LA COUR SUPRÊME FACE À LA VIE, FACE À LA MORT: DE VALEURS ET DE DROITS

Suzanne Philips-Nootens¹
Sherbrooke

Les Chartes l'imposent: la Cour suprême se doit de dire nos valeurs fondamentales. Face à la vie, celle de l'enfant. Avortement planifié ou grossesse poursuivie, le petit être en croissance n'est rien au regard du droit: ainsi le veulent les décisions de la Cour. Avec la naissance vient la reconnaissance: les droits de l'enfant prévalent dès lors sur ceux, non moins réels, des parents eux-mêmes. Devant ce paradoxe, l'argumentation juridique de la Cour, trahie, selon l'auteur, par certaines faiblesses, dissimule mal la motivation sociale sous-jacente. Face à la vie, face à la mort. Protection consacrée de son intégrité, l'autonomie de la personne adulte s'arrête au seuil controversé, et parfois sans nuance, de l'inacceptable: le choix de mort. Enfin, fondement de tous les droits, la dignité humaine se voit consacrée par la Cour dans une décision digne d'éloges.

As a result of the adoption of the Québec and Canadian charters, the Supreme Court has been attributed the task of delineating our fundamental values. With regard to life, the fundamental issue relates to the unborn. Whether in the context of a planned termination of pregnancy or gestation leading to birth, legal recognition is attained and the rights of the child supercede those of its parents. According to the writer, the weaknesses inherent in the legal reasoning of the Court when confronted by this paradox result from its promotion of certain societal choices. As with life, so is it with death. Destined to protect the integrity of the person, an adult's autonomy undergoes limitations at the threshold of the unacceptable, that is to say regarding one's right to choose death. Lastly, as the foundation of all rights, the notion of human dignity is consecrated by the Court in a most praiseworthy decision.

<i>Introduction</i>	146
I. <i>La Cour suprême et le droit de l'enfant à la vie</i>	148
A. <i>La vie prénatale: une négation sans équivoque</i>	148
1 ^o) <i>Les décisions rendues dans le contexte de l'avortement</i>	148
2 ^o) <i>Les décisions rendues hors du contexte de l'avortement</i>	152

¹ Suzanne Philips-Nootens, Professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, Sherbrooke, Québec. L'auteur tient à exprimer ses sincères remerciements à M. Michaël Gagnon, assistant au programme de maîtrise en droit de la santé, pour son aide à la recherche documentaire.

B.	<i>Après la naissance: une protection inconditionnelle</i>	154
1 ^o)	<i>Les limites à l'exercice de l'autorité parentale</i>	154
2 ^o)	<i>Les limites à la liberté de religion des parents</i>	155
C.	<i>De justifications juridiques en choix politiques et en paradoxes</i>	157
II.	<i>La Cour suprême, la dignité et la liberté dans la vie, dans la mort</i>	162
A.	<i>La consécration de l'autonomie dans la protection de l'intégrité</i>	162
1 ^o)	<i>L'affirmation de l'autonomie personnelle</i>	162
2 ^o)	<i>La protection de l'intégrité: le consentement libre et éclairé</i>	163
B.	<i>Les limites de l'autonomie: la protection imposée de l'intégrité et de la vie</i>	165
1 ^o)	<i>Le consentement privé d'effet</i>	165
2 ^o)	<i>Le refus d'un «droit à la mort»: une décision déchirante</i>	165
C.	<i>De la dignité humaine: une consécration digne d'éloges</i>	169
	<i>Conclusion</i>	172

Introduction

La consécration formelle des droits fondamentaux de tout être humain dans les *Charte canadienne des droits et libertés*² et *Charte des droits et libertés de la personne*³ du Québec a marqué de façon incontestable et indélébile non seulement le paysage judiciaire, mais aussi le paysage social au Canada. Même si certains arrêts antérieurs préparaient le terrain, le rôle et la portée des décisions, particulièrement celles du plus haut tribunal du pays, s'en sont trouvés considérablement modifiés. Comme le souligne l'honorable Charles D. Gonthier,

*La Charte est venue ajouter aux problèmes exégétiques usuels, en permettant que des questions sociales à forte composante morale, telles l'euthanasie ou l'interruption de grossesse, soient transposées dans le langage des droits protégés. Éthique par nature, le débat relatif à la disposition du corps humain a donc tendance à ne devenir que juridique. Des thèses morales opposées recherchent ainsi la caution du droit, mettant le juge dans une position délicate. [...] Mais la judiciarisation ne parvient à couvrir efficacement qu'une des facettes de ces conflits de représentations ultimes, en ne précisant que sous un angle particulier la signification de la vie, de la mort ou de l'existence humaine*⁴.

² L.R.C. (1985), App.II, no 44.

³ L.R.Q., c. C-12.

⁴ L'honorable Charles D. Gonthier, «Le rôle de la jurisprudence et des juges» dans J.-L. Baudouin, dir., *Droits de la personne: «Les bio-droits»*, Actes des journées strasbourgeoises 1996, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1996, 499 à la p. 502.

Et Bjarne Melkevik d'appuyer:

Toutefois, la fonction de magistrat a connu graduellement une évolution significative qui permet aujourd'hui d'affirmer que nos juges sont également devenus nos «philosophes du droit», en statuant notamment sur les représentations ultimes des valeurs dans nos sociétés. En effet, il est clair que les décisions judiciaires constituent de plus en plus un important levier qui permet de faire progresser et triompher des positions de philosophie du droit⁵.

Dans les domaines particulièrement délicats qui leur sont ainsi soumis, les juges, tout en s'efforçant à la plus grande objectivité et tout en se préoccupant de traduire les valeurs sociales prédominantes, peuvent difficilement faire abstraction des valeurs fondamentales qui sont aussi les leurs⁶. Dans la plupart des causes que nous abordons, les membres de la Cour suprême semblent souvent ne pouvoir se résigner à fondre leurs arguments dans une opinion collective.

Qui plus est, les attentes des justiciables à leur égard ont, dans le même temps, décuplé. Édith Deleury note avec justesse que, «[D]iscours dominant, le droit est devenu porteur de vérité. Véhicule de la raison, - mais aussi discours de pouvoir, voilà qu'on lui demande aujourd'hui d'être, en quelque sorte, notre directeur de conscience et de délimiter pour nous un ordre de valeurs⁷».

Comment la Cour suprême du Canada s'est-elle, au cours des vingt-cinq dernières années, acquittée de cette tâche redoutable? Loin de nous l'idée de prétendre cerner, dans le cadre restreint du présent article, un sujet aussi vaste, et encore moins l'ensemble des droits de la personnalité abordés durant cette période. Nombre de personnes compétentes, spécialistes des *Chartes*, s'en sont chargées avant nous. Plus modestement, nous soumettons nos réflexions et nos questions à propos d'un certain nombre de causes touchant tout d'abord au droit de l'enfant à la vie, c'est l'objet de notre première partie, et ensuite aux notions de dignité et de liberté dans la vie et dans la mort, et c'est le thème, traité plus succinctement, de notre deuxième partie. Loin d'une analyse exégétique des arrêts retenus, nous nous bornons à en dégager des aspects particuliers: nos interrogations et commentaires se veulent dictés avant tout par la logique juridique, et non par quelque position partisane.

⁵ B. Melkevik, «La responsabilité devant la mort? Sue Rodriguez devant la Cour suprême du Canada», 7-8 *Revue Internationale de Philosophie Pénale et de Criminologie de l'Acte*, 87 à la p. 87.

⁶ Voir sur ce point l'analyse captivante de A. Lajoie, *Jugements de valeurs*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997, notamment aux pp. 132 et s. Sur le fondement des jugements de valeur, L.B. Tremblay, «La justification des restrictions aux droits constitutionnels: la théorie du fondement rationnel», (1999) 44 *R.D. McGill* 39; L.B. Tremblay, «La justification des restrictions aux droits constitutionnels: Une affaire de rationalité ou de légitimité?», (1998) 10 *N.J.C.L.* 41.

⁷ E. Deleury, «Éthique, médecine et droit: des rapports qui reposent sur une confusion entre les rôles», dans M.-H. Parizeau, dir., *Les fondements de la bioéthique*, Montréal, ERPI Science, 1992, 77 à la p.78.

I. La Cour suprême et le droit de l'enfant à la vie

La question de la protection de la vie de l'être humain se pose inéluctablement depuis sa conception. La biologie se joue de la philosophie, du droit et des idéologies. La vie s'inscrit dans un *continuum* à partir du moment où s'unissent les gamètes mâle et femelle, *in vivo* ou même *in vitro*. Sur cette trame inexorable, la naissance, moment où le petit être et sa mère se désunissent, constitue indéniablement une étape marquante⁸ que le droit a toujours, d'une façon ou d'une autre, prise en considération: La Cour suprême a été amenée à se prononcer sur ses répercussions sur les droits fondamentaux de l'enfant, et, singulièrement, sur son droit à la vie.

A. La vie prénatale: une négation sans équivoque

Il relève de l'étude sociologique de faire état de l'évolution des mœurs face à la question de l'avortement et de la libération des femmes par rapport à leur rôle de mère, à leur obligation de procréer pour assurer la survie de la société. L'avènement de la contraception, leur accès à la plupart des métiers et professions et à un certain pouvoir les a certes libérées de cette contrainte lorsqu'elles le souhaitent. Il reste pourtant beaucoup de cas où les méthodes de contraception sont déficientes ou inexistantes, ou encore dans lesquels la femme se ravise durant la grossesse. À tel point que le recours à l'avortement ne diminue pas, bien au contraire⁹, et une infime proportion seulement des interventions est dictée par des raisons médicales relatives à la mère ou au fœtus qu'elle porte. Des décisions marquantes jalonnent un parcours difficile.

1^o) Les décisions rendues dans le contexte de l'avortement

L'article 251 du *Code criminel*¹⁰ permettait à la femme et à son médecin de se soustraire à l'accusation d'avortement criminel si le critère de protection de la vie ou de la santé de la mère ainsi que les procédures prescrites étaient respectés¹¹. En 1976, la Cour suprême rejette un premier pourvoi du Docteur

⁸ R. P. Kouri et S. Philips-Nootens, *Le corps humain, l'inviolabilité de la personne et le consentement aux soins*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de Droit de l'université de Sherbrooke, 1999, à la p.106 no 88; S. Philips-Nootens, «Être ou ne pas être...une personne juridique: Variations sur le thème de l'enfant conçu», dans E. Caparros, dir., *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, 197 à la p. 212.

⁹ «Hausse des avortements en 1997 au Canada», *La Presse*, 8 avril 2000: « Le taux national d'avortements était de 33 pour 100 naissances vivantes en 1997. En 1996, il était de 30,5. Ces chiffres suivent une tendance à la hausse depuis 1985. [...] Au Québec, le nombre d'avortements en 1997 a atteint 28 186, une hausse de 3% par rapport à 1996.»

¹⁰ Devenu l'article 287 C.cr. Il figure toujours dans le Code faute d'avoir été abrogé, mais la décision *Morgentaler* de 1988 l'a rendu inopérant (voir ci-après).

¹¹ Il fallait obtenir l'approbation du Comité d'avortement thérapeutique d'un hôpital accrédité, mais l'organisation de ces comités dépendait des provinces, d'où des disparités marquantes et des délais indus dans l'application de la loi.

