

L'AVORTEMENT ET LES DROITS DE LA FEMME SOUS LE DROIT INTERNATIONAL

Alexis Demirdjian

Volume 14, numéro 2, 2001

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1100097ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1100097ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Demirdjian, A. (2001). L'AVORTEMENT ET LES DROITS DE LA FEMME SOUS LE DROIT INTERNATIONAL. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 14(2), 83–115. <https://doi.org/10.7202/1100097ar>

Résumé de l'article

Lorsqu'il est question d'avortement, on doit inévitablement traiter du droit des femmes de prendre une décision quant à leur grossesse, une décision qui touche autant la vie privée que le droit à la santé d'une femme. Par contre, les droits d'une personne connaissent toujours une limite, spécialement lorsqu'ils empiètent sur les droits d'une autre personne. Dans le cas de l'avortement, cette autre « personne » est l'enfant à naître. Ce dernier est-il vraiment une personne au sens juridique du terme ? Débat social à contenu émotionnel, voilà qui embarrasse législateurs et magistrats à travers la planète, à un point tel que le Canada se retrouve sans disposition spécifique dans le *Code criminel* depuis plus d'une décennie. George W. Bush a utilisé l'argument pro vie lors de sa campagne électorale en l'an 2000, promettant de renforcer la législation nationale et de renforcer la règle énoncée dans l'arrêt *Roe v. Wade*. Sans vouloir trancher le débat, l'auteur de cet article décide de faire une revue de la législation nationale et des conventions internationales à ce sujet et analyse ensuite le pratique judiciaire des États et les développements récents lors des conférences multilatérales. Le lecteur est libre d'en tirer ses propres conclusions.

L'AVORTEMENT ET LES DROITS DE LA FEMME SOUS LE DROIT INTERNATIONAL

*Par Alexis Demirdjian **

Lorsqu'il est question d'avortement, on doit inévitablement traiter du droit des femmes de prendre une décision quant à leur grossesse, une décision qui touche autant la vie privée que le droit à la santé d'une femme. Par contre, les droits d'une personne connaissent toujours une limite, spécialement lorsqu'ils empiètent sur les droits d'une autre personne. Dans le cas de l'avortement, cette autre « personne » est l'enfant à naître. Ce dernier est-il vraiment une personne au sens juridique du terme? Débat social à contenu émotionnel, voilà qui embarrasse législateurs et magistrats à travers la planète, à un point tel que le Canada se retrouve sans disposition spécifique dans le *Code criminel* depuis plus d'une décennie. George W. Bush a utilisé l'argument pro vie lors de sa campagne électorale en l'an 2000, promettant de renforcer la législation nationale et de renforcer la règle énoncée dans l'arrêt *Roe v. Wade*. Sans vouloir trancher le débat, l'auteur de cet article décide de faire une revue de la législation nationale et des conventions internationales à ce sujet et analyse ensuite le pratique judiciaire des Etats et les développements récents lors des conférences multilatérales. Le lecteur est libre d'en tirer ses propres conclusions.

When it comes to abortion, one inevitably must treat women right to take a decision about their pregnancy, a decision that touches private life very much : the right to a good health for a woman. On the other hand, there are limits for people's rights, mainly when these trample another person's. In the case of abortion, the other « person » here is the child to be born. Is it considered a person in the legal sense of the word? Social debate contains emotional parts which puts legislators and magistrates through the planet in embarrassing situations, to a point where Canada's criminal code has no dispositions on this case for over a decade. George W. Bush used the pro life argument during his election campaign in 2000, promising to reinforce the national legislation and on the wake of the *Roe v. Wade* case. Without being controversial, the author of this item decides to do a gazette of the national legislation and international conventions on this subject and analyzes future practices in the U.S. legislation and the recent developments at the time of the multilateral lectures. The reader is free to draw his/her own conclusions.

* Avocat, membre du Barreau du Québec. LL.B. Université de Montréal, LL.M en droit international (en cours) Université du Québec à Montréal. Majeur en Science Politique, Université de Montréal. L'auteur travaille présentement à la Défense auprès du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie.

Introduction

L'avortement est un sujet très controversé et les réactions divergent de part et d'autre, remettant en cause les valeurs morales et religieuses de plusieurs. Le débat n'est pas nouveau et couvre un champ très vaste, allant des droits fondamentaux de la femme (liberté, sécurité, vie privée, etc.) jusqu'aux droits des enfants à naître (surtout le droit à la vie), en passant par les questions d'éthique et d'opinions religieuses.

L'avortement met fin à l'existence du produit de la conception et consiste en « l'expulsion du fœtus avant qu'il soit viable, c'est-à-dire avant la fin du sixième mois de la grossesse »¹. Selon la profession médicale, le terme « avortement » signifie une interruption de grossesse après l'implantation de l'embryon (ou le blastocyste), soit la nidation.

Il existe différentes manières d'aborder le thème, que ce soit du point de vue des groupes « pro vie » ou au contraire de celui des groupes « pro choix ». Par exemple, l'Église romaine catholique enseigne que le fœtus a une âme dès sa conception. Ceci place le fœtus au même niveau que les êtres humains vivants. Pourtant, du point de vue juridique, la grande majorité des États considèrent que le fœtus n'a pas de personnalité juridique et ce, jusqu'au moment où il est vivant et viable. D'un point de vue plutôt libéral, comment peut-on obliger une femme à procéder à une grossesse non désirée, alors que sa vie même pourrait être en danger? Pour préserver son honneur? Souvent, l'argumentation tourne autour de la signification de certains mots. Par exemple, les femmes qui sont heureuses de leur grossesse disent qu'elles attendent un *enfant*, alors que celles qui veulent s'en débarrasser utilisent le terme *fœtus*.

Le débat philosophique cherche à savoir s'il existe une différence entre le statut moral du fœtus et celui de l'enfant né, et dans l'affirmative, quel est ce statut du fœtus². Ce débat se transporte sur la scène juridique et la rédaction des divers accords internationaux fut le théâtre de vifs débats à ce sujet.

Les intérêts de la femme sont graduellement reconnus comme des droits tant sur le plan national qu'international. Un de ces droits est celui de décider de reproduire ou de ne pas reproduire et « on le considère comme faisant partie intégrante de la lutte contemporaine de la femme pour affirmer sa dignité et sa valeur en tant qu'être humain »³. Historiquement, les femmes étaient valorisées seulement pour leur capacité de mettre un enfant au monde; elles se valorisent aujourd'hui, et s'attendent à ce que les autres les valorisent, en tant que celles qui prennent les décisions en ce qui concerne leur grossesse. Le conservatisme traditionnel ne reconnaît pas et ne permet pas aux femmes de prendre les décisions concernant leur maternité ou la vie de leur enfant à naître. Le courant moderne met l'emphase sur le

¹ Bartha M. Knoppers et Isabelle Brault, *La loi et l'avortement dans les pays francophones*, Montréal, Thémis, 1989 à la p. 22 [Knoppers].

² Pour un débat philosophique voir Glanville Williams, « The Foetus and the Right to Life » (1994) 53(1) Cambridge L. J. 71 à la p. 80.

³ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 à la p. 172, juge Wilson.

respect envers les femmes, et leurs droits sont aujourd'hui reconnus et protégés presque aux quatre coins du monde; on les retrouve dans une multitude de déclarations et conventions internationales.

Alors que la grande majorité des instruments internationaux sur les droits de la personne⁴ reconnaissent le droit à la vie, ces textes demeurent silencieux lorsqu'on se demande si on doit accorder ce droit à l'enfant à naître. Ceci a été une question abordée lors de la rédaction de plusieurs conventions, dont celles relatives aux droits de l'enfant, mais les résultats ont fait l'objet, comme d'habitude, d'un compromis qui ne satisfait ni un camp, ni l'autre.

Compte tenu de l'étendue du sujet, on va essayer de se limiter à certains points qui nous semblent importants du point de vue juridique. Nous étudierons tout d'abord comment les textes internationaux concernant les droits de la personne peuvent protéger les femmes dans leur choix, et nous opposerons à ceci les droits de l'enfant à naître. Dans la deuxième partie, on examinera les développements qui ont eu lieu depuis quelques décennies dans la jurisprudence internationale, pour enfin étudier la pratique des États.

I. L'avortement et le fœtus dans les sources du droit international

Depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, plusieurs textes importants, relatifs aux droits de la personne, ont incorporé certains principes pour enrayer les discriminations, notamment celles basées sur la race, le sexe, la langue ou la religion. Ce principe fut instauré au premier article (paragraphe 3) de la *Charte des Nations Unies*⁵, et répété par la suite dans tout texte relatif aux droits de la personne.

On est aussi arrivé à l'évidence que les textes ont souvent été écrits en tenant compte des intérêts du sexe masculin, au détriment des droits de la femme. Pour cette raison, lors de la rédaction de certaines conventions et déclarations, on s'est soucié de l'utilisation neutre qu'il fallait faire de certains termes, pour qu'on puisse rejoindre ainsi tous les êtres humains.

Dans un premier temps, on discutera des catégories de droits relatifs à l'avortement qui sont traités dans les conventions internationales, pour ensuite voir ce qui a été prévu pour les droits de non nés.

⁴ On utilisera le terme « droits de la personne » tout au long du texte pour ce qui est communément appelé les « droits de l'Homme », le premier étant une version plus neutre - et plus correcte - que le deuxième.

⁵ *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 no 7 [*Charte des Nations Unies*].

A. Les principaux textes traitant des droits de la femme

L'article 2 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁶ reflète le mandat de la *Charte des Nations Unies*, mandat incitant la nouvelle organisation mondiale à promouvoir les droits de la personne pour tout le monde, sans discrimination. Ce souci de non-discrimination sera imprégné tout au long des débats entourant la confection de la *Déclaration universelle*. Voyons donc dans quelles circonstances elle a été élaborée.

1. LES DROITS DES FEMMES DANS LA DÉCLARATION UNIVERSELLE

Les rédacteurs de la *Déclaration universelle* étaient d'accord pour dire que l'article sur la non-discrimination était la pierre angulaire du texte et constituait un impératif pour son universalité; il faut donc qu'elle soit applicable à tout le monde sans exception. Logiquement, comme le mentionnait Monsieur Heywood, représentant de l'Australie, la discrimination est prohibée par l'utilisation, au début de chaque phrase, de la locution « toute personne » et, de cette façon, on n'a pas à répéter la prohibition à chaque article⁷. À maintes reprises, les rédacteurs ont toutefois senti le besoin de répéter la prohibition, surtout en ce qui concerne les droits des femmes.

Le Conseil Économique et Social (ÉCOSOC) avait ordonné la formation d'une sous-commission sur le statut de la femme pour soumettre des propositions et des rapports à la Commission des droits de l'homme. Cette sous-commission ne fit pas long feu, la présidente de l'ÉCOSOC, Madame Begtrup du Danemark, voulant que les femmes soient traitées sur un pied d'égalité avec les hommes. L'absence de sexisme dans la *Déclaration universelle* sera le résultat des pressions de Madame Begtrup et de celles de la délégation soviétique. En effet, l'U.R.S.S. était fière de ses réalisations quant à l'égalité de l'homme et de la femme, et avait souvent pointé du doigt les pays occidentaux pour leur recul en la matière. Monsieur Pavlov, le représentant soviétique, notait que seulement 24 femmes faisaient partie du parlement britannique sur ses 640 membres et qu'on ne trouvait que neuf femmes au Congrès américain. Le Conseil Suprême de l'Union soviétique comprenait 277 femmes, soit une proportion beaucoup plus élevée que dans toute assemblée représentative au monde⁸.

Madame Begtrup, lors d'une discussion de l'Assemblée Générale des Nations Unies sur l'étendue du mot « personne » (ou « toute personne »), soulignait que la *Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen*⁹, ainsi que la *Déclaration d'indépendance américaine*¹⁰, ne faisaient aucune mention des droits de la femme. Ces textes ont pourtant édifié les bases des droits fondamentaux. On

⁶ *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés. AG 217 (III), Doc. Off. AG NU, 3^e sess., supp. n° 13, Doc. NU. A/810 (1948) [*Déclaration universelle*].

⁷ Johannes Morsink, « Women's Rights in the Universal Declaration » (1991) 3 Hum. Rts. Q. 229 à la p. 230 [Morsink].

⁸ *Ibid.* à la p. 232.

⁹ 24 juin 1793.

