

L'adjudication des droits constitutionnels dans les cas difficiles : judicialisation des faits sociaux ou argumentation judiciaire des valeurs ?

*Karine MILLAIRE**

**The Truth of Constitutional Adjudication in Hard Cases :
Social Facts or Values-Based Argument ?**

**La adjudicación de los derechos constitucionales en los casos difíciles :
¿judicialización de los hechos sociales o de la argumentación
judicial de los valores ?**

**A adjudicação dos direitos constitucionais nos casos difíceis :
judicialização dos fatos sociais ou da argumentação jurídica dos valores ?**

疑难案件中的宪法性权利裁判?
社会事实的司法化还是价值的司法论证的胜利?

Résumé

Quels types d'arguments sont véritablement déterminants de l'issue des litiges en matière d'adjudication des droits

Abstract

What types of arguments are truly decisive in litigations regarding the adjudication of rights and freedoms protected

* Avocate, LL.M., candidate au Ph.D. en droit, Université d'Ottawa. Une version préliminaire de la présente argumentation a bénéficié d'échanges avec Jacques Frémont, Louis-Philippe Lampron et Nathalie DesRosiers tenus à l'Université d'Ottawa le 18 décembre 2017, ainsi qu'avec la communauté réunie à la Faculté de droit de l'Université McGill le 4 mai 2018. L'auteure remercie également les trois évaluateurs anonymes pour leurs points de vue critiques. Elle reconnaît le soutien du programme des Bourses d'études supérieures du Canada Vanier (CRSH) dans la poursuite de ses recherches.

et libertés protégés par la Charte canadienne lorsque le droit ne dicte pas de réponse claire? Dans ces cas dits «difficiles», une tendance contemporaine consiste à recourir aux sciences sociales afin de *prouver* l'existence de différents faits sociaux dans l'ambition qu'ils démontrent comment le droit devrait évoluer. Face à cette posture épistémologique sur la nature du droit et le rôle de la *science* quant au pouvoir judiciaire, l'approche herméneutique rappelle que le droit se construit à partir d'arguments fondés sur des valeurs et principes protégés par la Constitution.

La présente contribution rappelle d'abord les fondements théoriques de ces deux approches méthodologiques, à savoir (i) le recours à l'empirisme logique pour justifier l'évolution du droit par la preuve de faits sociaux et (ii) la posture épistémologique herméneutique qui fonde plutôt le droit sur un discours argumenté. Dans un deuxième temps, elle pose la question de la préséance de l'une ou l'autre de ces approches en analysant un arrêt emblématique pour lequel le droit établi ne dictait pas clairement la réponse: *Carter c. Canada (PG)*. À l'issue de cette affaire, les dispositions du *Code criminel* prohibant toute forme d'aide au suicide ont été déclarées inconstitutionnelles puisqu'elles portaient atteinte de façon injustifiée au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne contrairement à l'article 7 de la Charte canadienne. En dépit de l'importante considération des faits sociaux législatifs dans ce litige, nous démontrons qu'en théorie comme en pratique, c'est l'argumentation judiciaire des valeurs constitutionnelles qui a le dernier mot.

by the *Canadian Charter* when there is no clear answer? In those *hard cases*, there is a popular view according to which social sciences could provide *evidences* based on empirical facts prescribing how law should evolve. Hermeneutics provides a different epistemological approach with respect to the nature of law and the role of *science* in relation to the judiciary. It reminds us that law is grounded in arguments about values and principles entrenched in the Constitution.

First, this paper describes the theoretical foundations of the following two methodological approaches: (i) empiricism, according to which evidence from social facts could justify jurisprudential changes and (ii) hermeneutics, which grounds law in argumentation. Second, it asks whether one of them takes precedence on the other in practice by analyzing an emblematic hard case: *Carter v Canada*. The Supreme Court struck down the *Criminal Code* provisions prohibiting assistance in dying, which violated section 7 of the *Canadian Charter* protecting the rights to life, liberty and security of the person in an unjustified manner. Yet the social legislative facts were of crucial importance, but it is the judicial argumentation about constitutional values which has the last word in theory as in practice.

Resumen

¿Qué clase de fundamentos son realmente decisivos para el resultado de los litigios relacionados con la adjudicación de derechos y libertades protegidos por la Carta canadiense cuando el derecho no ofrece una clara respuesta? En estos casos llamados «difíciles», una tendencia contemporánea consiste en acudir a las ciencias sociales para *probar* la existencia de diferentes hechos sociales con la intención de que demuestren cómo debería evolucionar el derecho. Frente a esta postura epistemológica sobre la naturaleza del derecho y el papel de la *ciencia* con respecto al poder judicial, el enfoque hermenéutico recuerda que el derecho se construye a partir de diferentes discursos fundamentados sobre los *valores* protegidos por la Constitución.

La presente contribución recuerda primero los fundamentos teóricos de estos dos enfoques metodológicos, a saber (i) el uso del empirismo lógico para justificar la evolución del derecho mediante la prueba de hechos sociales y (ii) la postura epistemológica hermenéutica que basa el derecho sobre un discurso fundamentado de valores. En segundo lugar, plantea la cuestión de la precedencia de uno u otro de estos enfoques en la práctica al analizar un juicio emblemático para el cual la ley establecida no dictaba claramente la respuesta: *Carter v. Canadá* (PG). Después de este caso, las disposiciones del Código criminal que prohíben cualquier forma de suicidio asistido fueron declaradas inconstitucionales ya que atentaban contra el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona previsto en el artículo 7 de la Carta canadiense. La prueba de hechos sociales legislativos producida, así como la importancia de los valores

Resumo

Quais tipos de argumentos são verdadeiramente determinantes no caso de litígios em matéria de adjudicação de direitos e liberdades protegidos pela *Carta Canadense* quando o Direito não dita respostas claras? Nesses casos ditos «difíceis», uma tendência contemporânea consiste em recorrer às ciências sociais a fim de *provar* a existência de diferentes fatos sociais na pretensão que eles demonstram como o direito deveria evoluir. Face a esta postura epistemológica sobre a natureza do direito e o papel da *ciência* em relação ao poder judiciário, a abordagem hermenéutica lembra que o direito se constrói a partir de diferentes discursos baseados sobre os *valores* protegidos pela Constituição.

A presente contribuição lembra primeiro os fundamentos teóricos dessas duas abordagens metodológicas, a saber (i) o recurso ao empirismo lógico para justificar a evolução do direito pela prova dos fatos sociais e (ii) a postura epistemológica hermenéutica que fundamenta preferencialmente o direito sobre um discurso que argumenta com valores. Em um segundo momento, coloca a questão da precedência de uma ou de outra abordagem nas práticas na análise de uma decisão emblemática para a qual o direito estabelecido não ditava claramente a resposta: *Carter c. Canadá* (PG). Em decorrência deste caso, as disposições do *Código Criminal* proibindo toda forma de ajuda ao suicídio foram declaradas inconstitucionais já que iam contra o direito à vida, à liberdade e a segurança da pessoa prevista no artigo 7 da Carta Canadense. A prova de fatos sociais legislativos produzida assim como a importância dos valores constitucionais em jogo eram de considerável

envergadura. Por fim, demonstramos que, na teoria como na prática, é bem o discurso jurídico dos valores que tem a última palavra.

constitucionales en juego, fueron consideraciones importantes. En definitiva, demostramos que en teoría como en la práctica, es el discurso judicial de valores el que tiene la última palabra.

摘要

在受加拿大宪章保护的权利和自由的案件裁判中，如果法律没有明确的答案，什么样的论据才是真正起决定作用的呢？在这些所谓的“疑难”案件中，现代司法倾向于求助社会科学以证明各种社会事实的存在，从而证明法律应当怎样发展。面对这种认识论上关于法律性质以及科学对于司法权的作用的立场，解释学上的方法是，法律从各种以宪法性价值为论据的不同话语中自我建构。

本文首先回顾了两种方法的理论基础，即（一）诉诸逻辑经验主义，通过社会事实证据来论证法律的发展；（二）诉诸解释学上的认识论立场，将法律更多地建立在以价值为论据的话语之上。其次，本文通过分析法律无清晰答案的标志性案件卡特诉加拿大 *Carter c. Canada (PG)* 案，提出两种方法在实践中孰先孰后的问题。通过该案，刑法典中禁止任何形式的帮助自杀的条款因侵犯了加拿大宪章第7条规定的生命权、自由权和安全权而被裁定违宪。立法时使用的社会事实证据和所涉的宪法性价值的重要性都是重要的考虑因素。最后，本文从理论和实践层面证明，最终具有决定性的因素是价值的司法论证。

Plan de l'article

Introduction	507
I. L'adjudication des droits constitutionnels dans les cas difficiles: questions de faits et de valeurs	509
A. Les faits sociaux comme « preuve » des droits.....	511
B. La construction du droit par le discours des valeurs.....	516
II. L'exemple de l'arrêt <i>Carter c. Canada</i>: lorsque le discours des valeurs a le dernier mot	522
A. La valeur certaine des faits sociaux.....	523
B. Le poids déterminant de l'argumentation et des valeurs	529
Conclusion : Avoir raison dans une société libre et démocratique	539

Quels types d'arguments sont véritablement déterminants de l'issue des litiges en matière d'adjudication des droits et libertés protégés par la Charte canadienne¹ lorsque le droit ne dicte pas de réponse claire? Dans ces cas dits «difficiles»², il existe une tendance contemporaine à recourir aux sciences sociales afin de *prouver* l'existence de différents faits sociaux dans l'ambition qu'ils démontrent comment le droit devrait évoluer. Face à cette posture épistémologique sur la nature du droit et le rôle de la *science* quant au pouvoir judiciaire, l'approche herméneutique rappelle que le droit est un objet d'interprétation. À l'ère de la Charte canadienne, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada se construit à partir de différents discours argumentés sur les valeurs protégées par les droits et libertés. Bien sûr, l'approche empirique visant à recourir à la preuve de faits sociaux législatifs et celle qui se fonde plutôt sur une argumentation des valeurs constitutionnelles en jeu constituent des stratégies judiciaires et des explications de la construction du droit qui sont complémentaires. Cela dit, l'une de ces approches a-t-elle préséance sur l'autre en théorie comme en pratique?

Nous analysons cette question à la lumière d'un arrêt emblématique pour lequel le droit établi ne dictait pas clairement la réponse: *Carter c. Canada (PG)*³. À l'issue de cette affaire, les dispositions du *Code criminel*⁴ prohibant toute forme d'aide au suicide ont été déclarées inconstitutionnelles puisqu'elles portaient atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne contrairement à l'article 7 de la Charte canadienne⁵. La

¹ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, art. 7 [Charte canadienne].

² Voir «Hard Cases» dans Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London ; New York, Bloomsbury Academic, 2013, p. 105.

³ 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331 [*Carter*].

⁴ L.R.C. 1985, c. C-46 [*Code criminel*]. La Cour a déclaré inopérant l'alinéa 241(1)b) rendant coupable d'acte criminel quiconque aide ou encourage une personne à se donner la mort, que le suicide s'ensuive ou non, et l'article 14 prescrivait que « [n]ul n'a le droit de consentir à ce que la mort lui soit infligée ». La déclaration d'invalidité des dispositions en cause a d'abord été suspendue pendant 12 mois à compter du prononcé de l'arrêt, et ensuite pendant quatre mois supplémentaires.

⁵ La Cour a déclaré que les dispositions législatives en cause portaient atteinte aux trois valeurs protégées par l'article 7, à savoir le droit à la vie, la liberté et la sécurité de la personne (contrairement aux principes de justice fondamentale), et ce, de façon injustifiée au sens de l'article 1 de la Charte canadienne. Il était également allégué que ces dispositions du *Code criminel* portaient atteinte au droit à l'égalité garanti à l'article 15 de la Charte canadienne, mais la Cour ne s'est pas prononcée sur cette question.

Cour suprême révisait par cette occasion sa précédente décision rendue dans l'affaire *Rodriguez*⁶. Elle a conclu qu'une nouvelle question de droit se posait, la jurisprudence en vertu de l'article 7 ayant changé, et que l'existence d'une nouvelle preuve changeait radicalement la donne⁷. De fait, une preuve immense fut produite devant la juge de première instance : en tout, 36 cartables de documents, incluant 116 déclarations sous serment, et 18 des témoins ayant produit ces dernières furent contre-interrogés⁸. Tout aussi considérable était le poids des valeurs constitutionnelles en jeu. Il s'agissait de pondérer avec justesse l'autonomie personnelle, la protection contre la souffrance et l'égalité de valeur et dignité de toutes les vies humaines, incluant celle des personnes vulnérables.