Henri Morgentaler à l'encontre d'un verdict de culpabilité prononcé par la Cour d'appel du Québec¹² : la défense de l'article 45¹³ du *Code criminel* et la défense de *common law* que constitue la nécessité sont alors écartées par la majorité des juges. Le juge Dickson prend soin de préciser que la Cour n'est

pas appelée à trancher, ni même à aborder, le débat public animé et constant sur l'avortement qui oppose en ce pays, aux deux extrêmes, [...] [...] Les valeurs que nous devons accepter aux fins du présent pourvoi sont celles qu'a proclamées le Parlement qui s'en tient à l'opinion que le désir d'une femme d'être soulagée de sa grossesse ne suffit pas, en soi, à justifier l'avortement¹⁴.

Le juge en chef Laskin, pour sa part, souligne, dans son opinion dissidente, que la *Déclaration canadienne des droits*¹⁵, telle qu'elle existe alors, n'autorise pas la Cour à diviser la gestation en périodes qui permettraient, ou non, l'intervention de l'État¹⁶. Il énonce également que le Parlement, souverain, a décrété « que l'intervention d'une autre personne, voire de la mère elle-même, dans le cours ordinaire de la conception constitue une conduite socialement indésirable et passible de sanctions¹⁷ ».

Un dizaine d'années plus tard, dans la deuxième décision *Morgentaler*¹⁸, l'article 251 du *Code criminel* se voit confronté aux dispositions de la *Charte canadienne*. L'avortement est considéré comme un traitement médical et l'article en question porte atteinte à l'intégrité physique et émotionnelle des femmes, et à leur sécurité¹⁹, en les obligeant à porter un foetus à terme à moins d'obtenir la permission d'un comité d'avortement thérapeutique. Les dispositions de l'article 251 ne franchissent ni le test de la justice fondamentale de l'article 251 7 de la *Charte*, ni celui de l'article 1²⁰. La Cour suprême déclare l'article inconstitutionnel en raison des disparités existant dans son application, générant ainsi des injustices à l'égard des femmes. Il n'est pas conforme aux critères de l'arrêt *Oakes*²¹, à savoir, ici, l'atteinte minimale aux droits en question et la proportionnalité des moyens employés.

La décision *Morgentaler* est cependant loin de nier tout droit au foetus. Seule madame la juge Wilson fonde sa décision sur la liberté de la femme²².

¹² *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, confirmant [1974] C.A. 129.

¹³ Celle-ci pour le motif que l'article 251 C.cr. constitue un tout en lui-même.

¹⁴ *Morgentaler c. La Reine*, *supra*, note 12 à la p. 671.

¹⁵ 8-9 Élisabeth II, c. 44.

¹⁶ *Supra* note 12 à la p. 633.

¹⁷ *Id.* à la p. 627.

¹⁸ R. c. *Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

¹⁹ *Id.* aux pp. 56 et 57 notamment.

²⁰ *Id.* aux pp. 73 et 76 notamment.

²¹ R. c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 105. Cet arrêt établit les critères que doit respecter une restriction aux droits fondamentaux garantis par la *Charte* pour être jugée raisonnable et justifiée dans une société libre et démocratique.

²² R. c. *Morgentaler*, *supra* note 18 à la p. 172 notamment.

Pour ses collègues, il s'agit «d'équilibrer les intérêts en concurrence»²³, à savoir la vie et la santé des femmes, d'une part, et d'autre part, l'intérêt de l'État dans la protection du fœtus. Ces deux aspects sont des objectifs gouvernementaux valides, et la recherche de l'équilibre est complexe en raison, bien évidemment, de la situation du fœtus par rapport à sa mère. Le problème vient du fait que «le Parlement a omis d'établir soit une norme soit une procédure par laquelle de tels intérêts [ceux du fœtus] pourraient prévaloir sur ceux de la femme d'une façon juste et non arbitraire²⁴.» Le juge Beetz reconnaît explicitement qu'il est légitime d'apporter des limites raisonnables au droit d'une femme: «Je pense que l'article premier de la Charte permet de limiter raisonnablement le droit d'une femme compte tenu de l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus²⁵.» Mais il est tout aussi légitime de choisir de donner préséance à la vie ou à la santé de la femme.

Ainsi, contrairement à l'opinion communément répandue, la Cour suprême ne remet pas en question, à cette époque, l'intérêt de l'État dans la protection de l'enfant à naître tout en se gardant de reconnaître à ce dernier la qualité de sujet de droit. Pour la majorité des juges, l'inconstitutionnalité de l'article 251 provient des procédures imposées, qui portent atteinte à la sécurité de la femme enceinte. L'invitation au législateur est claire: trouver des modalités qui passent le test de proportionnalité, puisque l'objectif n'est pas remis en cause.

Dans l'affaire *Borowski*²⁶, la Cour refuse d'empiéter sur le pouvoir législatif en se prononçant sur le droit du fœtus à la vie. Elle rejette l'appel pour d'autres raisons, laissant en vigueur le jugement de la Cour d'appel de la Saskatchewan²⁷ qui affirme que le fœtus n'est pas une personne sur le plan juridique et n'est donc pas compris dans le terme «chacun» de l'article 7 de la *Charte canadienne*. En conséquence, il ne peut jouir du droit à la vie, réservé à la personne juridique.

L'on s'attend alors à ce que le législateur intervienne et propose une nouvelle loi sur l'avortement. Deux projets sont effectivement déposés²⁸, dont aucun ne trouve grâce aux yeux des groupes de pression, et le gouvernement s'abstient d'aller plus loin. En juillet 1989, l'affaire *Daigle c. Tremblay*²⁹

²³ *Id.* à la p. 75 (M. le juge Dickson).

²⁴ *Id.* à la p. 76 (M. le juge Dickson).

²⁵ *Id.* à la p. 124.

²⁶ *Borowski c. A.G. Canada*, [1989] 1 R.C.S.342.

²⁷ (1987), 39 D.L.R. (4th) 731 (C.A. Sask.).

²⁸ Le premier est un projet de motion déposé au feuillet le mardi 24 mai 1988 (Chambre des Communes, Ottawa, no 314). Il y est proposé une mesure législative, avec deux amendements possibles. Le 3 novembre 1989 est soumis en première lecture le Projet de loi C-43, *Loi concernant l'avortement*, qui propose une nouvelle formulation de l'article 287 du Code criminel. Adopté par la Chambre le 29 mai 1990, le projet n'a jamais été sanctionné. Le gouvernement ne donne pas suite au document de la Commission de réforme du droit du Canada, *Les crimes contre le fœtus, Série Protection de la vie*, Document de travail 58, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1989, qui suggère, entre autres, de tenir compte des différentes étapes de la grossesse.

²⁹ [1989] 2 R.C.S. 530.

mobilise l'attention des médias et du public. La Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec accordent une injonction interdisant à madame Daigle de se faire avorter de l'enfant qu'elle attend de monsieur Tremblay. De façon exceptionnelle, la Cour suprême au grand complet se réunit le 8 août, en pléines vacances judiciaires, pour entendre le pourvoi et elle décide de se prononcer même après avoir appris que madame Daigle a déjà subi l'avortement. Avec une rare unanimité, la Cour établit non seulement que le père en puissance n'a aucun droit, mais que le fœtus lui-même n'en a aucun. Le *Code civil* ne fait que protéger les intérêts de ce dernier en attendant qu'il naisse vivant et viable, comme le veut la traditionnelle condition suspensive³⁰, et ne lui attribue, contrairement à ce qu'énonce la *ratio decidendi* des juges majoritaires de la Cour d'appel, aucun droit³¹. Qui plus est, le fœtus n'est ni un être humain ni une personne au sens de la Charte des droits et libertés de la personne³² du Québec: «À notre avis, la *Charte* québécoise, prise dans son ensemble, ne traduit aucune intention manifeste de la part du législateur de prendre en considération le statut du fœtus³³.» À la toute fin de l'arrêt pourtant, un *obiter dictum*: «Même dans l'hypothèse de l'existence de droits du fœtus, ceux-ci ne sauraient justifier que l'on contraigne une femme à porter un fœtus à terme³⁴.»

Deux autres préoccupations ressortent clairement de la décision: ne pas avoir de solutions différentes selon les provinces canadiennes³⁵, et éviter «qu'une autre femme n'ait à traverser les épreuves qu'a subies madame Daigle³⁶.»

Au terme de ces décisions, le fœtus n'est donc titulaire d'aucun droit, et certes pas du droit à la vie. Tout au plus ses biens font-ils l'objet d'une certaine protection. Le législateur ayant opté pour le repli stratégique, aucune disposition ne régit actuellement l'avortement au Canada, contrairement à la plupart des pays occidentaux. La femme qui souhaite y recourir n'a en principe aucun motif à donner³⁷ et aucune limite de temps n'est légalement imposée: les contraintes sont purement médicales.

La Cour suprême devait aller plus loin encore dans la négation des droits de l'enfant à naître.

³⁰ R. Kouri et S. Philips-Nootens, *supra* note 8 à la p. 106 no 88 et les références y citées.

³¹ *Id.* aux pp. 556 et s.

³² L.R.Q., c. C-12. Quant à la Charte canadienne, elle n'avait pas d'application en l'espèce, le litige opposant deux individus, et non un individu à l'État.

³³ *Daigle c. Tremblay*, *supra* note 29 à la p. 555.

³⁴ *Id.* à la p. 570.

³⁵ *Id.* à la p. 565. Rappelons qu'en droit anglais, le fœtus n'a pas d'existence indépendante de celle de sa mère.

³⁶ *Id.* à la p. 550.

³⁷ Sur le plan juridique, s'entend: il n'est pas question ici de méconnaître le précieux travail de conseil et de réflexion que font les médecins et les cliniques de planification familiale.

2^o) Les décisions rendues hors du contexte de l'avortement

Rappelons brièvement la cause *Sullivan et Lemay c. la Reine*³⁸, en provenance de la Colombie-Britannique. Durant un long, trop long processus d'accouchement sous la direction de deux sages-femmes, l'enfant meurt dans la filière génitale. Il est établi que le manque de compétence des deux praticiennes est à l'origine du décès, et celles-ci sont donc poursuivies pour négligence criminelle sous deux chefs: la mort de l'enfant et des lésions corporelles à la mère. Elles sont condamnées en première instance pour avoir causé la mort d'une personne, en l'occurrence l'enfant en train de naître, et acquittées sous le deuxième chef. La Cour d'appel infirme la décision pour le motif que l'enfant en train de naître n'est pas une personne au sens de l'article 223 du *Code criminel*³⁹, puisqu'il n'est pas, comme l'exige la définition, «complètement sorti, vivant, du sein de sa mère». L'appel des sages-femmes à la Cour suprême porte sur le seul aspect procédural: la légalité de la substitution, par la Cour d'appel, du verdict de négligence criminelle ayant causé la mort de l'enfant par celui de lésions corporelles à la mère, alors qu'il n'y a pas eu d'appel de l'acquiescement sous ce chef en première instance. Le pourvoi est accueilli, ce qui entraîne l'exonération totale des accusées. La seule opinion dissidente use sur le maintien de la condamnation pour lésions corporelles à la mère. À quelques poussées de la délivrance et de l'entrée officielle dans le monde juridique, l'enfant n'est pas davantage protégé par le *Code criminel*.