¹⁰ 4 juillet 1776.

connaît bien l'éternel « *all men are created equal* » de la *Déclaration d'indépendance américaine*, et il fut important de neutraliser le terme « *all men* ». La répétition du terme « toute personne » à presque chaque article de la *Déclaration universelle* donne au lecteur un message clair et non sexiste¹¹. Dans les commentaires relatifs au projet de déclaration internationale des droits de l'homme, on a souligné que « chaque fois qu'elle a fait usage du mot 'homme', la Commission [des droits de l'homme] a visé à la fois les hommes et les femmes »¹².

Avec l'émergence des conventions subséquentes à la *Déclaration universelle*, on a pu aborder l'avortement par l'entremise de certains droits, dont ceux à la vie privée, à la santé, à l'éducation, à l'égalité et à la prise de décision.

2. LE DROIT À LA VIE PRIVÉE

Le droit à la vie privée, souvent liée à la vie familiale, est atteint non seulement par des lois contre l'utilisation de contraceptifs par des couples mariés ou non mariés, mais aussi par la menace découlant de l'existence de telles législations¹³. Même si la jouissance d'une vie privée apparaît comme une prérogative évidente, certaines lois morales d'origine religieuse ne reconnaissent pas l'inviolabilité de la vie familiale et du foyer.

Le droit à la vie privée est exprimé dans une myriade d'accords internationaux sur les droits de la personne, tels que la *Déclaration universelle*¹⁴ et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁵. Ce droit est aussi retrouvé dans des accords régionaux sur les droits de la personne tels que la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*¹⁶ et la *Convention*

¹¹ Morsink, *supra* note 7 à la p. 233.

¹² Commission des droits de l'homme, *Rapport au Conseil Économique et Social sur la 2ème session de la Commission*, Doc. off., 1947, Doc. NU E/600.

¹³ Rebecca J. Cook, « Human Rights and Reproductive Self-determination » (1995) 44 Am. U. L. Rev. 975 à la p. 999 [Cook].

¹⁴ *Déclaration universelle*, *supra* note 6, art.12 : « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes [nos italiques] ».

¹⁵ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, R.T. Can 1976 n°47 (entrée en vigueur : 23 mars 1976, accession du Canada 19 mai 1976). [*Pacte civil et politique*]. L'article 17 du *Pacte civil et politique* est une répétition de l'article 12 de la *Déclaration universelle*.

¹⁶ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. 5 [*Convention européenne*], art. 8 : « 1) Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2) Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui [nos italiques] ».

*américaine relative aux droits de l'homme*¹⁷. Ces accords expriment le droit à la vie privée dans un langage très général. Cette situation rend la tâche difficile lorsqu'on veut savoir si un acte étatique contre un citoyen constitue une violation du droit à la vie privée de cet individu. Donc le problème découlant de ce langage général n'est pas de renforcer le droit à la vie privée, mais de définir son étendue¹⁸.

Certains ont considéré le concept de vie privée comme limitant la liberté de l'individu en ce qui concerne l'information qui peut être obtenue et communiquée par d'autres personnes à propos de cet individu¹⁹. Ce point de vue exclut le droit d'une femme de décider si elle veut mettre fin à sa grossesse. Le Secrétaire général des Nations Unies, dans son rapport sur l'étendue de la vie privée, avait conclu que l'existence d'un droit à la vie privée, reconnu à l'échelle internationale, signifie que certains aspects de la vie d'un individu se retrouvent en dehors de l'intérêt du gouvernement ou de l'intérêt public; ces aspects couvrent un espace qui varie d'un État à l'autre, mais ils possèdent un noyau central commun²⁰.

Quelques décisions en droit international ont traité le problème du droit à la vie privée, à savoir si ce droit inclut le droit de décider de mettre fin à une grossesse. L'affaire *X (Brüggemann) et Y (Scheuten) c. R.F.A.*²¹ en est une bonne illustration. En 1974, le *Bundestag* (parlement allemand) adoptait une loi qui permettait l'avortement non thérapeutique « s'il ne s'est pas écoulé plus que douze semaines depuis la conception »²². La Cour constitutionnelle allemande trouvait cette disposition inconstitutionnelle, parce qu'une loi aussi permissive allait à l'encontre du système de valeurs incorporées dans d'autres lois fondamentales allemandes.

Les requérantes ont contesté cet arrêt devant la Commission européenne des droits de l'homme (ci-après Commission). Elles allèguent entre autres

une violation de l'article 8(1) de la *Convention [européenne des droits de l'homme]* en ce qu'elles seraient contraintes ou à renoncer à avoir des relations sexuelles, ou à employer des méthodes de contraception qu'elles désapprouvent pour des raisons de santé ou autres, ou à mener une grossesse à terme contre leur gré.²³

¹⁷ *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, OÉA Doc. OEA/ser.K/XVI/I.1, doc.65 rev.1 corr.1, Pan American Treaty Series 36 [*Convention américaine*], art. 11(2) : « Nul ne peut être l'objet d'ingérences arbitraires ou abusives dans sa vie privée, dans la vie de sa famille, dans son domicile ou de sa correspondance, ni d'attaques illégales à son honneur et à sa réputation ».

¹⁸ Aaron E. Michel, « Abortion and International Law : the Status and Possible Extension of Women's Right to Privacy » (1981-82) 20 J. Fam. L. 241 à la p. 244.

¹⁹ Myres S. McDougal, Harold D. Lasswell et Lung-Chu Chen, *Human Rights and World Public Order : the Basic Policies of an International Law of Human Dignity*, New Haven, Yale University Press, 1980 aux pp. 815-817.

²⁰ *Report of the Secretary-General on the Respect for the Privacy of Individuals and the Individuals and the Integrity and Sovereignty of Nations in the Light of Advances in Recording and Other Techniques*, Doc. off. AG NU, 29 N.U. ECOSOC 10, Doc. NU E/CN.4/1116 (1973).

²¹ *Affaire X (Brüggemann) et Y (Scheuten) c. R.F.A.*, (1976), 5 Comm. Eur. D.H.D.R.103, Ann. Conv. Eur. D.H. à la p. 382 [Brüggemann].

²² Article 218a, 5ième loi portant réforme du Code pénal, Feuille officielle fédérale I à la p. 1297.

²³ *Brüggemann, supra* note 21 à la p. 389.

Devant la Commission, la R.F.A. a admis que « les relations sexuelles et la régulation des naissances tombent en principe dans le domaine de la vie privée et familiale protégés par l'article 8, paragraphe 1 »²⁴. Toutefois, le gouvernement a appuyé la décision de la Cour constitutionnelle. Premièrement, interdire l'avortement n'empiète pas sur le droit de l'individu à la vie privée puisque d'autres moyens adéquats et appropriés de planification familiale sont disponibles²⁵. Deuxièmement, le deuxième paragraphe de l'article 8 de la *Convention européenne* permet l'empiètement comme mesure de prévention des infractions pénales et de protection des droits d'autrui²⁶. Le gouvernement a aussi allégué que le terme « autrui » à l'article 8 paragraphe 2 comprenait « la vie qui se développe dans le sein de la mère »²⁷.

La Commission a donné raison aux requérantes. Elle a estimé que le droit au respect de la vie privée comprend également, dans une certaine mesure, le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif, pour le développement et l'accomplissement de sa personnalité.²⁸

Elle a donc jugé que ces questions sont d'une complexité et d'une importance qui appellent un examen du fond de l'affaire et a déclaré la requête recevable.

Sur les conclusions de cette affaire, la Commission a subséquemment décidé que l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande n'enfreignait pas l'article 8 de la *Convention européenne*²⁹. La Commission débute son analyse en déclarant que « la prétention au respect de la vie privée est automatiquement réduite dans la mesure où l'individu lui-même met sa vie privée en contact avec la vie publique, ou la place dans un rapport étroit avec d'autres intérêts protégés »³⁰. La Commission précise que la grossesse ne relève pas uniquement du domaine de la vie privée, parce qu'elle crée une association étroite entre la vie privée de la mère et le fœtus qui se développe. Sur cette base, la Commission estime que « toute réglementation de l'interruption des grossesses non désirées ne constitue pas une ingérence dans le droit au respect de la vie privée de la mère »³¹. La Commission a souligné que la R.F.A. avait des règles néanmoins libérales permettant l'avortement pour des raisons médicales, eugéniques et éthiques. Elle a ajouté que « en l'absence des indications ci-dessus, la femme enceinte elle-même est exonérée de toute peine si l'avortement a été pratiqué par un médecin dans les 22 premières semaines de grossesse et si elle a obtenu une

²⁴ *Ibid.* à la p. 119.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.* à la p. 120; voir aussi note 15.

²⁷ *Ibid.* Le gouvernement ouest-allemand a ajouté que « [l]es droits et libertés d'autrui », dont l'article 8, para. 2 de la Convention prévoit la protection, incluent la vie qui se développe dans le sein de la mère, en tant que bien personnel protégé par la loi. Le recours à la voie du droit pénal demeure dans la sphère de discrétion du législateur. L'exercice de cette discrétion ressort aussi du fait que l'étendue de la protection du droit pénal varie sensiblement d'un État membre du Conseil de l'Europe à un autre.

²⁸ *Ibid.* à la p. 128.

²⁹ *Brüggemann et Scheuten c. R.F.A.* (1978), 10 Comm. Eur. D.H.D.R. 100 [*Brüggemann et Scheuten*].

³⁰ *Ibid.* à la p. 138.

³¹ *Ibid.* aux pp. 138-139.

consultation médicale et sociale »³². Nous traiterons plus loin de l'opinion dissidente en ce qui concerne le droit à la vie du fœtus.

On doit conclure que l'affaire *Brüggemann* appuie la position que le droit à la vie privée protège la liberté d'avorter, mais les considérations de cette décision quant au droit à la vie du fœtus manquent aujourd'hui de fondements; comme on verra plus loin, il n'existe pas un droit à la vie du fœtus en droit international, à quelques exceptions près.

3. LE DROIT À LA SANTÉ

Une deuxième catégorie de droit, permettant et favorisant l'avortement, est le droit à la santé, protégé par les accords et textes internationaux, tels la *Déclaration universelle*³³, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*³⁴ et la *Charte africaine des droits de l'Homme*³⁵. Les législations nationales qui prévoient la promotion de la planification familiale, l'avortement et la stérilisation volontaire pour causes de santé reconnaissent implicitement que ces alternatives font partie d'un droit général à la santé sous le droit international³⁶. De plus, le droit à la santé d'un individu doit inclure la liberté de choisir parmi ces multiples options.

Le deuxième paragraphe de l'article 12 du *Pacte économique* identifie des étapes à suivre pour arriver à un meilleur état de santé physique, les considérant comme les mesures nécessaires pour assurer « la diminution de la mortalité et de la mortalité infantile, ainsi que le développement sain de l'enfant »³⁷.

L'Organisation mondiale de la santé (O.M.S.) a aussi déclaré que le droit à la santé est un droit fondamental³⁸.

Sans trop s'enfoncer dans les détails, plusieurs observations démontrent l'urgence de renforcer ce droit. À chaque année, il existe une dizaine de millions d'avortements clandestins. Dans les pays développés, on compte en moyenne 50 décès sur 100,000 avortements clandestins; dans les pays en voie de développement, on

³² *Ibid.* à la p. 139.

³³ *Déclaration universelle*, *supra* note 6, art. 25 : « Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille [...] [nos italiques] ».

³⁴ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3, R.T.Can. 1976 n°46 [*Pacte économique*], art. 12(1) : « Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre [nos italiques] ».

³⁵ *Charte africaine des droits de l'homme*, OUA Doc. CAB/LEG/67/3 rev.5, 21 I.L.M. 58 (1982), 27 juin 1981, art. 16(1) : « Toute personne a le droit de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre. Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre [nos italiques] ».

³⁶ Berta E. Hernandez, « To Bear or Not To Bear : Reproductive Freedom as an International Human Right » (1991) 27 *Brook. J. Int'l L.* 309 à la p. 335 [Hernandez].

³⁷ *Pacte économique*, *supra* note 34, art. 12(2) a).

³⁸ OMS, *Handbook of Resolutions and Decisions of the World Health Assembly and the Executive Board*, Rés.23.41, 501 (1973).

observe 400 décès par 100,000 avortements clandestins. De plus, on estime à 500,000 le nombre de femmes qui meurent annuellement pour des causes reliées à la grossesse³⁹. La disponibilité de services effectifs et acceptables de contraception et de planification familiale est donc nécessaire pour atteindre ce droit fondamental à la santé.

Le droit à la santé peut aussi être renforcé par le droit à chacun « de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications »⁴⁰. Toute recherche scientifique contribue à la protection de la santé. L'article 15(3) du *Pacte économique* ajoute que les États doivent « respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices ».