Nous procéderons d'abord à un rappel de l'essentiel des fondements des deux approches « méthodologiques » précédemment identifiées, à savoir i) le recours à l'empirisme logique pour justifier l'évolution du droit par la preuve de faits sociaux et ii) la posture épistémologique herméneutique qui fonde le droit sur un discours argumenté de valeurs. Notre contribution « scientifique » s'illustre toutefois dans un deuxième temps. Nous effectuons une analyse approfondie de l'arrêt *Carter* afin d'évaluer en pratique laquelle des postures épistémologiques a véritablement raison de l'issue du litige dans un tel cas difficile. Notre démonstration s'appuiera sur une comparaison des motifs de la Cour suprême dans *Carter* avec ceux des juges dans le précédent arrêt *Rodriguez* ainsi qu'avec les motifs de jugements d'autres juridictions. Nous analyserons notamment l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*⁹ rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme, lequel a confirmé la compatibilité de l'interdiction britannique absolue d'aide au suicide avec la Convention européenne¹⁰. Par cette comparaison, notre objectif n'est pas de démontrer que l'une ou l'autre des conclusions des arrêts étudiés

⁶ *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519 [*Rodriguez*].

⁷ *Carter*, par. 44 : « Les juridictions inférieures peuvent réexaminer les précédents de tribunaux supérieurs dans deux situations : (1) lorsqu'une nouvelle question juridique se pose ; et (2) lorsqu'une modification de la situation ou de la preuve "change radicalement la donne" (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 42). »

⁸ *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2012 BCSC 886 [*Carter BCSC*].

⁹ n° 2346/02, CEDH 2002-III [*Pretty*].

¹⁰ *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales telle qu'amendée par les Protocoles n° 11 et n° 14*, 4 novembre 1950, S.T.E. n° 5 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953) [Convention européenne].

est meilleure que l'autre¹¹. Nous souhaitons plutôt remettre en question le nouveau postulat à la mode selon lequel ce serait purement les « faits sociaux » et la preuve « scientifique » de ces faits empiriques qui aurait raison des choix des tribunaux. Nous démontrons qu'en définitive, que nous soyons en accord avec celui-ci ou non, c'est plutôt le discours judiciaire argumentant en faveur de différentes interprétations des valeurs constitutionnelles en jeu qui a le dernier mot.

I. L'adjudication des droits constitutionnels dans les cas difficiles : questions de faits et de valeurs

En matière d'adjudication des droits par les tribunaux, les cas dits « difficiles » (*hard cases*) sont ceux pour lesquels le droit ne dicte pas de réponse claire. Pour le praticien du droit, s'arrêter à cette simple définition du cas *difficile* peut faire sourire. En effet, bien rares sont les litiges devant les tribunaux pour lesquels l'issue est claire, pour lesquels l'interprétation du droit ne fait aucun doute. N'est-ce pas là d'ailleurs pourquoi il faille en débattre devant un tribunal ?

Il est donc sans doute plus clair de dire que plus un cas est difficile, plus les stratégies déployées pour *convaincre*, s'agissant des praticiens, et pour *décider* et *justifier*, s'agissant des juges, s'écarteront du droit établi. En droit constitutionnel, il pourrait s'agir par exemple de déterminer si une mesure législative encadrant l'accès à l'aide médicale à mourir porte atteinte de manière injustifiée aux droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, et ce, contrairement aux principes de justice fondamentale¹², ou encore au droit à l'égalité¹³. À ce type de question, le droit ne fournit manifestement pas de réponse claire¹⁴.

¹¹ Nous avons démontré ailleurs que l'arrêt *Carter*, lequel a déclaré inconstitutionnelle la criminalisation de toute forme d'aide au suicide, respecte le concept juridique et éthique d'autonomie correctement compris, ainsi que le droit et la valeur constitutionnelle de la vie. Voir Karine MILLAIRE, « Le concept d'autonomie dans l'arrêt *Carter c. Canada* : Au-delà du libre-choix », (2017) 63-2 *McGill L.G.* 283.

¹² Voir l'article 7 de la Charte canadienne.

¹³ Voir l'article 15 de la Charte canadienne.

¹⁴ Le 11 septembre 2019, la Cour supérieure du Québec a déclaré inconstitutionnelles les dispositions de la *Loi sur les soins de fin de vie*, RLRQ, c. S-32.0001 et du *Code criminel* prévoyant que pour être admissible à une aide médicale à mourir, une personne doit être en « fin de vie » ou avoir une « mort naturelle raisonnablement prévisible ». La Cour a suspendu sa déclaration d'invalidité pour une période de six mois : *Truchon c. Procureur*

À partir de là, nous pouvons nous questionner sur la manière d'identifier quelle est la *bonne* réponse à la question posée. Le philosophe du droit se demandera si c'est le droit positif qui pourra trancher la question. Selon le concept de droit de H.L.A. Hart par exemple, le droit est généralement séparé de la morale. La résolution d'un problème juridique résiderait dans l'identification de la *règle primaire* applicable, c'est-à-dire la règle permettant de trancher spécifiquement le cas visé. Un deuxième ensemble de règles, les *règles secondaires*, permettent notamment de modifier ou créer de nouvelles règles de droit lorsque nécessaire. Parmi ces dernières, la *règle ultime de reconnaissance* permettrait d'identifier les critères de validité de la création d'une nouvelle règle. L'ultime règle de reconnaissance est une *pratique sociale d'acceptation*¹⁵.

Une théorie interprétativiste du droit, comme celle de Ronald Dworkin, reconnaît de manière transparente d'entrée de jeu qu'il n'y a pas de distinction nette entre droit et morale. Le supposé droit positif ne peut rendre compte du processus véritable menant à identifier la (bonne) réponse à une problématique juridique. En pratique, le droit est continuellement matière à interprétation. Le droit se construit de manière continue à partir d'un discours de valeurs et principes guidant juges et juristes dans l'argumentation et l'interprétation cohérente du droit, en particulier dans les cas les plus difficiles¹⁶.

Les praticiens du droit ne se poseront généralement pas ces questions de la même manière. Ils se demanderont tout simplement quelle est la meilleure stratégie à adopter pour faire valoir leur position, à la fois du point de vue des faits et du droit. Cela dit, toutes ces questions ne sont évidemment pas étrangères les unes aux autres.

C'est dans cette perspective que nous nous pencherons sur les principaux types de stratégies déployées en théorie comme en pratique en matière

général du Canada, 2019 QCCS 3792. Les gouvernements du Québec et du Canada ont annoncé qu'ils ne porteraient pas en appel ce jugement et qu'ils engageraient des processus parlementaires de révision de leurs lois respectives (à jour en date du 14 octobre 2019). Plusieurs autres questions demeurent d'ailleurs en suspens quant à la compatibilité entre les législations encadrant l'aide à mourir et les droits et libertés protégés par la Charte canadienne. Voir notamment K. MILLAIRE, préc., note 11, 286.

¹⁵ Voir généralement H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 3^e éd., Clarendon Law Series, Oxford University Press, 2012.

¹⁶ Voir particulièrement "Hard Cases" dans R. DWORKIN, préc., note 2.

d'adjudication des droits constitutionnels. Nous traiterons d'abord de la tendance contemporaine à recourir aux faits sociaux à titre de *preuves* empiriques permettant de reconnaître le droit et la réponse indiquée, en particulier dans les litiges en matière de droits et libertés de la personne. Nous aborderons dans un second temps la méthode plus proprement juridique de nature herméneutique, laquelle exige dans les cas difficiles à proposer une *interprétation* du droit fondée sur un discours argumenté et cohérent des valeurs constitutionnelles en jeu, conformément à la règle de droit.

A. Les faits sociaux comme « preuve » des droits

Les faits sociaux entrent particulièrement en jeu dans le cadre du processus d'adjudication des droits et libertés constitutionnels protégés par la Charte canadienne. La présente section a pour objet de rappeler de quelle manière cette affirmation est vraie. Nous exposerons dans un premier temps la spécificité des faits sociaux par rapport aux autres types de faits mis en preuve à l'occasion d'un litige. Nous présenterons ensuite un survol de l'argumentaire selon lequel ces faits sociaux peuvent constituer la base de l'adjudication des droits et libertés. Autrement dit, nous exposerons comment les faits sociaux sont présentés comme une *preuve* des droits et libertés dont l'existence scientifique est débattue devant le tribunal lors d'un litige *constitutionnel* (et non scientifique).

Contrairement aux faits propres au litige d'espèce (aussi connus sous la désignation « *adjudicative facts* »), les faits sociaux ou législatifs (« *legislative facts* ») font plus largement état de phénomènes de société généraux. Présentés par des experts en divers domaines des sciences sociales et humaines, ils sont retenus comme *preuves* de réalités sociales, politiques ou économiques. Il s'agit donc du même type de faits que ceux sur lesquels les parlements se fondent afin d'effectuer des choix en matière de politiques sociales et pour traduire ensuite ceux-ci dans la législation¹⁷.

¹⁷ Voir Jodi LAZARE, "Judging the social science in *Carter v Canada*", (2016) 10-1 *McGill Journal of Law and Health* S35, S42, référant à John HAGAN, "Can Social Science Save Us? The Problems and Prospects of Social Science Evidence in Constitutional Litigation" dans Robert SHARPE (dir.), *Charter Litigation*, Toronto, Butterworths, 1987, p. 213. Danielle Pinard identifie l'origine de la distinction originale entre les faits législatifs et les autres faits mis en preuve dans les travaux de Kenneth Culp Davis. Voir Danielle PINARD, « La promesse brisée de *Oakes* » dans Luc B. TREMBLAY et Grégoire C.N.

Depuis l'avènement de la Charte canadienne, les faits sociaux jouent un rôle accru dans le cadre de l'analyse en vertu de l'article 1 permettant de déterminer si une *limite* à un droit fondamental peut être *justifiée* dans le cadre de notre société libre et démocratique¹⁸. Selon la Cour suprême, une telle limite est justifiée si elle résulte d'une mesure législative dont l'objet est urgent et réel et que les moyens choisis pour y parvenir sont proportionnels à cet objet. La proportionnalité entre l'objectif poursuivi par le législateur et les moyens retenus est atteinte si i) ces moyens ont un *lien rationnel* avec l'objectif législatif, c'est-à-dire s'ils sont légitimes; ii) la mesure législative porte le moins possible atteinte au droit limité et iii) il y a proportionnalité au sens strict entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la loi¹⁹. Puisque ce sont bien des phénomènes de société qui sont au cœur d'une telle analyse, les moyens pour les tribunaux de parvenir à *connaître* les faits sociaux liés à ces phénomènes sont particulièrement déterminants. Cette connaissance est liée essentiellement à la preuve effectuée et retenue, laquelle provient généralement d'expertises diverses en sciences sociales²⁰.

En outre, la jurisprudence de la Cour suprême sur l'article 7 de la Charte canadienne protégeant les droits à la vie, la liberté et la sécurité de la personne, lequel article est en cause dans l'arrêt *Carter* que nous analyserons en deuxième partie du présent texte, met particulièrement en lumière le rôle déterminant des faits sociaux. Pensons aussi à l'arrêt *Chaoulli*²¹, où il fut question d'évaluer le lien entre l'interdiction de souscrire à une assurance privée et l'objectif législatif de protéger l'intégrité d'un système de soins de santé universel. S'agissant plutôt de déterminer quand les droits à

WEBBER (dir.), *La limitation des droits de la Charte: Essais critiques sur l'arrêt R c Oakes*, Montréal, Thémis, 2009, p. 131, aux p. 136-137, et Kenneth CULP DAVIS, "An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process", (1942) 55-3 *Harvard LRev* 364.

¹⁸ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Voir également *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567.

¹⁹ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

²⁰ Danielle Pinard démontre que les moyens traditionnels de preuve ne sont pas les seuls moyens qui ont été utilisés par les tribunaux afin de parvenir à *connaître* les différents faits sociaux jugés pertinents à leurs analyses et conclusions. Elle souligne à ce titre le recours à la connaissance d'office, la valeur de précédent reconnue quant à des conclusions factuelles et le recours exprès au sens commun: D. PINARD, préc., note 17, 139-147.

