

Note

« L'arrêt *Morgentaler* et l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés »

Michael Hartney

Les Cahiers de droit, vol. 29, n° 3, 1988, p. 775-793.

Pour citer cette note, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/042908ar>

DOI: 10.7202/042908ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

L'arrêt Morgentaler et l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés

Michael HARTNEY *

The author provides a critical analysis of the recent Supreme Court judgment in the Morgentaler case. Focussing on an examination of the main question addressed to the Court, that is the compliance of Criminal Code Section 251 with the Canadian Charter, he examines the various motives that led the judges to declare Section 251 unconstitutional. While underlining various weaknesses in the judges' reasoning, he criticizes Section 7 as being too wide and a source of future confusion.

	<i>Pages</i>
1. Le droit à la liberté	778
2. Le droit à la sécurité de la personne	783
2.1. L'argument des juges Dickson et Wilson	783
2.2. L'argument des juges Beetz et Dickson	786
3. Les principes de justice fondamentale	788
3.1. L'argument du juge Dickson	788
3.2. L'argument du juge Beetz	788
3.3. L'argument du juge Wilson	789
4. Les « limites raisonnables » de l'article premier	791

* Professeur, Département de philosophie, Collège de l'Abitibi-Témiscamingue.

La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Morgentaler*¹ a fait des heureux et des malheureux. Cependant toute l'attention des médias et de l'opinion publique s'est concentrée sur la conséquence de la décision, à savoir la nullité de l'article 251 du *Code criminel* et l'acquiescement du docteur Morgentaler et de ses associés, laissant dans l'ombre trois autres dimensions du jugement.

La décision n'a pas porté uniquement sur la conformité de l'article 251 du C. cr. avec la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour a aussi statué que le Parlement fédéral avait la compétence législative pour adopter l'article 251, en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Elle a déclaré conforme à la Charte l'alinéa 605(1)a) du *Code criminel*, qui habilite le ministère public à interjeter appel contre un verdict d'acquiescement prononcé en première instance pour tout motif comportant une question de droit seulement. Et elle a blâmé la tactique utilisée par le procureur du docteur Morgentaler lors du procès en première instance, et qui consistait à inviter le jury à acquiescer les accusés si le jury était en désaccord avec la loi interdisant l'avortement.

Sur la question centrale, *i.e.* la conformité de l'article 251 du C. cr. avec l'article 7 de la Charte, il y a eu un éparpillement des opinions. Les sept juges qui ont participé à la décision se sont divisés en quatre groupes quant aux motifs. Aucun groupe ne comprend plus de deux juges. Le groupe Beetz (les juges Beetz et Estey) a formulé les motifs les plus prudents en faveur de la nullité de l'article 251. Le juge Wilson a formulé les motifs les plus radicaux. Le groupe Dickson (les juges Dickson et Lamer) se situe entre les deux autres groupes. Enfin, les juges McIntyre et La Forest constituent le groupe dissident.

Même s'ils s'accordent pour dire que l'article 251 du C. cr. est contraire à l'article 7 de la Charte, les cinq juges majoritaires nous présentent :

- (1) deux interprétations différentes du droit à la sécurité de la personne garanti par l'article 7 de la Charte ;
- (2) trois interprétations différentes des principes de justice fondamentale dont il est question à l'article 7 ; et
- (3) trois raisons différentes pour dire que l'article 251 ne constitue pas une « limite raisonnable » en vertu de l'article premier de la Charte.

Cet éparpillement des opinions est le signe d'un problème sous-jacent, que j'appelle l'éclatement de l'article 7 de la Charte. Rappelons que cet article se lit comme suit:

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

Chacun 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.²

Or, je crois que l'interprétation la plus défendable de cet article comprend les thèses suivantes :

- (1) le mot « liberté » signifie la liberté physique, *i.e.* l'absence de détention ;
- (2) l'expression « sécurité de la personne » a un sens assez proche de celui de « liberté (physique) » ;
- (3) les principes de justice fondamentale comprennent les règles de justice naturelle (*i.e.* le droit à une audition impartiale) ainsi que certains principes concernant la responsabilité pénale (*e.g.* *nulla poena sine causa*).
- (4) la première partie de l'article (« Chacun a droit à... ») n'a aucun effet juridique indépendamment de la deuxième partie (« il ne peut être porté atteinte... »).

Je ne puis défendre cette interprétation de façon adéquate dans ce bref commentaire de l'arrêt *Morgentaler*. Je me contenterai donc d'indiquer les trois grandes raisons qui fondent cette interprétation :

- (1) les déclarations des rédacteurs de la Charte devant le Comité parlementaire chargé d'étudier le projet ;
- (2) les antécédents historiques de certaines expressions, *e.g.* « nor [shall any person] be deprived of life, liberty, or property, without due process of law » au cinquième amendement de la Constitution américaine ;
- (3) la situation de l'article 7 dans la Charte, *i.e.* à la tête d'une série d'articles (8 à 14) portant sur l'arrestation, la détention, les saisies et les perquisitions, les peines et les traitements cruels et inusités, la présomption d'innocence, etc., et chapeautés de la rubrique « Garanties juridiques ».

Or, dans l'arrêt *Morgentaler*, ainsi que dans d'autres décisions antérieures, les juges du plus haut tribunal du pays ont donné une portée beaucoup plus grande à l'article 7. Ce n'est qu'en étudiant une décision comme celle dans l'affaire *Morgentaler* qu'on se rend compte des conséquences néfastes d'une

2. On pourra noter au passage les divergences entre les versions française et anglaise de l'article 7 : là où le texte anglais dit « [...] and the right not to be deprived thereof [...] », le texte français affirme « [...] il ne peut être porté atteinte à ce droit [...] ».

interprétation large de l'article 7, une interprétation qui aura ultimement pour effet de permettre de justifier à peu près n'importe quoi au moyen de cet article. Voilà ce que je veux dire par l'« éclatement » de l'article 7, et cette conséquence constitue le plus sérieux argument contre cette interprétation large. C'est ce que je chercherai à démontrer dans les pages qui suivent.