L'article 12 de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*⁴¹ touche aussi à la santé :

[I]es États parties prendront toutes les mesures pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans le domaine des soins de santé en vue de leur assurer, à égalité avec les hommes, les moyens d'accéder aux services médicaux, y compris ceux qui concernent la planification de la famille.

C'est un point important à soulever puisque le langage utilisé dans les lois porte souvent une discrimination basée sur le genre. Depuis les années 1970, il est de plus en plus évident que les femmes font face à de plus gros problèmes que les hommes pour avoir accès à des soins de santé adéquats⁴². Certaines études ont démontré que la promotion des soins de santé et les campagnes de prévention des maladies étaient souvent concentrées sur les besoins sanitaires des hommes, et que les femmes étaient presque systématiquement exclues des recherches biomédicales⁴³. Avant d'arriver au droit à l'égalité, qui semble étroitement lié au droit à la santé, il serait intéressant de nous pencher sur le droit à l'éducation.

4. LE DROIT À L'ÉDUCATION

La *Déclaration universelle* indique que « [t]oute personne a droit à l'éducation »⁴⁴, mais le *Pacte économique* définit ce droit jusqu'à suggérer que « l'éducation doit mettre toute personne en mesure de jouer un rôle utile dans une société libre, favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations [...] »⁴⁵. L'éducation n'est pas un droit seulement pour les enfants. Les gens de tout âge doivent être capables de recevoir de l'information pertinente par rapport à

³⁹ Hernandez, *supra* note 36 à la p. 337.

⁴⁰ *Pacte économique*, *supra* note 34, art. 15(1) b).

⁴¹ Rés. A.G. 34/180, Doc. Off. A.G.N.U., 34^e sess., (supp. No 46), Doc. NU A/34/46, (1982) R.T.Can. n°31 [*Convention sur les femmes*].

⁴² Aart Hendriks, « The Right to Health » (1995) 44 Am. U. L. Rev. 1123 à la p. 1139.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 5, art. 26.

⁴⁵ *Pacte économique*, *supra* note 34, art. 13.

leur santé et à leur sexualité⁴⁶. L'inclusion d'informations sur la reproduction dans les programmes scolaires a déjà été matière à controverse, parce que les enseignants peuvent expliquer les fonctions sexuelles d'une façon à laquelle les parents s'opposent ou à un moment auquel les parents considèrent leur enfant encore trop jeune. La Cour européenne des Droits de l'Homme a reconnu que les établissements scolaires doivent se montrer sensibles aux points de vue des parents⁴⁷.

Le droit à l'éducation ne signifie pas seulement le droit d'aller à l'école. Les étudiants doivent aussi être au courant des opportunités qui s'offrent à eux, pour leur développement personnel. Lorsque les étudiants sont éduqués dans un système où on impose des frontières infranchissables, l'horizon des étudiants et étudiantes est restreint. Il s'agit d'un obstacle à l'éducation lorsqu'on leur apprend qu'ils ou elles ne peuvent réussir dans certains champs à cause de leur sexe, race ou religion. Les États violent la *Convention sur les femmes* si leur système scolaire n'atteint pas « l'élimination de toute conception stéréotypée des rôles de l'homme et de la femme »⁴⁸.

5. LE DROIT À L'ÉGALITÉ

Ce droit est retrouvé dans presque toutes les conventions et déclarations internationales sur les droits de la personne⁴⁹, particulièrement la *Convention sur les femmes*, un traité entier voué à la prohibition des conduites discriminatoires envers les femmes, ce qui rend le droit à la non-discrimination fondée sur le sexe un principe fondamental en droit international⁵⁰. L'article premier de cette convention définit la conduite prohibée comme :

[t]oute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine.⁵¹

Plusieurs juristes affirment que l'interdiction de discrimination basée sur le sexe fait partie du droit international coutumier (ce dernier liant tous les États même sans leur acceptation ou ratification explicite)⁵².

⁴⁶ Cook, *supra* note 13 à la p. 1005.

⁴⁷ *Kjeldsen c. Denmark*, (1978) 23 Cour. Eur. D.H. (Sér. A), 1 E.H.R.R. 711.

⁴⁸ *Convention sur les femmes*, *supra* note 41, art. 10 c).

⁴⁹ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 5, préambule et art. 1(3); *Déclaration universelle*, *supra* note 6 aux art.1 et 2; *Pacte civil et politique*, *supra* note 15, art. 2(1); *Pacte économique*, *supra* note 34, art. 2(2); *Convention américaine*, *supra* note 17, art. 1(1); *Convention européenne*, *supra* note 16, art. 14.

⁵⁰ Hernandez, *supra* note 36 à la p. 341.

⁵¹ *Convention sur les femmes*, *supra* note 41, art. 1.

⁵² Cook, *supra* note 13 à la p. 1006.

Les dispositions qui sont particulièrement pertinentes dans les divers accords sont celles qui obligent les États à assurer aux hommes et aux femmes « les mêmes droits de décider librement, et en toute connaissance de cause, du nombre et de l'espacement des naissances, et d'avoir accès aux informations, à l'éducation et aux moyens nécessaires pour leur permettre d'exercer ces droits »⁵³.

L'article 16 de la *Déclaration universelle* indique que l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille⁵⁴; un tel droit doit inclure non seulement le droit d'avoir des enfants, mais aussi le droit de ne pas en avoir. Il est important de souligner que le droit d'obtenir un avortement appartient à la femme. Dans plusieurs jurisprudences au Canada, en Grande-Bretagne, en France, à Israël, aux États-Unis et en Yougoslavie, les cours ont établi que le mari n'a aucun rôle dans la prise de décision de la femme⁵⁵.

Le droit à l'égalité peut être interprété sur les bases du droit à la non-discrimination, qui se présente sous plusieurs formes. Dans certains pays, on retrouve un bon nombre d'exigences pour permettre aux femmes l'accès aux services de stérilisation. Par exemple, la « règle de 80 » (*rule of 80*) permet à une femme d'être stérilisée seulement lorsque le nombre de ses enfants multiplié par son âge dépasse 80⁵⁶. On ne trouve pas de telles exigences pour les hommes qui veulent subir une vasectomie! Donc la question d'égalité remettrait en cause des lois restrictives face à l'avortement, parce que ces lois criminalisent des procédures médicales dont seules les femmes ont besoin. Les hommes ne sont pas susceptibles de sanctions pénales pour des interventions médicales nécessaires au maintien de leur santé.

La discrimination peut se présenter aussi sur la base du statut civil. Selon les lois et pratiques de certains États, les contraceptifs ne sont pas disponibles pour les célibataires. Toutefois, il est facile pour les hommes de se procurer des condoms, alors que les femmes doivent passer des tests médicaux pour déterminer quel type de contraceptif elles devraient utiliser. Encore une fois, les femmes sont défavorisées.

On peut retrouver aussi des formes de discrimination basées sur la race, l'âge et l'orientation sexuelle, mais on ne s'étendra davantage sur le sujet, qui risque de devenir trop sociologique.

Un grand nombre de juristes s'accordent pour dire que, pour les femmes, le droit à l'égalité doit inclure le droit à l'avortement. D'autres sont allés plus loin et ont suggéré qu'interdire l'avortement violerait le droit d'une femme de contrôler le nombre et l'espacement de ses enfants⁵⁷.

⁵³ *Convention sur les femmes*, supra note 41, art. 16 e).

⁵⁴ Ce droit est exprimé dans le *Pacte civil et politique*, supra note 15, art. 23(2); dans la *Convention européenne*, supra note 16, art. 12; et dans la *Convention américaine*, supra note 17, art. 17(2), presque tous dans les mêmes mots.

⁵⁵ Hernandez, supra note 36 à la p. 341.

⁵⁶ Cook, supra note 13 à la p. 1007.

⁵⁷ Hernandez, supra note 36 à la p. 343, citant Mackin, « Liberty, Utility and Justice » (1989) 37 *International J. Gynecology & Obstetrics* 37 à la p. 42.

Bref, toute prohibition contre l'avortement, et les choix qui l'entourent, nie le droit d'une femme à l'égalité en renforçant les rôles traditionnels des femmes et en poursuivant leur dépendance envers les hommes⁵⁸. Comme il est indiqué dans la *Proclamation de Téhéran*, l'attitude présente envers les femmes doit être éliminée pour le progrès de l'humanité⁵⁹, et il sera intéressant d'observer comment les tribunaux ont mis en application les différentes normes relatives aux droits de la femme, contenues dans les conventions internationales, ce qu'on verra dans la partie II. Voyons, tout d'abord, les règles du droit international qui pourraient protéger le droit à la vie du fœtus.

B. Le droit à la vie du fœtus en droit international

La multiplication et la croissance des organisations internationales depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale ont été accompagnées par une attention accrue à la protection internationale des droits de la personne. Des dizaines d'accords multilatéraux, soit régionaux, soit universels, expriment les standards des droits de la personne reconnus internationalement. On s'est demandé si ces normes cherchaient aussi à garantir la viabilité et le développement du fœtus.

Un coup d'œil rapide à ces textes et à la jurisprudence internationale démontre le manque de cohésion entre États à propos du statut du fœtus, pour déterminer si celui-ci pouvait bénéficier d'une protection sous les droits de la personne. On s'est penché aussi sur une autre controverse, soit sous l'hypothèse que le fœtus avait des droits, pour savoir si ces droits étaient contrebalancés par le droit à la vie privée de la femme enceinte.

Une question très controversée est le moment à partir duquel débute la vie : dès la naissance ou dès la conception? La grande majorité des instruments du droit international des droits de la personne reconnaissent clairement le droit à la vie, mais ces textes n'indiquent pas si cette protection doit être accordée au fœtus. On essayera, dans cette partie, de démystifier l'état du droit international sur cette question.

1. LES TEXTES INTERNATIONAUX ET LE FŒTUS

Lors de la rédaction du *Pacte civil et politique*, certains États avaient présenté des amendements à l'article 6 pour inclure les mots « dès le moment de la conception », mais ces tentatives furent des échecs pour deux raisons : les États n'étaient pas capables de définir le moment de la conception et les lois en la matière diffèrent trop d'un État à l'autre⁶⁰.

⁵⁸ Aaron Michel, *supra* note 18 à la p. 260.

⁵⁹ *Acte final de la Conférence internationale sur les droits de l'homme*, 22 avril-13 mai 1968, N.U. Doc. A/CONF32/41, 4 (1968).

⁶⁰ Bertrand G. Ramcharan, *The Right to life in international law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985 à la p.198.

Seule la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* fait une référence explicite au droit à la vie « prénatale ». L'article 4 établit que

[t]oute personne a droit au respect de sa vie. Le droit doit être protégé par la loi, et en général, à partir de la conception. Nul ne peut être privé arbitrairement de la vie [*nos italiques*].⁶¹

Le fait qu'aucune disposition (sauf celle de la *Convention américaine*) en droit international n'accorde le droit à la vie au fœtus de façon explicite nous amène à nous demander si ce droit existe de façon implicite. La *Déclaration universelle* et la *Convention européenne* déclarent que tout individu a droit à la vie⁶² et que nul ne doit être soumis à des traitements cruels, inhumains et dégradants⁶³. Pour savoir si les termes « tout individu », « toute personne » ou « nul » réfèrent aussi au fœtus, il faut observer la pratique des États parties aux accords internationaux⁶⁴, ainsi que le sens ordinaire attribué à ces termes à la lumière du contexte et du but du traité⁶⁵, et identifier l'interprétation qu'on a voulu leur donner.

L'article premier de la *Déclaration universelle* déclare que « [t]ous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité ». Cette disposition indique que la *Déclaration universelle* avait pour but de protéger seulement les êtres humains nés, puisque seuls ceux-ci peuvent exercer la raison et la conscience, et agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité. Et la première phrase accorde la liberté, l'égalité, la dignité et les droits aux êtres humains nés.

2. LES DÉVELOPPEMENTS JURISPRUDENTIELS

En 1974, la Cour constitutionnelle autrichienne s'est prononcée sur la question à savoir si la *Convention européenne* reconnaissait le droit à la vie au fœtus⁶⁶. Depuis l'Acte de réforme du Code pénal autrichien, l'interruption d'une grossesse n'est plus punissable, à condition d'avoir reçu les conseils d'un médecin dans les trois mois de la conception, ou pour des raisons médicales ou eugéniques, et, dans tous les cas, si l'interruption est faite par un médecin. Le gouvernement du « land » de Salzbourg doutait de la compatibilité de cette disposition du Code pénal avec le droit constitutionnel fédéral, et soumit une requête à la Cour constitutionnelle autrichienne. Le gouvernement de Salzbourg affirmait que l'article 2 de la *Convention européenne* « le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi »⁶⁷ serait

⁶¹ *Convention américaine*, supra note 17, art. 4.

