du refus du

juge en chef Laskin d'y faire droit.<sup>6</sup> Pour ce dernier en effet l'acceptation de l'argument de la défense l'aurait mis devant l'alternative suivante: ou bien rendre inopérante la disposition sur l'avortement thérapeutique (et l'article 251 dans son ensemble en tant qu'indivisible du 4ième alinéa), résultat d'autant plus discutable que la disposition dans son texte ne fait aucune référence à quelque critère inégalitaire ou discriminatoire; ou bien transférer au pouvoir judiciaire la responsabilité de voir à une correcte répartition sur un territoire donné des comités de l'avortement thérapeutique ainsi que de l'équipement hospitalier et du personnel médical requis à cette fin, rôle faisant appel, cela est assez évident, à des *judicially unmanageable standards*. En réalité les déplorables disparités auxquelles il a été fait allusion plus haut dérivent du choix fait par le Parlement de déléguer la responsabilité de procéder à l'avortement thérapeutique à des hôpitaux, par l'intermédiaire de comités dont la création relève de leur discrétion. D'une telle politique les statistiques nous montrent les résultats inquiétants. C'était trop demander aux juges de lui en substituer une autre par le détournement d'une simple clause de la *Déclaration*. Le juge en chef Laskin s'y est refusé à bon droit. Au lieu de faire de la politique législative, il a préféré faire de la politique judiciaire, et de la bonne, par l'acceptation de la défense fondée sur l'article 45 C.cr. Nous y reviendrons.

Quelques mots encore de la *Déclaration*, même si la majorité de la Cour suprême n'a pas jugé utile de consigner les motifs de rejet des arguments qui en dériveraient!

Toujours en référence au jugement du juge en chef Laskin, passons sur l'évidente proposition à l'effet qu'une identité dans les termes entre la Déclaration américaine et celle d'ici ne saurait entraîner automatiquement la réception au Canada des interprétations jurisprudentielles américaines; personne ne s'attendait à ce que nos tribunaux soient disposés, sous l'autorité d'une déclaration des droits n'ayant pas comme le rappelle le juge en chef Laskin une valeur proprement constitutionnelle, à diviser la durée de la grossesse en «zones d'intérêt», comme ce fut le cas aux Etats-Unis. Passons encore sur le rejet de l'argument de la difficulté de se faire avorter en tant que traitement cruel et inusité (art. 2 b), du droit à une audition impartiale devant le comité de l'avortement thérapeutique (art. 2e), etc. Il reste l'allégation, importante à notre avis, du caractère vague et mal défini du critère édicté par le Code criminel (art. 251.(4)) selon lequel le comité doit être d'avis que la continuation de la grossesse «mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé» de la mère. Le juge en chef Laskin est d'avis qu'il s'agit là d'un *manageable standard* pour des médecins qualifiés. Est-ce si certain? Les disparités que nous évoquons plus haut tiennent sans doute à plusieurs facteurs. L'un de ceux-ci peut être le sens incertain et variable suivant les milieux de ce critère, dont l'interprétation peut devenir très restrictive surtout quand cela se double de réticences religieuses et institutionnelles. A ce titre, peut-être aurait-il été opportun pour la cour de tirer prétexte de l'argument soumis non pas pour rendre inopérant le critère

(3) *R. v. Morgentaler (no 1)* (1974) 42 D.L.R. (3d) 424.

(4) *Reference re Validity of s.5(a) of Dairy Industry Act* (Margarine Case), [1951] A.C. 159, confirmant [1949] R.C.S. 1.

(5) *La société québécoise face à l'avortement*, Leméac, Montréal, 1974. Aussi et entre autres l'intéressant article du Dr Pierre Viens, *Le Devoir*, lundi 7 avril 1975, p. 5.

(6) Le juge Hugessen avait opposé le même refus pour des motifs pratiquement identiques. *Supra*, note 3, p. 429.