Comme les juges ont eu à répondre à quatre questions concernant la compatibilité entre l'article 251 du *Code criminel* et la Charte, nous analyserons leurs réponses à ces quatre questions :

- (1) L'article 251 porte-t-il atteinte au droit à la liberté garanti par l'article 7 de la Charte ?
- (2) Porte-t-il atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti par l'article 7 ?
- (3) Si la réponse aux deux premières questions est affirmative, cette atteinte est-elle en conformité avec les principes de justice fondamentale ?
- (4) Si la réponse à la troisième question est négative, l'atteinte peut-elle néanmoins se justifier comme une « limite raisonnable » en vertu de l'article premier de la Charte ?

1. Le droit à la liberté

Des cinq juges majoritaires, seul le juge Wilson prétend que l'interdiction de l'avortement porte atteinte au droit à la liberté. Voici comment se présente son argumentation :

- (1) Il existe une sphère privée de la vie à l'intérieur de laquelle chaque individu a le droit de faire ses propres choix, et dans laquelle l'État n'a pas le droit d'intervenir. Voilà ce que protège le « droit à la liberté », de l'article 7.
- (2) La décision de se faire avorter fait partie de cette sphère privée.
- (3) Donc, l'article 251 du Code criminel viole le droit à la liberté puisqu'il constitue une intrusion dans cette sphère privée.

Ce raisonnement suscite plusieurs commentaires.

Tout d'abord, au sujet du sens donné au mot « liberté ». Le juge fait appel à l'image d'une « sphère privée », d'une « barrière invisible que l'État ne sera pas autorisé à franchir »³. Ces images sont, bien entendu des lieux communs

3. Morgentaler, *supra*, note 1, p. 164.

de la tradition libérale. Et on peut concéder sans difficulté que la Charte s'inspire de cette tradition. Mais le juge Wilson va plus loin. Elle prétend que la « sphère privée » s'incarne dans l'article 7 et le « droit à la liberté » dont il y est question. Et c'est là qu'elle fait fausse route. Car c'est la Charte au complet qui proclame l'existence d'une sphère privée : chaque article de la Charte définit une des limites à l'action de l'État, et la somme de ces limites constitue la sphère privée. L'article 7 ne contient qu'une limite parmi d'autres ; il ne constitue pas à lui seul la totalité du libéralisme.

Or, cette définition extrêmement large que le juge Wilson donne au mot « liberté » dans l'article 7 a des conséquences importantes.

Tout d'abord, le « droit à la liberté » devient un droit omnibus ou fourre-tout : chaque fois qu'un plaideur est incapable d'établir un rapport entre sa demande et un article précis de la Charte, il pourra toujours faire appel à l'article 7 et prétendre que l'obligation juridique à laquelle il a été soumis ne constitue pas une limite raisonnable à son droit d'agir librement. Avec une telle interprétation du mot « liberté », la Charte devient un code moral et politique complet, un code qui permette d'annuler toutes les injustices que les juges croient pouvoir trouver dans les lois. La tâche des tribunaux n'est plus simplement d'évaluer les lois en regard d'un nombre fini de droits énumérés dans la Charte, mais de décider si chacune des lois adoptées par le Parlement se justifie moralement, si chacune des lois atteint un juste point d'équilibre entre la liberté de l'individu et les intérêts de l'État. Le fardeau de la preuve doit donc automatiquement être porté par l'État, puisque toute législation restreint la liberté des individus dans une certaine mesure. Tout citoyen peut alors contester n'importe quelle loi devant les tribunaux et dire à l'État : « Prouvez que cette loi constitue une "limite raisonnable" à ma liberté ». Avouons qu'il n'est pas déraisonnable pour l'État d'avoir à justifier chacune des lois qu'il adopte, mais il n'est sûr que cette justification doive se faire devant les tribunaux plutôt que dans l'arène politique, et il n'est pas certain du tout qu'il était dans l'esprit des législateurs ou de la population en général au moment de l'adoption de la Charte, d'accorder un tel blanc-seing aux tribunaux. Et notons enfin qu'un tel blanc-seing a pour effet d'immuniser leur pouvoir d'examen des lois contre tout amendement constitutionnel, car si les législatures canadiennes (qui possèdent le pouvoir de révision constitutionnelle) se décidaient à modifier la Charte pour en éliminer tel ou tel droit, cela n'aurait aucun effet sur un plaideur ou un juge décidé, car toutes les prétentions qu'on aurait pu justifier au moyen du droit maintenant éliminé peuvent se justifier au moyen du « droit à la liberté » de l'article 7.

Deuxième conséquence du caractère « omnibus » du droit à la liberté : la perte de ces qualités fondamentales de tout système juridique que sont la

prévisibilité et la sécurité juridique. Bien qu'un certain degré d'imprévisibilité soit une conséquence inévitable d'une Charte dont les articles font usage d'un vocabulaire moral, la transformation de l'article 7 en clause qui affirme à toutes fins pratiques « L'État n'a pas le droit d'intervenir dans la sphère privée » fait qu'il devient impossible de donner au « droit à la liberté » une formulation suffisamment précise pour servir de guide au citoyen ou au juge.

Nous en avons la preuve aux États-Unis. Si on demande à un juriste américain d'expliquer la portée de la phrase « Nor shall [anyone] be deprived of [...] liberty [...] without due process of law » dans le cinquième et le quatorzième amendements (qui sont devenus les clauses fourre-tout de la Constitution américaine), sa seule réponse sera une liste de droits disparates :

« [...] the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those privileges long recognized... as essential to the orderly pursuit of happiness by free men ». ⁴

La « liberté » comprend alors la collection de droits disparates que les tribunaux ont fini par reconnaître à un moment donné, et lorsqu'ils se décident d'ajouter un nouveau droit à la liste, comme la Cour Suprême des États-Unis l'a fait avec le « right to privacy » dans les années soixante, leur démarche semble tout à fait arbitraire.