⁶² *Déclaration universelle*, supra note 6, art. 3; *Convention européenne*, supra note 16, art. 2.

⁶³ *Déclaration universelle*, supra note 6, art. 5; *Convention européenne*, supra note 16, art. 3.

⁶⁴ *Statut de la Cour Internationale de Justice*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n°7 (art. 38(1) b).

⁶⁵ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 (art. 31).

⁶⁶ Dr. Ernst Benda, « The Impact of Constitutional Law on the Protection of Unborn Human Life : Some Comparative Remarks » (1977) 6 *Human Rights* 223 à la p. 234.

⁶⁷ *Convention européenne*, supra note 16, art. 2.

applicable au fœtus. L'ambiguïté du terme « toute personne », la différence d'opinion entre les autorités et l'absence de précédents dans la jurisprudence communautaire firent que la Cour constitutionnelle autrichienne dut interpréter la *Convention européenne* sur les bases d'un standard minimum (*common minimum*).

La Cour autrichienne a refusé d'inclure le fœtus dans la sphère du terme « toute personne », parce que certains États membres de la Communauté européenne ne reconnaissaient pas le droit à la vie des enfants à naître. La cour n'a pas trouvé une telle protection du fœtus dans le traité de paix de St-Germain (1919), qui était considéré comme faisant partie du droit constitutionnel. La *Convention européenne* et le traité de St-Germain utilisaient un langage qui limitait implicitement le terme « toute personne » aux êtres humains vivants.

Dans l'affaire *Brüggemann* de 1978⁶⁸, dans laquelle la Commission européenne des Droits de l'Homme avait décidé que l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande n'enfreignait pas l'article 8 de la *Convention européenne*, on retrouve une dissidence du juge Fawcett. Celui-ci affirme que « [l]a Convention n'étend pas expressément le droit à la vie, protégé à l'article 2, à un enfant à naître »⁶⁹. Le juge n'a pas voulu répondre longuement à une question aussi controversée, mais il a simplement dit qu'il n'était pas en mesure de reconnaître, en vertu de la *Convention européenne*, des droits et libertés à un enfant à naître, pas encore capable d'une vie indépendante. Le juge Fawcett a ajouté que le choix de mettre fin à une grossesse, tout comme le choix de la débiter, est protégé par le droit à la vie privée prévu à l'article 8(1) de la *Convention européenne*.

En 1980, dans la décision *Paton c. Royaume-Uni*⁷⁰, la Commission européenne a interprété l'article 2 de la *Convention européenne* de la même manière que la Cour constitutionnelle autrichienne. C'est le cas d'un couple qui s'est marié en 1974, et dont la femme tombe enceinte en 1978. Celle-ci annonce à son mari qu'elle entend se faire avorter. Ce dernier sollicite une ordonnance de la *High Court of Justice* tendant à empêcher l'exécution de l'avortement⁷¹. L'article premier, paragraphe 1, de la loi anglaise de 1967 sur l'avortement, autorise l'interruption d'une grossesse par un médecin autorisé à pratiquer, si deux médecins autorisés à pratiquer estiment : a) que la poursuite de la grossesse mettrait en danger la vie de la femme enceinte, ou b) qu'il existe un risque important que l'enfant à naître souffre d'anomalies physiques ou mentales telles qu'il en serait gravement handicapé⁷². Le requérant fit référence au droit romain, où l'avortement sans le consentement du père était un crime. Le défendeur, en l'occurrence le gouvernement du Royaume-Uni, s'en est remis à l'arrêt rendu par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire « *Planning familial du Missouri central c. Danforth A.G.* » où la cour a décidé à la majorité que

⁶⁸ *Brüggeman et Scheuten, supra* note 29.

⁶⁹ *Ibid.* à la p. 142.

⁷⁰ *Paton c. Royaume-Uni*, (1980) 19 Comm. Eur. D.H.D.R. 244.

⁷¹ *Ibid.* à la p. 255.

⁷² *Ibid.*

l'État du Missouri ne pouvait pas, au regard de la Constitution, exiger le consentement du conjoint comme condition préalable à un avortement.

La Commission déclare que l'usage généralement fait de l'expression « toute personne » dans la Convention (utilisé d'une telle manière qu'il ne peut s'appliquer qu'après la naissance) et le contexte dans lequel ce terme est employé à l'article 2 tendent à étayer la thèse qu'il ne s'applique pas à l'enfant à naître⁷³. La Commission a examiné l'article 2 pour savoir s'il devait être interprété comme : a) ne protégeant pas le fœtus du tout, b) protégeant le droit à la vie du fœtus avec certaines limitations, c) reconnaissant le droit absolu à la vie du fœtus. De ces trois alternatives, la Commission fut capable d'exclure la dernière. Si l'on déclarait que la portée de l'article 2 s'étend au fœtus, et que la protection accordée par cet article devait être absolue, il faudrait déduire qu'un avortement est interdit, même si la poursuite de la grossesse met en péril la vie de la future mère. On considérerait ainsi la « vie à naître » du fœtus comme plus précieuse que celle de la femme enceinte. La Commission estime que pareille interprétation serait contraire à l'objet et au but de la *Convention européenne*⁷⁴.

Il reste encore plusieurs questions sans réponse à propos du droit à la vie sous la *Convention européenne*. Le fait que la Commission évite le sujet depuis quelques temps reflète les contradictions internes et l'on retrouvera d'ailleurs ces contradictions dans l'*Affaire Baby Boy* de la Commission américaine des droits de l'homme (dont on parlera plus loin). Ce phénomène peut aussi être expliqué par les ambiguïtés textuelles de l'article 2 de la *Convention européenne*. Les décisions de la Commission, dans les affaires *Brüggemann* et *Paton*, indiquent peut-être sa volonté de laisser le débat aux autorités nationales⁷⁵.

3. LES CONVENTIONS SUR LES DROITS DE L'ENFANT

Le même problème fut soulevé lors de la rédaction de la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁷⁶ qui est entrée en vigueur en septembre 1990. La Commission des droits de l'homme était responsable de la rédaction de ce texte. Le thème de l'avortement fut débattu lors de la dernière lecture, mais on a décidé d'écarter ce sujet de la Convention⁷⁷. À la place, on a inclus ce texte au neuvième paragraphe du préambule :

Ayant à l'esprit, comme indiqué dans la *Déclaration des droits de l'enfant* [adopté par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 20 novembre 1959], l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et

⁷³ *Ibid.* à la p. 259.

⁷⁴ *Ibid.* à la p. 262.

⁷⁵ Dinah Shelton, « International Law on Protection of the Fetus » dans *Abortion and Protection of the Human Foetus*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987 à la p.10.

⁷⁶ *Convention relative aux droits de l'enfant*, Rés. AG 44/25, Doc. Off. AG NU, 44^e sess., supp. n° 49, Doc. Nu A/44/49 (1989), 167 [*Convention relative aux droits de l'enfant*].

⁷⁷ Voir Philip Alston, « The unborn child and abortion under the draft Convention on the Rights of the Child » (1990) 12 *Human Rights Quarterly* 156 à la p. 157 [*Alston*].

intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et des soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, *avant comme après la naissance* [*nos italiques*].⁷⁸

Le résultat final n'était ni plus ni moins qu'une solution typique sous forme de compromis qui n'avait pas résolu le problème de façon définitive. Les observateurs ont toutefois présumé que le texte de la Convention laissait aux États la liberté d'adopter la position qu'ils préfèrent, du moment qu'ils agissent conformément aux autres dispositions applicables du droit international des droits de la personne⁷⁹. Inévitablement, un tel compromis fera subséquemment l'objet d'une multitude d'interprétations. Chacun l'utilisera, bien sûr, d'une façon qui favorise son approche. Voyons donc les origines de la *Convention relative aux droits de l'enfant*.

a) *Les antécédents en protection des droits de l'enfant*

La confection d'une telle convention fut initiée par le gouvernement polonais, qui avait soumis un projet complet à la Commission des droits de l'homme, en février 1978⁸⁰. Le projet s'était basé pour l'essentiel sur la *Déclaration des droits de l'enfant* de 1959⁸¹. Ni la *Déclaration*, ni le projet polonais ne contenaient de référence expresse à l'enfant encore non né; en fait, on accordait les droits à « tout enfant ». Toutefois, le préambule des deux textes indique, comme on l'a cité plus haut dans le texte final de la Convention, que l'enfant a besoin d'une protection spéciale et des soins spéciaux « avant comme après la naissance »⁸². Le projet polonais fait référence au *Pacte civil et politique*, en particulier aux article 23 et 24⁸³, et à l'article 10 du *Pacte économique*⁸⁴. Bref, même si on fait référence aux soins autant avant qu'après la naissance, aucun de ces textes ne contient des dispositions concernant spécifiquement le fœtus.

⁷⁸ *Convention relative aux droits de l'enfant*, *supra* note 76, préambule.

⁷⁹ Alston, *supra* note 77.

⁸⁰ N.U. Doc. E/1978/34 pp.122-127 (1978).

⁸¹ Rés. AG 1386 (XIV), Doc. Off. AG NU, 1959, supp. n°16, Doc. NU A/4354 19.

⁸² *Convention relative aux droits de l'enfant*, *supra* note 76, préambule.

⁸³ *Pacte civil et politique*, *supra* note 15 : « Article 23 : 1. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État. 2. Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme dès l'âge nubile. 3. Nul mariage ne peut être conclu sans le libre et plein consentement des futurs époux. 4. Les États parties au présent Pacte prendront les mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et de responsabilité des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. En cas de dissolution, des dispositions seront prises afin d'assurer aux enfants la protection nécessaire. Article 24 : 1. Tout enfant sans discrimination aucune [...] a droit de la part de sa famille, de la société et de l'État, aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur. 2. Tout enfant doit être enregistré immédiatement après sa naissance et avoir un nom. 3. Tout enfant a le droit d'acquérir une nationalité ».

⁸⁴ *Pacte économique*, *supra* note 34, art. 10 : « Les États parties au présent Pacte reconnaissent que : 1. Une protection et une assistance aussi larges que possible doivent être accordées à la famille, qui est l'élément naturel et fondamental de la société, en particulier pour sa formation et aussi longtemps qu'elle a la responsabilité de l'entretien et de l'éducation d'enfants à charge. Le mariage doit être librement consenti par les futurs époux. 2. Une protection spéciale doit être accordée aux mères pendant une période de temps raisonnable avant et après la naissance des enfants [...] ».

L'article 3 de la *Déclaration universelle* de 1948 déclare que « [t]out individu a droit à la vie »⁸⁵. Lorsque cette disposition était en cour de rédaction par la Commission des droits de l'homme, en 1947, plusieurs propositions ont été suggérées pour ajouter une protection expresse à l'enfant non né. Le Secrétariat des Nations Unies (Division des droits de l'homme) avait aussi devant lui plusieurs projets, notamment celui du Comité juridique inter-américain présenté par le Chili, dont l'article premier disait : « Toute personne a droit [...] à la vie dès l'instant de la conception [...] »⁸⁶. La Confédération internationale des syndicats chrétiens avait pris la défense de cette idée⁸⁷. Toutefois, Madame Begtrup, représentante de la Commission de la condition de la femme (et présidente de l'ÉCOSOC), répondit dans des débats subséquents qu'une telle proposition pourrait ne pas se coïncider avec les dispositions de certaines législations avancées qui prévoient, en certains cas, le droit à l'avortement⁸⁸. Verdoodt ajoute qu'on peut interpréter l'article 3 de la Déclaration universelle comme suit : « Chaque individu a droit à l'existence physique », mais il n'est pas précisé quand cette existence commence eu égard à des législations permettant l'avortement dans certains cas⁸⁹.