du Code mais pour en éclaircir le sens.<sup>7</sup> A défaut par la cour de pouvoir enjoindre aux hôpitaux de mettre sur pied des comités de l'avortement thérapeutique — la loi ne les y contraint aucunement — et de faire bénéficier la population de la levée d'interdit que comporte l'article 251, on aurait quand même aimé que celle-ci brosse un tableau, statistiques à l'appui, de la situation actuelle en matière d'avortement et que sans changer le droit elle l'éclaircisse. Certes les faits du litige ne l'y obligeaient aucunement, l'acte reproché à l'accusé n'ayant rien à voir avec l'avortement thérapeutique autorisé par le Code. C'eût été de l'*obiter dictum*, et trop en dire est souvent aussi périlleux que de n'en pas dire assez. Il demeure toutefois que l'avortement est une question grave et déchirante dans notre société. Rien ne le fait voir dans le jugement. On comprend avec le juge Dickson, qui met sur cela beaucoup d'emphase, que c'est au Parlement à édicter la règle de droit, les cours ayant pour tâche de l'appliquer. Mais la dichotomie serait-elle nette et tranchée au point d'empêcher ces dernières de proposer des interprétations, voire de formuler certains souhaits, de façon à ce que l'application des lois devienne plus égalitaire et que les cours de justice donnent l'impression d'une plus forte conscience des réalités?

Un des mérites d'une déclaration des droits, et cela à cause même du caractère très général et très

«programmatif» si l'on peut dire des valeurs qu'elle garantit, est d'inciter les tribunaux à faire montre de plus de politique judiciaire et à aller au delà des acrobaties d'interprétation de texte et des oracles jurisprudentiels centenaires. Procédons par un exemple tiré de l'affaire *Morgentaler*, en présentant l'exemple choisi sous forme d'interrogation. Dans la présente affaire, on l'a mentionné plus haut, la Cour d'appel du Québec a renversé à l'unanimité le verdict d'acquiescement et au lieu, comme on le fait toujours, d'ordonner un nouveau procès elle a consigné un verdict de culpabilité. Après une fort longue analyse statutaire, le juge Pigeon conclut, et le juge Laskin est aussi de cet avis, que pareille façon de faire était autorisée, quoique inédite, contraire à la tradition du *common law* et qu'on doive en user avec grande circonspection. En pareille occurrence et pour des raisons qui nous sembleraient être de bonne politique judiciaire, n'aurait-il pas été possible de reconnaître comme garanti par le «*due process of law*» (art. 1 a de la *Déclaration*) ou encore comme «principe de justice fondamentale» (art. 2e) le droit de toute personne ayant subi son procès devant jury de n'être condamné que par lui, avec le résultat que l'article 614, 4 b) i), interprété à la lumière des principes qui précèdent, serait devenu applicable au seul cas de procès devant juge seul? Le juge Pigeon a déjà fait valoir l'utilité de la *Déclaration* même en tant

que simple règle d'interprétation.<sup>8</sup> Le juge en chef Laskin pour sa part a souvent mis l'accent, et notamment dans la présente affaire, sur le caractère primordialement procédural de plusieurs de ses garanties. En l'instance on était précisément en présence d'une question de procédure, où la seule logique du texte conduisait cependant à un résultat non conforme au rôle traditionnel de l'institution vénérable du procès par jury. Pourquoi l'histoire et la tradition n'auraient-elles pas servi, la *Déclaration* à l'appui, à interpréter un texte comme leur demeurant conforme, alors que l'histoire et la tradition ont pourtant plus d'une fois servi à rejeter une argumentation dérivée de la *Déclaration* parce qu'elle ne l'était pas?<sup>9</sup>

Mais pourquoi la nécessité d'un nouveau procès en l'instance, demandera-t-on, puisque la Cour d'appel et la Cour suprême ont statué sur l'irrecevabilité en droit des deux défenses de Henry Morgentaler, ce dernier ayant par ailleurs pratiquement admis avoir pratiqué l'avortement reproché en contradiction à l'article 251? Pour une raison de principe et pour une deuxième, tenant à ce que le renversement opéré par la Cour d'appel risquait d'être présenté au public ou perçu par lui sans beaucoup de nuances, comme une victoire de l'opinion des juges sur celle des jurés,<sup>10</sup> et cela au sujet de la question brûlante de l'avortement!

Mais il y a plus. Si en effet, comme on l'a mentionné plus haut, ce fut en principe et sans égard à la preuve soumise que la majorité des juges, tant à la Cour d'appel qu'à la Cour suprême, a jugé irrecevabilité la défense fondée sur l'article 45 C.cr., ce n'est pas par principe mais pour absence totale de preuve que cette majorité a opté pour l'irrecevabilité de la défense de nécessité. Personne ne songera à nier que l'absence totale de preuve soit une question de droit; il s'ensuit que les deux cours ont agi légalement en disposant de l'appel comme elles l'ont fait. Ont-elles eu tort ou raison de conclure à une absence totale de preuve? Il est évidemment impossible de se faire une opinion sur la question sans consulter l'ensemble de la preuve et la simple lecture des notes des différents juges n'y suffit pas. Rappelons seulement que la défense de nécessité, d'utilisation très exceptionnelle, requiert, pour être reçue, que l'infraction commise soit le moyen, le seul et absolument nécessaire, pour parer à un mal, par ailleurs imminent et d'une plus grande gravité que le geste illégal posé. En l'instance la question, dont tous les éléments devaient relever normalement de l'appréciation du jury, était de savoir si le fait pour la patiente Verona Parkinson de se voir refuser un avortement lors de sa visite à la clinique du Dr Morgentaler présentait, pour sa vie ou sa santé, un risque imminent, plus grave que l'avorte-