Une dernière conséquence de cette conception du droit à la liberté. Comme l'article 7 affirme qu'on ne doit porter atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, la définition que l'on donne au mot « liberté » aura un effet certain sur la définition qu'on donnera des principes de justice fondamentale, car ces principes doivent se comprendre d'une telle façon qu'il est logiquement possible qu'une atteinte à la liberté soit conforme ou pas à ces principes. Supposons que le Parlement adopte un nouvel article du *Code criminel* qui interdise l'avortement sans exception. Aux yeux du juge Wilson, cela constitue manifestement une atteinte au droit à la liberté. Mais pour qu'il y ait violation de l'article 7, cette atteinte doit être contraire aux principes de justice fondamentale. Il ne fait pas de doute que le juge Wilson voudra prononcer la nullité de ce nouvel article du C. cr. Mais pour ce faire, quels sens devra-t-elle donner aux « principes de justice fondamentale » ? Elle devra prétendre que les « principes de justice fondamentale » sont tout simplement des « principes fondamentaux de justice » (comme elle l'a déjà laissé entrevoir dans le *Renvoi sur la Motor Vehicule Act (C.B.)*) ⁵. Ce nouvel article interdisant l'avortement sera contraire aux principes

4. *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564, 572 (1972).

5. [1985] 2 R.C.S. 486, 530.

de justice fondamentale tout simplement parce qu'il sera injuste. Mais cela vide le terme « principes de justice fondamentale » de toute signification qui lui soit propre — cela ne désigne plus un ensemble de principes qui se rapporte tout particulièrement à la vie, la liberté et la sécurité de la personne, dont il est question à l'article 7 — et rend même le terme superflu, puisque l'injustice du nouvel article est déjà établie quand on a dit qu'il constituait une ingérence indue dans la sphère privée.

Passons maintenant à la deuxième prémisse du raisonnement du juge Wilson : l'avortement fait partie de la sphère privée. Voici comment elle défend cette prémisse : « Cette décision aura des conséquences psychologiques, économiques et sociales profondes pour la femme enceinte. [...] C'est une décision qui reflète profondément l'opinion qu'une femme a d'elle-même, ses rapports avec les autres et avec la société en général »⁶. Ceci montre bien que l'interdiction de l'avortement peut affecter de façon préjudiciable les *intérêts* de la femme. Mais cela suffit-il à montrer que l'avortement fait partie de la sphère privée, du domaine où l'État n'a pas le droit d'intervenir ? Pour ce faire, elle devra nous présenter une théorie de la sphère privée, un critère qui permette de départager les actes qui en font partie de ceux qui sont à l'extérieur. Et cela, elle ne le fait pas.

Lorsqu'elle défend l'idée d'une sphère privée, le juge Wilson cite certains propos de John Stuart Mill, un des piliers de la tradition libérale⁷. Or, Mill nous a donné un critère très simple pour départager les questions qui relèvent de l'individu de celles où l'État a le droit d'intervenir : l'État n'a le droit d'interdire un comportement que si ce comportement cause du tort aux autres. C'est ce que les philosophes anglosaxons appellent *the harm principle*. Ce principe présuppose qu'on peut distinguer parmi les actes humains, d'une part les actes qui n'affectent que la personne qui agit (*self-regarding behaviour*) et d'autre part les actes qui affectent aussi les autres (*other-regarding behaviour*). Les seuls actes que l'État peut interdire sont les actes qui affectent les autres de façon préjudiciable ; les actes qui n'affectent que l'agent ou ceux qui affectent les autres de façon bénéfique constituent la sphère privée à l'intérieur de laquelle l'État n'a pas le droit de pénétrer. Mais le juge Wilson conclut que l'avortement fait partie de la sphère privée avant même de se demander si l'acte en question est de ceux qui n'affectent que l'agent, puisqu'au stade de son argumentation où elle se demande si l'article 251 du C. cr. porte atteinte aux droits garantis par l'article 7 de la Charte, elle évite de se demander si l'avortement a des effets sur d'autres intérêts que ceux de la femme. À l'intérieur du cadre en deux étapes maintenant accepté par les

6. *Morgentaler, supra*, note 1, p. 171.

7. *Id.*, p. 166.

tribunaux dans des causes impliquant la Charte — *i.e.* dans une première étape la cour doit décider si la loi attaquée viole un intérêt (ou un « droit ») garanti par un des articles de la Charte, puis dans une deuxième étape elle doit se demander si cette violation peut se justifier en vertu de l'article premier — la détermination qu'un acte se situe dans la sphère privée en vertu du critère de Mill ne peut avoir lieu à la première étape (comme le juge Wilson tente de le faire) mais seulement à la deuxième : si une intrusion dans la vie d'un individu ne peut se justifier rationnellement, alors l'acte en question fait partie de la sphère privée. Loin de contribuer à la démonstration (comme semble le penser le juge Wilson), l'assertion qu'un acte appartient à la sphère privée n'est qu'une autre façon de dire que son interdiction ne se justifie pas.

Enfin, certaines des remarques du juge Wilson sont étonnantes de la part d'un juge du plus haut tribunal du pays. Par exemple :

Il est probablement impossible pour un homme d'imaginer une réponse à un tel dilemme, non seulement parce qu'il se situe en dehors du domaine de son expérience personnelle (ce qui, bien entendu, est le cas), mais aussi parce qu'il ne peut y réagir qu'en l'objectivant et en éliminant par le fait même les éléments subjectifs de la psyché féminine qui sont au cœur du dilemme.⁸

Ainsi, les hommes seraient incapables de comprendre la situation d'une femme victime d'une grossesse indésirée, simplement parce qu'ils sont mâles. Qu'implique une telle prise de position? Que seule une femme peut juger correctement de la constitutionnalité de l'article 251 du C. cr., puisque seule une femme peut comprendre ce qu'est la grossesse? (Et les femmes qui n'ont jamais été enceintes?) Et si une personne ne peut vraiment comprendre une situation que si elle en a fait l'expérience, alors qui comprendra la situation du fœtus quand on en viendra à l'étape où il faut juger si l'article 251 constitue une « limite raisonnable » aux droits de la femme? Le juge Wilson peut-elle décider des causes où l'une des parties a vécu des situations qu'elle-même n'a jamais connues? Peut-elle décider une cause impliquant une prostituée si elle n'a jamais été prostituée elle-même? Peut-elle décider une cause impliquant un homme, puisqu'elle n'a jamais pu faire l'expérience des « éléments subjectifs de la psyché » masculine? (Ou les éléments subjectifs se limitent-ils à la psyché féminine?)