²¹ *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791 [*Chaoulli*].

la vie, la liberté et la sécurité entrent en jeu, la preuve de faits sociaux a été utilisée pour évaluer les effets de refuser l'accès à un centre d'injection supervisée dans l'arrêt *PHS*²², ou encore, dans l'arrêt *Bedford*²³, de criminaliser le fait de tenir une maison de débauche, de vivre des produits de la prostitution d'autrui ou de communiquer avec quelqu'un en public en vue d'un acte de prostitution²⁴.

De surcroît, depuis l'arrêt *Bedford*, la preuve des faits sociaux fait l'objet de la norme générale de révision en appel précisée par l'arrêt *Housen*²⁵, à savoir l'erreur manifeste et dominante. Autrement dit, une preuve de faits sociaux, politiques ou économiques, c'est-à-dire de faits *législatifs*, est considérée sous l'angle de la *certitude* et de la justesse, de la même manière que la preuve de n'importe quel fait. Ce choix de la Cour suprême de traiter indistinctement la preuve de tous les types de « faits » avec déférence a mené certains observateurs à conclure à une « nouvelle génération » jurisprudentielle. De fait, les défis découlant de l'impératif de poser un jugement en matière de sciences sociales mettent un poids supplémentaire sur les épaules des juges de première instance²⁶.

Notre propos visant plus particulièrement à identifier les stratégies utilisées par les acteurs du droit en contexte d'adjudication des droits constitutionnels, nous établissons un lien entre cette *technique* d'utilisation des faits sociaux et le courant méthodologique tentant de rapprocher le positivisme scientifique de la discipline juridique. Cette approche, qui lie ensemble positivisme scientifique et positivisme juridique, tout en mettant à l'écart, du moins en bonne partie, les liens qui unissent droit et morale, peut être qualifiée de modèle méthodologique fondé sur l'*empirisme logique*. Il s'agit d'un modèle qui se distingue de l'approche se réclamant plutôt de l'*herméneutique*²⁷.

²² *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134 [PHS].

²³ *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101 [Bedford]. Voir également Peter W. HOGG, «The Brilliant Career of Section 7 of the Charter», (2012) 58 *SCLR* (2^e) 195.

²⁴ Dans un contexte où offrir ses services sexuels contre de l'argent n'est pas un crime.

²⁵ *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

²⁶ En outre, Jodi Lazare utilise l'expression «a new generation of Canadian adjudication». Voir J. LAZARE, préc., note 17, S41.

²⁷ Pour une analyse claire de ces deux modèles dits *méthodologiques* et de leurs contributions respectives à la recherches juridique, voir Michelle CUMYN et Mélanie SAMSON,

En quelques mots, le positivisme scientifique est une méthode générale d'accès à la connaissance et qui exige que cette dernière se fonde sur une observation objective du réel. Cela implique que le *réel* auquel on souhaite accéder, c'est-à-dire la connaissance *scientifique*, soit appréhendé en recueillant des données brutes. Ces données du réel doivent communiquer des informations ne contenant clairement aucune interprétation, aucun jugement. Ce n'est qu'alors qu'il sera vrai d'affirmer que la validité de ces données ne peut être remise en question. À partir de ces données objectivement incontestables, un protocole d'expérimentation peut être mis en place pour étudier indirectement un phénomène scientifique ou encore découvrir et vérifier l'existence de corrélations entre des phénomènes. C'est l'analyse logique formelle, ultimement mathématique, des données recueillies dans un tel cadre expérimental qui mène à la connaissance objective, et donc *certaine*, du réel²⁸.

Les professeures Michelle Cumyn et Mélanie Samson expliquent que certains juristes, allant jusqu'à éprouver un « complexe d'infériorité » méthodologique, ont cru devoir travailler à rendre leur méthode plus *scientifique*²⁹. C'est dans cette optique que le droit positif s'est développé. Les règles juridiques y sont présentées comme des *données* dont la validité ne dépend pas de l'interprétation à proprement parler, mais plutôt d'une démarche méthodologique objective. Il en est ainsi par exemple de la distinction entre règles primaires et secondaires ainsi que de la *règle de reconnaissance* de H.L.A. Hart ou encore de la théorie pure du droit, de la pyramide des normes et de la *Grundnorm* de Hans Kelsen. La règle du précédent en common law ainsi que la théorie des sources dans la tradition civiliste sont également inspirées d'une méthode visant à identifier le droit positif là où il se trouve et peut être *découvert*³⁰.

Au-delà de l'influence du modèle scientifique sur l'appréhension de « données juridiques » existant dans le réel, l'influence du modèle empirique

« La méthodologie juridique en quête d'identité », dans Georges AZZARIA (dir.), *Les cadres méthodologiques et le droit*, Actes de la 2^e Journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 57, aux p. 59 à 75.

²⁸ *Id.*, aux p. 62 et 63.

²⁹ *Id.*, à la p. 64. Les auteures se réfèrent ici particulièrement à l'opinion de Norberto BOBBIO, "The Science of Law and the Analysis of Language" dans Anna PINTORE et Mario JORI (dir.), *Law and Language. The Italian Analytical School*, Liverpool, Deborah Charles, 1997.

³⁰ *Id.*

est essentiellement visible par le recours à l'expertise scientifique pour prouver certains faits devant être établis dans le cadre d'une demande en justice, comme discuté précédemment. S'il est clair que l'influence des faits sociaux est donc importante, dans quelle mesure faut-il toutefois s'en réjouir ou y porter un regard critique?

Les bénéfices de la prise en compte de faits concrets pour guider les décisions judiciaires est indéniable. La stratégie du modèle empirique pourra être invoquée pour accroître ou améliorer les protections de la Charte canadienne, par exemple dans l'objectif fort louable d'atteindre un exercice plus équitable de l'adjudication des droits tenant compte du contexte socio-économique³¹.

Cela dit, d'autres observateurs pourront noter que les tribunaux ne sont pas forcément le meilleur forum pour débattre de la véracité de questions scientifiques et qu'il n'est même pas toujours certain que les données produites par les sciences sociales procurent vraiment toutes les réponses dont le droit constitutionnel a besoin³². En outre, le droit a de multiples fonctions qui ne sont pas toujours rationnelles et peuvent être symboliques³³, ce qui nous apparaît particulièrement vrai en matière de droits et libertés de la personne et de dignité humaine.

À tout événement, notre précédente analyse démontre qu'il existe bien des arguments importants permettant d'affirmer que les faits sociaux sont utilisés comme fondement ou *preuve* des droits constitutionnels. L'influence du modèle empirique-logique est d'autant plus notable depuis le tournant adopté par la Cour suprême dans l'arrêt *Bedford*. Les données fournies par les faits sociaux sont tenues pour *vraies* au point où la norme de révision en appel sera la même que celle employée pour tout autre fait. Ces *vérités empiriques* constatées par le tribunal de première instance pourront

³¹ Voir Marie-Ève SYLVESTRE, "The redistributive potential of section 7 of the Charter: incorporating socio-economic context in criminal law and in the adjudication of rights", (2011) 42-3 *Ott. L. R.* 389. Sur le statut des droits socioéconomiques au Canada et pour une revue de récents litiges en la matière, voir également Martha JACKMAN et Bruce PORTER, "Social and Economic Rights", dans Peter OLIVER, Patrick MACKLEM et Nathalie DES ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, Oxford University Press, 2017.

³² Voir par exemple D. PINARD, préc., note 17.

³³ Voir Pierre NOREAU, « Et le droit, à quoi sert-il? Étude des usages étatiques et des fonctions du droit contemporain », dans Pierre NOREAU (dir.), *Le droit à tout faire: exploration des fonctions contemporaines du droit*, Montréal, Thémis, 2008, p. 205.

également faire échec à la règle du *stare decisis* lorsque de nouvelles données sociales, politiques ou économique changent radicalement la donne³⁴. Il demeurera à évaluer en pratique dans quelle mesure cette stratégie empirico-logique aura véritablement raison de l'issue d'un litige comme celui de l'affaire *Carter*.

B. La construction du droit par le discours des valeurs

La question du poids de la preuve au sein d'un litige constitutionnel, et de celui de la preuve de faits sociaux en particulier, est évidemment une question qui se pose différemment de celle du rôle de l'argumentation juridique déployée afin de mobiliser l'interprétation du droit dans un sens ou dans un autre. Ce sur quoi nous souhaitons plutôt insister ici, c'est la manière dont cette mobilisation de l'interprétation s'effectue dans notre système juridique, laquelle question est par nature liée au fondement même du droit. Nous faisons ici référence à la nature fondamentalement *herméneutique* du droit saisi du point de vue interne, c'est-à-dire du point de vue de la pratique juridique. C'est en raison de cette nature particulière du droit que celui-ci peut être qualifié d'*objet d'interprétation*³⁵. C'est dans ce contexte interprétatif qu'il peut être affirmé que le droit se construit par un discours argumenté de valeurs, ce qui est particulièrement observable en matière d'adjudication des droits et libertés énoncés dans la Charte canadienne³⁶. Or, cette caractéristique essentielle du droit est liée aux questions fondamentales que sont celles de la validité du droit, de sa définition et du rôle de la morale à l'égard du droit, c'est-à-dire le rôle de la morale quant à l'explication du droit et de son existence même.

Reconnaître que le droit est herméneutique, c'est rejeter l'idée qu'il existe une telle chose juridique *posée* à la manière du droit positif. Les travaux de Hans Kelsen demeurent emblématiques à cet égard³⁷. Une théorie

³⁴ *Carter*, par. 44.

³⁵ Voir Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986. Sur l'herméneutique, voire également Hans-George GADAMER, *Vérité et méthode: les grandes lignes d'une herméneutique scientifique*, Paris, Seuil, 1996.

³⁶ Parmi ceux ayant également noté ce phénomène, voir notamment Mark ANTAKI, "The Turn to Values in Canadian Constitutional Law" dans L. B. TREMBLAY et G. C.N. WEBBER (dir.), préc., note 17, à la p. 155.

³⁷ Pour un résumé des concepts pertinents au présent contexte, voir Hans KELSEN, « La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit », (1934) 41-2 *Revue de Métaphysique et de Morale* 183.

pure du droit positif en est une qui crée une séparation étanche entre le droit et la morale. Le droit dit positif peut ainsi avoir n'importe quel contenu. Il peut être argumenté que ce choix épistémologique est stratégique pour critiquer de l'extérieur le contenu d'un droit, par exemple injuste ou immoral. Nous rappellerons toutefois ci-après que cet argument ne peut suffire à justifier la posture du droit positif, ce d'autant plus à l'ère du pluralisme normatif et de l'observation et la revendication croissantes de la construction du droit par ses acteurs³⁸. Cela dit, la conception du droit comme herméneutique rejette tout autant les écoles du droit naturel qui s'opposent ou complètent de différentes manières un concept de droit autrement *purement* positif³⁹.

De manière plus fondamentale, c'est que l'herméneutique se distingue, dans sa *méthode*, des modèles dits « méthodologiques » fondés sur l'empirisme logique, lesquels sont liés au positivisme scientifique⁴⁰. Charles Taylor explique que l'herméneutique en tant que pratique d'interprétation est inévitable en matière de sciences humaines. Elle consiste à analyser un objet d'interprétation, généralement textuel, afin de le rendre clair, de lui donner sens à la lumière de l'ensemble du contexte dans lequel il s'inscrit. L'objectif de l'exercice herméneutique est alors de clarifier ce qui ne l'était pas complètement auparavant, le tout avec l'objectif clé de la *cohérence*⁴¹.

Cette recherche de cohérence est fondamentale à l'herméneutique et la distingue précisément du *pragmatisme* menant à rechercher la bonne réponse pour chaque cas d'espèce pris isolément, sans continuité avec le

³⁸ Sur le rôle des acteurs non étatiques dans la construction du droit, voir notamment P. NOREAU, préc., note 33. L'approche sociologique du professeur Noreau, focalisée sur le rôle des acteurs et des fonctions du droit saisies de leur point de vue, pourrait sembler contredire notre argumentation selon laquelle ce sont les valeurs qui conditionnent la normativité juridique. Or, notre analyse porte justement sur le rôle des acteurs, à savoir ceux intervenant au sein du système judiciaire, ainsi que sur les fonctions déterminantes des argumentaires déployés par chacun dans la construction du droit. Il s'agit donc d'approches complémentaires.

³⁹ Est bien connu le concept de droit positif au contenu minimal de droit naturel de H.L.A. Hart. Voir H.L.A. HART, préc., note 15. Voir également Joseph RAZ, *The Authority of Law: essays on Law and Morality*, 2e éd., Oxford; New York, Oxford University Press, 2009.

