

Table des matières

Résumé	iii
Abstract.....	v
Table des matières	vii
Remerciements	xi
Introduction	1
Chapitre 1 : Les données empiriques : Le renversement juridique	9
1.1 Introduction	9
1.2 Dispositions juridiques	9
a) Dispositions constitutionnelles	10
b) Les dispositions législatives	13
1.3 Arrêt Rodriguez	14
a) Les motifs de la majorité	15
b) Les motifs du Juge en chef Lamer	18
c) Les motifs de la juge McLachlin	21
1.4 Arrêt Carter	23
a) <i>Stare decisis</i> et jugement de première instance	24
b) Articles 7 et 15 de la <i>Charte</i>	25
c) Article premier.....	27
Chapitre 2 : Un premier cadre théorique : Le positivisme de H. L. A. Hart	33
2.1 Introduction	33
2.2 L'échec d'Austin	34
2.3 La théorie générale de Hart	37
2.4 Droit et moralité chez Hart	44

Chapitre 3 : Un second cadre théorique : Ronald Dworkin, ses critiques du positivisme et sa théorie de l'interprétativisme.....	53
3.1 Introduction	53
3.2 La critique du positivisme hartien : <i>Taking Rights Seriously</i>	54
a) « The Model of Rules I ».....	54
b) « Hard Cases »	58
3.3 L'interprétativisme : <i>Law's Empire</i>	65
3.4 Conclusion	76
Chapitre 4 : Appliquer la théorie au cas pratique : Analyse et discussion des résultats.....	77
4.1 Introduction	77
4.2 Droit et moralité : discrétion vs principes.....	78
a) <i>Carter</i> et la discrétion positiviste	78
b) La moralité politique canadienne : une question de principes	83
c) Analyse : comment expliquer en l'espèce le lien entre droit et moralité ?.....	87
4.3 Qu'est-ce qu'un renversement juridique ?.....	89
a) Le renversement juridique en droit canadien	89
b) Les renversements juridiques : une théorie de l'erreur	94
c) Analyse : l'analyse dworkinienne est-elle toujours aussi convaincante ?	96
4.4 Divers aspects inclassables.....	98
a) Opposition à la théorie d'Austin.....	99
b) L'interprétativisme dworkinien.....	102
c) Analyse : qui remporte le troisième round ?	105
Conclusion	107
Bibliographie	111
A. Articles, chapitres et monographies.....	111

B. Textes législatifs et constitutionnels canadiens	115
C. Jurisprudence canadienne	115
D. Jurisprudence étrangère	116
E. Autre.....	117

Remerciements

Plusieurs personnes ont contribué à ce que vous lirez, grâce à des rencontres, des discussions, des séminaires, des colloques, des tables-rondes et des conférences.

En ce sens, je tiens tout d'abord à remercier Jocelyn Maclure pour sa direction de recherche. Je lui dois de m'avoir pris sous aile ainsi que de m'avoir introduit à la philosophie du droit en général, et au débat Hart-Dworkin en particulier. Travailler avec lui fut un réel plaisir, et j'espère que notre collaboration se poursuivra.

Pour tout ce qu'elle a fait pour moi, pour son écoute, pour son amour sans commune mesure et son soutien indéfectible, je remercie ma mère, José Lacroix, à qui je dois tout.

Pour leurs critiques judicieuses et leur lecture attentive du texte, je remercie les membres du jury de ce mémoire : Jocelyn Maclure, Luc Bégin et Daniel Weinstock.

Pour leurs conseils et leurs encouragements, je remercie les professeurs Marie-Andrée Ricard, Pierre-Olivier Méthot, Patrick Turmel, Louis-Philippe Lampron, Patrick Taillon, Guy Laforest, Alain-G. Gagnon, Jocelyne St-Arnaud et Christine Vézina.

Pour leur présence et la qualité des liens noués au fil du temps, je remercie mes amis Jérôme Brousseau, Kate Blais, Elena Drouin, Anne-Sophie Ouellet, Valérie Bergeron-Boutin, Isabelle J. Rémillard, Sarah Gauthier-Duchesne, Hugo Tremblay, Catherine Rioux, Charles Guay-Boutet, Kiven Poirier-Fontaine, Olivier Saint-Pierre, Julien Ouellet, Jean-Christophe Nadeau, Félix Aubé Beaudoin, Delphine Gingras, Hind Fazazi, Audrey Paquet, David Bordeleau, Jade Néron, Jean-François Perrier et Charles Gauthier-Marcil.