Deux autres décisions majeures émanent de la Cour suprême en 1997 et 1999. Elles touchent la situation de l'enfant à naître exposé à subir un dommage, non pas de la part de tiers, cas dans lesquels la jurisprudence est bien établie⁴⁰, mais de la part de sa propre mère.

*Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*⁴¹, émanant du Manitoba, concerne une jeune femme enceinte habituée à inhaler de la colle: ce produit est susceptible de causer des dommages importants au système nerveux de l'enfant qu'elle porte, et elle a d'ailleurs déjà mis au monde deux autres enfants handicapés qui sont à charge de l'État. À la demande de l'Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg, le tribunal de première instance ordonne la détention de la mère pour fin de sevrage au moins pour la durée de la grossesse, en se fondant sur la *Loi sur la santé mentale*⁴² et sur sa compétence *parens patriae* lui permettant de protéger l'enfant à naître. La Cour d'appel renverse la décision en soulignant

³⁸ [1991] 1 R.C.S. 48.

³⁹ Autrefois l'article 206 C.cr.

⁴⁰ À titre d'exemples, *Montreal Tramways Co c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456; *Duval c. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686, conf. par [1973] 1 O.R. (2d) 482; *Paton c. British Pregnancy Advisory Service Trustees*, [1979] Q.B. 276. Une fois né, l'enfant peut réclamer des dommages-intérêts pour un préjudice subi in utero.

⁴¹ *Winnipeg Child and Family Services and G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925.

⁴² R.S.M. 1987, ch. M 110. La preuve de l'incapacité de la mère à consentir n'a pas été faite.

que ladite compétence ne peut être exercée qu'après la naissance de l'enfant. La Cour suprême ne surprend pas: reprenant la position énoncée dans *Daigle c. Tremblay*, elle réaffirme que l'enfant n'a aucun droit avant la naissance, y compris dans le cadre d'une éventuelle action en responsabilité civile. «La position de notre Cour est claire. Ni la *common law* ni le droit civil du Québec ne reconnaissent que l'enfant à naître est une personne titulaire de droits. [...] Tout droit ou intérêt que le foetus peut avoir demeure virtuel et incomplet jusqu'à la naissance de l'enfant⁴³.» Aucune intervention préventive n'est possible avant cette échéance.

Au contraire de cette cause, l'arrêt *Dobson*⁴⁴ porte, lui, véritablement sur une question de responsabilité civile. Une femme enceinte de vingt-sept semaines a un accident de voiture que l'on impute à sa négligence. L'enfant, blessé, naît par césarienne le même jour, et il reste atteint de paralysie cérébrale. Représenté par son tuteur, son grand-père, il poursuit sa mère, mais en réalité la compagnie d'assurance qui couvre celle-ci comme conductrice, pour être indemnisé du dommage subi. La Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick donnent raison à l'enfant: né vivant et viable, conformément à la *common law*, le petit peut poursuivre un tiers, en l'occurrence sa mère, pour le préjudice subi avant sa naissance, le droit canadien n'ayant jamais établi le principe de l'immunité parentale. La Cour suprême estime que, même si l'on admettait l'existence d'une obligation de diligence au sens où elle l'a défini dans l'arrêt *Kamloops*⁴⁵, «les considérations touchant la politique publique qui interviennent dans la présente affaire indiquent clairement qu'il n'y a pas lieu d'imposer une obligation légale de diligence à la femme enceinte envers le foetus qu'elle porte ou l'enfant né par la suite⁴⁶.» Il n'est pas opportun d'imposer une responsabilité délictuelle à la mère en raison de son droit à la vie privée, à l'intégrité et à l'autonomie, et aussi de la difficulté qu'il y aurait à définir une norme de conduite applicable à sa situation particulière. Une décision contraire aurait des répercussions néfastes sur la cellule familiale, et, s'il y a lieu d'intervenir, il revient au législateur d'en décider. Apparaissent alors notamment les motivations de ces décisions de la Cour impliquant l'enfant et sa mère: il ne s'agit pas vraiment de droit, mais de politique publique⁴⁷, sociale, et de consécration de l'entière liberté des femmes:

Le constat est clair: qu'il s'agisse d'avortement ou non, l'enfant n'est, en droit, rien avant sa naissance, et même après celle-ci, la condition étant remplie, il ne peut poursuivre celle qui l'a mis au monde. Hormis cette exception, une fois qu'il a franchi, vivant, la ligne de démarcation, à quelque stade que ce soit de la grossesse pourvu qu'il soit de plus, aux fins du droit civil, viable, sa situation change de façon radicale.

⁴³ *Supra* note 41 au paragr. 15 (Même la juge McLachlin J.

⁴⁴ *Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 753.

⁴⁵ *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2.

⁴⁶ *Dobson*, *supra* note 44 au paragr. 21.

⁴⁷ Terme qui revient à maintes reprises dans la décision.

B. Après la naissance: une protection inconditionnelle

Le plus fondamental des droits, le droit à la vie et à l'intégrité physique, est l'apanage de tout être humain, de toute personne, qualités que possède maintenant l'enfant. Contrairement à sa situation antérieure, il est protégé contre les tiers, mais aussi contre ses parents: ceux-ci sont à présent comptables des décisions qu'ils prennent à son endroit et les tribunaux n'hésitent pas à intervenir.

1°) Les limites à l'exercice de l'autorité parentale

La petite Sheena B.⁴⁸ est née prématurément et son état de santé est très fragile. Alors qu'elle a un mois, son anémie est telle que les médecins craignent pour sa vie. De plus, on soupçonne chez elle un glaucome infantile et, si elles s'avèrent nécessaires, la chirurgie exploratoire et l'intervention ne peuvent avoir lieu que sous anesthésie générale, dangereuse avec une telle anémie. Les parents, qui avaient consenti jusque-là à tous les traitements, s'opposent à la transfusion en leur qualité de témoins de Jéhovah. La Société d'aide à l'enfance de l'Ontario obtient une tutelle temporaire et une transfusion est pratiquée. La Cour suprême se prononce sur la liberté des parents quant aux soins à donner à leurs enfants et sur leur liberté de religion. Nous croyons utile de scinder l'analyse.

Le juge La Forest analyse particulièrement la question de la liberté parentale que les appelants soutiennent être garantie par l'article 7 de la *Charte*, et qui implique, selon eux, le droit de choisir le traitement médical approprié pour leur enfant. Il souligne que la liberté est beaucoup plus que l'absence totale de contrainte physique⁴⁹, qu'elle ne protège pas la cellule familiale en tant que telle, mais que les parents possèdent un droit individuel, d'importance fondamentale, «d'élever, d'éduquer et de prendre soin de l'enfant, notamment de lui procurer des soins médicaux et de lui offrir une éducation morale⁵⁰», et ce, sans intervention induite de l'État. Les parents bénéficient de la présomption voulant qu'ils agissent dans le meilleur intérêt de leur enfant:

Ce rôle se traduit par un champ protégé de prise de décision par les parents, fondé sur la présomption que ce sont eux qui devraient prendre les décisions importantes qui touchent leurs enfants parce qu'ils sont plus à même d'apprécier ce qui est dans leur intérêt et que l'État n'est pas qualifié pour prendre ces décisions lui-même⁵¹.

Dès lors, toute intervention de l'État en la matière doit être justifiée selon les principes de la *Charte*, et les critères sont présents lorsque «le comportement des

⁴⁸ *R.B. c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315

⁴⁹ *Id.*, au paragr. 80. Nous ne reprenons pas ici le débat initial, que soulève à nouveau le juge en chef Lamer, de savoir si l'article 7 dépasse le domaine des garanties juridiques. Voir notamment les arrêts *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486 et *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

⁵⁰ *R.B.*, *supra* note 48 au paragr. 83

⁵¹ *Id.* au paragr. 85 (M. le juge La Forest).

parents ne respecte pas la norme minimale socialement acceptable⁵². » Le juge La Forest ajoute alors curieusement que «ce faisant, l'État restreint les droits constitutionnels des parents plutôt que de défendre les droits constitutionnels des enfants⁵³, » qui jouissent évidemment, eux aussi, des droits garantis par la *Charte*. La protection de l'enfant ne se limite pas aux situations dans lesquelles sa vie est en danger, mais elle englobe, de façon plus générale, sa santé et son bien-être⁵⁴. Si les juges Iacobucci et Major (ainsi que le juge Lamer) arrivent à la même conclusion, à savoir que l'enfant doit recevoir les traitements, ils nient par contre que le droit des parents de refuser des soins médicaux relève du droit à la liberté de l'article 7⁵⁵. La question doit plutôt être abordée sous l'angle des droits de l'enfant lui-même⁵⁶. Quels que soient leurs motifs, les juges sont unanimes dans leur conclusion: la petite Sheena doit recevoir les traitements que requiert son état, non seulement pour protéger sa vie même, mais aussi pour sauver sa vision.

Dans le même arrêt, la question est également abordée sous l'angle de la liberté de religion des parents.

2°) Les limites à la liberté de religion des parents

Référant aux arrêts *Big M Drug Mart* et *Jones*⁵⁷, le juge La Forest rappelle la portée de la liberté de religion: liberté de croyance, liberté de professer ses croyances, de les manifester et de les mettre en pratique, de les enseigner et de les propager. À ces aspects s'ajoute «le droit des parents d'éduquer leurs enfants selon leurs croyances religieuses» et de choisir les traitements médicaux qui respectent ces croyances⁵⁸. Mais pas plus que les autres, la liberté de religion n'est absolue, non pas tellement sous l'angle des croyances mêmes, sur lesquelles on n'a pas véritablement de prise, que sous l'angle des pratiques religieuses. Le traitement s'avérant ici indispensable pour l'enfant, les exigences de la *Charte* sont respectées en ce qui concerne la *Child Welfare Act* de l'Ontario, sur laquelle la *Children's Aid Society*, la société d'aide à l'enfance, a fondé son intervention: les limites aux droits parentaux sont donc amplement justifiées. Les juges Iacobucci et Major nient, quant à eux, la réalité même de l'atteinte à cette liberté:

⁵² *Id.* au paragr. 86.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ Voir notamment l'arrêt *E. (Mme) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388, dans lequel la Cour suprême a refusé la demande de stérilisation présentée par la mère d'une jeune fille majeure mentalement handicapée, pour le motif qu'il n'avait pas été démontré que l'intervention serait dans l'intérêt de la jeune fille elle-même, plutôt que dans celui de son entourage.

⁵⁵ *R.B.*, *supra* note 48 au paragr. 221.

⁵⁶ *Id.* au paragr. 211.

⁵⁷ *R. c. Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 R.C.S. 295 et *Jones c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 284.

⁵⁸ *R.B.*, *supra* note 48 au paragr. 105. Dans le même sens, voir *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, à propos des droits du parent ayant la garde de l'enfant.

Vu sous cet angle, nous concluons que les appelants ne jouissent pas de la protection de l'ar. 2a) de la Charte puisque la liberté de religion d'un parent ne l'autorise pas à imposer à son enfant des pratiques religieuses qui menacent sa sécurité, sa santé ou sa vie⁵⁹.