Cet éloge de la « subjectivité » est un affront à la fonction judiciaire, tant au niveau des décisions de première instance qu'au niveau de l'interprétation et l'application de la Charte. Notre système judiciaire se fonde sur la prémisse que tout individu, masculin ou féminin, peut décider une question de fait dans un procès pourvu d'être consciencieux et suffisamment rationnel pour ne

8. *Id.*, p. 171.

prendre en considération que la preuve soumise au tribunal. L'institution de la Charte elle-même présuppose que des juges consciencieux, masculins ou féminins, peuvent déterminer si une loi constitue une limite qui soit raisonnable et dont la justification puisse se démontrer (article 1). Il y a, bien entendu, une opinion fort répandue — notamment dans le monde des juristes — qu'une telle démonstration rationnelle est impossible dans des questions morales. Mais cela ne semble pas être le point de vue du juge Wilson, puisqu'elle ne craint pas les argumentations morales dans ses décisions, citant même à l'occasion des philosophes bien connus (au grand malheur de certains de ses collègues moins enclins à la philosophie). C'est ce qui rend encore plus étonnantes ses remarques désobligeantes au sujet de l'incapacité des hommes à comprendre certaines questions et donc à bien remplir la fonction judiciaire.

2. Le droit à la sécurité de la personne

L'article 251 du *Code criminel* comprend trois éléments : (1) l'interdiction de l'avortement, (2) une exception pour le cas où la grossesse menace la vie ou la santé de la femme, (3) une procédure à suivre pour qu'un avortement soit légal en vertu de l'exception. Dans l'arrêt *Morgentaler*, il existe deux arguments distincts visant à montrer que l'article 251 constitue une atteinte au droit à la sécurité de la personne.

Le premier argument est à l'effet que le premier élément de l'article 251 (*i.e.* l'interdiction de l'avortement) porte atteinte au droit à la sécurité de la personne de toutes les femmes (ou du moins, de celles qui veulent un avortement). Ce sont les juges Dickson et Wilson qui raisonnent dans ce sens.

Le second argument est plus limité : le mode de fonctionnement des comités d'avortement thérapeutique a des effets qui portent atteinte au droit à la sécurité de la personne des femmes qui ont droit à un avortement en vertu du deuxième élément de l'article 251. En d'autres mots, cet argument ne vise pas les éléments 1 et 2 : il conclut plutôt que l'élément n° 3 porte atteinte aux droits des femmes qui tombent sous l'exception prévue par l'élément n° 2. Ce sont les juges Dickson et Beetz qui raisonnent en ce sens, et le juge Wilson souscrit à leur avis.

Voyons de plus près l'interprétation qu'ils donnent au terme « sécurité de la personne » pour en arriver à une telle conclusion.

2.1. L'argument des juges Dickson et Wilson

Selon les juges Dickson et Wilson, le droit à la sécurité de la personne est le droit à l'« intégrité » de la personne. Et cette intégrité se trouve atteinte de

deux façons par l'interdiction de l'avortement. C'est en examinant ces deux atteintes que nous comprendrons la portée que les juges Dickson et Wilson donnent au terme « intégrité », car à leurs yeux le terme ne se limite pas à la seule absence d'attaque physique.

Premièrement, l'intégrité de la personne ne comprend pas seulement l'aspect physique de la personne, mais aussi son « intégrité psychologique », *i.e.* l'absence de traumatisme ou de tension psychologique. Or, l'interdiction de l'avortement par l'article 251 du C. cr. cause un tel traumatisme psychologique chez plusieurs femmes, et constitue donc une atteinte à la sécurité de leur personne. Notons que l'argument n'est pas à l'effet que c'est le système des comités d'avortement qui cause le traumatisme, comme dans le raisonnement du juge Beetz ci-dessous : l'effet psychologique est imputable à l'interdiction de l'avortement comme tel. Et sur ce point, le juge McIntyre a certainement raison de répondre que toute interdiction d'un comportement quelconque par le *Code criminel* doit causer une certaine tension psychologique chez une personne ou l'autre, sans que cela ne constitue une atteinte à leur droit à la sécurité pour autant. En d'autres mots, à moins qu'il n'y ait d'autres raisons de dire que l'article 251 porte atteinte aux droits de la personne, cet argument en lui-même n'a aucune force de persuasion.

Deuxièmement, l'intégrité de la personne ne comprend pas seulement l'absence de toute attaque directe contre la personne physique, mais aussi l'absence de toute « ingérence » à l'égard de son « corps »⁹ ou de sa « personne »¹⁰. Comme l'interdiction de l'avortement vise l'usage qu'une personne fait de son corps, elle constitue une telle ingérence, et donc une atteinte à l'intégrité de la personne, et partant une atteinte à sa sécurité. En d'autres mots, si on inclut dans la notion d'intégrité (et donc de sécurité de la personne), non seulement l'ingérence « positive » comme les voies de fait et les interventions médicales non voulues, mais aussi l'ingérence « négative » comme l'interdiction d'utiliser son corps à certaines fins, les termes « intégrité de la personne » et « sécurité de la personne » en viennent à signifier « autonomie corporelle ».

Mais il s'agit là d'une grossière exagération du sens du mot « sécurité ». L'autonomie est une chose, et la sécurité en est une autre. L'interdiction du suicide est une atteinte à l'autonomie de la personne, mais on ne voit pas comment cela pourrait constituer une atteinte à sa sécurité, surtout si l'interdiction vise son propre bien. Le tout consiste à classer l'attaque physique et l'interdiction d'utiliser son corps à certaines fins sous la rubrique

9. *Id.*, p. 57, juge Dickson.