⁴⁰ Voir l'analyse de M. CUMYN et M. SAMSON, préc., note 27.

⁴¹ Charles TAYLOR. "Interpretation and the Sciences of Man", (1971) 25-1 *The Review of Metaphysics* 3, 3.

passé⁴². Le positivisme juridique comme l'herméneutique justifient des théories où le droit a une existence objective permettant en principe de résoudre des litiges en pratique. Ces deux approches épousent chacune à leur manière les idéaux de la primauté du droit. Elles postulent que les juges sont tenus d'appliquer les règles et normes juridiques respectant cette primauté du droit, ce qui n'exclut évidemment pas de prendre en compte le contexte factuel de chaque cas. À l'inverse, l'approche pragmatique ne reconnaît pas que le processus décisionnel puisse être guidé par la *raison*, c'est-à-dire que la raison puisse permettre de déduire la norme juridique applicable ou d'identifier un principe fondateur objectif guidant vers la bonne solution⁴³.

Trois conditions doivent être rencontrées pour qu'il soit véritablement question d'une discipline ou *science* herméneutique. Premièrement, il doit bien exister un objet qui, une fois situé dans l'ensemble de son contexte particulier, peut faire l'objet de différentes interprétations que l'on pourra qualifier de cohérentes ou non⁴⁴. Deuxièmement, il doit exister une distinction entre le sens à découvrir de l'objet d'interprétation et son support, soit le texte lui-même. Autrement dit, il doit exister une distinction entre la signification et l'expression⁴⁵. Troisièmement, cette distinction entre le sens de l'interprétation et l'objet à interpréter doit exister pour un *sujet* identifié. S'il en était autrement, le choix de principes menant à déterminer quel sens est véritablement cohérent eu égard au contexte serait arbitraire⁴⁶. Autrement dit, la signification d'une interprétation telle qu'elle est reçue et communiquée *pour* et *à* un sujet en particulier fait nécessairement partie du contexte interprétatif, du cercle herméneutique.

Dans le contexte de l'adjudication des droits et libertés par les tribunaux, l'approche herméneutique reconnaît que les *mots* de la Charte cana-

⁴² Il est à notre avis questionnable que l'on puisse véritablement parler de « bonne » réponse dans le cas du pragmatisme, puisqu'il n'y a pas de continuité dans les critères retenus afin de déterminer effectivement ce qui est une *bonne* réponse, une réponse qui serait autrement cohérente avec un ensemble de principes choisis.

⁴³ Sur le pragmatisme, voir R. DWORKIN, préc., note 35, p. 94 et 95 et Luc B. TREMBLAY, « Le positivisme juridique versus l'herméneutique juridique », (2012) 46 R.J.T. 249, 254-255.

⁴⁴ “[A]n object, or field of objects, about which we can speak in terms of coherence or its absence, of making sense or nonsense”, C. TAYLOR, préc., note 41.

⁴⁵ *Id.*, p. 4.

⁴⁶ *Id.*

dienne ne sont manifestement rien de plus que des invitations à interpréter avec cohérence et en contexte ce que signifie (et signifiera avec le temps), par exemple, la protection des droits à la *vie*, la *liberté* et la *sécurité* contre toute atteinte contraire aux *principes de justice fondamentale*, le droit à l'*égalité* ou encore les *principes de la société libre et démocratique* pouvant limiter ces droits⁴⁷. Pourquoi cette affirmation serait-elle vraie?

Prenons déjà en exemple certaines questions soulevées dans l'arrêt *Carter* ou qui pourront l'être dans le contexte de l'encadrement législatif de l'aide médicale à mourir. Pourquoi ne pourrions-nous pas arriver à *connaître* par des preuves scientifiques ce qui constitue une atteinte minimale au droit à l'autonomie dans le contexte d'une législation encadrant l'aide à mourir? Les sciences exactes ne peuvent-elles pas nous confirmer avec *certitude* qu'il n'existe pas de distinction nette entre une aide médicale à mourir et un traitement médical, ou l'arrêt d'un traitement, ayant pour effet de mettre fin à la vie d'une personne⁴⁸? Ne peuvent-elles pas nous *indiquer* ce que constitue véritablement un régime protégeant les personnes vulnérables et comment le mettre en place, le cas échéant⁴⁹? Vu l'importance cruciale de ces questions, il serait bien pratique de pouvoir y apporter des réponses certaines, d'être en mesure de rompre le cercle herméneutique.

Pourquoi les herméneutes auraient-ils alors raison de rappeler que de telles ambitions de certitude à l'égard de ce type de questions fondamentalement humaines est impossible? Puisque d'un point de vue phénoménologique, cerner le comportement humain, objet d'étude des sciences humaines, ne peut être dissocié de la démarche visant à en saisir la *signification*. Au-delà des considérations à proprement parler linguistiques, la « signification » dans ce contexte se caractérise par le sens d'une situation, d'une action *pour* un sujet en particulier. Il pourra s'agir d'une personne, d'un groupe de personnes, d'une communauté. Il ne s'agit pas d'identifier la signification hors contexte. De plus, il s'agit bien de la signification *de la situation, de l'action* dans le sens où l'une et l'autre sont différentes. La signification d'une situation n'est pas la situation elle-même, qu'on pourrait

⁴⁷ Nous faisons référence respectivement aux articles 7, 15 et 1 de la Charte canadienne. Pour une réflexion éthique sur la reconnaissance contemporaine des valeurs comme fondement véritable des droits auxquels réfèrent les « mots » de la Charte canadienne, voir M. ANTAKI, préc., note 36.

⁴⁸ Voir *Carter* BCSC, par. 1336.

⁴⁹ *Id.*, par. 847 et 854-883.

prétendre avoir métaphysiquement saisie. Enfin, une situation, une action ou un concept, par exemple, n'a de signification que pour un domaine donné et en relation avec les autres éléments de ce domaine. On ne peut déduire qu'un seul élément d'un domaine scientifique a une signification indépendante, souveraine, par rapport aux autres éléments du domaine. C'est pourquoi on ne pourrait bien entendu pas davantage conclure qu'un seul élément ayant une telle signification *incarnée* puisse avoir la même signification dans un autre contexte, dans un autre domaine scientifique. C'est ce que nous pouvons donc qualifier de *signification par l'expérience*⁵⁰.

L'expérience pratique du droit amène d'ailleurs à voir comment le modèle herméneutique décrit mieux que le modèle empirique ce que font les juges, juristes praticiens et théoriciens. Chacun joue un rôle menant à une interprétation continue⁵¹ du droit, laquelle est construite par la recherche de sens des mots et concepts du droit mis en contexte. À partir de là, il demeure qu'il faille mieux définir ce que l'on entend par *contexte d'interprétation* dans le domaine juridique.

Parmi les avenues permettant de parvenir à cet objectif, on pourra se référer aux théories interprétativistes de Ronald Dworkin⁵². L'essentiel de sa thèse du droit comme objet d'interprétation est bien connu. Le droit, saisi du point de vue *interne*, c'est-à-dire du point de vue des acteurs amenés à débattre de la véracité d'une proposition en particulier, est par nature sémantique. Il n'y a dans ce type de débat rien de substantivement différent du débat quant à la véracité d'une proposition en philosophie morale ou politique. Le droit n'est pas un pur fait historique, une résultante empirique de décisions antérieures, que celles-ci soient politiques ou judiciaires. Le droit demande continuellement à être compris *dans son contexte interprétatif*⁵³.

⁵⁰ Charles Taylor utilise l'expression « experiential meaning » pour ainsi qualifier ce concept de « signification » qui se distingue d'une analyse proprement linguistique: C. TAYLOR, préc., note 41, p. 12. Sur les caractéristiques de la « signification » dans le contexte du comportement humain et des sciences humaines, voir également les pages 10 et 11.

⁵¹ On suppose la continuité de ce discours juridique, sans quoi c'est la primauté du droit, voire l'existence du droit lui-même, qui pourrait s'en trouver affectée. Voir R. DWORKIN, préc., note 35, p. 95 et L.B. TREMBLAY, préc., note 45, 254.

⁵² Il ne s'agit pas ici de nous référer à l'ensemble de ses travaux avec approbation, mais bien aux seuls éléments suivants permettant d'éclairer notre propos.

⁵³ Voir en particulier «The Real Argument For Semantic Theories» dans R. DWORKIN, préc., note 35, p. 43 et 44.

La *vérité* quant à la supposée validité du droit n'est pas une question distincte de la *légitimité* du droit. Autrement dit, Dworkin rejette toute séparation étanche entre le droit et la morale. Le droit compris dans son contexte véritable d'élaboration, de construction, est affaire de principes partagés de morale politique et de valeurs, non uniquement de règles précises (pré)déterminées. Si Dworkin est donc réaliste quant à l'impossibilité de divorcer le droit et la morale, il ne rejoint pas les partisans du réalisme américain, pour qui les juges peuvent arriver à n'importe quelle conclusion selon leurs propres convictions morales et politiques. La recherche de cohérence, le respect de l'intégrité du droit comprenant des principes *partagés*, est fondamental pour assurer la légitimité de l'interprétation du droit par les juges. Ces principes sont ceux de notre communauté politique conceptualisée comme une *communauté de principes*⁵⁴. Ce que Dworkin appelle le principe d'intégrité (*integrity*) est ainsi cohérent avec le principe herméneutique général qui rend incontournable la recherche de signification pour un sujet donné, dans ce cas la communauté de la société libre et démocratique.

Dans le cadre du présent texte, nous nous intéressons en particulier aux cas où aucune règle ne permet de trancher ces principes ou lorsque deux règles apparaissent s'opposer. Dans ces cas difficiles (*hard cases*), le juge doit construire son interprétation et trouver la bonne réponse (*right answer*) en s'orientant à partir des principes de la communauté politique personnifiée⁵⁵. La mise en œuvre du droit comme intégrité assure le respect de la règle de droit lorsque s'effectue de manière continue l'interprétation du droit, ce à la manière symbolique dont on écrirait un roman à la chaîne. La recherche de cohérence, d'une interprétation qui fasse *sens* dans chaque cas, est ce qui doit, chaque fois, faire paraître le droit sous son meilleur jour⁵⁶.

Notre analyse de l'empirisme logique menant à chercher des *preuves* du droit ainsi que de l'herméneutique conceptualisant plutôt le droit comme un objet d'interprétation nous aura permis de constater le rôle certain de

⁵⁴ La communauté de principes constitue davantage qu'une simple communauté brute d'individus. Voir notamment *id.*, p. 203, 204 et 211.

⁵⁵ Voir "Hard Cases" dans R. DWORKIN, préc., note 2.

⁵⁶ Là réside le débat bien connu avec H.L.A. HART, qui soutenait plutôt que ce type de cas étaient réglés par l'identification d'une règle de reconnaissance sociologiquement (donc empiriquement) acceptée. Pour une analyse récente de ce débat, voir Nicos STRAVOPOULOS, "The Debate That Never Was", (2017) 130 *H. L. R.* 2082. Voir également Ronald DWORKIN, "Hart's Posthumous Reply", (2017) 130 *H. L. R.* 2096.

ces deux types d'argumentaires quant à l'adjudication des droits et libertés protégés par la Charte canadienne. La théorie nous aura toutefois démontré le poids prépondérant de l'approche herméneutique. Il demeure à vérifier si la théorie se vérifie en pratique.

II. L'exemple de l'arrêt *Carter c. Canada* : lorsque le discours des valeurs a le dernier mot

Dans cette seconde partie, nous proposons une analyse attentive des motifs de l'arrêt *Carter* afin d'identifier les raisons justifiant réellement l'issue du litige. Cet exercice a pour objectif d'évaluer les rôles respectifs des faits sociaux et du discours des valeurs. Nous souhaitons ainsi illustrer comment ces modèles méthodologiques, s'agissant du point de vue du chercheur, ou stratégiques, s'agissant plutôt du point de vue du praticien, interviennent et contribuent à la construction du droit.

Afin de réaliser notre analyse, nous avons effectué deux types de comparaisons. Nous avons d'abord comparé *Carter* avec le précédent arrêt *Rodriguez*, qui avait confirmé la constitutionnalité des mêmes dispositions de droit criminel en cause. Une telle comparaison met surtout l'accent sur l'évolution du contexte social canadien propre aux époques où les arrêts *Carter* et *Rodriguez* ont été rendus. Elle ne permet pas de considérer dans une perspective critique un large ensemble d'argumentaires fondés sur des principes et valeurs juridiques comparables en matière de protection des droits humains, pour ensuite déterminer le poids relatif de ceux-ci et de la preuve des faits sociaux quant à l'issue des litiges. Une analyse méthodologiquement rigoureuse nécessite donc de considérer des perspectives externes à celle du Canada. Nous avons ainsi comparé les motifs des juges canadiens ayant rendu l'arrêt *Carter* avec ceux de juges de juridictions étrangères placés devant des litiges comparables.