Un autre argument ne trouve pas davantage grâce aux yeux de la Cour. C'est celui de la liberté religieuse de l'enfant elle-même, en prenant pour acquis qu'elle partage la religion de ses parents. Une telle assertion suppose que l'enfant puisse d'abord vivre assez longtemps pour atteindre un âge qui lui permette, à elle, de faire ses propres choix⁶⁰. Encore faut-il que ceux-ci soient éclairés. Dans l'affaire *H. (T.)*, jugée par un tribunal de première instance de l'Ontario et où intervenait également la *Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*⁶¹, la jeune fille est âgée de treize ans et elle est également témoin de Jéhovah. Elle est atteinte d'une anémie grave (anémie aplastique) qui requiert la transfusion de produits sanguins: elle-même et ses parents refusent le traitement proposé par les médecins. Malgré son intelligence et sa compréhension apparente des risques qu'elle encourt, le tribunal la déclare inapte à prendre une décision valide en raison de sa croyance démesurée que Dieu la guérira malgré tout⁶².

Les errements des parents peuvent mener à des accusations criminelles. Ainsi, dans la cause *R. c. Tutton*⁶³, un enfant de cinq ans, atteint de diabète juvénile, meurt après que ses parents, pourtant bien au courant de l'importance du traitement, aient supprimé ses injections quotidiennes d'insuline: Dieu devait le guérir, la mère ayant eu une vision en ce sens. Le père et la mère sont déclarés coupables de négligence criminelle pour ne pas avoir fourni à leur enfant les choses nécessaires à la vie⁶⁴. Quant à la malheureuse affaire *Robert Latimer*, ce fermier de la Saskatchewan qui a mis fin aux jours de sa fille Tracy atteinte d'une forme grave et très douloureuse de paralysie cérébrale, elle est à nouveau devant la Cour suprême: celle-ci, après une première condamnation, en première instance et en appel, pour meurtre au second degré, a ordonné un nouveau procès en raison de l'influence induite que le procureur de la Couronne a pu exercer sur certains jurés⁶⁵.

⁵⁹ *Id.*, au paragr.225.

⁶⁰ *Id.* au paragr. 231.

⁶¹ *H. (T.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1996), 138 D.L.R. (4th) 144 (Ont.Gen. Div.).

⁶² Voir notamment R.P. Kouri et S. Philips-Nootens, *supra* note 8 à la p. 425 no 412.

⁶³ [1989] 1 R.C.S. 1392.

⁶⁴ En raison d'une controverse sur le critère appliqué en première instance par le jury pour conclure à la négligence criminelle, à savoir une norme purement objective au lieu de prendre également en considération la croyance de l'accusé et son caractère raisonnable, un nouveau procès a été ordonné par la Cour d'appel de l'Ontario, ce que confirme la Cour suprême.

⁶⁵ *R. c. Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217. La sentence prononcée lors de sa nouvelle condamnation en première instance, soit un an d'emprisonnement, par le biais d'une exemption constitutionnelle, est remplacée en appel par la sentence prévue au *Code criminel*: [1997] S.J. No 701 (Q.B.) et [1998] S.J. No 731 (C.A.). Sur le moyen de l'exemption constitutionnelle, voir A. Lajoie, *supra* note 6 à la p. 89.

Ainsi la Cour suprême confirme-t-elle de façon éclatante les droits de l'enfant et leur donne-t-elle préséance sur la liberté, l'exercice de l'autorité et les choix religieux des parents eux-mêmes. L'on sait que les lois sur la protection de la jeunesse sont mises en oeuvre chaque fois que leur application s'avère nécessaire et que les tribunaux des instances inférieures sont régulièrement appelés à se pencher sur des décisions prises en matière de traitement ou d'abstention de traitement pour des enfants⁶⁶.

Les positions de la Cour suprême à l'égard de l'enfant avant et après sa naissance se doivent-elles d'être irrémédiablement inconciliables?

C. De justifications juridiques en choix politiques et en paradoxes

L'on peut se féliciter sans réserve de la position adoptée par la Cour suprême à l'égard de la protection de l'enfant né, membre si vulnérable de la société. Elle se fonde, ce faisant, sur des arguments qui, pour manquer parfois de cohésion, n'en sont pas moins très juridiques et elle soupèse, comme il se doit, les droits des parties en présence. Concernant l'enfant avant sa naissance, les prises de position du plus haut tribunal, que l'on soit socialement porté à les approuver ou à les réprouver, appellent plusieurs commentaires. Nulle part ailleurs sans doute, nous le disons en toute déférence, la Cour ne s'est-elle inscrite de façon plus flagrante dans la rectitude politique face à certaines revendications, pour traduire celles-ci dans le droit, ou plutôt dans l'absence de droit avant la naissance.

L'arrêt *Morgentaler* déclare l'inconstitutionnalité de l'article 251 du *Code criminel* en raison de l'iniquité procédurale qu'il génère. Cette position est des plus défendable. Il revenait ensuite au législateur de jouer son rôle, ce qu'il ne fit pas. La décision *Daigle c. Tremblay* ne laisse guère de place au doute: la liberté des femmes en matière d'avortement ne doit pas souffrir de restriction. La condition de la naissance est une condition suspensive, et tant qu'elle n'est pas réalisée, l'enfant n'a pas d'existence juridique. Or, la Cour s'abstient de soulever une question de droit tout à fait fondamentale: l'intervention volontaire dans le *continuum* de la grossesse empêche directement la condition de se réaliser⁶⁷. Cette grave lacune mine la crédibilité des arguments juridiques, surtout quand il s'agit d'écarter du revers de la main les dispositions du *Code civil* et la *ratio decidendi* des trois juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec⁶⁸. L'illogisme

⁶⁶ Mentionnons, à titre d'exemples, au Québec: *In Re: Enfant Maude Goyette et Centre de Services Sociaux du Montréal Métropolitain*, [1983] C.S. 429; *Couture-Jacquet c. The Montreal Children's Hospital*, [1986] R.J.Q. 1221 (C.S.); *Commission de protection des droits de la jeunesse c. C.T. et G.R. et al.*, [1990] R.J.Q. 1674 (C.S.); *T. (N.) c. N.-T. (C.)*, [1999] R.J.Q. 223 (C.S.).

⁶⁷ S. Philips-Nootens, «Être ou ne pas être...», *supra* note 8 à la p. 212.

⁶⁸ P.-A. Crépeau, «L'affaire *Daigle* et la Cour suprême du Canada ou la méconnaissance de la tradition civiliste», dans E. Caparros, dir., *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, 217 aux pp. 264 et s. paragr. 66 et s.

qu'il y a à protéger les intérêts patrimoniaux du fœtus tout en permettant une atteinte sans contrôle à sa vie est, lui aussi, érudé, tout comme la possibilité, rare sans doute, mais néanmoins réelle, de conflits d'intérêts entre la mère et l'enfant.

L'économie générale de notre droit civil consacre la protection des intérêts patrimoniaux du fœtus: ne relève-t-il pas de la logique la plus élémentaire qu'il en soit de même quant aux droits de la personnalité, ou à tout le moins certains d'entre eux, notamment les droits à la vie et à l'inviolabilité?⁶⁹

La volonté d'éviter une interprétation différente en *common law* et en droit civil n'est pas mieux fondée.

Ayant ainsi établi l'absence totale de droit du fœtus, la Cour suprême s'en tient ultérieurement à cette position sans la remettre un tant soit peu en question. La volonté manifeste d'éviter tout conflit, même apparent, non seulement avec les droits, mais aussi la simple liberté des femmes, aboutit au triste paradoxe de l'arrêt *Winnipeg Child*⁷⁰. Celui-ci révèle un certain nombre de sophismes et d'approximations proprement déroutants. La fin justifie-t-elle les moyens? L'affaire est analysée sous l'angle de la responsabilité délictuelle. La Cour, en effet, semble craindre que la reconnaissance d'une obligation quelconque de la mère à l'égard de l'enfant qu'elle porte donne lieu à un tel recours. Mais, contrairement à l'arrêt *Dobson* que nous abordons ci-dessous, il n'est pas question, dans les faits de la cause, de poursuite de l'enfant contre sa mère («une partie d'une entité juridique et physique agirait en justice contre elle-même»⁷¹). Il s'agit de protéger la santé de l'enfant que la mère entend mettre au monde. Est donc en jeu la compétence *parens patriae* de la Cour afin de prévenir chez lui le risque de handicap majeur dont souffrent déjà deux autres de ses enfants. Se montrant cohérente avec l'absence de tout droit du fœtus avant la naissance, la Cour refuse d'intervenir: le *parens patriae* ne peut exister qu'à l'égard de l'enfant né.

Lorsqu'est évoqué le spectre des poursuites abusives auxquelles l'élargissement de la protection à l'enfant à naître pourrait donner lieu, le lecteur reste pantois. Selon la Cour, il n'y aurait dès lors plus de limite aux contrôles que l'on pourrait imposer au mode de vie des femmes ni aux poursuites en responsabilité dont elles pourraient être l'objet, et, à l'en croire, c'en serait donc fini de l'autonomie de celles-ci. Elle reprend en effet à son compte⁷² les propos de D.E. Johnsen:

Une femme pourrait être tenue responsable pour tout comportement qui, en cours de grossesse, a pu nuire au fœtus, y compris le fait de ne pas manger convenablement, de prendre des médicaments délivrés sur ordonnance ou en vente libre, de consommer de la drogue, de fumer, de boire de l'alcool, de

⁶⁹ R.P. Kouri et S. Philips-Nootens, *supra* note 8 à la p. 110 no 91.

⁷⁰ *Winnipeg Child*, *supra* note 41.

⁷¹ *Id.* au paragr. 27 (Mme la juge McLachlin pour la majorité de sept juges).

⁷² *Id.* au paragr. 39.

s'exposer à une maladie infectieuse ou à un risque professionnel, de se livrer à des rapports sexuels ou à des exercices immodérés, [...] ou d'avoir recours à un anesthésique général ou à des médicaments pour accélérer le travail lors de l'accouchement».⁷³

Et plus loin, le tribunal ajoute:

Reconnaître une obligation de diligence liée au mode de vie de la femme enceinte accroîtrait la surveillance dont elle ferait l'objet de la part de son entourage. Conjoints, parents, amis et voisins font partie des personnes susceptibles d'épier le femme enceinte afin de s'assurer qu'elle respecte les paramètres établis par la loi⁷⁴.

Dés exemples du même acabit sont relevés dans des droits étrangers pour démontrer le caractère intolérable d'une quelconque intervention à la période prénatale.

Tout en reconnaissant, bien sûr, les difficultés particulières inhérentes à la situation de la mère et de l'enfant qu'elle porte, et à l'établissement de balises raisonnables, il faut bien se résigner à l'évidence: les propos repris ressortissent davantage de plaidoyers de groupes de pression que d'une analyse serrée et d'une justification juridique solide. L'intervention demandée par l'Office des services à l'enfant relève, non pas de la responsabilité civile, mais de la protection de la jeunesse: l'analogie se fût avérée beaucoup plus instructive et proche de la réalité de l'affaire devant la Cour. Parce que de telles lois existent, toutes les familles sont-elles scrutées à la loupe par leurs voisins et amis au point de n'avoir plus guère de liberté dans le choix de leur mode de vie? Toutes les familles sont-elles inspectées systématiquement pour que les enfants soient protégés contre la fumée secondaire, la restauration rapide nuisible à la santé, les excès dans le sport ou dans les heures de télévision excessives? Toute intervention de la protection de la jeunesse donne-t-elle lieu à un recours en responsabilité des enfants contre leurs parents? Ceux-ci sont-ils systématiquement poursuivis en responsabilité lorsque leur décision en matière des soins médicaux est désavouée, comme dans la cause *R.B.*⁷⁵? Poursuit-on tous les parents dont l'enfant est victime d'un accident? N'est-ce pas là confondre prévention et obligation de résultat? On voit à quel point l'objectif visé et l'approche retenue par la Cour dénaturent le raisonnement. Un autre argument présente davantage de poids: c'est le risque d'incitation à l'avortement devant la menace de mesures coercitives. Il n'est pas sûr qu'il tienne devant des cas extrêmes comme celui de *Winnipeg Child*. En effet, et la suite des événements l'a prouvé, l'intervention requise devait également être bénéfique pour la mère elle-même.