Enfin, ce mémoire de maîtrise n'aurait pas été possible sans le généreux financement de la Faculté de Philosophie de l'Université Laval ; de l'Institut d'éthique appliquée de l'Université Laval (IDÉA) ; du Centre de recherche en éthique (CRÉ), logé à l'Université de Montréal ; et du Groupe de recherche sur les sociétés plurinationales (GRSP), logé à l'Université du Québec à Montréal (UQAM).

Introduction

Le 6 février 2015, la Cour suprême du Canada a rendu un jugement historique, unanime et anonyme. Dans l'arrêt *Carter*¹, la Cour reconnaît que l'interdiction mur à mur de l'aide médicale à mourir porte atteinte aux droits constitutionnels de certaines personnes. En effet, les adultes capables devraient pouvoir demander l'aide d'un médecin pour mettre fin à leur vie s'ils respectent deux critères : consentir clairement et de façon éclairée à quitter ce monde et être affecté de problèmes de santé graves et irrémediables leur causant des souffrances persistantes et intolérables. Or, cette décision constitue un renversement juridique, car un jugement inverse avait été rendu en 1993. En effet, vingt-deux ans auparavant, la Cour suprême avait jugé à cinq contre quatre que l'interdiction du suicide assisté était constitutionnelle². Dans l'arrêt *Rodriguez*³, la majorité avait statué que la protection du caractère sacré de la vie dans toute circonstance, tant pour les personnes vulnérables que pour les adultes capables, était une raison suffisante pour ne pas accorder de dérogation aux articles du *Code criminel* qui concernent le suicide assisté. Les juges majoritaires craignent alors que toute ouverture à l'aide au suicide entraîne un élargissement progressif des critères d'admissibilité, ce que plusieurs appellent l'argument du « doigt dans l'engrenage ».

Mon projet s'inscrivant dans le tournant pratique ou « non idéal » de la philosophie politique, il portera sur les causes de ce renversement juridique. En effet, pour expliquer sa nouvelle décision, la Cour suprême a elle-même reconnu que des changements d'ordre social et juridique sont survenus entre 1993 et 2015. Cela nous amènera à réfléchir au concept juridique de *stare decisis*, selon lequel les tribunaux doivent en principe rendre des décisions conformes aux décisions antérieures. Plusieurs théories juridiques tentent d'expliquer à leur manière ce qui peut expliquer qu'une cour rejette une décision passée, et deux de ces théories seront analysées dans le cadre de ce mémoire : le positivisme de

¹ *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5 [2015] 1 R.C.S. 331.

² Pour la distinction entre l'aide médicale à mourir et le suicide assisté, voir *infra*, sous-section 1.2b).

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

H. L. A. Hart et la philosophie du droit de Ronald Dworkin. Le débat Hart-Dworkin a accaparé une importante place dans les curriculums académiques des cinquante dernières années et est encore d'actualité aujourd'hui, comme je le montrerai dans cette introduction.

L'objectif de ce mémoire sera bien précis. Je tenterai de déterminer laquelle des deux théories mentionnées ci-haut permet le mieux d'expliquer le renversement juridique canadien concernant l'aide médicale à mourir. Mon hypothèse initiale est simple : ces deux théories sont en mesure d'expliquer le renversement juridique, mais l'une le fera mieux que l'autre. En effet, ces deux théories se ressemblent davantage que ce que certains voudraient l'admettre, mais conservent néanmoins suffisamment de différences pour que l'une d'entre elles ait un pouvoir explicatif plus puissant que l'autre dans le contexte particulier de cette étude.