Les éléments additionnels du projet polonais étaient intéressants parce qu'ils tenaient compte de certaines dispositions des deux Pactes qui font appel à la protection des enfants⁹⁰. Il y avait toutefois d'autres articles qui auraient pu réellement protéger les enfants à naître, chose que ne font pas les dispositions citées par le gouvernement polonais. L'article 6 du *Pacte civil et politique* souligne le caractère inhérent du droit à la vie de la personne humaine. Encore plus significatif, l'article 10 du *Pacte économique* accorde une protection spéciale aux mères pendant une durée de temps raisonnable avant et après la naissance des enfants⁹¹. Ceci est peut-être dû au fait que la principale préoccupation du *Pacte économique*, avant la naissance de l'enfant, n'est pas le fœtus, mais bien la mère. L'ensemble des dispositions abordées dans ce projet ne nous donne donc aucune conclusion définitive quant au statut du fœtus.

b) *Les développements de la rédaction de la Convention*

La Commission des droits de l'homme fit circuler le projet de la Pologne aux gouvernements, aux autres organes des Nations Unies et aux ONG, en demandant des commentaires en retour. Le gouvernement portugais répondit que l'enfant doit être le résultat d'un choix exercé librement par les parents⁹². La seule ONG à avoir répondu fut l'Union internationale humaniste et éthique (*International Humanist and Ethical*

⁸⁵ *Déclaration universelle*, supra note 6.

⁸⁶ Albert Verdoodt, *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, Nauwelaerts, Louvain-Paris, 1963 à la p. 95.

⁸⁷ *Ibid.* à la p. 97.

⁸⁸ *Ibid.* à la p. 98.

⁸⁹ *Ibid.* à la p. 100.

⁹⁰ *Pacte civil et politique*, supra note 15, art. 23-24 ; *Pacte économique*, supra note 34, art. 10.

⁹¹ *Pacte économique*, supra note 34, art. 10(2).

⁹² Alston, supra note 77 à la p. 162.

Union). Elle exprimait le désir qu'on ajoute la phrase « chaque enfant a le droit d'être né désiré »⁹³. Il a été étonnant de remarquer la passivité et le peu de préoccupation que suscitait la question auprès des gouvernements et des autres institutions; ceci semblait démontrer un certain consensus : il serait mieux de laisser le sujet de côté. Toutefois, il refit surface à quelques reprises lors des débats et de la rédaction de la Convention, surtout lors des discussions entourant la rédaction des articles premier, 6 et 41. Pour les fins de ce texte, on se concentrera sur l'article premier.

L'article premier apporte une définition au terme « enfant ». C'est un point très important, et la majeure partie du débat porta sur la limite supérieure de l'âge d'un enfant, au-dessus duquel il devient adulte (ceci fut fixé à dix-huit ans). La limite inférieure fut sujet à débat lors de la deuxième session du groupe de rédaction en 1980⁹⁴. On avait comme première proposition que l'enfance débute dès la naissance, ce qui exclu automatiquement le fœtus. De vifs débats et quelques compromis débouchèrent à une décision finale : on utilisera les termes « enfant » et « être humain » sans parler de la limite inférieure, pour fournir un maximum de flexibilité aux États parties à la Convention d'adopter la position qu'ils préférèrent.

On avait considéré, à tort, que le sujet était clos. En 1988, lors de la dernière session du groupe de rédaction, un premier amendement fut proposé par la République de Malte et par le Sénégal, pour que l'article premier se réfère à « tout être humain dès la conception »⁹⁵. Un amendement encore plus radical, provenant de la *Fédération internationale du droit à la vie*, voulant que soit inclus « tout être humain dès la conception/fertilisation »⁹⁶, fut rapidement rejeté. Bref, on a maintenu la même phrase. Il y eut plusieurs débats sur l'expression « autant avant qu'après la naissance » lors de la rédaction du préambule et des articles 6 et 41, mais on ne s'attardera pas là-dessus⁹⁷. Notons seulement que le représentant de la R.F.A., en s'adressant à la Commission des droits de l'homme, déclarait que le neuvième paragraphe du préambule était un grand succès parce que c'était la première fois que le droit à la vie de l'enfant à naître était reconnu dans une convention internationale⁹⁸. Cette hypothèse ne peut être maintenue seulement si on arrive à prouver que le terme « enfant » comprend le fœtus; et vu le rejet clair et répété d'une telle interprétation, ainsi que le fait que les dispositions de la Convention s'adressent exclusivement aux situations après la naissance, une telle hypothèse ne peut pas découler d'un simple paragraphe de préambule. Après cette analyse des conventions internationales, il sera intéressant de se pencher sur le développement concret de ces normes sur la scène internationale.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ N.U. Doc. E/CN.4/L. 1542 (1980), para. 28-31.

⁹⁵ N.U. Doc. E/CN.4/1989/48, para. 76; voir aussi Alston, *supra* note 77 à la p. 163.

⁹⁶ *Ibid.* au para. 77.

⁹⁷ Pour plus de détails, voir le texte de Alston, *supra* note 77 aux pp. 165 et s.

⁹⁸ N.U. Doc. E/CN.4/1989/SR.54, para. 76 (1989) (M. Jaeger).

II. Développement jurisprudentiel et pratique des États

Malgré l'optimisme de certains auteurs, comme Berta E. Hernandez, qui pensent que le droit à l'avortement est reconnu et protégé aux quatre coins du monde⁹⁹, ce droit n'a pas progressé au point de se faire reconnaître comme un droit fondamental en droit international. Au fur et à mesure que les pays occidentaux libéralisent leur position face à l'avortement, on observe l'émergence d'une lutte entre défenseurs des droits du fœtus et tenants du droit des femmes à choisir la destinée de leur grossesse. Les tribunaux internationaux, comme la Cour européenne des Droits de l'Homme, sont appelés à invalider des lois nationales qui enfreignent les droits des femmes. Toutefois, comme ces tribunaux hésitent à se mêler des politiques internes sur des sujets aussi délicats, on assiste à un lent processus d'avancement des droits de la femme sur la scène internationale. Les femmes resteront marginalisées dans le domaine des droits de l'homme tant et aussi longtemps que les tribunaux ne tiendront pas compte de la réalité et des expériences vécues par le sexe féminin.

D'un autre côté, lorsqu'on observe la pratique des États, il est important de noter que l'avortement est exercé universellement. Même lorsque la législation de certains États ne tolère pas l'acte, la pratique est d'ignorer systématiquement toute restriction¹⁰⁰. On a observé que l'avortement est exercé pour mettre fin à des grossesses non désirées dans toutes les cultures depuis la nuit des temps¹⁰¹.

Dans cette deuxième partie, on traitera donc du développement jurisprudentiel en matière d'avortement et de droit du fœtus dans les différents tribunaux internationaux et régionaux. Dans un second temps, on fera un parcours général de la pratique des États et des pratiques régionales, pour ensuite ouvrir une fenêtre sur les conférences mondiales qui ont récemment apporté quelques changements et progrès à la condition de la femme.

A. L'avortement, le fœtus et les tribunaux internationaux

1. LES DÉCISIONS DES COURS EUROPÉENNES

Le 4 octobre 1991, la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) rendait sa décision tant attendue dans l'affaire *S.P.U.C. v. Grogan*¹⁰². En 1983, un amendement de la Constitution irlandaise affirmait le droit à la vie du fœtus. Il s'agit de l'article 40.3.3 qui indique que l'État reconnaît le droit à la vie de l'enfant à naître et, avec respect au droit égal à la vie de la mère, garantit de respecter autant que possible et de défendre ce droit¹⁰³. L'Irlande devenait ainsi le seul État membre de la CEE à avoir une prohibition aussi poussée de l'avortement.

⁹⁹ Hernandez, *supra* note 36 à la p. 309.

¹⁰⁰ Stephen L. Isaacs, « Reproductive Rights 1983 : An International Survey » (1983) 14 Colum. H.R.L. Rev. 311 à la p. 341.

¹⁰¹ Hernandez, *supra* note 36 à la p. 346.

¹⁰² *Commission c. Grèce*, c-159/90 [1991] Rec. C.E. I-691.

¹⁰³ Dena T. Sacco et Alexia Brown, « Regulation of Abortion in the European Community » (1992) 33 Harv. Int'l L.J. 291 à la p. 292.

Cette affaire, qui fut référée à la CJCE par la Cour supérieure irlandaise (*Irish High Court*), pris naissance avec la publication, par des cliniques anglaises d'avortement, de pamphlets informatifs, en Irlande. Les questions présentées à la CJCE portaient à savoir si l'Irlande pouvait s'appuyer sur ses politiques internes d'interdiction des avortements pour justifier la prohibition de l'information à propos des services d'avortement dans un autre État membre de la CEE. La CJCE n'a pas touché à la partie substantive de la matière, soulignant simplement que les distributeurs de pamphlets n'étaient que des groupes d'étudiants qui n'avaient aucun lien avec les services d'avortement et, par conséquent, ils n'étaient pas protégés par le Traité de la CEE. Ainsi, aucun intérêt communautaire n'était soulevé et l'Irlande pouvait empêcher ces groupes de distribuer l'information.

On ne touchera pas les questions de compétence, ni celle de la définition du mot « service », mais une question intéressante soulevée par les défenseurs des droits du fœtus concernait la liberté d'expression contenue à l'article 10 de la *Convention européenne*. Cette disposition confirme que « [t]oute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la *liberté de recevoir ou communiquer des informations [...] [nos italiques]* »¹⁰⁴. La Cour a reconnu que l'interdiction pouvait être considérée comme restreignant la liberté d'expression. Elle a ensuite évalué l'atteinte à cette liberté à la lumière des mesures nécessaires à la protection au deuxième paragraphe de l'article 10.

La Cour a décidé que le droit à la vie pesait plus lourd que la liberté d'expression. Elle a justifié cette conclusion selon les précédents de la CJCE qui acceptaient une bonne marge d'appréciation pour les politiques nationales dans le domaine des droits de la personne. Les circonstances particulières entourant certains concepts de politique interne peuvent varier d'un État à l'autre et il est nécessaire d'accorder aux autorités nationales une certaine discrétion à l'intérieur des limites imposées par le Traité de la CEE¹⁰⁵. Comme la Cour n'a pas abordé le sujet des droits de la personne impliquée dans une interdiction d'information, ces questions pourront réapparaître dans d'autres cas à l'avenir.

En Irlande, l'interdiction de l'avortement remonte à 1861, alors qu'elle se trouvait dans le *English Offences Against the Person Act*¹⁰⁶. L'interdiction, à l'article 40.3.3 de la Constitution irlandaise, a été introduite par le huitième amendement de la Constitution pour protéger le droit à la vie du fœtus. Ce choix fut motivé par le désir d'isoler l'Irlande du courant de libéralisation que subissaient les pays occidentaux face aux politiques d'avortement¹⁰⁷.

¹⁰⁴ *Convention européenne*, supra note 16, art. 10.

¹⁰⁵ *S.P.U.C. v. Grogan*, supra note 102, opinion de l'Avocat-Général Van Gerven, para. 26.

¹⁰⁶ Cette législation fut mise en vigueur, à l'origine, par le parlement britannique, à l'époque où l'Irlande faisait partie du Royaume-Uni. Elle est restée en vigueur après que l'Irlande se soit séparée et l'article 50.1 para. 59 de la Constitution irlandaise reprenait les mêmes termes pour punir l'avortement; voir Angela Thompson, « International Protection of Women's Rights : An Analysis of Open Door Counselling Ltd. And Dublin Well Woman Center v. Ireland » (1994) 12 B.U. Int'l L.J. 371 à la p. 373 [Thompson].

¹⁰⁷ *Ibid.* à la p. 374.

L'affaire *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*¹⁰⁸ est une autre bonne illustration des difficultés auxquelles font face les tribunaux internationaux par rapport à des lois nationales se rapportant à ces sujets délicats. Le litige a débuté devant les tribunaux irlandais lorsqu'un groupe d'intérêt, la *Society for the Protection of the Unborn Children Ireland Ltd* (S.P.U.C.), décida d'émettre une poursuite contre deux cliniques de santé pour femmes de Dublin. Les cliniques fournissaient à leurs clientes des informations à propos des cliniques d'avortement en Grande-Bretagne, où l'avortement est légal. La S.P.U.C. avait comme argument que les deux cliniques irlandaises aidaient les femmes, qui désiraient se faire avorter, à violer les dispositions de la Constitution protégeant le droit des enfants à naître.

Lorsqu'une femme désirait mettre fin à sa grossesse, ces deux cliniques la réfèrent à une clinique en Grande-Bretagne et, dans certains cas, arrangeaient les modalités de déplacement. Donc, elles ne donnaient que des conseils non directifs. La *High Court* irlandaise déclara que les cliniques violaient la disposition sur les droits du fœtus de la Constitution, et cette décision fut confirmée par la Cour suprême d'Irlande, qui fit émettre une injonction permanente. Les cliniques firent alors appel à la Commission européenne des Droits de l'Homme pour essayer de renverser cette décision, et deux femmes enceintes les ont jointes dans leur poursuite. Elles ont basé leurs arguments en déclarant que les cours irlandaises violaient ainsi leur liberté d'expression (article 10 de la *Convention européenne*), leur droit à la vie privée (article 8 de la *Convention européenne*) et la jouissance de leurs droits et libertés (article 14 de la *Convention européenne*). La Commission a rendu sa décision sur les bases de la liberté d'expression.