(8) *P.G. du Canada v. Lavell* [1974] R.C.S. 1349, à la p. 1390 où le juge Pigeon cite comme exemples les affaires *Brownridge v. R.* [1972] R.C.S. 926 et *Lowry and Lepper v. The Queen* (1972) 26 D.L.R. (3d) 224 (C.S. Can.).

(9) Voir par exemple *Smythe v. R.* [1971] R.C.S. 680, à la p. 686.

(10) Ce qui n'a pas manqué de se produire. Voir: *The Montreal Star*, mercredi 16 avril 1975, p. A-9, pour le compte rendu des commentaires de John Diefenbaker qui présente cela comme un bouleversement inadmissible de notre système de procès par jury.

(7) L'Association médicale du Canada, dans un communiqué récent, réclamait des éclaircissements à ce sujet. Le Code, déclarait sa présidente, ne donne aucune définition formelle ni fonctionnelle de la santé. Les comités d'hôpitaux s'interrogent sur la pertinence des considérations économiques ou sociales dans cette définition. Voir *Le Devoir*, mercredi 26 février 1975, p. 7.

ment effectivement pratiqué, ce dernier moyen devant être dans les circonstances le seul et unique moyen de parer à ce risque imminent. Les témoignages du médecin et de la patiente au sujet de la nature et de la durée de l'entretien pré-opératoire n'étaient pas concordants. L'accusé a déposé avoir décelé chez sa patiente un état d'anxiété pouvant la conduire aux pires excès. Il savait que c'est un ou plusieurs hôpitaux qui l'avaient référée à lui, suite à plusieurs tentatives infructueuses de rendez-vous dans ces institutions. Il a déclaré n'avoir pas su qu'elle en avait enfin obtenu un au moment de sa visite, fixé à deux semaines de celle-ci. Il n'a pas tenté lui-même de lui en obtenir un ou de l'aider à cette fin. Dans un tel contexte, et sans aucunement prendre parti sur la question, on peut comprendre l'attitude du juge en chef Laskin, même si à certains elle a paru difficile à expliquer,<sup>11</sup> pour qui il n'y avait pas absence totale de preuve d'un état de nécessité et pour qui la question devait être laissée à l'appréciation du jury, d'autant qu'aucun juge n'a eu de reproche à adresser au contenu de l'adresse que le juge Hugessen lui avait faite. Et le juge en chef de poursuivre, à raison selon nous, d'abord qu'au cas de témoignages discordants les tribunaux d'appel, faute de contact avec les témoins, devraient hésiter à intervenir, ensuite que la Cour d'appel, en semblant estimer qu'il ne pouvait y avoir d'urgence réelle qu'au cas d'impossibilité complète, après tentatives infructueuses, de recouvrer à l'avortement thérapeu-

tique, risquait de se substituer au jury dans la définition et l'appréciation de l'existence du péril imminent allégué.

Ce qui conduit assez naturellement à discuter maintenant de la question, plus difficile encore, de la recevabilité de principe de la défense de justification d'opération chirurgicale (art. 45 C.cr.). A ce sujet, le point de vue des juges de la majorité, partagé par plusieurs pénalistes et commentateurs,<sup>12</sup> est facile à comprendre. Il se ramène à ceci. L'avortement, quand il est pratiqué sous la forme d'une intervention chirurgicale, n'est pas et ne saurait être considéré comme une intervention chirurgicale comme une autre, au sens de l'article 45 C.cr., pour la simple raison qu'il se trouve expressément criminalisé par ailleurs à l'article 251, cette disposition même contenant les conditions possibles à la levée de l'interdit. Ces dernières formeraient donc le «code complet» de l'avortement licite, tant pour le médecin que pour la femme, et il serait illogique d'y ajouter — défense de nécessité mise à part — la défense de l'article 45 pour au moins trois évidentes raisons. D'abord les conditions de cette défense (caractère raisonnable de l'opération quant aux soins mis à la pratiquer, à l'état de santé de la personne et à toutes autres circonstances) seraient singulièrement plus souples que celles de l'article 251 et de l'ancien article 209 qui a longtemps coexisté avec l'article 45 (causer la mort du foetus sauf pour sauver de bonne foi la vie de la mère), au point de ne plus voir de sens ni d'utilité aux premiers en