En écartant toute intervention destinée à préserver la santé de l'enfant avant la naissance de façon à faire de l'autonomie de la mère un droit absolu, en liant la question à celle de la responsabilité civile, la Cour élude des questions

⁷³ D.E. Johnsen, «The Creation of Foetal Rights: Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Equal Protection» (1986) 95 Yale L.J. 599, aux pp. 606 et 607, l'auteur cité par la Cour

⁷⁴ *Winnipeg Child*, supra note 41 au paragr. 42.

⁷⁵ Supra note 48.

difficiles. Elle considère, il est vrai, que de tels changements relèvent du législateur:

Considérés dans leur ensemble, les changements qu'il faudrait apporter au droit de la responsabilité délictuelle pour confirmer l'ordonnance de détention en cause posent de telles difficultés quant à leur ampleur, à leurs répercussions et aux questions de principe qu'ils soulèvent, qu'ils ne sauraient relever légitimement du pouvoir des tribunaux de faire évoluer progressivement le droit. Il appartient davantage au législateur qu'aux tribunaux de décider si de telles modifications sont opportunes et, le cas échéant, de déterminer quelle doit être la portée de la réforme⁷⁶.

Pourtant, elle n'hésite pas, par ailleurs, à donner au droit, surtout depuis l'avènement des Chartes, les orientations qui lui semblent appropriées. Et comment la magistrature suprême peut-elle, alors qu'il lui est possible d'intervenir, se satisfaire de l'idée que l'enfant, s'il naît handicapé, prendra un recours en dommages?

Sous l'angle de la responsabilité délictuelle, aucun droit d'intenter une action en justice ne pouvait être exercé, [...], avant que l'enfant ne naisse vivant et viable. Dans l'état actuel du droit de la responsabilité délictuelle, le préjudice causé au foetus pourrait donner ouverture à une action intentée au nom de l'enfant après sa naissance?⁷⁷

La position des juges dissidents nous semble autrement étayée. Soulignant avec raison que «le principe de la «naissance vivante», [...], est une présomption de common law en matière de preuve qui tire son origine de connaissances médicales rudimentaires dépassées depuis longtemps grâce à l'avènement de la science moderne»⁷⁸, le juge Major, appuyé par le juge Sopinka, opte résolument pour l'intervention «dans un cas où il est si facile de prévenir un préjudice dévastateur et toute une vie de souffrances»⁷⁹. Il ne peut se résoudre à écarter l'intervention simplement parce qu'il faudrait alors se donner la peine de fixer des limites raisonnables: «Un tel point de vue signifierait que l'État demeure passif pendant qu'une mère insouciant ou toxicomane inflige un préjudice grave et permanent à l'enfant auquel elle a décidé de donner naissance⁸⁰.» Le juge Major énonce ensuite les conditions qu'une telle intervention devrait respecter. Selon lui, la compétence *parens patriae*, fondée sur la nécessité, qui permet d'intervenir et de protéger les intérêts de l'enfant après la naissance, inclut le fait d'éviter, lorsque c'est possible, qu'il naisse atteint d'incapacité physique ou mentale grave⁸¹. Le droit à l'autonomie n'est pas absolu et trouve ses limites dès que son exercice nuit à autrui.

Dans l'arrêt *Dobson*⁸² même, la Cour eût pu aller plus loin dans sa justification en matière de responsabilité et de compensation du préjudice.

⁷⁶ *Id.* au paragr. 47 (Mme la juge McLachlin pour la majorité).

⁷⁷ *Id.* au paragr. 17. (Le souligné est dans le texte).

⁷⁸ *Id.*, au paragr. 92.

⁷⁹ *Id.*, au paragr. 93.

⁸⁰ *Id.*, au paragr. 95.

⁸¹ *Id.*, au paragr. 117.

⁸² *Dobson*, *supra* note 44.

Déterminer la norme de conduite prudente et diligente de la personne raisonnable (et non parfaite) placée dans les mêmes circonstances est pour les tribunaux un exercice quotidien. Le comportement de la mère a inévitablement des répercussions sur le fœtus: est-il vraiment plus difficile de déterminer cette norme de conduite pour elle que pour toute autre personne? Par ailleurs, l'enfant blessé ou handicapé représente inévitablement pour ses parents un fardeau moral et matériel supplémentaire: leur imposer en outre des dommages-intérêts pécuniaires pourrait paraître disproportionné et contraire aux intérêts en présence. Comme l'énonce à juste titre la Cour, «ni l'intérêt de l'enfant qui a subi un préjudice, ni celui des autres membres de la famille ne sont servis par la reconnaissance judiciaire de la cause d'action proposée⁸³.» Si l'on peut encore déplorer la présence dans le jugement d'arguments excessifs, c'est pourtant sans beaucoup d'hésitation que nous adhérons cette fois à ses conclusions: il n'est pas opportun de régler une telle question dans un cadre litigieux et il faut plutôt prévoir un soutien financier pour les enfants et les familles vivant de telles situations⁸⁴.

Il existe une différence importante entre *Winnipeg Child* et *Dobson*. Dans le premier cas, le dommage est prévisible et il est possible, et raisonnable, de prendre des mesures préventives tout en limitant les inconvénients pour la mère. Dans le second, l'accident est déjà survenu, on ne peut plus rien y changer. Si l'on ne peut qu'approuver le rejet des distinctions subtiles fondées sur le choix des modes de vie de la mère, force est de constater que la Cour restreint cette fois, non plus les droits de l'enfant à naître, mais bien ceux de l'enfant déjà né vivant et viable. Elle ne peut donc, comme elle l'a fait jusque-là, se soustraire à son obligation de confronter les droits en présence. C'est cette analyse proprement juridique qu'elle aurait dû, et pu faire, selon nous, tout au long des débats judiciaires portant sur l'enfant, que celui-ci soit né ou pas. Si l'on écarte la notion, vaine, d'un quelconque droit absolu de part ou d'autre, il n'est pas nécessaire de nier tout droit à l'enfant pour permettre l'avortement⁸⁵. Nous y aurions gagné en rigueur. La Cour, en d'autres domaines et devant le silence du législateur, n'a pas hésité à faire oeuvre créatrice de droit.

Abordons maintenant un autre aspect des droits de la personnalité, chez la personne adulte cette fois:

⁸³ *Id.* au paragr. 47 (M. le juge Cory, pour la majorité).

⁸⁴ *Id.* au paragr. 48 (M. le juge Cory). Dans sa dissidence, le juge Major, fidèle à sa position de principe, soutient les droits de l'enfant né de poursuivre sa mère puisque celle-ci avait, à l'égard de tous, une obligation de diligence en conduisant sa voiture. S'il le juge à propos, le législateur devrait intervenir pour supprimer le droit de l'enfant d'intenter un recours en responsabilité contre sa mère. Voir également, sur cet arrêt, R.P. Kouri et S. Philips-Nootens, *supra* note 8 à la p. 437 no 423.

⁸⁵ D'autres systèmes juridiques ont choisi, par la voix de la loi il est vrai, de reconnaître l'existence de droits au fœtus tout en donnant, dans certaines circonstances, préséance à ceux de la mère: voir notamment, en France, la loi no 75-17 du 17 janvier 1975 (dite «loi Veil») dont l'article 1 énonce «le respect de la vie de tout être humain dès le commencement de la vie.»

II. *La Cour suprême, la dignité et la liberté dans la vie, dans la mort*

La personne adulte, apte⁸⁶, voit indéniablement consacrer son libre arbitre dans les décisions majeures qui la concernent, et particulièrement en matière médicale. L'innovation, ici, ne réside pas dans le principe même, déjà bien élaboré par les tribunaux depuis le début du vingtième siècle⁸⁷, mais dans la portée des obligations qui en découlent pour l'autre, ou les autres parties concernées. Tâche combien plus lourde la Cour suprême a eu à marquer - pour combien de temps? - les limites de cette autonomie personnelle. Elle a aussi explicité, de façon remarquable, la notion de dignité des personnes inaptes.

A. *La consécration de l'autonomie dans la protection de l'intégrité*

La liberté est certes étroitement liée à la notion de dignité humaine. La protection de la personne repose d'abord et avant tout sur sa propre autonomie décisionnelle⁸⁸. Son consentement est, en dehors des cas prévus par la loi, indispensable pour toute atteinte à son intégrité, et les qualités que doit avoir ce consentement consacrent ce principe fondamental.

1°) *L'affirmation de l'autonomie personnelle*

Certains ont débattu la question de savoir si le droit à l'inviolabilité de la personne est une liberté ou un véritable droit subjectif⁸⁹. Il s'agit bien, quant à nous, d'un véritable droit de la personnalité, indissociable de la personne même.⁹⁰ Elle est consacrée à l'article 7 de la *Charte canadienne* (le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne).⁹¹ Dès 1985, la Cour suprême se prononce sur la portée de celui-ci qui, situé dans la section intitulée «garanties juridiques», pouvait prêter à discussion. Dans l'arrêt *Motor Vehicle Act*⁹², elle décide que la substance même de la législation, et non pas seulement la procédure, est sujette à l'examen des tribunaux. Elle décide également, en 1989 et 1990, que ledit article a pour but de protéger l'être humain⁹³.

⁸⁶ Nous n'entendons pas aborder ici la question des personnes inaptes.

⁸⁷ Sur les aspects historiques de l'*informed consent* en common law et en droit civil, voir notamment R.P. Kouri et S. Philips-Nootens, *supra* note 8 aux pp. 181 et s. paragr. 153 et s., et en droit civil, aux pp. 200 et s. paragr. 174 et s.

⁸⁸ Voir notamment G. Loiseau, «Le rôle de la volonté dans le régime de protection de la personne et de son corps», (1992) 37 R.D.McGill 965.

⁸⁹ Notamment J. Carbonnier, *Droit civil, t.1, Les personnes*, 18e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1992 à la p. 22 no 8; Voir R. Kouri et S. Philips-Nootens, *supra* note 8 à la p.72 no 56 et les auteurs y cités.

⁹⁰ R. Kouri et S. Philips-Nootens, *id.* aux pp.76 no 59 et s. et 88 no 71.

⁹¹ *Supra* note 2, et à l'article 1 de la *Charte québécoise*, *supra* note 3 (vie, sûreté, intégrité et liberté).

⁹² *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486.

⁹³ *Irwin Toy c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927 et *Dywidag Systems International Canada Ltd c. Zutphen Brothers Construction Ltd*, [1990] 1 R.C.S. 705.