10. *Id.*, p. 173, juge Wilson.

«ingérence à l'égard du corps», et puis à conclure de fait que la première forme d'ingérence — positive — est une atteinte à la sécurité de la personne, que la deuxième — l'«ingérence négative» — l'est également. Mais c'est une erreur, car le concept de «sécurité» est plus restreint que celui d'«autonomie».

Notons aussi que, bien indépendamment de l'équivalence que posent les juges Dickson et Wilson entre «sécurité de la personne» et «autonomie corporelle», le principe sur lequel ils s'appuient est trop large. Car s'ils prétendent que *toute* réglementation de l'usage qu'on fera de son propre corps porte atteinte à un droit de la personne (qu'on l'appelle «sécurité» ou «autonomie»), il s'ensuit que l'interdiction du viol est une atteinte au droit à la sécurité ou à l'autonomie de tout mâle. On n'a qu'à remplacer le pronom féminin par le pronom masculin dans cet extrait des motifs du juge Wilson pour s'en rendre compte :

Elle est littéralement traitée comme un moyen, un moyen pour une fin qu'elle ne désire pas et qu'elle ne contrôle pas. Elle subit une décision prise par d'autres sur l'éventuelle utilisation de son corps [...] Que peut-il y avoir de moins compatible avec la dignité humaine et le respect de soi ?¹¹

Or, je me doute bien que les juges ne considèrent pas l'interdiction du viol comme une atteinte à la sécurité de la personne des mâles. Et de plus, je me doute bien que leur raison est à l'effet que le viol cause un tort considérable à la victime. Cela implique donc que l'interdiction d'utiliser son corps à une certaine fin porte atteinte aux droits de l'agent seulement si le comportement visé ne fait pas de tort aux autres. Mais à ce stade de l'argumentation dans le cas de l'avortement, on ne peut se prononcer sur les effets de l'avortement sur autrui, puisqu'on n'a pas encore abordé la question de l'article premier de la Charte, et de la possibilité que le fœtus soit sujet de droits.

Et notons en terminant que dans le cas du juge Wilson, l'argument que l'interdiction de l'avortement porte atteinte au droit à la sécurité de la personne fait double emploi avec son argument que cette interdiction porte atteinte au droit à la liberté. Comme l'interprétation qu'elle donne au terme «liberté» a pour effet de faire en sorte que *toute* exigence imposée à une personne par la loi constitue une violation de sa liberté, alors une exigence concernant l'usage de son corps est *ipso facto* une atteinte à sa liberté. Voilà une illustration des conséquences de l'interprétation abusive qu'elle fait du mot «liberté» : si le droit à la liberté comprend tout ce qu'une personne a le droit de faire, alors tous les autres droits nommés par la Charte sont redondants.

11. *Ibid.*

2.2. L'argument des juges Beetz et Dickson

Cet argument vise les effets du système des comités d'avortement (l'élément n° 3 de l'article 251) plutôt que l'interdiction de l'avortement (l'élément n° 1). Voyons donc quelle notion de sécurité de la personne soutient cet argument. Bien qu'on retrouve l'argument à la fois chez les juges Dickson et Beetz, c'est la version de ce dernier que j'analyserai.

Les exigences de procédure de l'article 251 du C. cr. causent des délais, qui sont de trois sortes : (1) ceux qui sont imputables au manque d'hôpitaux possédant un comité d'avortement ; (2) ceux que causent les quotas imposés par certains hôpitaux ; et (3) ceux qui sont dus à la procédure adoptée par les comités. Ces délais sont imputables aux aspects suivants de l'article 251 : (1) l'avortement ne peut se pratiquer que dans un hôpital, et de plus un hôpital accrédité ou approuvé, et de plus un hôpital d'une certaine taille ; (2) un gouvernement provincial est libre de ne pas « approuver » d'hôpitaux pour des fins d'avortement ; (3) seul le bureau de direction d'un hôpital peut nommer un comité, et il n'est pas tenu de le faire ; (4) l'approbation doit venir du comité de l'hôpital où se pratiquera l'avortement ; (5) un comité doit avoir un nombre minimum de membres, mais (6) il n'y a pas de nombre maximum de membres qu'un hôpital peut exiger pour un comité. Les conséquences de ces délais sont de deux ordres : (1) un danger accru pour la santé physique de la mère (en raison du risque accru de complications, et du besoin d'utiliser des méthodes plus dangereuses pour provoquer l'avortement), et (2) un traumatisme psychologique accru (en raison du délai lui-même, et aussi en raison de l'incertitude quant à la décision du comité). Ces deux conséquences constituent une atteinte au droit à la sécurité de la personne des femmes qui tombent sous l'exception prévue par l'article 251 C. cr.

C'est donc dire que le droit à la sécurité de la personne comporte au moins deux aspects : (1) le droit à l'absence de traumatisme psychologique, et (2) le droit d'accès aux soins médicaux existants en cas de danger pour la vie ou la santé d'une personne. Le premier droit (l'absence de traumatisme psychologique) se retrouve également dans l'argumentation des juges Dickson et Wilson que nous avons examiné tout à l'heure, sauf que chez le juge Beetz l'atteinte à ce droit est imputable uniquement au fonctionnement des comités d'avortement et non à l'interdiction de l'avortement comme tel. Quant au deuxième droit ci-dessus, le juge Beetz insiste pour dire qu'il n'impose pas à l'État l'obligation de créer de nouveaux services médicaux, mais simplement l'obligation de ne pas entraver l'accès aux services existants. Comme c'est cette interprétation qui constitue l'originalité du raisonnement du juge Beetz, je me permettrai de formulerai deux réserves à son égard.