regard de celui-ci. Deuxièmement l'assimilation de l'avortement à une opération chirurgicale ordinaire serait inconciliable avec d'autres dispositions du Code (articles 206, 221) où le législateur a manifesté un net souci pour la vie et la sécurité du foetus en tant que tel. Troisièmement la défense ne bénéficierait qu'à celui qui pratiquerait l'avortement et pas à la femme et elle ne lui bénéficierait qu'au cas d'un avortement par intervention chirurgicale et non par d'autres méthodes possibles.

A première vue c'est assez de raisons pour conclure à l'irrecevabilité de principe d'une défense fondée sur l'article 45 au cas d'une accusation d'avortement. Face à quoi la question qui nous vient est la suivante: comment six juges (trois à la Cour suprême, deux à la Cour d'appel et le juge Hugessen) ont-ils pu conclure en sens opposé?

Pour le juge en chef Laskin, et le juge Hugessen avait déjà manifesté le même avis,<sup>13</sup> la défense d'opération chirurgicale de l'article 45 est une défense générale, logiquement recevable au cas de n'importe quelle opération. Il faut donc la recevoir au cas d'avortement, quand il est opéré par voie chirurgicale, la loi ne prévoyant aucune exception à ce sujet. Compte tenu des arguments qui précèdent et qui sont en sens contraire, le présent argument serait faible et simpliste s'il n'était pas complété par les considérations qui suivent. Pendant longtemps la disposition du Code prohibant l'avortement, à l'exemple de la disposition anglaise, contint le mot «illégalement», qui donnait à entendre que tout avortement n'était pas illégal et que dans certains cas il pouvait

être permis. Mais quand? A partir de 1929, la loi anglaise, où n'a jamais figuré l'équivalent de notre article 45, prévoit que c'était lorsqu'il était pratiqué de bonne foi en vue de sauver la vie de la mère, critère interprété libéralement dans la célèbre affaire *Bourne*,<sup>14</sup> au sens d'éviter que la femme devienne «*a physical or mental wreck*». Un critère analogue se retrouvait en droit canadien à l'ancien article 209 (tuer un enfant non encore né), devenu sous forme modifiée l'actuel article 221 (tuer un enfant non encore né au cours de la mise au monde). Mais faute de tout autre on peut tenir que pour l'avortement proprement dit le critère de défense de l'article 45 était et est encore recevable, surtout si comme le juge en chef Laskin on se refuse à croire que l'avortement ait été jusqu'à 1968 inconditionnellement prohibé et que depuis il ne soit permis que par la procédure des comités d'hôpitaux. Au reste pour le juge en chef Laskin la défense de l'article 45 serait en un sens plus lourde que celle de l'article 221, jurisprudentiellement interprété, en tant que faisant référence au caractère *objectivement* raisonnable de la décision prise. Cela tiendrait à ce que l'article 45, limité à des cas de chirurgie, bénéficierait en pratique, et sauf exceptions rares de nos jours, à des médecins, l'article 221 ayant pour sa part été historiquement formulé pour bénéficier aussi à des personnes moins qualifiées, sages-femmes par exemple, et ne se limitant pas à des interventions de nature chirurgicale. En somme l'opinion du juge en chef se ramène à ceci: on a pu se défendre d'une accusation d'avortement chirurgical, et cela

(11) Par exemple CLAUDE RYAN, dans *Le Devoir*, samedi 29 mars 1975, p. 5. C'est primordialement l'acceptation par le juge Laskin de la défense de l'article 45 C.cr., dont il sera question ci-après, qui a paru difficilement compréhensible à M. Ryan.

(12) *Ibid.*

(13) *Regina v. Morgentaler (no 4)* (1974) 42 D.L.R. 444, à la p. 445.