Dans l'arrêt *Morgentaler*, madame la juge Wilson énonce clairement:

La *Charte* et le droit à la liberté individuelle qu'elle garantit sont inextricablement liés à la notion de dignité humaine. [...] ⁹⁴

Ainsi, un aspect du respect de la dignité humaine sur lequel la *Charte* est fondée est le droit de prendre des décisions personnelles fondamentales sans intervention de l'État. Ce droit constitue une composante cruciale du droit à la liberté ⁹⁵.

Et plus loin:

Le droit de se reproduire ou de ne pas se reproduire, qui est en cause en l'espèce, est l'un de ces droits [garantis] et c'est avec raison qu'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 ⁹⁶.

2°) La protection de l'intégrité: le consentement libre et éclairé

Le respect de l'autonomie de la personne fonde l'obligation de lui fournir toutes les explications nécessaires pour qu'elle puisse prendre une décision en connaissance de cause, et ce, chaque fois qu'il est question pour elle de renoncer à son inviolabilité ⁹⁷. La Cour suprême s'est penchée à plusieurs reprises sur l'obligation de renseigner, corollaire du consentement éclairé, mais celle-ci n'est pas, quoi que l'on puisse penser à première vue, limitée au domaine civil.

Le droit médical constitue évidemment un champ d'application privilégié de ce principe. Les arrêts *Hopp c. Lepp* ⁹⁸ et *Reibl c. Hughes* ⁹⁹, en 1980, marquent le paysage canadien et québécois. Tous deux portent sur des interventions chirurgicales majeures (la première, pour hernie discale et la seconde, pour obstruction de l'artère carotide) qui entraînent des complications graves, mais pour lesquelles aucune faute opératoire ne peut être imputée au chirurgien. Les patients poursuivent alors pour manquement à l'obligation de les informer adéquatement des circonstances entourant l'opération et des complications possibles. Dans l'arrêt *Hopp*, le médecin est exonéré, tandis que dans *Reibl*, la Cour tranche, au contraire, en faveur du patient. Ces arrêts font jurisprudence au Canada anglais tout en suscitant une certaine controverse au Québec, car ils modifient les paramètres de l'obligation d'informer quant au standard applicable ¹⁰⁰. La même question se pose en 1993 dans l'affaire

⁹⁴ *Supra* note 18 à la p. 164.

⁹⁵ *Id.* à la p.166.

⁹⁶ *Id.* (Le souligné est dans le texte).

⁹⁷ Sur la nature du droit à l'invioabilité, voir notamment R.P. Kouri et S. Philips-Nootens, *supra* note 8, aux pp. 69 et s. paragr.53 et s.

⁹⁸ [1980] 2 R.C.S. 19.

⁹⁹ [1980] 2 R.C.S. 88.

¹⁰⁰ Soit celui du médecin raisonnable ou celui du patient raisonnable. Voir à cet égard R.P. Kouri et S. Philips-Nootens, *supra* note 8 aux pp.196 et s. paragr. 171 et s., ainsi qu'aux pp. 255 et s. paragr. 240 et s.

*Ciarlariello c. Schacter*¹⁰¹, et la Cour suprême maintient la position adoptée à cet égard en 1980. Dans l'arrêt *Hollis c. Birch et Dow Corning Corporation*¹⁰², c'est du lien de causalité, condition de la responsabilité, entre le manquement à l'obligation d'informer et le préjudice qu'il est surtout question. Mais le point qui nous intéresse ici n'est pas tant cette question de standard que le fait que la Cour suprême cherche par là «à concrétiser les assises fondamentales des droits du patient¹⁰³» quant à la protection de son inviolabilité. Dans la cause *Norberg c. Wynrib*¹⁰⁴, la Cour déclare invalide le consentement de la patiente à des rapports sexuels en raison de sa dépendance aux médicaments que lui fournissait le médecin lui-même: sa décision n'était donc pas libre.

Le cadre de ce modeste article ne permet pas d'aborder le consentement en matière d'agression sexuelle ou le prélèvement sanguin en vertu de l'article 254 du *Code criminel*. Mentionnons cependant deux arrêts d'une actualité particulière. Le premier est l'arrêt *Borden*¹⁰⁵. Accusé d'agression sexuelle dans une affaire précise, le suspect consent à un prélèvement de sang pour analyse d'ADN. Cependant, les policiers souhaitent également utiliser cet échantillon pour élucider une agression antérieure dont il n'est pas explicitement fait mention: seul un pluriel au mot «enquêtes», dans la formule que signe M. Borden, aurait pu l'alerter. Le consentement à cette autre utilisation de l'ADN ne peut donc être valide, l'accusé n'ayant pas compris la portée de son acquiescement¹⁰⁶. La protection de l'invocabilité s'étend donc indéniablement aux accusés dans le cadre de poursuites criminelles: le respect des conditions d'obtention de la preuve doit être rigoureux sous peine de voir celle-ci écartée par le tribunal en vertu des dispositions de la *Charte*.

L'affaire *Cuerrier*¹⁰⁷ est d'un autre ordre. Il s'agit, cette fois, de la protection de l'intégrité de deux jeunes femmes qui ont eu des rapports sexuels non protégés avec l'accusé. Or celui-ci, séropositif, a été dûment informé par une infirmière de l'importance de se protéger et d'informer ses partenaires de son état, ce qu'il n'a pas fait. La Cour n'hésite pas à décréter que cette omission constitue une fraude viciant le consentement, élargissant par là l'interprétation traditionnelle en la matière¹⁰⁸, de façon à tenir compte des valeurs sociales actuelles et des exigences en matière de protection de la santé du public.

¹⁰¹ [1993] 2 R.C.S. 119.

¹⁰² [1995] 4 R.C.S. 634.

¹⁰³ R.P. Kouri et S. Philips-Nootens, *supra* note 8 à la p. 257 paragr. 243.

¹⁰⁴ [1992] 2 R.C.S. 226.

¹⁰⁵ [1994] 3 R.C.S. 145.

¹⁰⁶ Précisons que cet arrêt est antérieur à l'entrée en vigueur, en 1995 et 1997, des articles 487.04 à 487.091 du *Code criminel* portant sur l'analyse génétique effectuée à des fins médico-légales. Dans l'affaire *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, il n'y avait même pas apparence de consentement.

¹⁰⁷ *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371.

¹⁰⁸ Celle-ci admettait seulement la fraude portant sur la nature même de l'acte ou sur l'identité du partenaire. Les arguments des juges ne sont pas identiques, mais aboutissent à la même solution.

Comme on le voit, l'autonomie est le meilleur moyen donné à la personne pour se protéger, et les magistrats l'ont réitéré de diverses façons. Mais cette autonomie est aussi liberté de disposer de soi-même.

B. Les limites de l'autonomie: la protection imposée de l'intégrité physique et de la vie

L'exercice non contrôlé des droits et libertés touchant la personne même pourrait avoir des répercussions fâcheuses sur les valeurs fondamentales de notre société. Aussi la Cour est-elle amenée, dans certains cas, à en marquer les limites.

1^o) *Le consentement privé d'effet*

Dans l'affaire *Jobidon*¹⁰⁹, à la suite d'une rixe dans le stationnement d'un bar, la victime, un des deux belligérants, décède. Son consentement au combat permet-il d'écarter l'infraction de voies de fait de l'article 265 du *Code criminel*? La Cour suprême rejette le pourvoi présenté à l'encontre de la déclaration de culpabilité prononcée par la Cour d'appel de l'Ontario: la *common law* a toujours imposé des limites au consentement dans les cas de voies de fait, et le *Code criminel* ne modifie pas cette approche. De telles limites sont fondées sur l'intérêt public: ces batailles n'ont aucune valeur sociale et peuvent troubler la paix. L'opinion minoritaire va plus loin encore: le consentement de la victime ne pouvait s'étendre à la poursuite des coups à partir du moment où elle avait perdu connaissance.

L'exercice de l'autonomie se heurte donc aux valeurs prédominantes. Il ne peut aller jusqu'à exonérer l'auteur de blessures sérieuses, en dehors des situations prévues par le *Code criminel*, à l'article 83 notamment: les combats concertés constituent une infraction pour toutes les personnes impliquées d'une façon ou d'une autre, exception faite des matches de boxe (!) répondant à des conditions précises. Et selon l'article 14 du *Code criminel*, le consentement ne peut non plus exonérer celui qui, à la demande même de la victime, lui inflige la mort.

2^o) *Le refus d'un «droit à la mort»: une décision déchirante*

Madame Rodriguez, âgée de 42 ans, est atteinte de sclérose latérale amyotrophique. Elle souhaite qu'un médecin puisse l'aider à mettre fin à ses jours au moment de son choix. Elle allègue que les droits qui lui sont garantis par les articles 7, 12¹¹⁰ et 15 de la *Charte* sont bafoués par l'article 241 b) du

¹⁰⁹ R. c. *Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 71.

¹¹⁰ Les arguments fondés sur cet article sont facilement écartés. L'État n'est en rien l'auteur d'un traitement cruel et inusité.

Code criminel qui prohibe l'aide au suicide. Dans une décision serrée, de cinq juges contre quatre, la Cour suprême se refuse, dans l'arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (P.G.)*¹¹¹, à déclarer cet article inconstitutionnel. Sans prétendre résumer ni commenter par le menu un très long arrêt, rappelons-en les principaux arguments¹¹².

Les juges de la majorité estiment qu'il y a effectivement atteinte au droit à l'autonomie et à la sécurité de l'appelante, mais cette atteinte n'est pas, dans le présent cas, contraire aux principes de justice fondamentale. Le caractère sacré de la vie est, lui aussi, protégé par l'article 7 de la *Charte*. Quant à la discrimination, s'il en est, elle se justifie en vertu de l'article 1 de la *Charte*. La protection des personnes vulnérables et le respect de la vie humaine en général doivent prévaloir. L'intérêt de l'État dans la protection de la vie implique la prohibition d'un acte qui enlèverait cette vie et, par là, la dévaloriserait. Face à ce principe, la dignité et l'autonomie de l'individu ne priment que dans des cas restreints et exceptionnels. Référant aux travaux de la Commission de réforme du droit du Canada¹¹³, la majorité¹¹⁴ a le mérite de faire sienne la distinction claire entre les différentes «solutions» de fin de vie, à savoir la cessation des traitements, les soins palliatifs qui peuvent avoir pour effet secondaire un certain abrégement de la vie¹¹⁵, le suicide avec ou sans aide et l'euthanasie. Le droit du patient de refuser la poursuite des traitements, manifestation de son autonomie, est bien établi¹¹⁶. Ouvrir la porte à l'aide au suicide entraînerait des abus qui seraient difficiles à contrôler.

Les juges dissidents, au travers d'argumentations diverses, estiment au contraire que les restrictions au droit à la liberté et à la sécurité de madame Rodriguez ne sont pas compatibles avec les principes de justice fondamentale et que les craintes d'abus ne peuvent l'emporter sur ses droits à elle¹¹⁷. L'interdiction de l'aide au suicide porte atteinte au droit à l'égalité en ce que les personnes handicapées se voient privées du droit de choisir cette issue¹¹⁸. La dignité doit être protégée tout au long de l'existence humaine, qui inclut aussi la mort¹¹⁹.

¹¹¹ [1993] 3 R.C.S. 519.