Nous avons surtout retenu l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* rendu en 2002 par la Cour européenne des droits de l'Homme.⁵⁷ Les arrêts *Carter* et *Pretty* soulèvent la question de la compatibilité de dispositions nationales de droit pénal respectivement canadiennes et britanniques, prohibant de manière absolue toute forme d'aide au suicide, avec les protections applicables de la Charte canadienne et de la Convention européenne. Contrairement à la

⁵⁷ Voir également *Nicklinson v United Kingdom* (2015) 61 EHRR SE7.

Cour suprême dans l'arrêt *Carter*, la Cour européenne a conclu à la conformité de l'interdiction législative de l'aide au suicide avec les protections nationales applicables en matière de droits et libertés. Nous avons également considéré d'autres jugements étrangers avec lesquels une comparaison est éclairante, dont l'arrêt *Seales*⁵⁸ rendu par la New Zealand High Court la même année que la Cour suprême a rendu l'arrêt *Carter*.

Notre analyse détaillée des motifs de ces affaires nous permettra de démontrer que si les faits sociaux ont eu une valeur certaine quant à l'issue de l'arrêt *Carter*, c'est bien le discours judiciaire argumenté quant aux valeurs constitutionnelles en jeu qui fonde les choix des juges.

A. La valeur certaine des faits sociaux

La valeur des arguments fondés sur les faits sociaux s'illustre aisément en comparant les contextes factuels des arrêts *Carter* et *Pretty*. Si les faits particuliers à ceux deux affaires (*adjudicative facts*) étaient similaires, les faits sociaux (*legislative facts*) apparaissent se distinguer dans les motifs de la Cour européenne et de la Cour suprême et appuyer les conclusions respectives des juges européens et canadiens.

Les requérantes à l'origine des affaires *Pretty* et *Carter*, respectivement M^{me} Diane Pretty et M^{me} Gloria Taylor, souffraient toutes deux de sclérose latérale amyotrophique (SLA), une maladie neurodégénérative fatale. M^{me} Pretty avait demandé au *Director of Public Prosecutions* une immunité de poursuite au bénéfice de son mari si celui-ci l'aidait à mourir. Sa maladie se trouvait au moment de sa demande à un stade si avancé que M^{me} Pretty n'aurait pas eu la capacité de s'enlever la vie elle-même, peinant grandement à s'exprimer et s'alimenter. Suivant le refus d'octroyer à l'avance l'immunité à son mari, M^{me} Pretty en demanda le contrôle juridictionnel en invoquant que la disposition législative prohibant toute aide à mourir était incompatible avec le droit à la vie⁵⁹, l'interdiction de torture⁶⁰, le droit au respect de la vie privée et familiale⁶¹, la liberté de pensée, de conscience et

⁵⁸ *Seales v Attorney-General* [2015] NZHC 1239 [*Seales*].

⁵⁹ Article 2 de la Convention européenne.

⁶⁰ Article 3 de la Convention européenne.

⁶¹ Article 8 de la Convention européenne.

de religion⁶², ainsi que l'interdiction de discrimination⁶³ garantis par la Convention européenne. La contestation fut rejetée par la Queen's Bench Divisional Court, la Chambre des lords et enfin la Cour européenne.

L'affaire *Carter* a plutôt pris naissance alors que M^{me} Taylor a appris qu'elle souffrait de la SLA. Contrairement à M^{me} Pretty, elle n'était pas alors dans l'impossibilité de se donner la mort elle-même sans assistance. Toutefois, elle souhaitait éviter de se trouver ultimement dans une situation où elle n'aurait plus cette capacité de mettre fin à ses jours et être alors « terrassée par la douleur »⁶⁴. De son point de vue, deux choix prévisibles s'offraient à elle : terminer sa vie de façon indigne et souffrante ou devoir mettre fin prématurément à ses jours. Se sont notamment joints à la demande Lee Carter et Hollis Johnson, qui avaient aidé la mère de M^{me} Carter à mourir en Suisse par le biais des services de la clinique Dignitas. La partie requérante dans l'affaire *Carter* invoquait que la prohibition d'aide à mourir portait atteinte aux droits à la vie, la liberté et la sécurité de la personne contrairement aux principes de justice fondamentale⁶⁵ ainsi qu'au droit à l'égalité⁶⁶ garantis par la Charte canadienne. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a accueilli le recours⁶⁷. La décision fut révisée par les juges majoritaires de la Cour d'appel, notamment au motif que le droit ne permettait pas de s'écarter du précédent de l'affaire *Rodriguez* rendu par la Cour suprême⁶⁸. La Cour suprême a enfin conclu à une violation injustifiée à la fois des droits à la vie, la liberté et la sécurité de la personne.

Le droit pénal applicable dans les affaires *Pretty* et *Carter* était similaire. Au Royaume-Uni comme au Canada, le suicide n'est plus un crime, mais toute forme d'aide au suicide était interdite au moment des litiges. Dans le cas canadien, l'article 14 du *Code criminel* prévoyait que « [n]ul ne peut consentir à ce que la mort lui soit infligée » et l'article 241(1)*b* prévoyait que constitue un crime le fait d'« aide[r] ou encourage[r] quelqu'un à se donner la mort, que le suicide s'ensuive ou non ». En droit anglais, la *Loi de 1961 sur le suicide* prévoit à son paragraphe 2(1) que constitue un

⁶² Article 9 de la Convention européenne.

⁶³ Article 14 de la Convention européenne.

⁶⁴ *Carter*, par. 11.

⁶⁵ Article 7 de la Charte canadienne.

⁶⁶ Article 15 de la Charte canadienne.

⁶⁷ *Carter* BCSC.

⁶⁸ *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2013 BCCA 435 [*Carter* BCCA].

crime le fait de « facilite[r], encourage[r], recommande[r] ou organise[r] le suicide ou une tentative de suicide d'un tiers »⁶⁹.

Nous ne pouvons bien entendu ignorer les distinctions liées aux contextes juridictionnels respectifs des affaires *Pretty* et *Carter*. Alors que la Cour suprême du Canada s'est prononcée sur la *constitutionnalité* de dispositions de droit interne canadien avec la Charte canadienne, la Cour européenne devait examiner la compatibilité du droit dans le contexte de droit international de la Convention européenne. La question de la déférence du pouvoir judiciaire à l'égard du pouvoir législatif se justifie donc doublement dans le cas du rôle particulier de la Cour européenne⁷⁰.

Les juges canadiens comme européens ont tenu compte de l'ensemble du contexte des données normatives issues des décisions judiciaires d'autres juridictions ainsi que du droit international. Ces données ont confirmé la position de la Cour européenne de deux manières. Premièrement, elle souligne la Recommandation 1418 (1999) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe qui demande de continuer d'interdire toute aide au suicide, même des « maladies incurables et des mourants », vu l'importance du droit à la vie⁷¹. La Cour européenne se fonde également sur l'arrêt *Rodriguez* de la Cour suprême du Canada ayant conclu que le législateur canadien pouvait interdire toute forme d'aide à mourir. Quant à la Cour suprême du Canada, celle-ci note d'une part que depuis qu'elle a rendu sa décision dans l'affaire *Rodriguez*, différentes législations dans le monde ont légalisé une forme d'aide au suicide⁷². D'autre part, elle note que « [l] aide médicale à mourir demeure néanmoins une infraction criminelle dans la

⁶⁹ Toutefois, toute poursuite en vertu de l'article 2 de la *Loi de 1961 sur le suicide* doit être intentée par le Director of Public Prosecutions ou avec son accord, ce dernier étant responsable d'élaborer une politique établissant des lignes directrices à cet égard. Par ailleurs, notons que bien que la Cour européenne ait reconnu que la souplesse de cette mesure contribuait au fait que la prohibition anglaise n'était pas arbitraire, nous ne considérons pas que cette distinction avec le droit canadien soit déterminante des issues distinctes des litiges. En effet, la Cour suprême n'a pas conclu dans l'arrêt *Carter* que la prohibition absolue était arbitraire, et ce, même si les juges ont retenu une interprétation restrictive de l'objet de la loi, comme discuté ci-après.

⁷⁰ *Carter*, par. 70.

⁷¹ *Id.*, par. 24 et 40.

⁷² *Id.*, par. 8: « Le portrait législatif en matière d'aide médicale à mourir a changé au cours des deux décennies qui ont suivi l'arrêt *Rodriguez*. En 1993, le juge Sopinka faisait remarquer qu'aucune autre démocratie occidentale n'autorisait expressément l'aide à mourir. Par contre, en 2010, une certaine forme d'aide à mourir était permise à huit

plupart des pays occidentaux, et plusieurs tribunaux ont confirmé la prohibition de cette aide à l'issue de contestations constitutionnelles ou relatives aux droits de la personne »⁷³.

Les juges canadiens comme européens ont examiné les démarches liées à la révision législative potentielle des interdictions d'aide au suicide⁷⁴. La Cour européenne a constaté que les analyses pertinentes de la Commission de révision du droit pénal ainsi que du Comité restreint d'éthique médicale de la Chambre des lords n'avaient pas recommandé la dépénalisation de l'aide au suicide. Elle a donc constaté qu'il n'y avait pas de consensus à cet égard.

Pour sa part, la Cour suprême du Canada a pris acte que six projets de loi visant à décriminaliser le suicide avaient été rejetés de 1991 à 2010 et que la majorité des membres ayant produit un rapport sur l'aide au suicide dans le cadre de travaux du Sénat réalisés en 1995 était du même avis. Toutefois, un rapport plus récent produit en 2011 par la Société royale du Canada préconisait de permettre l'aide à mourir dans certaines circonstances. Les juges canadiens devaient également composer avec le fait que le Québec avait déjà adopté sa propre loi en matière d'aide médicale à mourir en se fondant sur ses pouvoirs relevant de sa compétence en matière de santé, la *Loi concernant les soins de fin de vie*. Bien que cette loi ne fût pas encore en vigueur, elle était le fruit d'une large consultation publique ayant mené au dépôt d'un rapport en 2012 par une commission spéciale de l'Assemblée nationale du Québec⁷⁵.

endroits dans le monde : les Pays-Bas, la Belgique, le Luxembourg, la Suisse, l'Oregon, l'État de Washington, le Montana et la Colombie ».

⁷³ *Carter*, par. 9 : « [...] voir, p. ex., *Washington c. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997); *Vacco c. Quill*, 521 U.S. 793 (1997); *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CEDH 2002-III; *Fleming c. Ireland*, [2013] IESC 19. Dans un arrêt récent, les juges majoritaires de la Cour suprême du Royaume-Uni ont reconnu que la prohibition absolue de l'aide à mourir portait atteinte aux droits des demandeurs, mais ont jugé insuffisante la preuve concernant les garanties; la cour a conclu qu'il faudrait donner au Parlement l'occasion de débattre de la loi et de la modifier en fonction des avis provisoires de la cour (voir *R. (on the application of Nicklinson) c. Ministry of Justice*, [2014] UKSC 38, [2014] 3 All E.R. 843) ».

⁷⁴ Voir les paragraphes 19 à 23 de l'arrêt *Pretty* et les paragraphes 6 à 10 de l'arrêt *Carter*.

⁷⁵ QUÉBEC (Commission spéciale sur la question de mourir dans la dignité), « Mourir dans la dignité », rapport, mars 2012, Bibliothèque et archives nationales du Québec. Le rapport ainsi que les travaux de la Commission sont disponibles en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/csm/mandats/Mandat-12989/index.html>>.

Cela dit, l'arrêt *Carter* ne traite pas de la survenance de consultations publiques comparables à la démarche québécoise qui auraient été réalisées dans les autres provinces ou sur la scène nationale par le palier fédéral. La Cour a d'ailleurs conclu que « [d]ans l'arène publique, le débat reflète celui qui se poursuit au sein de la sphère législative » canadienne et que plusieurs enjeux cruciaux concernant l'aide au suicide sont la source de positions et de prétentions opposées⁷⁶.