Déjà, mentionnons ce que ce mémoire ne sera pas. Premièrement, il ne s'agit pas d'une analyse de l'aide médicale à mourir sur le plan bioéthique. Ces passionnantes questions d'éthique normative et appliquée seront laissées à plus tard⁴. On ne peut cependant pas nier l'importance des réflexions fondamentales sur ce sujet, et je ne peux passer sous silence la nécessité d'un travail multidisciplinaire dans ces recherches. La philosophie a besoin de l'apport juridique, médical et scientifique des autres domaines. Deuxièmement, ce mémoire ne portera pas uniquement sur des questions juridiques ; il s'agit bel et bien d'un essai philosophique. Troisièmement, cette recherche ne se veut pas philosophiquement herméneutique; l'objectif n'est pas de trancher le débat Hart-Dworkin. Bien que l'utilisation de sources secondaires s'avèrera parfois utile pour apporter un éclairage nouveau sur un passage particulièrement difficile du texte, je tenterai de faire une lecture très serrée des ouvrages de Hart et de Dworkin, privilégiant grandement les sources primaires. En somme, ce mémoire porte sur la capacité des théories hartienne et

⁴ À ce sujet, j'ai contribué à une table-ronde sur l'aide médicale à mourir organisé par le Centre de recherche en Éthique (CRÉ) dans le cadre de ses Points de l'Actualité, le 27 janvier 2016, à la librairie Olivieri de Montréal. L'enregistrement de cette table-ronde est disponible ici : *Table-ronde sur l'aide médicale à mourir* [En ligne] <https://www.youtube.com/watch?v=4vPK6Pylly&feature=youtu.be> (Consulté le 21 juin 2016).

dworkinienne à expliquer le renversement juridique canadien concernant l'aide médicale à mourir, ni plus ni moins.

L'approche méthodologique privilégiée est l'application et la comparaison des théories à l'étude. Après avoir exposé les caractéristiques des théories du droit à l'étude, je passerai à l'examen comparé de leur pouvoir explicatif dans le cadre du renversement Rodriguez-Carter. En comparant la réponse de ces philosophies du droit à différentes questions centrales au renversement juridique, je serai en mesure de vérifier si elles sont aptes à expliquer la réalité juridique canadienne. S'il s'avérait qu'une théorie ne puisse répondre adéquatement à l'une des questions qui lui seront posées, cela serait un coup fatal à sa crédibilité. Cette possibilité semble néanmoins très peu probable. Il est plus réaliste de penser que chaque théorie sera en mesure d'expliquer le renversement, mais que l'une le fera de manière plus convaincante. Évidemment, puisque trois thématiques seront abordées dans le chapitre d'analyse, il est possible qu'une théorie l'emporte sur toute la ligne ; considérant l'importance de ces deux théories en philosophie du droit contemporaine, cela est cependant peu probable.

Avant de débiter la présentation substantielle me permettant de répondre à ma question de recherche, il convient de présenter sommairement le champ intellectuel qu'est la philosophie du droit. Il est généralement admis que la philosophie du droit est composée de deux branches d'égale importance (Dworkin, 1978, p. vii). Premièrement, une première branche conceptuelle se rapporte aux questions centrales de la philosophie juridique. Il s'agit de la philosophie du droit analytique, puisque son rôle est d'analyser les concepts impliqués dans les débats de philosophie juridique. Cette branche s'inspire de l'analyse conceptuelle et de la philosophie du langage qui ont marqué la tradition analytique au XX^e siècle. Sa question principale est « Qu'est-ce que le droit ? ». On distingue généralement trois écoles différentes en philosophie du droit analytique d'origine anglo-américaine, soit le droit naturel, le positivisme et l'interprétativisme (Himma, 2016b). Ces deux dernières théories retiendront notre attention dans ce mémoire, bien qu'il sera ici et là question du droit naturel. Deuxièmement, une seconde branche de la philosophie est préoccupée par les

questions normatives et évaluatives à propos du droit, tel que « Quel est l'objectif ou le but du droit ? Quelles théories morales ou politiques fournissent une justification pour le droit ? » (Marmor & Sarch, 2015). Ces réflexions sont liées au droit, mais s'intéressent à l'agir humain en ce qu'il est concerné par le droit : les limites du droit (Stanton-Ife, 2006), la désobéissance civile, la justification des sanctions, etc. Certains théoriciens considèrent qu'il existe aussi une troisième branche à la philosophie du droit, soit les théoriques juridiques critiques (Himma, 2016b). À mon sens, ces dernières ressemblent davantage à des réflexions sociologiques concernant le droit, quoiqu'elles demeurent pertinentes dans l'univers intellectuel d'aujourd'hui.