Le reproche qu'adresse le juge Beetz au système des comités d'avortement n'est pas qu'il empêche les femmes dont la santé est menacée par leur grossesse d'avoir accès aux soins médicaux, mais simplement qu'il leur retarde l'accès à ces soins, et qu'ainsi il augmente le risque de complications médicales. C'est dire qu'un risque accru pour la santé de la femme suffit pour qu'il y ait violation du droit à la sécurité de la personne. Or cela semble contredire la position prise par la Cour suprême dans l'affaire *Operation Dismantle*¹². Dans cette cause, le juge Wilson affirmait qu'une déclaration de guerre de la part du gouvernement canadien ne constituerait pas une atteinte au droit à la vie et à la sécurité des Canadiens, simplement parce qu'elle créerait un risque accru pour leur vie et leur santé. Et le juge Dickson affirmait que l'article 7 n'impose pas au gouvernement « [...] l'obligation de ne pas accomplir des actes qui *pourraient* avoir pour conséquence de porter atteinte [...] à la vie des individus et à la sécurité de leur personne »¹³, par opposition à des actes qui ont effectivement cette conséquence. Il me semble qu'il faille réfléchir davantage (que ne le font les juges dans l'affaire *Morgentaler*) aux conséquences d'une interprétation du droit à la sécurité de la personne qui ferait qu'une simple augmentation des risques pour la santé constitue une violation du droit en question.

Si on comprend le droit à la sécurité de la personne comme impliquant un droit d'accès aux soins médicaux (et si par conséquent on donne au terme « sécurité de la personne » le sens de « santé »), il y aura nécessairement des conséquences pour l'interprétation du terme « principes de justice fondamentale » auxquelles on ne semble pas avoir pensé. Si, selon la conception que j'ai défendue plus haut, le terme « sécurité de la personne » se limite à l'absence de détention (et peut-être aussi à l'absence de saisies ou de perquisitions), alors les principes de justice fondamentale se comprennent d'une façon tout à fait naturelle comme certains principes concernant le comportement de la police, la nécessité d'une audition impartiale, et les critères de responsabilité pénale. Mais si le terme désigne la santé, alors quelle interprétation doit-on donner aux « principes de justice fondamentale » pour qu'il soit logiquement possible de dire qu'une atteinte au droit d'accès à la santé est conforme ou non à ces principes ? Par exemple, si une loi provinciale oblige les médecins à adopter une procédure médicale peu coûteuse mais comportant un léger risque de complications au lieu d'une procédure fort coûteuse mais plus sécuritaire, comment peut-on dire que cette exigence est conforme ou pas aux principes de justice fondamentale à moins de donner à ces principes une portée qui va bien au-delà des principes régissant la responsabilité pénale, l'arrestation et la détention, les saisies et les perquisitions, etc ? C'est ce que nous verrons à l'instant.

12. *Operation Dismantle c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 441.

13. *Id.*, p. 455, 456.

3. Les principes de justice fondamentale

Une fois qu'il a été établi qu'une loi porte atteinte à un des droits protégés par l'article 7 de la Charte, il faut alors se demander si cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale, car si tel est le cas, l'atteinte n'est pas contraire à la Charte. Dans le jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Morgentaler*, il existe trois arguments distincts visant à montrer que l'article 251 du *Code criminel* ne respecte pas les principes de justice fondamentale.

3.1. L'argument du juge Dickson

L'article 251 du C. cr. interdit l'avortement, mais prévoit une exception dans le cas d'une grossesse qui menace la vie ou la santé de la mère, et impose des exigences de procédure pour qu'un avortement soit légal en vertu de cette exception. Cependant, cette exception présente deux inconvénients. Premièrement, le terme « santé » est trop vague pour qu'une personne puisse savoir si un avortement est permis dans son cas. Et deuxièmement, le fonctionnement du système des comités d'avortement est tel que l'exception n'est pas accessible à toutes les femmes à travers le pays puisque dans des régions il n'existe pas de comité. Or, il existe dans notre droit deux principes séculaires en matière de responsabilité pénale : la définition d'une infraction doit être claire, et les conditions « exculpatrices » doivent être accessibles à tous. Ces deux principes font partie des principes de justice fondamentale. Par conséquent, l'atteinte au droit à la sécurité de la personne que constitue l'interdiction de l'avortement n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

On voit donc que le juge Dickson aborde la question de l'article 251 C. cr. sous l'angle de la responsabilité pénale qu'il impose, et que par conséquent, il n'est pas obligé de donner aux principes de justice fondamentale une portée qui dépasse le domaine pénal. Tel n'est pas le cas des autres juges.

3.2. L'argument du juge Beetz

Selon le juge Beetz, l'objectif de l'article 251 C. cr. est la protection du fœtus, sauf dans le cas où la grossesse met en danger la vie ou la santé de la mère. L'importance de cet objectif justifie la mise en place d'une procédure selon laquelle un organisme indépendant de la femme et de son médecin se prononce sur le danger que pose une grossesse. On a déjà démontré que cette procédure entraîne des délais qui constitue une atteinte au droit à la sécurité de la personne des femmes en question. Or, ces délais sont justifiables à condition d'être essentiels à l'atteinte de l'objectif, une détermination objective

et impartiale du risque pour la santé que présente une grossesse. Mais certaines des exigences de l'article 251 ne sont pas nécessaires à l'atteinte de cet objectif, par exemple, la restriction de l'avortement aux hôpitaux où il y a au moins quatre médecins résidents. Ainsi, le système prévu par l'article 251 crée des délais inutiles, et par conséquent, il est injuste et donc contraire aux principes de justice fondamentale.

Le juge Beetz ne donne aucune définition des principes de justice fondamentale, mais on voit bien par l'argumentation qui précède qu'ils semblent signifier tout simplement « principes de justice » : une exigence de l'État qui est injuste est contraire aux principes de justice fondamentale. Mais quand on donne une telle portée aux principes de justice fondamentale, on leur fait faire le travail qui revient à l'article premier de la Charte (portant sur les « limites raisonnables » qu'on peut imposer aux droits de la personne). C'est ce que nous verrons lorsque nous aborderons ce dernier point.