Face à ces prétentions opposées en matière de politique sociale, le rôle des faits sociaux législatifs dont l'existence sera démontrée devant le tribunal s'illustre particulièrement. Une preuve fort volumineuse de tels faits législatifs fut présentée devant la juge de première instance dans l'affaire *Carter*. En tout, 57 experts ont participé à la preuve produite. Ceux-ci provenaient autant du Canada que des États-Unis, des Pays-Bas, de la Belgique, de la Suisse, du Royaume-Uni, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande. Certaines expertises portaient sur des sciences naturelles, notamment afin de démontrer l'état de santé de M^{me} Taylor. La plupart des expertises relevaient plutôt de sciences sociales comme la sociologie et la psychologie. D'autres expertises relevaient encore de la philosophie (incluant l'éthique et la bioéthique). Ces experts se sont prononcés sur de nombreuses questions complexes, incluant certains aspects éthiques liées à l'aide médicale à mourir, l'effectivité de mesures de sauvegarde contre les abus dans les juridictions permettant cette pratique, l'impact de la légalisation de l'aide médicale à mourir sur les soins palliatifs et la relation médecin-patient, ainsi que la faisabilité de la mise en place de mesures de sauvegarde suffisantes au Canada⁷⁷.

Certaines conclusions de la juge de première instance ont particulièrement influencé l'issue du litige, dont (i) l'absence de distinction nette, d'un point de vue éthique, entre l'aide médicale à mourir et d'autres formes de traitements mettant fin à la vie⁷⁸, (ii) le fait qu'il n'y ait pas de phénomène de « pente glissante » (*slippery slope*) dans les régimes étran-

⁷⁶ Nos soulignements. Voir *Carter*, par. 10.

⁷⁷ Pour une analyse de l'utilisation stratégique des faits législatifs effectuée dans l'arrêt *Carter*, voir Jocelyn DOWNIE, « Social sciences and Humanities Evidence in *Charter* litigation: Lessons from *Carter v Canada* » (2018) 22-3 *The International Journal of Evidence & Proof* 305.

⁷⁸ *Carter* BCSC, par. 1336: « [...] I found that the preponderant ethical opinion is that there is no bright-line ethical distinction, in an individual case, between physician-assisted dying and end-of-life practices such as withholding or withdrawing life-sustaining

gers permettant cette pratique⁷⁹ et (iii) la possibilité de mettre en place un régime d'aide médicale à mourir protégeant les « personnes vulnérables »⁸⁰.

Fait intéressant, dans l'arrêt *Seales* (rendu comme l'arrêt *Carter* en 2015), la New Zealand High Court a conclu dans un litige tout à fait similaire que l'opinion des philosophes et des éthiciens était partagée quant à l'existence même d'un concept de « suicide rationnel », au point où il n'était pas possible de conclure à un consensus scientifique⁸¹. S'agissant d'un « fait législatif » essentiel aux thèses militant pour l'ouverture légale à l'aide médicale à mourir, le processus permettant de *connaître* ces données scientifiques n'a donc pas mené au même résultat dans cette juridiction. Notre objectif n'est pas ici de soutenir que l'une ou l'autre des cours concernées dans les affaires *Seales* et *Carter* auraient dû en arriver à un autre résultat sur cette question. Nous soulignons plutôt l'incertitude de débattre de la *véracité* de tels faits législatifs « scientifiques » devant les tribunaux et de tenir ces « faits » pour avérés.

Revenant à notre objectif d'évaluer dans quelle mesure la preuve des faits sociaux a eu un impact quant aux issues divergentes des affaires *Carter* et *Pretty*, nous ne pouvons que constater l'ampleur de la preuve de faits généraux, c'est-à-dire non spécifiques au litige en cause, qui fut présentée dans l'arrêt *Carter*. Cela dit, il n'est pas certain que cela démontre l'influence

treatment or administering palliative sedation where the highly probable consequence is to hasten death” (nos soulignements).

⁷⁹ Voir *Carter* BCSC, par. 1241.

⁸⁰ *Carter* BCSC, par 847 et 883 : “I accept that elderly persons are vulnerable to abuse and that the assessment of voluntariness of elderly people must incorporate an understanding of that reality. As discussed earlier, however, there is no evidence that the elderly access physician-assisted dying in disproportionate numbers in permissive jurisdictions [...] “My review of the evidence in this section, and in the preceding section on the experience in permissive jurisdictions, leads me to conclude that the risks inherent in permitting physician-assisted death can be identified and very substantially minimized through a carefully-designed system imposing stringent limits that are scrupulously monitored and enforced” (Nos soulignements). Voir également la section « Addressing the Risks », par. 854-882.

⁸¹ *Seales*, par. 139 : “Some philosophers and ethicists also question the appropriateness of ordinary conceptions of suicide where a competent terminally ill patient obtains assistance to end his or her life from a medical practitioner. Supporters of Ms Seales’ case say that a rational, competent and terminally ill patient who ends his or her own life by taking a fatal drug is not in a substantially different position from a person who declines to receive life sustaining medical services. However, such views are not universally accepted. There are many who suggest there is no concept as “rational suicide””.

déterminante des faits sociaux. Par exemple, la conclusion fondamentale de la juge de première instance dans l'arrêt *Carter* voulant qu'il n'y a pas de distinction nette, d'un point de vue éthique, entre l'aide médicale à mourir et d'autres formes de traitements mettant fin à la vie, résulte de l'expertise d'un philosophe. Il n'y a pas de doute que cette conclusion fut déterminante, mais s'agit-il d'une question de fait purement empirique ou d'une question de philosophie morale, d'éthique... de valeurs?

B. Le poids déterminant de l'argumentation et des valeurs

Afin d'y voir plus clair, nous proposons une analyse comparée des discours argumentés élaborés dans les affaires *Carter* et *Pretty*. Un tel exercice postule donc que les argumentaires des juges européens et canadiens au soutien de leurs conclusions divergentes sont *comparables*. Nous soutenons que tel est effectivement le cas puisqu'indépendamment des *textes* juridiques en cause, à savoir les différentes dispositions de la Charte canadienne et de la Convention européenne, ce sont bien des discours argumentés sur les *mêmes valeurs* qui ont été élaborés par les deux cours.

En outre, bien que le droit à l'égalité fût invoqué dans les deux affaires, les juges canadiens ne se sont pas prononcés sur la question. De même, la liberté de croyance invoquée dans *Pretty* ne l'était pas dans *Carter*. À tout événement, les juges européens ont retenu que seul le droit à l'autonomie entrainait en jeu. Les juges canadiens ont au contraire conclu qu'il y avait à la fois une atteinte aux droits à la vie, à la liberté et à la sécurité qui était contraire aux articles 7 et 1 de la Charte canadienne.

Nous démontrerons que les arguments déterminants des juges de la Cour suprême et de la Cour européenne au soutien de leurs conclusions divergentes sont liés, dans le contexte particulier de ces litiges, aux mêmes valeurs protégées par différentes dispositions ou « droits » canadiens et européens. Nous comparerons plus particulièrement les discours sur les valeurs de la protection de la vie, la protection contre la souffrance, l'autonomie de la personne et la protection des personnes vulnérables.

La Charte canadienne protège le droit à la vie au chapitre des « Garanties juridiques » à son article 7, lequel prévoit que « [c]haque personne a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ». La Convention européenne garantit pour sa part à son paragraphe 2(1) ce qui

suit: « Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi. »⁸²

Les droits européen et canadien se distinguent en ce que la Charte canadienne protège ensemble les droits à la vie, la liberté et la sécurité de la personne contre toute atteinte contraire aux principes de justice fondamentale, alors que la Convention européenne prévoit une disposition distincte protégeant le droit à la vie. De plus, le droit à la vie est un droit auquel il n'est pas possible de déroger en vertu de la Convention européenne. En droit constitutionnel canadien, les droits garantis par l'article 7 peuvent être restreints « par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique » conformément à l'article 1. Cela dit, pour saisir la pleine mesure de ces distinctions entre les textes fondamentaux européen et canadien, encore faut-il définir ce qui entre dans la sphère même de protection juridique du droit à la vie protégé par chacun des textes fondamentaux.

Dans les arrêts *Pretty* comme *Carter*, les parties requérantes ont invoqué un argument selon lequel le droit à la vie inclurait dans sa sphère de protection un droit à la mort, formulé comme un *droit de mourir dans la dignité* ou comme l'inclusion à même le droit à la vie d'une possibilité d'autodétermination quant au choix de vivre ou de mourir⁸³. La Cour suprême du Canada et la Cour européenne ont rejeté ces prétentions. Toutefois, les motifs fournis par les juges diffèrent légèrement. S'appuyant sur ses analyses précédentes dans les affaires *Chaoulli* et *PHS*, la Cour suprême a statué que le droit à la vie n'entre en jeu que par le « danger de mort », c'est-à-dire « lorsqu'une mesure ou une loi prise par l'État a directement ou indirectement pour effet d'imposer la mort à une personne ou d'exposer à un risque accru de mort »⁸⁴. Les juges ont toutefois relativisé leur conclusion en pré-

⁸² Le paragraphe 2(2) de la Convention européenne prévoit les seules exceptions circonscrites à ce droit, à savoir lorsque la mort résulte « d'un recours à la force rendu absolument nécessaire: (a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale; (b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue; (c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection ».

⁸³ *Carter*, par. 59; *Pretty*, par 35.

⁸⁴ *Carter*, par. 62.

cisant ne pas être d'avis que « la formulation existentielle du droit à la vie exige une prohibition absolue de l'aide à mourir, ou que les personnes ne peuvent “renoncer” à leur droit à la vie »⁸⁵. Les juges européens ont pour leur part clairement affirmé que la jurisprudence de la Cour européenne « accorde la prééminence à l'article 2 » protégeant le droit à la vie et qu'il peut d'ailleurs en résulter « une obligation positive [...] de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée »⁸⁶, que ce soit par autrui comme par son propre fait personnel. Il existe par exemple une obligation positive de protéger la vie d'un prisonnier qui souhaiterait mettre fin à ses jours⁸⁷. Si les juges canadiens et européens ont donc reconnu que le droit à la vie ne comprend pas en lui-même un droit à la destruction de cette même vie, les derniers ont plus clairement « mis l'accent sur l'obligation pour l'État de protéger la vie »⁸⁸.

Selon la Cour suprême, bien que l'article 7 « émane d'un profond respect pour la vie humaine », celui-ci « englobe aussi la vie, la liberté et la sécurité de la personne durant le passage à la mort »⁸⁹, d'où la conclusion qu'il « faut respecter le choix d'une personne quant à la fin de sa vie ». En comparaison, le contexte juridique selon lequel le droit à la vie est protégé dans la Convention européenne situe sa protection de façon indépendante aux garanties liées à l'autonomie ou la sécurité de la personne, quoique toutes les dispositions d'un même texte doivent tout de même être interprétées comme un *tout*.

Par ailleurs, il est vrai que le contexte factuel des litiges ainsi que les questions posées par les parties requérantes ont influencé l'analyse des juges quant au droit à la vie. Au moment de sa demande, M^{me} Pretty ne pouvait s'enlever la vie elle-même et requérait l'aide de son conjoint pour y parvenir. Celle-ci a soulevé le droit à la vie en invoquant uniquement l'argument selon lequel celui-ci inclurait dans sa sphère un pendant négatif, soit un droit à la mort. La position soutenue dans l'arrêt *Carter* allait plus loin. Lorsque M^{me} Taylor a d'abord invoqué l'inconstitutionnalité de la prohibition absolue de toute aide à mourir, celle-ci n'était pas encore dans l'impossibilité de s'enlever la vie si tel était son choix.

⁸⁵ *Id.*, par. 63.

⁸⁶ *Pretty*, par. 38 (nos soulignements).

⁸⁷ Les juges réfèrent notamment à *Keenan c. Royaume-Uni* no 27229/95 CEDH, 2001-III.

⁸⁸ *Pretty*, par. 39 (nos soulignements).

⁸⁹ *Carter*, par. 63.

L'argument invoqué par M^{me} Taylor et par la Cour suprême consiste à dire que priver une personne d'une aide médicale à mourir porte atteinte au droit à la vie, puisque des personnes peuvent choisir de s'enlever la vie prématurément alors qu'elles en ont encore la capacité. Le contexte du litige a donc mené les juges canadiens à se prononcer sur le lien entre le droit à la vie et la durée de la vie. Alors que la Cour suprême s'est gardée de se prononcer explicitement sur une dimension positive du droit à la vie comme l'ont fait les juges européens, affirmant même que l'objet de la prohibition légale ne pouvait avoir comme objet général de *préserver la vie*, elle a argumenté que c'est l'interdiction de toute aide à mourir qui peut porter atteinte au droit à la vie... l'aide à mourir permettant, peut-être paradoxalement, de préserver la vie plus longtemps.