De toutes ces questions, c'est le lien entre droit et moralité qui est au cœur du débat entre H. L. A. Hart et Ronald Dworkin. Ils ne sont évidemment pas les deux seuls auteurs à s'y être intéressés. Modifiant légèrement les canons du droit naturel, Lon L. Fuller fut la figure de proue d'un droit naturel procédural, qui distingue les considérations morales externes et internes au droit (Fuller, 1969). Sa carrière académique profita grandement de l'attention que Hart lui accorda. En effet, le débat Hart-Fuller, bien que moins enflammé que le débat Hart-Dworkin, est l'un des débats de philosophie du droit les plus intéressants du XXe siècle. Plusieurs auteurs y participèrent, sur une période d'un peu plus de dix ans, s'étendant de la publication simultanée d'un article de Hart (1958) et de sa critique par Fuller (1958) jusqu'à la seconde parution de l'ouvrage principal de Fuller, *The Morality of Law* (1969). Même Dworkin s'inscrivit dans le débat, critiquant les résultats de Fuller tout en saluant son apport à la réflexion commune sur le lien entre droit et moralité (1965a, 1965b). Plus récemment, ce sont des professeurs de l'Université Cambridge qui ont porté le débat à un nouveau niveau. Matthew H. Kramer et Nigel Simmonds ont respectivement publié *Where Law and Morality Meet* (Kramer, 2004) et *Law as a Moral Idea* (Simmonds, 2008), relançant le débat concernant le lien entre droit et moralité.

Avant de faire une brève de revue de littérature de ce qui a été écrit au XXIe siècle concernant le débat Hart-Dworkin, il peut être pertinent de glisser quelques mots à propos de la littérature secondaire spécifique à ces deux auteurs. En ce qui a trait à Dworkin, l'ouvrage secondaire le plus important est celui dont Justine Burley fut responsable,

Dworkin and His Critics (Burley, 2004). Il comporte dix-huit chapitres tenant sur plus de quatre cents pages, et le dernier chapitre est une réplique de Dworkin à ses critiques. On notera que cet ouvrage couvre toute l'œuvre dworkinienne : philosophie du droit, philosophie politique et morale, bioéthique, etc. Autre incontournable, le livre édité par Marshall Cohen se consacre à la philosophie du droit de Ronald Dworkin (Cohen, 1998). Ses treize chapitres offrent au lecteur initié de riches critiques des théories juridiques de Dworkin, auxquelles le principal intéressé répond dans un quatorzième chapitre. Deux sources plus récentes sont aussi à consulter. En premier lieu, le livre de Stephen Guest intitulé simplement *Ronald Dworkin* (Guest, 2012). Ce dernier est fréquemment mis à jour, l'édition de 2012 en étant la troisième. Guest y incorpore un chapitre sur la dernière œuvre de Dworkin à paraître de son vivant, *Justice for Hedgehogs* (Dworkin, 2010). En second lieu, l'article du *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (SEP) portant sur l'interprétativisme juridique, écrit par Stavropoulos, vaut le détour (Stavropoulos, 2014).

Quant à Hart, une littérature secondaire abondante existe à son sujet. L'introduction à la troisième édition de *The Concept of Law* (2012), écrite par Leslie Green, permet au lecteur débutant d'avoir une vision d'ensemble du projet hartien. Par ailleurs, Green est aussi l'auteur de l'entrée du SEP au sujet du positivisme juridique (Green, 2003). Il s'agit d'un très bon endroit où commencer son apprentissage en philosophie du droit. Les mêmes propos s'appliquent au travail de Kenneth Himma, au *Internet Encyclopedia of Philosophy*. Ce dernier y signe l'article sur le positivisme juridique ainsi que sur la philosophie du droit en général (Himma, 2016a, 2016b). En outre, le plus récent recueil de textes concernant Hart fut dirigé par Jules Coleman (Coleman, 2001) et met l'accent sur le « Postscript » que Hart a écrit pour la seconde édition de *The Concept of Law* (1994). Ce Postscript se veut essentiellement une réponse à la critique de Ronald Dworkin ainsi qu'une reformulation de la position hartienne initiale.