La Commission, ainsi que la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH), a jugé que les cliniques avaient un droit, sous la disposition garantissant la liberté d'expression, de continuer à fournir des conseils non directifs (la CEDH a voté par une majorité de 15 voix contre 8 en faveur des cliniques). La cour a conclu que : « la restriction était *prévüe par la loi* [nos italiques] »¹⁰⁹. Elle a affirmé que les interruptions de grossesse en dehors de l'Irlande et la pratique des conseils non directifs aux femmes enceintes ne constituent pas une infraction à la loi. L'article 40.3.3 n'enjoint qu'à l'État de protéger le droit à la vie de l'enfant à naître et non pas à des particuliers¹¹⁰. Toutefois, la Cour a souligné l'importance de considérer les faits à la lumière du droit irlandais en général, qui accorde un niveau élevé de protection à l'enfant à naître. De plus, en s'entourant de conseils éclairés, les cliniques pouvaient prévoir, à un degré raisonnable, qu'elles s'exposaient à des poursuites.

Le gouvernement irlandais affirmait que la sauvegarde du droit à la vie des enfants à naître rendait l'injonction nécessaire dans une société démocratique et l'article 10 (liberté d'expression) de la Convention devrait s'interpréter en fonction de l'article 2 qui protège aussi la vie des enfants. « La plupart des irlandais

¹⁰⁸ (1992) 246A Cour Eur. D.H. (Sér. A) 8 [*Open Door*].

¹⁰⁹ *Ibid.* à la p. 27.

¹¹⁰ *Ibid.* aux pp. 26-27.

réprouveraient avec vigueur l'avortement et il n'appartient pas à la Cour d'essayer d'imposer une autre opinion »¹¹¹.

D'abord, ce qui a frappé la CEDH, c'est le caractère absolu de la décision de la Cour irlandaise, parce que celle-ci interdisait de manière définitive de communiquer à des femmes enceintes des informations sur les possibilités d'avortement provoqués à l'étranger, sans tenir compte de leur âge, ni de leur état de santé, ni de leurs raisons de solliciter des conseils sur l'interruption de grossesse. La CEDH a ainsi conclu que la restriction était trop large (*over-board*) et disproportionnée.

D'autres facteurs ont semblé influencer la Cour. Tout d'abord, les cliniques dispensaient aux femmes enceintes des conseils dans le cadre desquels les conseillères ne préconisaient ni n'encourageaient l'avortement. Ensuite, les informations que l'injonction cherchait à interdire figuraient déjà ailleurs et selon des modalités qui n'étaient pas contrôlées par un personnel qualifié, et donc protégeaient moins bien la santé des femmes. Enfin, l'injonction semble avoir créé un risque pour la santé d'un bon nombre d'irlandaises (car l'ordonnance n'a pas empêché un bon nombre de femmes d'aller encore se faire avorter en Grande-Bretagne); en effet, c'est à un stade plus avancé de leur grossesse que ces femmes essayaient d'obtenir une interruption, faute de conseils appropriés¹¹².

Une analyse approfondie de l'opinion de la Cour démontrera les nombreux problèmes que rencontrent les tribunaux internationaux lorsqu'on leur demande de juger sur des politiques nationales, et ces problèmes sont plus nombreux lorsque la politique visée concerne les droits de la femme. Même si les camps ont soulevé des questions de vie privée, de droits et de libertés, la Cour n'a jugé que sur le thème de la liberté d'expression. En se basant sur une analyse aussi restreinte, la Cour ne s'est pas prononcée sur la façon de traiter les droits de la femme à l'avenir. Il est difficile de discerner sa position sur les droits de la femme lorsqu'elle invoque des principes comme la marge d'appréciation; elle laisse ainsi aux autorités nationales le soin de traiter ces questions.

2. LES DÉCISIONS DES COURS AMÉRICAINES

Les cours internationales ont ainsi de la difficulté à se prononcer sur des sujets délicats, en partie à cause des différences culturelles. Il sera donc intéressant de traiter des pratiques régionales et de l'influence qu'elles peuvent avoir sur l'état du droit international. Les États-Unis, par exemple, empruntent deux courants pour analyser les questions d'avortement : un courant basé sur le droit à la vie privée, l'autre basé sur le droit à l'égalité. Dans le célèbre arrêt *Roe v. Wade*¹¹³, la Cour suprême des États-Unis déclarait que le droit à la vie privée est assez large pour

¹¹¹ *Ibid.* à la p. 28.

¹¹² *Ibid.* aux pp. 30-31.

¹¹³ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

inclure la décision d'une femme de mettre fin ou non à sa grossesse. Dans cette décision, on limitait l'intervention de l'État au dernier trimestre de grossesse.

Plusieurs ont critiqué l'utilisation du principe de vie privée pour protéger les droits des femmes. Ceux-ci prétendaient que la doctrine sur le droit à l'égalité est un meilleur support des droits de la femme, parce qu'elle se base sur une « théorie de dominance »¹¹⁴ (aussi appelée la perspective de non-subordination). Refuser à une femme le droit de prendre une décision par rapport à sa grossesse tiendrait d'une structure sociale traditionnelle où l'homme domine de façon oppressive et ceci perpétue la subordination de la femme. On ne se prononcera pas davantage sur ces débats théoriques.

Dans l'*Affaire Baby Boy*, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a soutenu l'idée que l'enfant à naître n'a pas un droit à la vie selon la *Convention américaine*¹¹⁵. Cette décision est significative parce que la *Convention américaine* soutient que le droit à la vie « doit être protégé en général à partir de la conception »¹¹⁶.

Le conflit avait pris naissance dans l'État du Massachusetts, aux États-Unis, trois ans après l'affaire *Roe*. Le Dr. Kenneth Edelin fut trouvé coupable d'homicide involontaire pour avoir exécuté un avortement à un stade assez avancé. Cette décision fut renversée par la Cour suprême du Massachusetts en décembre 1976, parce qu'il n'y avait pas suffisamment de preuves sur la viabilité du fœtus en dehors de l'utérus, et qu'il était nécessaire de prouver, hors de tout doute raisonnable, une conduite téméraire et gratuite, entraînant la mort.

Un mois plus tard, un groupe de pression, « The Catholics for Christian Political Action », adressa une requête à la Commission interaméricaine au nom du « Baby Boy » (l'enfant à naître devait être un garçon!) avorté par le Dr. Edelin. On y alléguait la violation de certains droits reconnus dans la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*¹¹⁷, entre autres le droit à la vie (article I), l'égalité et la non-discrimination (article II), le droit des enfants de recevoir une protection spéciale (article VII) et le droit à la santé (article XI). Le groupe de pression affirme que ces violations ont apparu avec la décision *Roe v. Wade*, qui avait établi les bases de privation de la vie de l'enfant à naître. On a aussi allégué que la décision *Roe* violait l'article 4 de la *Convention américaine* (droit à la vie) en limitant la protection du fœtus.

¹¹⁴ Thompson, *supra* note 106 à la p. 404.

¹¹⁵ *The Baby Boy Case*, OÉA, Commission interaméricaine des droits de l'homme, Rés.23/81, Case 2141, Inter-american Ct. H.R. 25, Doc. off. OEA/Ser.L/V/II.54/Doc.9, rev.1 (1981).

¹¹⁶ *Convention américaine*, *supra* note 17, art. 4.

¹¹⁷ OÉA, Commission interaméricaine des droits de l'homme, Rés. XXX, Neuvième Conférence Internationale Américaine, Doc. off. OEA/Ser.L/V/II.23/ Doc.21, rev.6 (1948).

Le gouvernement des États-Unis a répliqué en se basant sur trois arguments :

1. Les représentants des différents pays qui ont rédigé la Déclaration américaine en 1948 avaient rejeté l'inclusion du droit du fœtus dans la disposition sur le droit à la vie;

2. Les États-Unis ne font pas partie de la Convention interaméricaine (qui est un traité) et ils se retrouvent ainsi à un niveau juridique différent de celui de la Déclaration américaine, qui fut adoptée de façon unanime en 1948 pour fournir un document de base sur les droits de l'homme. Même si les termes employés dans la Déclaration donnent à la Commission la possibilité d'interpréter assez largement, cette interprétation doit être cohérente avec l'intention originale de la Déclaration.

3. Sous l'hypothèse que la Convention s'applique dans le cas présent, l'article 4 n'interdit pas l'avortement puisqu'il reconnaît que le droit à la vie doit *en général* être protégé dès la conception. Lors de la rédaction de la Convention, on avait convenu que cette phrase permettrait aux États d'adopter la législation qu'ils désiraient par rapport à l'avortement.

Il est intéressant d'étudier les travaux préparatoires de la Déclaration américaine de 1948, lors de la tenue de la IX^{ème} Conférence internationale des États américains, à Bogota. Ceux-ci démontrèrent que l'intention de la Conférence était de protéger le droit à la vie « dès le moment de la conception »¹¹⁸. Le Comité juridique interaméricain avait préparé un projet de *Déclaration internationale des droits et devoirs de l'homme*, qui fut un des projets qui ont contribué à la rédaction de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* et fut examiné par la Conférence des États américains à Bogota. Le premier article de ce projet propose que toute personne ait droit à la vie et que ce droit s'applique dès le moment de la conception¹¹⁹.

Un groupe de travail fut organisé et soumit un projet intitulé *Déclaration américaine des droits et devoirs fondamentaux de l'homme*, dont l'article I se lit comme suit : « Tout être humain a droit à la vie, à la liberté, à la sécurité et à l'intégrité de sa personne »¹²⁰. Ce remaniement de l'article I est dû à un compromis pour résoudre les problèmes soulevés par les délégations d'Argentine, du Brésil, de Cuba, des États-Unis, du Mexique, du Pérou, de l'Uruguay et du Venezuela, à cause de la contradiction qui existait entre les lois internes de ces États et le projet du Comité juridique. En ce qui concerne le droit à la vie, la définition donnée par le Comité juridique était incompatible avec les lois de la majorité des États américains en matière de peine de mort et d'avortement. L'article I de la Déclaration américaine affirme que « tout être humain a le droit à la vie [...] », sans préciser le moment du début de la vie.

Lors de la Conférence diplomatique qui adopta la *Convention américaine*, la délégation du Brésil et celle de la République dominicaine présentèrent des

¹¹⁸ Inter-Am. Comm. On H.R., Washington, « Protection of life prior to birth / 'Baby Boy' abortion case » (1981) 2 H.R.L.J. 110, à la p. 116.

¹¹⁹ *Ibid.* à la p. 117.

¹²⁰ *Ibid.*

amendements pour enlever la dernière partie de la phrase, « en général, dès le moment de la conception ». La délégation des États-Unis a appuyé cette proposition.

L'Équateur, diamétralement opposé à ce point de vue, voulait enlever seulement le terme « en général ». Finalement, par un vote majoritaire, la Conférence adopta le texte que l'on connaît aujourd'hui.

Enfin, dans l'*Affaire Baby Boy*, la requête du « Catholics for Christian Political Action » fut rejetée. L'ajout de l'expression « en général, dès le moment de la conception » ne signifie pas que les rédacteurs de la Convention voulaient modifier le droit à la vie tel qu'énoncé lors de l'adoption de la Déclaration américaine. Toutefois, si l'on accepte que la *Convention américaine* établit un droit absolu à la vie de l'enfant à naître dès le moment de la conception, il serait impossible d'imposer à un État membre de l'OÉA, par le biais d'une interprétation, une obligation internationale basée sur un traité que cet État n'a pas accepté ou ratifié¹²¹.

Le droit international reconnaît que les pratiques et les coutumes des lois nationales peuvent établir, avec le temps, une norme internationale. Présentement, plus des trois-quarts de la population mondiale réside dans des pays qui ont des lois permettant l'avortement sous certaines circonstances¹²². Dans la plupart des États, on permet donc l'avortement, mais les conditions varient, allant des interdictions limitées jusqu'aux avortements électifs. Sous les régimes d'interdiction limitée, on ne retrouve pas de motifs spécifiques, mais l'avortement est permis, selon la jurisprudence, pour des causes de nécessité, pour sauver la vie de la femme enceinte. La plupart des États de croyance islamique (comme l'Indonésie et le Bangladesh), la moitié des États africains (Nigeria, République d'Afrique du Sud), à peu près les deux-tiers des États d'Amérique latine et trois États d'Europe (la Belgique, l'Irlande et Malte) tombent sous cette catégorie de lois prohibitives. Vu la diversité des pratiques d'une région à l'autre, et d'un pays à l'autre, il sera intéressant d'étudier les différentes pratiques à travers le monde.