Les requérantes dans les affaires *Carter* et *Pretty* ont particulièrement souligné les souffrances atroces auxquelles leur maladie les confrontait. Leur perte d'autonomie progressive les condamnait à terminer leur vie dans des conditions qu'elles jugeaient indignes. Les requérantes ont ainsi invoqué que l'interdiction d'aide au suicide portait atteinte au droit à la sécurité protégé à l'article 7 de la Charte canadienne, s'agissant de l'affaire *Carter*, et à l'article 3 de la Convention européenne protégeant contre les traitements dégradants⁹⁰ dans le cas de M^{me} *Pretty*⁹¹.

La Cour suprême du Canada a analysé d'un même souffle l'atteinte invoquée au droit à la sécurité et à la liberté entendu comme un droit à l'autonomie. Elle a conclu qu'une prohibition absolue d'aide à mourir fait « subir des souffrances intolérables » aux personnes comme M^{me} Taylor et porte donc atteinte à leur droit à la sécurité⁹². La Cour a conclu que le droit de prendre des décisions concernant son intégrité corporelle est protégé

⁹⁰ L'article 3 de la Convention européenne prévoit précisément ce qui suit : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des traitements inhumains ou dégradants ». Il s'agit d'un droit indérogeable.

⁹¹ Bien que la Charte canadienne protège également contre tous traitements cruels ou inusités à son article 12, cette disposition n'a pas été invoquée dans l'affaire *Carter*, alors qu'elle l'avait été dans *Rodriguez*. Comme nous le démontrerons ci-après, la distinction entre les droits généralement garantis aux articles 7 et 12 de la Charte canadienne n'est pas pertinente pour notre propos. Si c'est en théorie l'article 12 de la Charte canadienne qui est habituellement comparé à l'article 3 de la Convention européenne, la valeur de la protection de la souffrance humaine en cause dans les contextes particuliers aux affaires *Carter* et *Pretty* permet bien de mettre en parallèle les articles 3 de la Convention européenne et 7 de la Charte canadienne.

⁹² *Carter*, par. 66 (nos soulignements).

par la Charte canadienne et que les risques ou conséquences graves que peut entraîner la décision de la personne, y compris la mort, n'y font pas automatiquement échec⁹³.

Au contraire, la Cour européenne a conclu que l'article 3 de la Convention européenne n'entraîne pas en jeu. Il est vrai que le texte de l'article 3 ne lie pas, comme l'article 7 de la Charte canadienne, une protection touchant l'intégrité de la personne avec un droit à l'autonomie. Pourtant, il ne semble pas que cela ait été déterminant au soutien de la conclusion des juges européens voulant que la prohibition d'aide à mourir ne porte pas atteinte à l'article 3.

En outre, la Cour européenne a fondé son argumentaire sur le fait que la *source* de la souffrance de la patiente ne pouvait être attribuée à l'interdiction légale d'aide à mourir. Elle a souligné que « chacun reconnaît que l'État défendeur n'a pas, lui-même, infligé le moindre mauvais traitement »⁹⁴ à M^{me} Pretty. La Cour a rejeté une interprétation élargie selon laquelle l'État, même en prodiguant des traitements adéquats, se trouverait en défaut de façon inévitable en ne pouvant protéger la patiente des souffrances qui découleront naturellement de sa maladie si elle atteint son stade ultime.

Un tel argument avait déjà été rejeté par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Rodriguez*⁹⁵ et l'argumentaire nous apparaît cohérent avec les motifs de la Cour dans les affaires *Bedford* et *PHS*. Il ne s'agit donc pas là d'un élément qui nous permette véritablement d'expliquer pourquoi l'arrêt *Carter* est parvenu à une issue différente concernant la constitutionnalité de l'interdiction législative de l'aide au suicide. Tout au plus peut-on relever ici que ce ne sont pas l'évolution des faits sociaux mis en preuve qui justifient cet élément clé de l'argumentaire.

Le fait que la Cour suprême ait lié dans ses motifs le droit à la sécurité avec le droit à l'autonomie révèle toutefois davantage. Pour analyser la protection contre les traitements inhumains et la situer dans le contexte juridique interne à la Convention européenne, la Cour européenne a plutôt choisi de lire l'article 3 avec l'article 2 protégeant le droit à la vie :

⁹³ *Id.*, par. 67 (nos soulignements).

⁹⁴ *Pretty*, par. 53 (nos soulignements).

⁹⁵ *Rodriguez*, p. 584.

L'article 3 doit être interprété en harmonie avec l'article 2, qui lui a toujours jusqu'ici été associé comme reflétant des valeurs fondamentales respectées par les sociétés démocratiques. Ainsi qu'il a été souligné ci-dessus, l'article 2 de la Convention consacre d'abord et avant tout une prohibition du recours à la force ou de tout autre comportement susceptible de provoquer le décès d'un être humain, et il ne confère nullement à l'individu un droit à exiger de l'État qu'il permette ou facilite son décès.⁹⁶ (Nos soulignements)

Or, le contexte de la Convention européenne n'exigeait pas rationnellement que les juges analysent *davantage* la question liée à la protection contre la souffrance à la lumière du droit à la vie que les juges de la Cour suprême ne l'ont fait dans le cadre de leur analyse sur le droit à la sécurité. L'inverse est également vrai. Les droits à la sécurité et à la vie sont, au surplus, *directement* liés à même le texte de l'article 7 de la Charte canadienne.

Autrement dit, les juges canadiens ont choisi de lier tout particulièrement *sécurité et liberté* alors qu'ils auraient pu choisir, conformément à l'architecture interne de l'article 7, de lier plus directement *sécurité et vie*. De même, les juges européens ont choisi de lier *sécurité et vie* en analysant les articles 2 et 3 de la Convention européenne ensemble, alors qu'ils auraient pu interpréter l'article 3 en le rapprochant davantage de l'article 8 protégeant le droit à l'autonomie⁹⁷. Que l'article 3 de la Convention européenne ne puisse faire l'objet de dérogation n'est pas ici déterminant. L'interprétation des juges européens de l'article 3 est à tout événement cohérente avec leur analyse précédente accordant la « prééminence à l'article 2 »⁹⁸ protégeant le droit à la vie.

Or, ce choix des juges canadiens dans l'arrêt *Carter* n'est pas anodin. Rappelons que la Cour a invoqué deux motifs pour justifier qu'elle puisse réviser sa conclusion précédente rendue dans l'arrêt *Rodriguez*: i) l'existence d'une nouvelle question juridique, vu la modification des critères

⁹⁶ *Pretty*, par. 54

⁹⁷ Notons que depuis l'affaire *Pretty*, la Cour européenne s'est prononcée de nouveau sur l'autonomie de la personne et le droit à la vie dans les affaires : *Hass c. Suisse* (2011) 53 CEDH 33; *Koch c. Allemagne* (2012) 56 CEDH 6; *Gross c. Suisse* (2013) 58 CEDH 197; *Lambert et autres c. France*, (2015) CEDH no 46043/14. Cette évolution jurisprudentielle n'a pas de conséquences sur notre observation à l'effet que la Cour a choisi de lier particulièrement les valeurs de la sécurité et de la vie. Sans nier que ce choix ne peut être influencé par l'évolution du contexte social, il ne se fonde pas sur des « preuves » à cet effet, mais plutôt sur une analyse relevant de l'éthique et de la morale politique.

⁹⁸ *Pretty*, par. 38.

jurisprudentiels pour déterminer si une restriction à un droit garanti à l'article 7 de la Charte canadienne est conforme aux principes de justice fondamentale, et ii) l'évolution des faits sociaux mis en preuve changeant radicalement la donne⁹⁹. Il s'agit des deux motifs pouvant justifier, à la manière de la règle de reconnaissance de droit positif de Hart, un changement de règle spécifique conséquent. Sans surprise donc, nulle part n'est-il question dans les motifs de l'arrêt *Carter* d'un choix de modifier comment les trois valeurs protégées à l'article 7 peuvent être analysées *les unes par rapport aux autres*. Pourtant, il y a bien eu à notre avis un changement de discours de la Cour suprême entre *Rodriguez* et *Carter*.

Dans *Rodriguez*, le juge Sopinka était d'avis que même si la demande n'était fondée que sur les droits à la liberté et à la sécurité, contrairement à l'affaire *Carter*, « on ne peut dissocier ces intérêts du caractère sacré de la vie, qui est une des trois valeurs protégées par l'art 7 de la Charte »¹⁰⁰. Le juge poursuit également en argumentant qu'« aucune de ces valeurs ne l'emporte sur les autres »¹⁰¹. Ainsi, toutes les « valeurs en jeu »¹⁰² ont fait l'objet d'une analyse globale. Plus tard, la Cour affirmait dans l'arrêt *Bedford* que « [l]es droits garantis à l'art. 7 sont des intérêts indépendants auxquels la Cour doit respectivement donner un sens indépendant »¹⁰³. Dans l'arrêt *Carter*, les juges affirment plutôt que « [b]ien que la liberté et la sécurité de la personne constituent des intérêts distincts, elles peuvent être examinées ensemble »¹⁰⁴ dans le présent contexte. Aucun motif n'est donné pour justifier que seul le droit à la vie fasse l'objet d'une analyse séparée.

Nous réitérons que nous ne soutenons pas que l'une ou l'autre de ces différentes approches de la Cour suprême quant aux valeurs de la vie, la liberté et la sécurité de la personne en jeu dans *Carter* est meilleure qu'une autre. Nous mettons plutôt en lumière l'influence importante du discours des valeurs et le poids ainsi relativisé des règles formellement posées comme étant celles qui permettraient de *changer* le droit, de s'écarter de précédents comme celui de l'affaire *Rodriguez*.

⁹⁹ *Carter*, par. 44-48.

¹⁰⁰ *Rodriguez*, p 584.

¹⁰¹ *Id.* (nos soulignements).

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Bedford*, par. 45, citant *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 52.

¹⁰⁴ *Carter*, par. 64.

La portée du droit à l'autonomie, ou la *signification* de l'autonomie comme valeur constitutionnelle, est un élément clé des motifs de *Carter*. Ce droit garantit en vertu de l'article 7 de la Charte canadienne la possibilité de « faire des choix personnels fondamentaux »¹⁰⁵. La jurisprudence de la Cour européenne reconnaît pour sa part que l'article 8 de la Convention européenne protégeant le droit au respect de la vie privée et familiale¹⁰⁶ garantit « la faculté de chacun de mener sa vie comme il l'entend »¹⁰⁷. Dans *Pretty* comme dans *Carter*, les juges ont reconnu qu'une interdiction absolue d'aide au suicide met en jeu ou restreint ce droit à l'autonomie.

Dans ces affaires, les arguments similaires portant sur la qualité de vie ont été considérés sous le prisme de l'autonomie et non du droit à la vie. Selon les juges, le droit à la vie n'inclut pas celui à une certaine qualité de vie. En effet, le *choix personnel* quant aux « derniers instants de son existence »¹⁰⁸ et la possibilité que ce choix puisse être « compatible avec les valeurs [que les demanderesse] ont eues toute leur vie et qui reflète leur vécu »¹⁰⁹ est visé par le droit à l'autonomie en droit canadien et européen.

Ensuite, les analyses des juges ont porté sur la justification possible à la restriction au droit à l'autonomie. Dans l'affaire *Carter*, il s'agissait de déterminer si l'atteinte aux droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne était contraire aux principes de justice fondamentale et, le cas échéant, justifiée ou non en vertu de l'article 1 de la Charte canadienne. Dans l'affaire *Pretty*, il s'agissait de déterminer si l'ingérence à l'article 8 de la Convention européenne était conforme à une norme de justification similaire posée au paragraphe 8(2). Dans les deux cas, un élément crucial de cette analyse portant sur la justification de la restriction (ou ingérence)

¹⁰⁵ *Carter*, par 64, citant *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, par. 54. Voir également K. MILLAIRE, préc., note 11.

¹⁰⁶ L'article 8 de la Convention européenne prévoit ce qui suit : « (1) Toute personne a droit au respect de la vie privée et familiale [...] (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 libre et démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sécurité 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. »

¹⁰⁷ *Pretty*, par. 62.