Le débat Hart-Dworkin a en lui-même créé beaucoup de remous dans le milieu académique. Outre les interventions directes dans le débat de la part des partisans de Hart ou de Dworkin, certains auteurs ont fait œuvre utile en écrivant des textes qui s'intéressent

au débat lui-même. Trois de ceux-ci nous intéresseront à présent. Le texte le plus important est sans nul doute celui de Scott J. Shapiro (2007). D'une manière méthodique et appliquée, Shapiro présente toutes les étapes du débat Hart-Dworkin. Il le fait sans parti pris, faisant preuve d'une grande générosité intellectuelle envers les deux auteurs. Il n'en reste cependant pas là, proposant une vision novatrice du débat Hart-Dworkin. En effet, la plupart des commentateurs ayant écrit avant lui amalgamaient les critiques dworkiniennes de *Taking Rights Seriously* (Dworkin, 1978) et de *Law's Empire* (Dworkin, 1986), alors que Shapiro soutient qu'elles sont distinctes⁵. Selon lui, les positivistes se sont contentés de répondre aux premières critiques, issues de *Taking Rights Seriously*, mais n'ont pas vu que les secondes critiques étaient immunisées face aux réponses positivistes existantes. Il propose ensuite une nouvelle défense du positivisme, qui répond aux nouvelles critiques. Cette contribution est claire et accessible tout en étant stimulante ; elle devrait être le point de départ de toute réflexion concernant le débat Hart-Dworkin. Cette opinion favorable envers le débat Hart-Dworkin est malheureusement aujourd'hui minoritaire. Plusieurs auteurs croient qu'il nous faut quitter (Culver, 2001) ou dépasser (Leiter, 2003) ce débat pour des raisons méthodologiques, philosophiques, voire pédagogiques.

Je ne partage pas ce point de vue, et c'est pourquoi ce mémoire est consacré aux écrits de Hart et de Dworkin. Une portion importante de ce mémoire est donc davantage descriptive que critique, et telle est mon intention. En effet, avant de procéder à l'évaluation du pouvoir explicatif des théories de Hart et de Dworkin, il nous faut présenter les opinions des juges dans les arrêts *Rodriguez* et *Carter*. Cela constituera mon premier chapitre. Dans un deuxième chapitre, j'exposerai les principales thèses de Hart. À ce moment, trois éléments retiendront principalement notre attention. Tout d'abord, les critiques de Hart envers la théorie de John Austin, un positiviste du XIXe siècle, occuperont la première section du chapitre. Celles-ci nous permettent de comprendre comment et pourquoi Hart construit sa propre théorie générale du droit. Dans un dernier temps, il conviendra de s'arrêter un instant sur la conceptualisation du lien entre droit et moralité proposée par Hart. S'éloignant des théories hartiennes, le troisième chapitre portera sur la pensée de Ronald

⁵ J'accepte cette distinction et traiterai distinctement de ces deux critiques dans le cadre de ce mémoire.

Dworkin. J'y présenterai les nombreuses critiques dworkiniennes de la pensée de Hart, puis procéderai à la mise en lumière d'une théorie innovatrice développée par Dworkin : l'interprétativisme. Dans le quatrième et dernier chapitre, j'explore la capacité explicative des théories déjà présentées afin de répondre à ma question de recherche et déterminer laquelle des philosophies du droit de Hart et de Dworkin permet le mieux d'expliquer le renversement juridique canadien concernant l'aide médicale à mourir. Trois thématiques retiendront notre attention : le lien entre droit et moralité, le concept de renversement juridique ainsi que divers aspects finaux inclassables.

Chapitre 1 : Les données empiriques :

Le renversement juridique

1.1 Introduction

Ce chapitre est consacré à l'étude des faits entourant le renversement juridique canadien concernant l'aide médicale à mourir. Le lecteur sera introduit à plusieurs concepts centraux de l'interprétation juridique canadienne. Avant de présenter tour à tour les arrêts *Rodriguez*⁶ et *Carter*⁷, il sera premièrement nécessaire d'identifier les dispositions juridiques en jeu.

1.2 Dispositions juridiques

Le Canada est une démocratie libérale, dont les principes ont été établis depuis fort longtemps. Le respect des lois fait généralement partie de nos mœurs, et les décisions des tribunaux ne sont que très rarement défiées par la population ou ses représentants élus. Notre droit est construit d'une manière pyramidale, qui n'est pas sans rappeler la théorie de Kelsen (1967). Au sommet de cette hiérarchie se trouvent les documents écrits formant la Constitution formelle du pays. Un de ces textes nous intéressera particulièrement ici, la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la première partie de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁸. C'est grâce à certains articles de cette dernière que des individus ont pu contester la légalité de certaines parties de notre *Code criminel*⁹. En effet, les lois ordinaires doivent se conformer aux dispositions de la *Charte*, en tant qu'elle fait partie intégrante de la Constitution. Dans les pages qui suivent, je procéderai à l'exposition des dispositions constitutionnelles et législatives mises en cause dans les arrêts *Rodriguez* et *Carter*, afin de simplifier leur explication dans les sections subséquentes.