¹¹² Pour une étude fouillée, tant pour l'aspect historique que pour la période présente, voir D. Joncas, *La renaissance du paradigme athénien: le cas de la légalisation de l'aide au suicide*, Mémoire de maîtrise en droit de la santé, non publié, Sherbrooke, 1998, aux pp. 105 et s. v. également : D. Chalifoux, *L'euthanasie volontaire active et le rôle de l'État* (2000) 79 R. du B. can. 119.

¹¹³ Commission de réforme du droit du Canada, *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement*, Série protection de la vie, Document de travail 28 et 20e Rapport, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1982 et 1983 respectivement.

¹¹⁴ *Rodriguez*, supra note 111 aux paragr. 40 à 43 (M. le juge Sopinka).

¹¹⁵ *Id.* au paragr. 53 (M. le juge Sopinka).

¹¹⁶ *Id.* au paragr. 52.

¹¹⁷ *Id.* aux paragr. 87 et 88 (Mme la juge McLachlin).

¹¹⁸ *Id.* aux paragr. 157 et s. (M. le juge Lamer).

¹¹⁹ *Id.* au paragr. 92 (Mme la juge McLachlin).

Qu'il nous soit permis, en considérant l'ensemble de cet arrêt, de soulever à son égard plusieurs réserves. Malgré la profondeur de la réflexion effectuée par les juges et le soin qu'ils ont mis, chacun, à exprimer leur perception tant des valeurs fondamentales que des éléments qui justifient de porter éventuellement atteinte aux droits garantis, nous restons, à certains égards, «sur notre faim». Pas plus que l'arrêt *Morgentaler* en lui-même ne faisait de l'avortement un droit, la décriminalisation, en 1972, de la tentative de suicide n'engendre-t-elle *ipso facto* un droit au suicide. Qu'il suffise d'envisager la pleine portée d'une telle affirmation pour en mesurer l'excès. On la retrouve pourtant à plusieurs reprises dans la décision sous étude: «Ce régime a pour effet de refuser à certaines personnes le droit de mettre fin à leur vie pour la seule raison qu'elles en sont physiquement incapables¹²⁰.» Ou encore: «le droit de se donner la mort»¹²¹. L'occasion eût été belle, pour notre plus haut tribunal, de faire oeuvre d'éducation, d'explicitier les nuances et distinctions entre droit et liberté, d'énoncer que l'individu ne peut, en toute décision importante, mettre la société au service de ses désirs personnels, ni obtenir sa caution jusqu'au choix de mort¹²².

Comment ne pas voir le danger d'assimiler, à l'instar de certains, et de la demanderesse en cette cause, la notion, idéale entre toutes, de mort dans la dignité au choix de sa propre mort, du moment et des modalités de sa mort? Au nom de la dignité humaine, la mort provoquée deviendrait ainsi un choix thérapeutique parmi d'autres¹²³, ce que Bjarne Melkevik appelle la «thèse d'équivalence». Cette dernière postule qu'il n'y a aucune différence morale majeure entre un décès résultant du refus d'un patient de se faire traiter et l'aide au suicide comme telle¹²⁴.» La mort dans la dignité implique aussi, aucune personne douée de sentiments d'humanité ne le contredira, la mort sans souffrance démesurée:

Il s'ensuit que le droit de mourir avec dignité devrait être aussi bien protégé que n'importe quel autre aspect du droit à la vie. Des interdictions édictées par l'État, qui imposeraient une mort atroce et douloureuse à un malade en phase terminale handicapé et lucide, constitueraient une insulte à la dignité humaine¹²⁵.

Une telle affirmation relève à l'évidence d'un excès de langage regrettable. Elle assimile l'interdiction du suicide avec l'aide d'une autre personne à un abus de pouvoir injustifiable. Elle méconnaît les autres choix qui s'offrent au patient et dont fait état la majorité, notamment l'existence des soins palliatifs. Madame Rodriguez peut refuser de continuer à être traitée et même refuser de s'alimenter.

¹²⁰ *Id.* au paragr. 79.

¹²¹ *Id.* au paragr. 85.

¹²² S. Philips-Nootens, «La bioéthique, une menace pour les droits de l'homme? Du discours à la réalité», dans S. Marcus-Helmons, dir., *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs: les limites irréductibles*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 33 à la p. 43.

¹²³ Voir notamment Y. Kamisar, «The Reasons so Many People Support Physician-Assisted Suicide and Why These Reasons Are Not Convincing» (1996) 12:2 *Issues in Law and Medicine* 113.

¹²⁴ B. Melkevik, *supra*, note 5 à la p. 93.

¹²⁵ Rodriguez, *supra* note 111 au paragr. 232 (M. le juge Cory).

Si telle était sa décision, il faudrait alors l'entourer de soins et lui fournir en quantité suffisante des analgésiques de façon à ce qu'elle ne souffre pas lors de cette dernière étape de sa vie, ainsi qu'il en fut décidé, au Québec notamment, dans les arrêts *Nancy B.* et *Manoir Pointe Bleue*¹²⁶.

Alors que les juges, de la majorité aussi bien que de la minorité, dépassent à juste titre, dans leurs considérations sur les valeurs en cause, le cas précis de madame Rodriguez, ceux qui estiment que l'interdiction devrait être levée se gardent d'aller au bout du raisonnement: ils n'abordent pas la question de l'euthanasie. Pourtant, elle s'impose d'évidence. Qu'arrive-t-il si madame Rodriguez, tout en restant lucide, devient incapable, comme ce fut sans doute le cas, de poser elle-même le geste qui la délivre? Or, si un tiers pose le geste fatal, il ne s'agit plus d'aide au suicide mais d'euthanasie active, donc, dans notre code qui ne fait pas la nuance, de meurtre. Au nom de quoi condamnerait-on encore un Robert Latimer qui agit pour soulager les souffrances de sa fille, beaucoup plus aiguës, selon les faits présentés, que celles de madame Rodriguez? Parce que la première était inapte et la seconde, apte? Les personnes inaptes sont-elles condamnées à une «mort atroce», privées de leur dignité puisque privées de la possibilité qu'il soit mis fin à leurs jours? Ne serait-ce pas là un cas flagrant de discrimination et d'inégalité à l'égard d'individus plus vulnérables encore?

Il semble évident que l'article 241 b) du Code criminel crée une inégalité en ce qu'il empêche des personnes incapables de se suicider sans assistance de choisir ce geste dans le respect de la légalité, alors que les personnes capables de mettre fin à leurs jours, sans assistance, peuvent décider de se suicider sans contrevenir à la loi au Canada¹²⁷.

Ne faut-il pas conclure, dans une telle perspective, que le véritable fondement de la revendication est bien la liberté de la personne, incluant l'image qu'elle-même se fait de sa dignité, et non pas la dignité humaine dans son sens transcendant, que la Cour consacre quelques années plus tard¹²⁸? La véritable dignité dans la mort ne peut être l'apanage des personnes aptes¹²⁹. Cette

¹²⁶ *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec et Dr Marceau*, [1992] R.J.Q. 361 (C.S.); *Manoir de la Pointe Bleue c. R. Corbeil*, [1992] R.J.Q. 712 (C.S.). Voir également les commentaires de B. Melkevick sur l'affaire *Rodriguez*, *supra* note 5.

¹²⁷ *Rodriguez*, *supra* note 111 au paragr. 157 (M. le juge Lamer). Dans le même sens, au paragr. 178 (M. le juge Lamer): «Cette disposition a un effet discriminatoire sur les personnes incapables de se suicider sans aide». L'on retrouve à regret ici, comme dans d'autres arrêts déjà mentionnés, des expressions malheureuses sur le caractère «absolu» que pourraient avoir certains droits: «Aucune règle absolue ne dit que le fait de causer la mort d'autrui ou d'aider à la mort d'autrui est criminellement répréhensible. [...] L'argument selon lequel la prohibition de l'aide au suicide est justifiée du fait que l'État a un intérêt à criminaliser absolument tout acte délibéré qui contribue à la mort d'autrui n'est donc d'aucun secours.» *Id.* au paragr. 157 (M. le juge Lamer).

¹²⁸ Voir ci-après, la section C.

¹²⁹ D. Pullman souligne le glissement de la notion de dignité vers l'individualité: «Dying with Dignity and the Death of Dignity» (1996) 4 *Health Law Journal* 197 à la p. 199.

illusoire frontière, en la réalité de laquelle il plaît à beaucoup de croire, figurait aussi dans le projet de loi C-215¹³⁰, initiative d'un parlementaire, présenté en février 1994 dans la foulée du jugement *Rodriguez*: l'aide au suicide eût été réservée aux personnes aptes, souffrantes, et en phase terminale, ce qui n'était d'ailleurs pas le cas, à l'époque, de madame Rodriguez.

Pour souligner la difficulté d'aboutir à un consensus sur des questions aussi cruciales, rappelons qu'un Comité sénatorial spécial¹³¹ s'est penché sur la question au cours de multiples audiences en 1994. Il n'a pu davantage aboutir à des recommandations unanimes sur les questions de l'aide au suicide et de l'euthanasie volontaire.

C. De la dignité humaine: une consécration digne d'éloges

La notion de dignité humaine semble bien, dans la plupart des décisions qui l'invoquent, liée à la possibilité de faire des choix, d'exercer sa liberté. Selon madame la juge Wilson,

La notion de dignité humaine trouve son expression dans presque tous les droits et libertés garantis par la *Charte*. [...] Ce sont tous là des exemples de la théorie fondamentale qui sous-tend la *Charte*, savoir que l'État respectera les choix de chacun et, dans toute la mesure du possible, évitera de subordonner ces choix à toute conception particulière d'une vie de bien¹³².

Bjarne Melkevik le souligne également: «Le droit à la liberté demeure étroitement lié à la notion de dignité humaine. En effet, le droit de prendre des décisions fondamentales sans interventions (*sic*) de l'État constitue un aspect essentiel de la dignité humaine, qui confère ainsi à l'individu une marge d'autonomie[...]»¹³³. Est-ce à dire que dignité et liberté sont sur le même plan, comme le suggère un auteur¹³⁴? Dans l'affaire *Rodriguez*, le juge Sopinka, appuyé par les autres juges de la majorité, refusant de l'assimiler simplement à un principe de justice fondamentale¹³⁵, la situe heureusement à un autre niveau: «Le respect de la

¹³⁰ P.L. C-215, Loi modifiant le Code criminel (aide au suicide), déposé en première lecture le 16 février 1994, retiré du feuillet le 21 septembre 1994. Un premier projet, émanant de la même source, avait déjà été déposé en décembre 1992.

¹³¹ Sénat du Canada, *De la vie et de la mort*, Rapport du Comité sénatorial spécial sur l'euthanasie et l'aide au suicide, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1995. Les démarches du Comité et le document qui en émane sont très fouillés et documentés. Comme il l'avait prévu alors, le Comité réétudie actuellement, soit cinq ans plus tard, les recommandations faites en 1995.

¹³² *R. c. Morgentaler*, *supra* note 18 à la p. 166.

¹³³ *Supra* note 5 à la p. 95. L'auteur approuve néanmoins les limites imposées à l'autonomie et la position majoritaire de la Cour.

¹³⁴ V. Saint-James, «Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français» 1997, 10e cahier, Chron. 61, à la p. 64.