¹⁰⁸ *Id.*, par. 64, référant à Lord Hope au paragraphe 100 de la décision de la Chambre des lords.

¹⁰⁹ *Carter*, par. 65, citant *Carter BCSC*, par. 1326.

consiste à identifier le *but* de la norme législative qui en est la source. Ce but doit être légitime. De plus, la restriction doit satisfaire à une norme de proportionnalité, c'est-à-dire que l'atteinte à l'autonomie doit être proportionnelle à l'objectif poursuivi pour se justifier dans une société libre et démocratique.

Dans l'arrêt *Pretty*, la Cour souligne que la prohibition absolue de la loi anglaise avait « le but légitime de préserver la vie, donc de protéger les droits d'autrui »¹¹⁰, de « préserver la vie en protégeant les personnes faibles et vulnérables »¹¹¹. Les juges ont souligné que « l'état des personnes souffrant d'une maladie en phase terminale varie [...] d'un cas à l'autre. Mais beaucoup de ces personnes sont vulnérables, et c'est la vulnérabilité de la catégorie qu'elles forment qui fournit la ratio legis de la disposition en cause »¹¹².

Dans l'arrêt *Carter*, les juges ont plutôt conclu que l'objet législatif était « d'empêcher que les personnes vulnérables soient incitées à se suicider dans un moment de faiblesse »¹¹³. Ils ont expressément rejeté « la préservation de la vie » plaidée par le Canada comme objectif législatif visé, soutenant que cela « risque[rait] de court-circuiter l'analyse. [Selon eux,] il devien[drait] difficile de dire que les moyens utilisés pour atteindre cet objet ont une portée excessive ou totalement disproportionnés »¹¹⁴. Les juges canadiens ont interprété l'objet allégué par le Procureur général du Canada de « protection de la vie » comme visant à « préserver la vie, peu importe les circonstances »¹¹⁵. Or, selon la Cour, il serait possible de distinguer la « catégorie » des personnes vulnérables.

La détermination du but de la loi canadienne est cruciale non seulement au chapitre du droit à l'autonomie, mais également pour déterminer si les restrictions aux droits à la vie, à la sécurité *et* à la liberté sont contraires aux principes de justice fondamentale et, le cas échéant, injustifiées en vertu de l'article 1. Or, ce « but » de la loi n'est pas identifié par des données empiriques, par des faits sociaux. Il doit être interprété de manière cohérente avec ce que Dworkin nomme la « communauté de principes »,

¹¹⁰ *Pretty*, par. 69 (nos soulignements).

¹¹¹ *Id.*, par. 74.

¹¹² *Id.* (nos soulignements).

¹¹³ *Carter*, par. 74.

¹¹⁴ *Id.*, par. 77 (nos soulignements).

¹¹⁵ *Id.*, par. 78 (nos soulignements).

laquelle réunit les valeurs et principes de notre société libre et démocratique. Ce sont alors les valeurs qui jouent le rôle de « faits »¹¹⁶.

Il est pertinent aux fins de notre analyse de considérer d'autres exemples d'argumentaires judiciaires retenus pour déterminer le but d'une interdiction législative d'aide à mourir.

Dans l'affaire plus récente *Conway*¹¹⁷ où la prohibition absolue d'aide au suicide britannique était de nouveau contestée, la prétention de la partie requérante que l'objet de la loi ne serait que de protéger les « personnes vulnérables » fut expressément rejetée. La Cour d'appel a confirmé que la prohibition légale avait trois objectifs : protéger les personnes vulnérables, renforcer la valeur morale du caractère sacré de la vie et promouvoir une meilleure relation de confiance entre médecins et patients¹¹⁸. Quant à la protection de la vie en particulier, le tribunal de première instance a opiné ce qui suit : « [Traduction] Plusieurs personnes considéreraient le caractère sacré de la vie comme étant au cœur de l'enjeu dans la présente affaire. Il apparaît incroyable d'écarter cet objectif à titre de considération pertinente. »¹¹⁹

Dans l'arrêt *Seales* dont il était question précédemment, la High Court of New Zealand a plutôt conclu, vu l'ensemble du contexte législatif dans lequel elle s'inscrivait, que la prohibition légale absolue d'aide au suicide avait deux objectifs : la protection absolue de la vie dans le cas des personnes

¹¹⁶ Voir "Truth in Morals" dans Ronald DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge (Mass.) ; London, The Belknap University Press, 2011, p. 23-39.

¹¹⁷ Voir l'affaire *Conway v The Secretary of State for Justice*, [2017] EWHC 2447 (Adm) [*Conway* DivC], confirmé par *R (on the application of Conway) v The Secretary of State for Justice and Ors*, [2018] EWCA Civ 1431 (27 juin 2018) [*Conway* CA] (permission d'appeler en Cour suprême refusée, *R (on the application of Conway) (Appellant) v Secretary of State for Justice (Respondent)*, [2018] UKSC B1, 27 novembre 2018).

¹¹⁸ *Conway* CA, par. 203 : "The Divisional Court concluded [...] (in [97]) that the prohibition serves to reinforce a moral view regarding the sanctity of life and serves to promote relations of full trust and confidence between doctors and their patients. They rejected the submission, on behalf of Mr Conway, that the proposed scheme would be adequate to address concerns regarding the protection of the weak and vulnerable, let alone the other legitimate aims of the blanket prohibition in section 2 of the 1961 Act." (nos soulèvements).

¹¹⁹ *Conway* DivC, par. 93 : « Many people would regard considerations of the sanctity of life as to be at the heart of the issue in this case. It seems unreal to discount this as a relevant consideration. » (nos soulèvements).

vulnérables et, considérant que le suicide n'est pas un crime, la protection, dans la mesure où cela est raisonnablement possible, des vies des personnes qui ne sont *pas* vulnérables¹²⁰. Cette conclusion apparaît en quelque sorte se situer à mi-chemin entre celle de la Cour suprême du Canada, d'une part, et celles de la Cour européenne et des tribunaux britanniques, d'autre part.

Ces comparaisons révèlent que les éléments clés justifiant la conclusion retenue dans l'arrêt *Carter*, dont la détermination de l'objet de la loi contesté, repose bien sur un discours argumenté de valeurs. Il n'existe aucune *preuve* de l'objet de la loi. Aucune donnée empirique, ou ayant une quelconque existence métaphysique, n'a fondé la décision des juges sur ce point. Aucune donnée d'une telle nature ne définit davantage ce que constitue une « personne vulnérable » pour la simple et bonne raison que la vulnérabilité humaine est d'abord une question éthique. De la même manière, nous avons vu que ce ne sont pas les faits sociaux ou législatifs qui *justifient* l'interprétation de la portée et de l'interaction entre les valeurs de la vie, la protection contre la souffrance et l'autonomie de la personne. Au final, et au-delà du langage judiciaire insistant sur le rôle de la preuve et du contexte social *démontré* par les faits législatifs, c'est bien ce discours de valeurs qui a le dernier mot.

*
* *

Avoir raison dans une société libre et démocratique

Notre objectif était de préciser clairement quels types d'arguments sont véritablement déterminants de l'issue des litiges en matière d'adjudication des droits constitutionnels dans les cas difficiles. Notre rappel théorique sur la question aura d'abord illustré pourquoi il est vrai d'affirmer que l'approche empirique-logique liée à la production de preuves de faits sociaux de nature législative joue un rôle important dans ces cas. Nous aurons également rappelé en quoi l'approche herméneutique sied davantage à la pratique juridique.

¹²⁰ *Seales*, par. 132. Notons toutefois que l'article 41 du *Crimes Act* de la Nouvelle-Zélande autorise l'usage d'une force raisonnable pour prévenir tout suicide : *Seales*, par. 120-123. Il y a là une distinction du texte du *Code criminel* canadien.

Ensuite, nous avons démontré en quoi la théorie tient la route en pratique avec l'exemple de l'arrêt *Carter*. Il est indéniable que les faits sociaux retenus en preuve ont guidé la Cour suprême, et ce, avec raison. Toutefois, sans nier le rôle des faits sociaux dans la construction des motifs argumentés des juges, la preuve empirique ne dictait par l'issue de cet arrêt. C'est plutôt certains choix spécifiques de la Cour quant à l'interprétation des principes moraux et valeurs constitutionnelles en jeu qui est déterminant de sa conclusion et – surtout – qui la *justifie*. Deux de ces choix retiennent particulièrement notre attention.

Premièrement, la Cour a choisi, sans identifier clairement ses motifs sur ce point, de lier davantage les valeurs d'autonomie et de sécurité de la personne, analysant distinctement le droit à la vie. Elle a aussi indiqué que même s'il est difficile de justifier une restriction à l'article 7 en vertu de l'article 1 de la Charte, « dans des cas comme celui en l'espèce où les intérêts opposés de la société sont eux-mêmes protégés par la *Charte*, une restriction aux droits garantis par l'art. 7 peut, en fin de compte, être jugée proportionnée à son objectif »¹²¹. Dans ce contexte, il nous apparaît incontournable de s'attarder à déterminer la portée substantive des valeurs de la vie, de l'autonomie et de la sécurité de la personne pour déterminer comment les législations actuelles et futures peuvent encadrer l'accès à l'aide médicale à mourir. Nous avons effectué une telle analyse sur la normativité à la fois juridique et éthique du concept d'autonomie dans l'arrêt *Carter*¹²².

Deuxièmement, le choix de la Cour de retenir que le but de la loi en cause était restreint à la *protection des personnes vulnérables* est particulièrement déterminant des analyses en vertu des articles 7 et 1 de la Charte. Cependant, les motifs des juges sur ce point sont à notre avis particulièrement minces. Tout au plus affirme-t-on que la protection de la vie en soi est un objectif trop large et qu'il est possible de distinguer les personnes vulnérables de celles qui n'ont pas besoin de la protection législative. La justification de la prohibition absolue d'aide au suicide était dès lors court-circuitée. De la même manière, la Cour suprême a eu raison d'affirmer que retenir comme objectif législatif légitime la protection de la vie peu importe les circonstances aurait court-circuité l'ouverture à toute aide à mourir. L'argument n'est pas meilleur au soutien d'une position ou d'une autre. C'est donc vers une analyse plus approfondie et nuancée qu'il serait sou-

¹²¹ *Carter*, par 95.

¹²² K. MILLAIRE, préc., note 11.

haitable que les tribunaux se tournent à l'avenir lorsqu'il sera question d'identifier l'objectif poursuivi par les parlements. Cela est d'autant plus vrai qu'il ne s'agira plus de se prononcer sur le débat dichotomique entre interdire de manière absolue toute aide à mourir ou ouvrir la porte à cette pratique, mais plutôt de rechercher l'équilibre entre les différentes valeurs en jeu.

Au-delà de toute preuve empirique de faits sociaux, c'est l'interprétation des valeurs en cause qui est véritablement déterminante des litiges constitutionnels dans de tels types de cas difficiles. Dans un cas comme celui de l'aide médicale à mourir, les juges auront à l'avenir à interpréter non seulement les valeurs protégées par les droits qui pourraient être restreints par la législation, mais également les valeurs promues et protégées par les mêmes lois. Il pourra s'agir de déterminer si un régime législatif spécifique qui poursuit l'objectif de protéger l'égalité de toutes les vies humaines, incluant celles des personnes vulnérables, peut justifier certaines restrictions aux droits à la vie, l'autonomie et la sécurité. Des questions connexes devront être aussi approfondies. Par exemple, les personnes vulnérables que l'on souhaite protéger sont-elles uniquement celles qui appartiennent à une catégorie étanche portant l'étiquette de « personnes vulnérables » ? S'agit-il plus généralement de toute personne se trouvant dans une situation de *vulnérabilité* ? Pouvons-nous dissocier la vulnérabilité humaine de la réalité de la vie elle-même¹²³ ? Dans tous les cas, comment le droit constitutionnel pourra-t-il continuer de s'écrire de manière cohérente afin de rendre compte d'une telle conception de l'humanité ?

Admettre que la pratique judiciaire est résolument herméneutique, c'est reconnaître la nécessité de justifier par des arguments la portée de valeurs constitutionnelles comme la vie, l'autonomie, la sécurité, l'égalité ou la protection des personnes vulnérables. Cette justification ne peut tout simplement pas s'incarner dans des preuves empiriques. De toute évidence, l'exercice relève de l'éthique et de la morale politique, non pas de la preuve « scientifique ».

¹²³ Cela demeure à tout événement une hypothèse à argumenter.