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

⁷ *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5 [2015] 1 R.C.S. 331.

⁸ *Loi constitutionnelle de 1982* (R-U), constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c. 11.

⁹ *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46.

a) Dispositions constitutionnelles

Avant tout, notons que des articles de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui ne font pas partie de la *Charte* doivent aussi être pris en considération lorsqu'on parle d'aide médicale à mourir. C'est le cas de l'article 52, qui affirme à son premier paragraphe que :

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

C'est pour cette raison que la Cour suprême est officiellement habilitée à contrôler la constitutionnalité des lois, règlements et autres règles de droit issues tant du palier fédéral que des paliers provinciaux, municipaux ou autres. De fait, toutes les cours canadiennes peuvent juger de la constitutionnalité des règles de droit, c'est-à-dire de leur respect des articles énoncés dans notre Constitution. La Cour suprême, de par sa position, a cependant le dernier mot en la matière ; son jugement est final et sans appel (G. Tremblay, 2009, p. 460- 461). Si le contrôle de constitutionnalité est possible, c'est bien parce que les personnes, physiques et morales, peuvent appuyer leurs raisonnements sur des articles plus substantiels de la *Loi constitutionnelle de 1982*. C'est le cas des articles 1 à 34, qui forment ce que l'on appelle la *Charte canadienne des droits et libertés*. Trois de ceux-ci seront analysés ci-après en raison de leur importance dans les arrêts à l'étude¹⁰.

Premièrement, les camps Rodriguez et Carter ont tous deux plaidé que leur droit protégé par l'article 7 était violé par l'état actuel du droit. Cet article se lit ainsi :

7. 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.

L'article 7 a généralement été interprété en deux temps. Tout d'abord, les juges doivent déterminer si le droit de l'appelant « à la vie, à la liberté et à sécurité de sa personne » a été atteint. Historiquement, les juges ont considéré qu'il ne s'agissait pas là de trois droits

¹⁰ Dans l'affaire *Rodriguez*, les plaignants plaident aussi que l'État contrevient au droit prévu à l'article 12 de la Charte, soit le « droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités ». Tous s'entendent cependant sur le caractère hors d'ordre d'une telle proposition, qui ne sera donc pas étudiée dans ce mémoire.

distincts, mais d'un seul, comme le suggère la formulation (Brun, Tremblay, & Brouillet, 2008, p. 1099-1100). Il fut cependant convenu qu'une atteinte à l'une des trois parties du droit (vie, liberté ou sécurité) est suffisamment sérieuse pour déclencher une étude du deuxième volet du droit. En effet, dans un second temps, les juges doivent déterminer si l'atteinte en question est conforme aux « principes de justice fondamentale ». Ces derniers ne sont pas définis par la *Charte*, mais la Cour suprême du Canada les a définis, construits ou découverts¹¹ au fil des années ; de nombreux arrêts de la Cour suprême reposent sur ces différents principes¹². Plusieurs de ces principes, comme l'autonomie individuelle, la responsabilité personnelle, le caractère sacré de la vie de la humaine ou l'importance de protéger les personnes vulnérables ne sont pas problématiques en soi et semblent unanimement acceptés. Cependant, c'est dans leur application que des désaccords émergent. Les juges ne s'entendent effectivement pas toujours sur ce qui est à conclure en vertu des principes de justice fondamentale, ni sur la façon d'en arriver à une conclusion. Ce dernier problème est central dans le renversement juridique concernant l'aide médicale à mourir. En effet, en 1993, les juges de la majorité soutiennent que l'intérêt de l'appelant doit être pondéré avec l'intérêt de l'État, entendu de manière générale. Cette prétention est rejetée par la jurisprudence des années suivantes, et la Cour ne s'y sent donc pas liée lorsque vient le temps de trancher l'affaire *Carter*, en 2015. Comme nous le verrons, cet aspect est crucial pour bien comprendre ce qui a permis à la Cour suprême de revenir sur sa décision initiale.