(14) *R. v. Bourne* (1939) 1 K.B. 687.

depuis que le crime est inscrit au Code, en invoquant le caractère raisonnable de l'acte posé eu égard aux soins pris, à l'état de santé de la patiente et à toutes autres circonstances. Sans quoi l'acte eût été toujours interdit, ce qui eût été fort différent du droit anglais et eût rendu inutile la mention longtemps présente dans la définition de l'infraction du mot «illégalement». Et le juge en chef Laskin de poursuivre que si tel était le cas au début du siècle il serait absurde que ce ne le soit plus maintenant, vu les progrès de la science et vu l'impossibilité éventuelle — celle-là très contemporaine il faut le dire — d'avoir recours à l'avortement thérapeutique du Code, soit en raison de l'éloignement et de l'urgence, voire de la non moins terrible solitude de l'étranger au sein d'une grande ville, de son manque de moyens, financiers ou autres, etc. La loi anglaise actuelle, de rappeler opportunément le juge en chef Laskin, prévoit la possibilité pour le médecin de procéder à l'avortement en dehors de la procédure officielle s'il est d'avis que celui-ci est immédiatement nécessaire eu égard à la santé, physique ou mentale, de la femme enceinte. L'article 45 est pour lui l'équivalent *objectif* chez nous, sous forme de défense, de cette levée d'interdit.

L'opinion du juge en chef Laskin, intéressante et innovatrice, présuppose, quoique son auteur ne s'en exprime pas ouvertement, que la seule défense de nécessité, parce que beaucoup trop exceptionnelle

et contraignante — et nous ne sommes pas en désaccord avec lui — est insuffisante au cas d'accusation d'avortement en contexte contemporain. Son opinion ne légalise en rien l'avortement sur simple demande, si tant est qu'on prend la peine de lire attentivement l'article 45 C. cr. Elle ne met pas non plus l'avortement sur le même pied que n'importe quelle opération chirurgicale, puisque par définition le critère de la santé de la patiente différera, on l'espère, au cas d'une grossesse ou d'une crise d'appendicite et qu'au surplus le médecin devra prendre en considération «toutes autres circonstances», ce qui inclut, comme l'avait décidé le juge Hugessen<sup>15</sup> et le juge en chef Laskin après lui, les possibilités de recours à l'avortement thérapeutique de l'article 251 C. cr. Pour nous le mérite essentiel de cette opinion — la logique juridique étant préservée — est d'assouplir le droit et de le faire évoluer au rythme des réalités des années présentes, quitte à surprendre tout le monde et tant mieux! Que cela ait été présent à l'esprit du juge en chef Laskin ou non, nous n'en savons rien puisqu'il ne s'exprime pas sur le sujet; mais il demeure que dans l'état actuel de sous-utilisation de la procédure officielle de l'avortement thérapeutique dans certaines parties du pays, la recevabilité de la défense de l'article 45 C. cr. pourrait venir dans une certaine mesure pallier cet état d'inégalité, quitte à jeter beaucoup de responsabilités sur les épaules du médecin.<sup>16</sup>

Mais une fois la défense recevable, c'est au jury à décider du caractère raisonnable de la décision prise par le chirurgien, eu égard encore une fois aux soins pris, à la santé de la personne et à toutes autres circonstances. Nous estimons sage que, vu l'extrême complexité et importance au plan des valeurs de la question de l'avortement dans l'état actuel de l'opinion de notre société, certains juges aient décidé de telle façon qu'il soit revenu à un jury de statuer sur le caractère raisonnable de l'acte posé par Henry Morgentaler. Ce fut cependant la minorité.

De cette importante affaire qu'est

l'affaire *Morgentaler* nous retenons pour notre part: 1) que nos juges font trop peu de cas des arguments tirés de la *Déclaration canadienne des droits* et que cela, pour la politique judiciaire canadienne, constitue un appauvrissement; 2) que les rôles respectifs, du juge et du jury, tout en étant théoriquement bien distincts, sont dans des instances concrètes parfois aisées à confondre, confusion qu'il faut éviter puisque chacun à sa façon, en plus de décider d'un litige, tranche aussi dans les valeurs qui le sous-tendent, se trouvant du coup à éclaircir et à faire évoluer le droit.

(15) *Regina v. Morgentaler (no 5)* (1974) 42 D.L.R. 448, à la p. 454.

(16) *Supra*, note 13, à la p. 447. Le juge Hugessen fait bien voir qu'à l'opposé de l'article 251.(4) qui crée pour le médecin une défense par anticipation en quelque sorte, l'article 45 n'est pas de cette nature et le médecin s'en prévaut à ses risques, ce qui veut dire qu'il pourra avoir à prouver et à convaincre qu'en posant l'acte qu'il aura posé il en satisfaisait les conditions.