3.3. L'argument du juge Wilson

Selon le juge Wilson, les principes de justice fondamentale ont une dimension de procédure comme on le voit dans l'argumentation du juge Dickson. Cependant, ils ont aussi une dimension de fond :

- (1) Toute atteinte à un droit garanti par l'article 7 qui porte également atteinte à un autre droit garanti par la Charte est *ipso facto* non conforme aux principes de justice fondamentale.
- (2) Or, la décision de se faire avorter est une décision morale, une question de conscience. Mais comme l'article 251 C. cr. fait de l'avortement une question à décider par l'État plutôt que par la femme concernée, cela constitue une violation de sa liberté de conscience, garantie par l'article 2 de la Charte.
- (3) Par conséquent, l'atteinte à son droit à la liberté et à la sécurité de la personne que constitue l'article 251 C. cr. n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

Ce raisonnement mérite quelques commentaires.

Pour ce qui est de la prémisse (1), le moins qu'on puisse dire, c'est qu'il s'agit d'une interprétation tout à fait originale des principes de justice fondamentale. Le juge Wilson ne nous offre aucun argument à l'appui de cette interprétation. Et en autant que je sache, il n'existe aucun texte de la jurisprudence qui évoque le moins cette interprétation.

Mais cette interprétation n'est pas seulement originale. Elle est également pernicieuse. Car en faisant d'une atteinte à tout droit garanti par la Charte une condition suffisante pour qu'il y ait violation des principes de justice fondamentale, le juge Wilson incorpore la totalité de la Charte dans ces quelques mots de l'article 7, tout comme elle a précédemment incorporé la totalité de la philosophie morale et politique dans le mot « liberté » figurant au même article. Il y a là un exemple flagrant des manèges auxquels les juges sont prêts à se livrer afin de trouver dans un texte juridique le support pour une conclusion à laquelle ils sont déjà arrivés.

Passons maintenant à la prémisse (2), *i.e.* l'affirmation que l'article 251 C. cr. constitue une violation de la liberté de conscience. L'argument du juge Wilson se formule comme suit :

[...] la décision d'interrompre ou non une grossesse est essentiellement une décision morale, une question de conscience. Je ne pense pas qu'on le conteste ni puisse le contester. La question qui se pose est donc : quelle conscience ? La conscience de la femme doit-elle prévaloir sur la conscience de l'État ? Je crois, pour les raisons que j'ai données dans mon analyse du droit à la liberté, que dans une société libre et démocratique ce doit être la conscience de l'individu.¹⁴

Si le juge Wilson veut dire que chaque fois que l'État crée une infraction et impose ainsi une obligation juridique à tous les citoyens, il viole alors la liberté de conscience de ceux qui ne sont pas d'accord avec son geste, alors sa thèse ne correspond pas du tout au sens qu'on donne traditionnellement à l'expression « liberté de conscience ». Il ne suffit pas que l'individu soit en désaccord avec le geste de l'État pour qu'il y ait violation de la liberté de conscience : l'État en créant une infraction criminelle impose son opinion morale à ceux qui ont une opinion contraire, mais on ne considère pas qu'il s'agit d'une atteinte à leur liberté de conscience.

Il semble bien que le juge Wilson veuille défendre une thèse moins osée, à savoir que l'État viole la liberté de conscience des gens lorsqu'il intervient dans la sphère privée, *i.e.* dans le domaine où l'individu est libre de faire ses propres choix sans intervention de l'État. Mais cette interprétation, bien que plus raisonnable, se heurte à deux objections. En premier lieu, comme je l'ai indiqué auparavant, on ne peut établir le caractère privé et personnel de l'avortement avant d'avoir examiné l'article 1 de la Charte, et donc à ce stade de l'argumentation, l'assertion qu'il y a eu violation de la liberté de conscience est sans fondement.

Et deuxièmement, même si l'État n'a pas le droit d'intervenir dans la sphère privée, il ne s'ensuit pas que toutes ses interventions sont des atteintes

14. *Morgentaler, supra*, note 1, p. 175, 176.

à la liberté de conscience. Car la sphère privée comprend une foule de questions relativement banales, comme le choix des aliments, et une loi qui obligerait tout le monde à manger de la tourtière tous les jeudis serait une intrusion dans la sphère privée, mais sûrement pas une atteinte à la liberté de conscience. On me dira que je caricature la position du juge Wilson : sans doute veut-elle dire que l'intervention de l'État doit heurter les convictions profondes de la personne pour qu'il y ait violation de la liberté de conscience. Mais les Nazis ont leurs convictions profondes ; de même les esclavagistes, et ceux qui se croient en droit d'utiliser les autres à leurs propres fins. Dira-t-on que l'interdiction des activités de ces gens constitue une violation de leur liberté de conscience ? Manifestement, il nous faut une théorie plus raffinée de la liberté de conscience que celle esquissée par le juge Wilson.

Notons en terminant l'usage que fait le juge Wilson du mot « moral » dans le passage ci-dessus : une question est une question morale si elle ne concerne que l'individu et non le reste de la société. C'est tout à fait le contraire de la conception que la plupart des philosophes modernes se font du domaine moral : le domaine moral est le domaine de la réconciliation des intérêts conflictuels des êtres humains, et un acte appartient au domaine moral précisément parce qu'il affecte les intérêts des autres, un acte qui n'affecte que l'agent (*self-regarding*) étant tout simplement à l'extérieur du domaine de la morale.

4. Les « limites raisonnables » de l'article premier

Tous les juges majoritaires adoptent la même position quant à l'effet de l'article premier de la Charte sur l'article 251 C. cr.

- (1) Ils s'entendent tous pour dire que l'objectif principal de l'article 251 est la protection du fœtus.
- (2) Ils s'entendent tous pour dire que cet objectif est légitime, mais ne donnent aucune raison à l'appui de cette position. Aucun des cinq juges n'indique quels sont les droits du fœtus, et tous se refusent à poser la question d'un droit possible à la vie en vertu de l'article 7.
- (3) Ils s'entendent tous pour dire que l'article 251 ne constitue pas une « limite raisonnable » aux droits de la femme, mais pour des raisons différentes.