B. Pratiques des États et développements récents

Les États sont responsables d'organiser leurs lois et pratiques en conformité avec leurs obligations sous le droit international pour protéger et promouvoir les droits de la personne¹²³. Cette responsabilité est basée non seulement sur les lois mises en vigueur de façon formelle, mais aussi sur les sources coutumières du droit international.

Les États occidentaux reconnaissent le droit de décider, pour une femme, de mettre fin ou non à sa grossesse. Ce droit est basé sur des facteurs tant politiques que

¹²¹ *Ibid* à la p. 120.

¹²² Paul Sachdev, *International Handbook on Abortion*, Westport (Conn.), Greenwood Press, 1988 à la p. 1 [Sachdev].

¹²³ Rebecca J. Cook, *Human Rights of Women : National and International Perspectives*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1994 à la p. 167.

sociaux et démographiques¹²⁴. Ces États considèrent que les avortements clandestins résultent en des problèmes plus graves de santé publique.

Les États socialistes de l'Europe de l'Est ont aussi décidé de libéraliser leur législation sur l'avortement à cause de l'augmentation alarmante du taux de mortalité des femmes enceintes¹²⁵. Ces États ont suivi l'exemple de l'Union soviétique qui, dès 1920, permettait l'avortement sur demande. La politique de l'U.R.S.S. variait cependant selon les besoins qu'elle avait d'augmenter sa population. La R.D.A. avait des mesures très restrictives après la Deuxième Guerre mondiale; en 1965, elle a interprété ses lois un peu plus souples, et elle a légalisé l'avortement sur demande en 1972¹²⁶.

Depuis quelques décennies, on a vu le jour toutes sortes de planification sur le contrôle de la démographie. On a instauré de vastes programmes internationaux (de stérilisation des femmes, de distribution de contraceptifs ou d'imposition de quotas familiaux) et, malgré tout, les experts s'attendent à ce que la population mondiale atteigne le cap des 7.27 milliards d'ici une dizaine d'années¹²⁷. C'est la raison pour laquelle on a tenu plusieurs conférences mondiales sur le développement et la santé, et on analysera, à la fin de ce chapitre, l'apport des conférences du Caire et de Pékin sur la santé mondiale et les droits de la femme.

1. LES PRATIQUES ÉTATIQUES ET RÉGIONALES

Près de quarante pour cent de la population mondiale vit sous un système juridique où le droit à l'avortement peut être exercé sur demande, normalement pendant le premier trimestre¹²⁸. Ceci démontre indubitablement un courant libéral qui, depuis les dernières décennies, reconnaît ce droit.

En Grande-Bretagne, on a réformé le système avec le « Abortion Act » de 1967, à l'occasion duquel le Parlement britannique a adopté la loi permettant l'avortement si la continuation de la grossesse implique un risque à la vie de la femme enceinte ou à sa santé¹²⁹. Le Canada, l'Australie et la Nouvelle-Zélande, qui ont des perspectives sociales et politiques très semblables à celles de la Grande-Bretagne, ont été influencés par cette dernière, et ont reconnu le droit à l'avortement pour des motifs assez larges.

Après l'affaire *Roe* aux États-Unis, la Cour suprême américaine a confirmé en 1983, dans l'affaire *Akron*¹³⁰, que le droit à la vie privée comprend aussi le droit d'une femme de décider de mettre fin à sa grossesse. En 1991, cette même cour

¹²⁴ Sachdev, *supra* note 122 à la p. 3.

¹²⁵ *Ibid.* à la p. 4.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Meredith Marshall, « United Nations Conference on Population and Development : the Road to a New Reality for Reproductive Health » (1996) 10 *Emory Int'l L. Rev.* 441 à la p. 442. [Marshall].

¹²⁸ Sachdev, *supra* note 122 à la p. 2.

¹²⁹ Hernandez, *supra* note 36 à la p. 350.

¹³⁰ *Akron v. Akron Center for Reproductive Health Inc.*, 462 U.S. 416 (1983).

déclarait que l'avortement constituait un droit « de Vème Amendement » pour les femmes (women's Fifth Amendment rights)¹³¹.

Dans les pays de la francophonie, les pratiques varient. L'ancien article 317 du Code pénal français de 1810 interdisait l'avortement dans presque la totalité des cas, mais était interprété de façon à ce que l'acte « devait cesser d'être punissable lorsqu'il était pratiqué par un médecin pour sauver la vie de la mère, au moins quand le danger couru par celle-ci était extrême »¹³². D'autres pays francophones prévoient aussi la défense d'état de nécessité dans leur code pénal respectif, tel le Madagascar, la Mali, la Mauritanie, le Niger et le Zaïre¹³³.

Le décret-loi de 1939, en France, a dépénalisé l'avortement pour sauvegarder la vie de la femme gravement menacée et ce principe fut réaffirmé à l'article 161-1 du Code de la santé publique de 1979. L'article 367 du Code pénal de la Côte d'Ivoire répète cette possibilité. Plus récemment, en 1988, le gouvernement français permettait l'utilisation d'une pilule appelée RU 486¹³⁴ et en 1990, le gouvernement a décidé de subventionner cette pilule¹³⁵.

La Belgique, au contraire, pénalise l'avortement, mais sa jurisprudence a considéré « qu'une défense basée sur l'état de nécessité pouvait faire de l'avortement un acte médical 'souhaitable', voire 'louable' »¹³⁶.

D'autres pays francophones ont adopté une approche moins restrictive, permettant l'avortement « lorsqu'il existe un péril grave pour la vie de la femme, pour sa santé physique ou même, dans certains pays, pour sa santé mentale »¹³⁷. On permet donc l'avortement dans un but thérapeutique, pour préserver l'équilibre physiologique et mental de la femme¹³⁸.

Une dernière tendance plus libérale, parmi ces pays francophones, permet l'avortement pour des motifs juridiques, socio-économiques et de malformation fœtale, « sans exiger qu'ils affectent d'une façon directe et immédiate la santé physique de la femme »¹³⁹, et ceci, à l'intérieur d'un certain délai, normalement de dix à douze semaines¹⁴⁰. Les motifs juridiques, comme le viol ou l'inceste, justifient

¹³¹ Hernandez, *supra* note 36 à la p. 350.

¹³² Knoppers, *supra* note 1 à la p. 34.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Cette pilule met fin à la grossesse d'une manière effective et sécuritaire, et constitue un traitement médical adéquat durant les six semaines suivant les dernières menstruations. Voir Rebecca J. Cook & Dickens, « International Developments in Abortion Laws : 1977-88 » 78 Am. J. Pub. Health 1305 à la p. 1308.

¹³⁵ Hernandez, *supra* note 36 à la p. 351.

¹³⁶ Knoppers, *supra* note 1 aux pp. 35-36.

¹³⁷ *Ibid.* à la p. 38.

¹³⁸ *Ibid.* ; On retrouve ce genre d'approche, entre autres, en Guinée, aux Comores, au Vanuatu et en Algérie.

¹³⁹ *Ibid.* à la p. 40.

¹⁴⁰ *Ibid.* ; Dix semaines en France et douze semaines au Luxembourg et en Tunisie. En fait, il n'y a aucune différence, parce que le Luxembourg et la Tunisie calculent à partir des dernières menstruations, alors que la France calcule au moment présumé de l'ovulation et de la conception, qui se situe généralement deux semaines après les dernières menstruations.

l'avortement dans certains pays en dépit de toute restriction et en dehors du délai légal; il suffit de prouver que la grossesse résulte d'un viol¹⁴¹.

D'autres raisons peuvent exister comme motifs permettant l'avortement. On gardera l'exemple assez exceptionnel de l'article 531 du Code pénal de Syrie, qui *réduit la sanction* « lorsque l'avortement peut se justifier par la sauvegarde de l'honneur de la famille »¹⁴². Enfin, depuis 1978, le droit à l'avortement est permis en Chine, mais on comprend bien qu'il s'agit de politique démographique. Le « planning » familial est en effet une politique de l'État.

Depuis 1986, la tendance mondiale reconnaissant le droit à l'avortement s'est poursuivie avec des changements dans les lois au Canada¹⁴³, en Tchécoslovaquie (ou ex-Tchécoslovaquie), en Grèce, en Hongrie, dans l'ex-U.R.S.S. et au Vietnam¹⁴⁴.

Enfin, même dans les États où l'avortement est strictement interdit, on retrouve un nombre élevé d'avortement sous forme déguisée. Par exemple, en Indonésie et au Bangladesh, on contourne l'interdiction générale en permettant aux femmes d'exercer leur droit sous une prétendue « régulation des menstruations » (*menstrual regulation*)¹⁴⁵. Ce sont ces interdictions que l'on veut effacer lors des grandes conférences mondiales sur la santé et le développement.

2. LES DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS LORS DES CONFÉRENCES MONDIALES

L'utilisation des droits de la personne pour faire progresser les droits à la santé et l'avortement a gagné un certain momentum lors des récentes conférences de l'ONU, notamment la *Conférence internationale sur la population et le développement*, tenue au Caire en 1994, et la *Quatrième Conférence mondiale sur la femme*, tenue à Pékin en 1995. Cette dernière a d'ailleurs fait l'œuvre d'un sérieux suivi qui se manifesta sous la forme d'une conférence, celle de *Beijing + 5* qui eut lieu en juin 2000 à New York.

En septembre 1994, les chefs d'États, les travailleurs sociaux et les ONG se sont mis d'accord pour dire que le développement socio-économique et les techniques de contrôle des naissances devaient être combinés pour stabiliser la croissance de la population mondiale¹⁴⁶. Le Programme d'action adopté par les 184 États membres de l'ONU au Caire¹⁴⁷ reconnaît l'importance des droits de la personne dans la protection

¹⁴¹ Ceci est prévu à l'article 339 du Code pénal camerounais et à l'article 353 du Code pénal du Luxembourg.

¹⁴² Knoppers, *supra* note 1 à la p. 57.

¹⁴³ *R. c. Morgentaler*, *supra* note 3 ; alors que la Cour suprême déclarait inconstitutionnel l'article 251 du *Code criminel*, qui criminalisait l'avortement.

¹⁴⁴ Dans tous ces pays, l'avortement est permis sur simple demande.

¹⁴⁵ Hernandez, *supra* note 36 à la p. 355.

¹⁴⁶ Marshall, *supra* note 127 à la p. 442.

¹⁴⁷ *Rapport de la Conférence internationale sur la population et le développement*, Doc. off. CES NU, 1994, supp. N° 1, Doc. NU A/CONF.171/13/Rev.1 (1994) [*Programme du Caire*].

et la promotion du droit à l'avortement¹⁴⁸. Comparativement aux deux conférences précédentes sur la population et le développement, à Bucarest et à Mexico, les délégués de la Conférence du Caire ont atteint un plus grand consensus politique sur le besoin de combiner des stratégies de développement, pour offrir une plus grande gamme de services de santé aux femmes. Le *Programme du Caire* a aussi mis de côté le thème traditionnel de création des quotas démographiques, en faveur d'objectifs qui amélioreront la qualité de vie en général pour les femmes et les enfants. Le *Programme du Caire* reconnaît le rôle important que jouent les femmes dans la croissance de la population et suggère que cette croissance peut être stabilisée par l'épanouissement des femmes avec l'accès à de meilleures informations, à une meilleure éducation et à de meilleures options de protection et de contraception.

Le *Programme du Caire* s'inspire de la définition de l'O.M.S. pour définir la notion de santé¹⁴⁹, et explique que ceci constitue un état complet de bien-être physique, mental et social, et non pas la simple absence de maladie ou d'infirmité. Le droit à la santé implique donc le fait d'être capable d'avoir une vie sexuelle satisfaisante et sécuritaire, d'avoir la capacité de se reproduire et la liberté de décider la fréquence et le moment des naissances¹⁵⁰. Ces conditions laissent croire implicitement que les hommes et les femmes ont le droit d'être informé et d'avoir accès à des méthodes de planification familiale sécuritaires, efficaces, accessibles (c'est-à-dire abordables) et acceptables.