¹³⁵ *Rodriguez*, *supra* note 111 au paragr. 26. Sur le principe de justice fondamentale, *Jones c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Kindler c. Canada (ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] R.C.S. 1130.

dignité humaine est le fondement de nombreux droits et libertés garantis par la *Charte*.» Le fondement même des droits doit nécessairement transcender ceux-ci, faute de quoi aucune limite ne pourrait se justifier: elle porterait en elle-même le germe d'une atteinte à la dignité humaine. Respect dû à tout un chacun de la part d'autrui, la dignité est aussi respect que la personne se doit à elle-même en tant que membre de la famille humaine. Dans l'exercice de son autonomie, il peut arriver que la personne atteinte à sa propre dignité. Il est donc légitime que la libre disposition de soi-même soit assujettie à l'ordre public, reflet des valeurs fondamentales¹³⁶.

Si dignité se confond avec liberté, comme nous le disions plus haut, qu'advient-il des personnes devenues inaptes, ou qui n'ont jamais été aptes à exercer leur autonomie?

Do the demented have a right to dignity? Some demented people, particularly in the late stages of their disease, seem to have lost the capacity to recognize or appreciate indignity, or to suffer from it. Do they have a right to dignity even then? Or is our concern for their dignity, in those circumstances, only a matter of sentimentality we cannot and should not afford¹³⁷?

Et Ronald Dworkin de répondre plus loin: «That he remains a person, and that the overall value of his life continues to be intrinsically important, are decisive truths in favor of his right to dignity¹³⁸.» Le malade mourant, le malade inconscient, l'être profondément atteint dans ses facultés intellectuelles et dans sa perception du monde qui l'entoure, nous interpellent, incapables qu'ils sont de faire quelque choix, d'exercer quelque liberté, d'exprimer même leur vision de la vie et de la mort. Comme le dit si bien Claire Neirinck, «C'est en prenant conscience de la dignité de l'autre que j'accède à la conscience de ma propre dignité. Si je manque à ce qui est dû à la dignité de l'autre, je ne la lui fais pas perdre mais je manque à ma propre dignité¹³⁹.»

Dans une décision digne de tous éloges, *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*¹⁴⁰, la Cour suprême du Canada, unanime, répond avec éloquence, par la voix de madame la juge L'Heureux-Dubé, à cette interrogation cruciale, dissociant clairement les notions d'autonomie et de dignité. En 1984, les employés d'un centre hospitalier pour personnes déficientes mentales prennent part à une série de grèves illégales. Les bénéficiaires, dont la plupart sont représentés par le curateur

¹³⁶ Même si certains se désolent de la présence persistante des valeurs morales dans le droit: V. Saint-James, *supra* note 134 à la p. 65.

¹³⁷ R. Dworkin, *Life's Dominion, An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, A. Knopf, 1993 à la p. 234.

¹³⁸ *Id.* à la p. 237.

¹³⁹ C. Neirinck, «La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique», dans P. Pedrot, dir., *Éthique, Droit et Dignité de la Personne, Mélanges Christian Bolze*, Paris, Economica, 1999, 39 à la p. 40. L'auteur fait une analyse intéressante sur le sujet en titre. Devenue juridique, la dignité «s'est affadée et l'usage qu'on en fait est contestable». S. Philips-Nootens, *supra* note 122 à la p. 52.

¹⁴⁰ [1996] 3 R.C.S. 211.

public du Québec, sont ainsi privés de certains soins et services. La responsabilité des syndicats défendeurs a été établie et ne fait pas l'objet de l'appel, qui porte uniquement sur la nature du préjudice subi par les bénéficiaires et la question des dommages exemplaires. Rappelant qu'en vertu du nouveau *Code civil du Québec*¹⁴¹, le préjudice moral est un dommage susceptible de compensation, et qu'il faut en favoriser l'appréciation objective¹⁴², la Cour s'interroge sur la violation de certains droits garantis par la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁴³ du Québec. Les bénéficiaires ayant subi essentiellement des désagréments et un inconfort temporaires, sans qu'il persiste des séquelles, elle ne retient pas le préjudice d'atteinte à l'intégrité visée par l'article 1¹⁴⁴.

Il en est autrement de l'atteinte à leur dignité. L'article 4 de la *Charte* énonce: «Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation.» Et la juge L'Heureux-Dubé de préciser: «En plus de constituer un droit protégé spécifiquement à l'art. 4 de la *Charte*, la dignité constitue, compte tenu du préambule de la *Charte*, une valeur sous-jacente aux droits et libertés qui y sont garantis¹⁴⁵ .» Dès lors que «chaque être humain possède une valeur intrinsèque qui le rend digne de respect¹⁴⁶ ,» qu'il y ait, ou non, des conséquences définitives n'est pas pertinent pour déterminer s'il y a eu violation du droit¹⁴⁷. Et surtout, considération importante entre toutes, l'atteinte à la dignité n'exige pas une perception subjective de la part de la victime:

[...] la faible conscience que certains bénéficiaires avaient de leur environnement en raison de leur condition mentale peut sans doute influencer la conception qu'eux-mêmes se font de la dignité. [...] il est plus important de s'attarder à une appréciation objective de la dignité et de ses exigences quant aux soins et services requis. [...] l'inconfort souffert par les bénéficiaires de l'hôpital, bien que provisoire, constitue une atteinte à la sauvegarde de leur dignité, [...] en dépit du fait que note le premier juge, que ces patients pouvaient ne pas avoir de sentiment de pudeur¹⁴⁸.

Concluant à une atteinte illicite aux droits garantis par la *Charte* aux bénéficiaires, la Cour retient également l'atteinte intentionnelle, la privation de services pour les patients étant une façon de faire pression sur l'employeur, et condamne les défendeurs à des dommages exemplaires¹⁴⁹.

¹⁴¹ Article 1457 C.c.Q.

¹⁴² *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, supra note 140 aux paragr. 68 et 69. Voir également, pour la réparation du dommage moral, la décision *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345.

¹⁴³ *Supra* note 3.

¹⁴⁴ *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, supra note 140 au paragr. 98.

¹⁴⁵ *Id.* au paragr. 100.

¹⁴⁶ La Cour reprend ici la définition retenue par le Tribunal des droits de la personne du Québec dans la décision *Commission des droits de la personne du Québec c. Lemay*, [1995] R.J.Q. 1967 à la p. 1972.

¹⁴⁷ *Id.* au paragr. 106.

¹⁴⁸ *Id.* au paragr. 108.

¹⁴⁹ *Id.* aux paragr. 110 et s.

Conclusion

Les décisions touchant à la vie, à la mort, la sienne propre, celle d'autrui, sont les plus angoissantes qu'ait à affronter l'être humain. Les magistrats n'échappent pas aux interrogations lancinantes, aux doutes, ni aux pressions sociales de tous ordres, et leur rôle est souvent ingrat. Contrairement au législateur, dont les dérobades répétées marquent les thèmes que nous avons abordés dans le cadre de ce bref article, ils ne peuvent se soustraire à leur devoir de se prononcer sur les causes soumises. Plus que jamais auparavant, depuis l'avènement des Chartes, la Cour suprême du Canada a dû faire oeuvre créatrice de droit et définir nos valeurs sociales les plus fondamentales, appelée comme elle l'est «à trancher, beaucoup moins en fonction de critères juridiques formels que de [sa] conception de ce qui est socialement désirable dans une société libre et démocratique¹⁵⁰.» L'analyse poussée faite par Andrée Lajoie révèle comment la Cour a exercé sa discrétion à l'égard des droits «constitutionnalisés». Le «voile de la neutralité», caractérisé par l'application plutôt formelle des critères dégagés dans l'arrêt *Oakes*, laisse rapidement place à des «décisions vraiment politiques¹⁵¹.»

Ce constat étant fait, pouvons-nous louer sans réserve l'oeuvre de défense des libertés individuelles contre les interventions indues de l'État? Soulignons d'abord une difficulté bien concrète pour quiconque voudrait tirer des décisions de la Cour des lignes directrices précises. La diversité des opinions émises, la multiplicité des redites ont généré des jugements d'une longueur indue, dans lesquels il est souvent illusoire de vouloir dégager une *ratio decidendi* qui puisse servir de guide aux justiciables, de base à l'enseignement du droit. Nous faisons appel, en toute déférence, mais néanmoins de façon pressante, à une véritable collégialité dans la rédaction des jugements, gage de sécurité juridique et source de formation pour tous les juristes.

De façon générale, au-delà des remarques plus ponctuelles propres aux arrêts étudiés, la tentation est forte de se démarquer de l'orientation résolument individualiste privilégiée par la Cour suprême¹⁵². Pourtant, madame la juge Wilson évoquait en 1988, dans l'arrêt *Morgentaler*, un indispensable équilibre:

Un individu ne constitue pas une entité totalement coupée de la société dans laquelle il vit. Cependant, l'individu n'est pas non plus un simple rouage impersonnel d'une machine subordonnant ses valeurs, ses buts et ses aspirations à celles de la collectivité. L'individu est un peu les deux.¹⁵³

¹⁵⁰ E. Deleury, *supra* note 7 à la p. 80.

¹⁵¹ A. Lajoie, *supra* note 6 aux pp. 92 et s.

¹⁵² Voir notamment la remarque de B. Melkevik, *supra* note 5 à la p. 92, à propos de la position du juge Lamer dans *Rodriguez*: «[...] une logique individualiste, selon laquelle il n'y avait en fait qu'une personne confrontée à une situation de choix simple: dès lors, un tel choix pouvait-il lui procurer le bénéfice recherché?»

¹⁵³ *Supra* note 18 à la p. 164.

Progrès marquant dans la protection de l'intégrité et dans la promotion de l'autonomie de l'individu dans la conduite de son existence, l'on peut toutefois se demander si l'impact des *Chartes* est aussi positif sur la prise de conscience par l'individu de son rôle social et l'assomption de ses responsabilités à l'égard d'autrui et de la collectivité en général. Peut-on penser, dans les décisions touchant à la vie la plus intime de la personne, voir la Cour suprême rappeler que l'individu est au cœur de la communauté et qu'il n'est guère de décisions qui n'engagent réellement que lui-même? Faut-il endosser la voie privilégiée par certains? «La dichotomie entre individu et collectivité pourrait être atténuée par une redéfinition du problème en faisant appel au dialogue qui caractérise «l'éthique communautaire»», avance Dany Joncas¹⁵⁴. Sans nier le rôle primordial de l'éthique, il nous semble que les *Chartes*¹⁵⁵ portent en elles-mêmes ce germe d'équilibre et que les tribunaux disposent donc de tous les instruments nécessaires. «Le lieu de la justice, c'est le terrain commun de tous les citoyens, le milieu où chacun est sujet de droits mais aussi de devoirs¹⁵⁶ » Faute de quoi, amputés de cette dimension, les droits fondamentaux eux-mêmes pourraient s'avérer menace pour la dignité humaine.

¹⁵⁴ *Supra* note 112 à la p. 137. L'auteur donne à cette expression le sens d'une approche libérale du communautarisme (*communitarianism*).

¹⁵⁵ Au préambule, très beau et par trop méconnu, de la *Charte* québécoise et aux articles 1 et 7 de la *Charte* canadienne.

¹⁵⁶ S. Plourde, «Éthique et justice chez Emmanuel Lévinas» (2000) 12:1 *Ethica* 71 à la p.83 (les italiques sont dans le texte).