Le juge Beetz affirme que certaines des exigences procédurales imposées par l'article 251 ne sont pas nécessaires pour atteindre l'objectif visé qui est de protéger le fœtus. En somme, il ne fait que répéter l'argument qu'il avait

formulé au sujet des principes de justice fondamentale. Ainsi, les moyens adoptés ne sont pas raisonnables, et l'article 251 est nul.

Le juge Dickson trouve l'article 251 déraisonnable à trois titres : (1) les procédures imposées par l'article sont souvent arbitraires ; (2) certaines femmes n'y ont pas accès, et (3) les délais peuvent même accroître les risques pour la santé de la femme. En d'autres mots, lui aussi réitère ses propos concernant les principes de justice fondamentale.

Le juge Wilson, tout en souscrivant aux arguments de ses confrères, formule une objection encore plus grave à l'égard de l'article 251. Elle affirme que les intérêts du fœtus varient selon le stade de son développement : durant les premiers mois de la grossesse, ce sont les droits de la femme qui prévalent, alors que durant les derniers mois il est légitime de régler l'accès à l'avortement pour protéger le fœtus. Comme l'article 251 ne fait aucune distinction entre les diverses étapes de la grossesse, il s'agit d'un moyen inacceptable de protéger le fœtus, et il le sera toujours (même si on corrigeait les défauts de procédure dont parlent les autres juges).

Ces motifs appellent quelques commentaires.

Tous les juges considèrent la protection du fœtus comme un objectif légitime. Mais ils ne fournissent aucun argument pour appuyer leur position. On ne sait pas s'ils jugent que le fœtus devient une personne humaine au cours de la grossesse, ou s'il a droit à une certaine protection sans être une personne humaine. Leur réponse n'est tout simplement pas motivée.

Même s'il n'était pas nécessaire de faire une analyse poussée des droits du fœtus pour juger qu'il doit être protégé, une telle analyse est essentielle lorsque nous avançons à l'étape suivante, qui est de peser ses droits (ou intérêts) contre ceux de la mère. Or une telle analyse est tout à fait absente des motifs des juges majoritaires. Ils refusent même d'aborder la question du statut juridique du fœtus à l'égard du droit à la vie protégée par l'article 7 de la Charte. C'est le juge Wilson qui mérite les plus vives critiques à cet égard, puisqu'elle prétend que ce sont les droits de la femme qui doivent prévaloir durant la première étape de la grossesse. Mais il est tout à fait impossible de poser un tel jugement de façon rationnelle sans connaître les droits du fœtus durant cette étape de la grossesse.

On ne peut adresser les mêmes reproches au juge Beetz, puisque son objection à l'article 251 est à l'effet qu'il crée des délais qui ne sont pas nécessaires pour protéger le fœtus. Ainsi, son argument au niveau de l'article premier n'est pas que les droits de la femme l'emportent sur ceux du fœtus, mais que certaines des exigences de l'article 251 qui portent atteinte aux droits de la femme ne sont pas nécessaires pour protéger ceux du fœtus. Ainsi,

il n'est pas nécessaire de se prononcer sur les droits de celui-ci puisqu'il n'est pas question de les peser contre ceux de la femme.

Mais cela ne semble pas être le cas avec le juge Dickson. Ses objections aux exigences de procédure de l'article 251 sont qu'elles (1) sont souvent arbitraires, (2) ne sont pas accessibles à toutes les femmes, et (3) sont parfois dangereuses. Le premier point correspond probablement à l'objection du juge Beetz — *i.e.* que certaines de ces exigences ne sont pas nécessaires pour protéger le fœtus — mais les deux autres points visent même les exigences de procédure qui sont nécessaires à sa protection, et nécessitent donc qu'on se demande si ses intérêts légitimes sont tels que ces exigences, nécessaires à sa protection, se justifient malgré le fait qu'elles portent atteinte aux droits de la femme. Et pour ce faire, il lui faudrait définir les droits ou les intérêts du fœtus.

Il est important de noter que dans leurs arguments touchant l'article premier, les juges Beetz et Dickson ne font que répéter les arguments qu'ils avaient avancés lors de la discussion des principes de justice fondamentale. En d'autres mots, l'interprétation qu'ils ont faite de ces principes est telle que l'article premier est vidé de tout contenu qui soit indépendant des principes de justice fondamentale, ou si l'on veut, l'expression « non conforme aux principes de justice fondamentale » finit par signifier « une limite qui n'est pas raisonnable en vertu de l'article premier ». Cette redondance est sûrement un argument important à l'encontre de leur interprétation des principes de justice fondamentale. Et comme leur interprétation — du moins, celle du juge Beetz — leur est imposée par l'interprétation qu'ils ont faite de l'expression « sécurité de la personne », cela constitue également un argument contre cette façon de comprendre le terme « sécurité de la personne ». Par contre, si nous limitons les termes « liberté » et « *sécurité de la personne* » dans l'article 7 à l'absence de détention et à l'absence de perquisition et de saisie, alors les principes de justice fondamentale se comprennent d'une façon tout à fait naturelle comme des exigences de procédures concernant la détention, les perquisitions et les saisies. Et alors, même si une atteinte à la liberté ou à la sécurité de la personne n'était pas conforme à l'un de ces principes, l'article premier aurait encore un rôle à jouer : l'atteinte pourrait se justifier s'il y avait des raisons extrêmement graves à l'appui. Mais si nous comprenons le terme « liberté » comme le droit de faire des choix sans ingérence de l'État (Wilson), et « sécurité de la personne » comme l'autonomie corporelle (Dickson) ou la santé (Beetz), alors les principes de justice fondamentale finissent par signifier « juste » ou « équitable » ou « raisonnable » ou « justifiable », et l'article premier n'a plus aucun rôle à jouer vis-à-vis de l'article 7.