La *Déclaration et la Plate-forme d'action de Pékin*¹⁵¹, adoptées par 187 États membres des Nations Unies, réaffirment le *Programme du Caire* et sa définition du concept de « santé », mais elles touchent un champ plus large d'intérêt de la femme. La *Plate-forme de Pékin* affirme que les droits de la femme incluent le droit d'avoir contrôle sur sa sexualité et de décider librement et de façon responsable sur les matières relatives à sa sexualité, comprenant sa santé sexuelle et reproductive, libre de coercition, discrimination et violence¹⁵².

Lors de ces deux conférences, on a voulu appliquer les droits de la personne pour protéger l'avortement et la santé des femmes. La plupart des États se sont engagés à promouvoir et à protéger les droits des femmes dans leur constitution et à adhérer à des conventions régionales et internationales sur les droits de la personne. Par exemple, 151 États ont ratifié la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* et se sont engagés à « assurer le plein développement et le progrès des femmes, en vue de leur garantir l'exercice et la

¹⁴⁸ Rebecca J. Cook, « Reproductive Health : Where next, after Cairo and Beijing » (1997) 16 Med. & L. 169 à la p. 170 [Cook, « Reproductive Health »].

¹⁴⁹ Le terme courant en anglais est « reproductive health », donc on parle de santé dans le contexte de grossesse, d'avortement et de reproduction.

¹⁵⁰ Cook, « Reproductive Health », *supra* note 148 à la p. 170.

¹⁵¹ *Rapport sur la Quatrième conférence mondiale sur les femmes*, Doc. off. CES NU, DOC. NU A/CONF.177/20, (1995). [*Plate-forme de Pékin*].

¹⁵² Paragraphe 96 de la *Plate-forme* citée dans : Cook, « Reproductive Health », *supra* note 148 à la p. 171.

jouissance des droits de la personne et des libertés fondamentales sur la base de l'égalité avec les hommes »¹⁵³.

Le *Programme du Caire* réaffirme que « toute personne a le droit à la vie » (premier principe). On a soulevé, lors de la conférence, la triste estimation que 500,000 femmes perdent la vie à chaque année pour des causes reliées à la grossesse et on pourrait tenir les gouvernements responsables de ne pas avoir accompli d'importantes réductions du taux de mortalité maternelle. Les États ont donc accepté, par le biais du *Programme du Caire*¹⁵⁴ et la *Plate-forme de Pékin*¹⁵⁵ de réduire leur taux de mortalité maternelle de moitié de ce qu'il était en 1990, d'ici l'an 2000, et de réduire ce même taux de moitié de ce qu'il sera en l'an 2000, jusqu'à l'an 2015.

Les gouvernements ont aussi reconnu, en acceptant la *Plate-forme de Pékin*, le droit des femmes à la liberté, et ont ainsi consenti de réviser leurs lois internes qui contiennent des mesures punitives contre les femmes qui ont obtenu des avortements illégaux¹⁵⁶.

Des tribunaux ont déjà reconnu l'avortement en déclarant inconstitutionnelles des dispositions criminelles restreignant l'avortement, parce qu'elles violaient les droits de liberté et de sécurité des femmes¹⁵⁷.

La régulation gouvernementale de la croissance de la population viole aussi la liberté et la sécurité de la personne, par des stérilisations et avortements forcés ou, contrairement, par des sanctions criminelles contre la contraception, la stérilisation volontaire et l'avortement¹⁵⁸.

Le besoin d'éliminer toutes les formes de discrimination envers les femmes fut un sujet profond et unificateur des textes du Caire et de Pékin. La grande contribution de ces textes à l'égalité des sexes est qu'ils pressent les États à éliminer toutes sortes de discrimination envers l'enfant de sexe féminin et d'éliminer tout ce qui est à la source de la préférence pour les garçons, phénomène qui est à l'origine d'infanticides féminins et de sélections sexuelles prénatales¹⁵⁹. Les deux textes encouragent aussi les hommes à prendre des responsabilités face à leur comportement sexuel et à leur rôle social et familial¹⁶⁰.

La population mondiale se multiplie à un rythme qui risque de mettre en péril notre environnement si fragile. Si le *Programme du Caire* et la *Plate-forme de Pékin* arrivent à leurs fins, la population mondiale qui se chiffre à 5,8 milliards aujourd'hui, se maintiendrait en-dessous des 7,5 milliards arrivés en l'an 2015. Si ces plans

¹⁵³ *Convention sur les femmes*, supra note 41, art. 3.

¹⁵⁴ *Programme du Caire*, supra note 147 au para. 8.21.

¹⁵⁵ *Plate-forme de Pékin*, supra note 151 au para. 106(i).

¹⁵⁶ *Ibid.* au para. 106(k).

¹⁵⁷ *R. c. Morgentaler*, supra note 3.

¹⁵⁸ Cook, « Reproductive Health », supra note 148 à la p. 172.

¹⁵⁹ *Programme du Caire*, supra note 147 au para. 4.16 ; *Plate-forme de Pékin*, supra note 151 au para. 277(c).

¹⁶⁰ *Programme du Caire*, supra note 147 au para. 4.25 ; *Plate-forme de Pékin*, supra note 151 au para. 97.

n'aboutissent pas, il pourrait y avoir 7,92 milliards d'êtres humains en l'an 2015 et 12,5 milliards en l'an 2050¹⁶¹. Mettant de côté ces calculs effrayants, la qualité de vie de millions de personnes, surtout des femmes et des enfants, doit être améliorée. La qualité de vie est directement liée au contrôle qu'une personne possède sur sa décision de se reproduire ou non. Que les gouvernements osent faire face à ce déficit dépend de l'efficacité de la mise en œuvre de ces deux conférences. Ces programmes d'action ne sont pas des traités et, donc, ne sont pas contraignants, mais ils doivent devenir des chartes autoritaires auxquelles les gouvernements doivent se référer.

Beijing + 5 est un processus mondial ayant pour objectifs de faire un bilan de l'avancement des travaux quant à la réalisation de la *Plate-forme de Beijing*, d'encourager sa mise en place et de tracer les orientations pour les cinq ou dix prochaines années. Cet exercice est conforme à la procédure habituelle de l'ONU, qui procède à un examen quinquennal de la mise en œuvre des engagements pris à l'occasion d'autres conférences internationales.

La session spéciale de l'Assemblée générale des Nations Unies était intitulée *Femmes 2000 : égalité entre les sexes, développement et paix pour le XXIème siècle*¹⁶². Dès l'automne 1999, les ONG s'étaient mis à l'immense tâche d'évaluation des rapports nationaux des gouvernements sur la mise en œuvre de la *Plate-forme de Pékin*. Chacun produisait des rapports alternatifs et en discutait au moyen du réseau *WomenAction 2000*¹⁶³.

Le premier accomplissement de la conférence *Beijing + 5* fut la réaffirmation des objectifs de 1995, ce qui n'était pas une chose certaine pour tous les domaines. Le rapport de la Commission sur le statut de la femme¹⁶⁴ fait état aussi de l'évolution de l'atteinte des objectifs dans chacun des 12 domaines critiques (les femmes et la pauvreté ; l'éducation et la formation des femmes ; les femmes et la santé ; la violence à l'égard des femmes ; les femmes et les conflits armés ; les femmes et l'économie ; les femmes, le pouvoir et la prise de décision ; les mécanismes institutionnels pour la promotion des femmes ; les droits humains des femmes ; les femmes et les médias ; les femmes et l'environnement et les fillettes). Nous référons le lecteur à ce rapport pour l'évaluation de chaque domaine.

Les ONG ont joué un rôle plus grand que jamais dans la préparation et le déroulement de la conférence, qui ne se fit pas sans obstacles. Certains activistes sont allés jusqu'à appeler l'événement « Beijing moins cinq »¹⁶⁵ s'inquiétant de la position de certains pays comme le Soudan, le Pakistan, l'Algérie et l'Iran. Ce sont des États qui auraient pu empêcher que les négociations débouchent sur un consensus. D'autres

¹⁶¹ Marshall, *supra* note 127 à la p. 490.

¹⁶² Voir à ce sujet, en ligne : <<http://www.un.org>>.

¹⁶³ Voir entre autres, en ligne : <<http://netfemmes.cdeacf.ca>>.

¹⁶⁴ Report of the Commission on the Status of Women acting as the preparatory committee for the special session of the General Assembly entitled « Women 2000 : gender equality, development and peace for the twenty-first century », Doc. off. AG NU, Doc. NU A/S-23/2/Add. 2.

¹⁶⁵ Jennifer Gonnerman, « Beijing + 5, Beating the backlash », en ligne : The Village Voice, <<http://www.villagevoice.com>>.

États, surtout d'Afrique et d'Amérique latine, avaient un agenda totalement différent de ceux des États occidentaux, étant plus concernés par des sujets tels la globalisation et la violence faite aux femmes que les « droits sexuels » mis de l'avant par les États occidentaux.

Ce qu'il y a d'intéressant, c'est qu'on remarque des progrès intéressants de la part des gouvernements grâce au travail des ONG. En juin 2000, les gouvernements se sont réengagés à atteindre ces objectifs d'égalité de la femme, et ceci malgré le fait que le Plan d'action ne constitue pas une convention ayant force obligatoire.

Au chapitre de la prise de décision, le Plan d'Action voulait qu'on atteigne en 2005 un taux de 30% de femmes occupant des positions de prise de décision politique. En l'an 2000, le taux était passé de 10% à 13% (comparativement à 1995). Certains États ont déjà atteint ce seuil de 30%, mais ce n'est pas le cas pour la majorité des États signataires. Donc il y a encore beaucoup de travail à faire.

Les États parties planifient la tenue d'une autre session comme celle de *Beijing + 5* pour faire le suivi.

* * *

Il me paraît évident, malgré tous les faits qu'on pourrait rapporter, que le droit à l'avortement se fait reconnaître de façon considérable, comparé à ce que l'humanité a vécu jusqu'à aujourd'hui. Il est aussi clair que les tribunaux ne veulent pas trop se mouiller les orteils dans un océan d'opinions, où les vagues viennent des deux côtés. Il pourrait paraître raisonnable pour une cour internationale, comme la CEDH, de déclarer que les questions de morale doivent être répondues par chaque État selon ses usages et coutumes, du moment que sa décision n'affecte pas les autres États. Toutefois, des solutions prudentes comme celle-là laissent place à de sérieuses difficultés.

La Convention européenne des droits de l'homme est une déclaration morale en plus d'être un document juridique et la Cour de Strasbourg se doit de la faire respecter par tous les États signataires. Si le fœtus est considéré comme une « personne » pour l'Irlande, selon la Convention, il doit logiquement être considéré comme une personne, toujours selon la Convention, pour tous les autres États (en effet, pourquoi mettre sur pied une Convention et toute une organisation si chacun va l'interpréter à sa façon). Ce que les Irlandais peuvent alors voir comme une disposition protectrice devient alors, pour les britanniques par exemple, un obstacle sévère à leurs mesures sociales.

Si la question du statut juridique du fœtus revient sur la table, il serait surprenant qu'un tribunal international, comme la CEDH, élève le droit à la vie du fœtus au même niveau ou à un niveau supérieur au droit à la santé, à la vie privée et à la liberté de la femme enceinte.

Nous avons rapporté les faits, tout au long de ce texte, de manière assez objective, parce que souvent, lorsqu'on adopte le point de vue d'un des camps, plusieurs facettes et caractéristiques de l'autre camp peuvent nous échapper, alors qu'elles peuvent apporter des arguments tout aussi valables. Cela dit, il nous semble que les raisonnements de plusieurs grandes religions ne tiennent pas compte de l'intérêt public. De l'autre côté, ceux qui se considèrent « pro choix », tiennent une opinion tout aussi biaisée; ayant été parfois témoins de la souffrance créée par des lois anti-avortement, ils désirent une liberté complète de l'individu. Nous ne tenons pas à remettre en cause ces deux positions.

Jusqu'à preuve du contraire, on ne peut pas affirmer que l'embryon (ou le fœtus) ait une âme, et on ne peut pas non plus préciser le moment à partir duquel il peut ressentir des émotions. Une femme enceinte n'a pas à prouver qu'elle ressent de la souffrance et des émotions. Face à de tels dilemmes, coincés entre deux extrêmes, la meilleure solution est souvent celle qui se trouve au milieu des deux solutions proposées. Position assez diplomatique, mais tout aussi valable. On espère donc que les tribunaux pourront mettre fin à ce débat en donnant la décision la plus raisonnable possible.