Deuxièmement, l'article 15 de la *Charte* est fréquemment invoqué pour invalider les articles du *Code criminel* interdisant l'aide médicale à mourir. Le premier paragraphe de cet article stipule que :

Rapport-gratuit.com 
LE NUMERO 1 MONDIAL DU MÉMOIRES

¹¹ Les trois termes peuvent s'appliquer, en fonction de l'école de pensée que l'on privilégie.

¹² Voir surtout *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486. Voir aussi *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134 ; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101 ; *R. c. Malmö-Levine* ; *R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74. Peuvent aussi être intéressants les arrêts suivants : *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031 ; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761 ; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636 ; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500 ; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. [Je souligne]

Cette constitutionnalisation du droit à l'égalité et à la non-discrimination est plaidée par ceux qui souhaitent rendre légal l'aide médicale à mourir parce que la législation actuelle distinguerait indument entre les personnes handicapées (*disabled*) et les personnes non handicapées (*able-bodied*). La loi actuelle, qui interdit le suicide assisté, n'est certainement pas volontairement discriminatoire envers les personnes handicapées. Cependant, en leur niant la possibilité de recevoir l'aide d'autrui pour mettre fin à leurs jours, la loi leur ferait subir un traitement différencié pour la seule raison de leur handicap. En effet, depuis 1972, la tentative de suicide n'est pas un crime en droit canadien¹³. Le suicide demeure cependant impossible pour certaines personnes vivant avec un handicap ou une maladie grave. Cette distinction, si elle est admise, est clairement une violation de l'article 15(1), qui s'oppose textuellement aux discriminations fondées sur les déficiences physiques. Comme nous le verrons, ce ne sont cependant pas tous les juges qui l'admettent.

Troisièmement, les juges doivent toujours considérer l'article premier de la Charte. Ce dernier affirme simplement que :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que 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.

C'est donc dire qu'une atteinte à un droit protégé, que ce soit en vertu des articles 7, 15 ou autres, peut être justifiée dans certaines circonstances. La Cour suprême a développé une façon simple de dire si la restriction aux droits est faite dans des limites raisonnables qui se justifient dans une société libre et démocratique : le test de *Oakes*¹⁴. Ce dernier, créé en 1986 dans l'arrêt du même nom, énonce les deux critères à respecter : (1) la règle de droit

¹³ *Loi de 1972 modifiant le Code criminel*, S.C. 1972, ch. 13, art. 16.

¹⁴ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

qui porte atteinte aux droits d'un individu doit avoir un objectif réel et urgent et (2) les moyens pris pour atteindre cet objectif doivent être proportionnels. Ce dernier critère s'évalue grâce à trois sous-critères : (i) les moyens choisis doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif de la règle de droit, (ii) ils doivent porter le moins possible atteinte au droit en question et (iii) il doit y avoir une proportionnalité entre la restriction imposée au droit et l'objectif de la règle de droit. Ce n'est qu'en respectant tous ces critères qu'une atteinte à un droit individuel peut être jugée constitutionnelle.

b) Les dispositions législatives

Les articles de la Constitution présentés ci-haut ne sont utiles que si l'on comprend ce qu'ils nous permettent de contester. Dans le cas qui nous intéresse, c'est le *Code criminel* qui est mis en cause. En fait, ce sont deux articles précis du *Code* qui seraient à la source du problème.

Dans l'arrêt Rodriguez, l'affaire tourne autour de l'article 241 du *Code criminel*, particulièrement de son alinéa b) :

241 Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans quiconque, selon le cas :

a) conseille à une personne de se donner la mort ;

b) aide ou encourage quelqu'un à se donner la mort,

que le suicide s'ensuive ou non.

On comprend donc que seul le suicide assisté est revendiqué par le clan Rodriguez, et non une forme d'euthanasie volontaire¹⁵. Dans l'affaire Carter, un second article du *Code criminel* est mis en cause, soit l'article 14 :

¹⁵ Pour simplifier, le suicide assisté se définit comme le fait de mettre à la disposition d'une personne les moyens pour qu'elle se suicide. Lorsque cela est fait dans par une équipe médicale, on parle d'un suicide médicalement assisté. Quant à l'euthanasie, il s'agit de l'acte d'un médecin mettant intentionnellement fin aux jours de son patient. Si la communauté de bioéthique fut divisée pendant plusieurs décennies à propos de

14 Nul n'a le droit de consentir à ce que la mort lui soit infligée, et un tel consentement n'atteint pas la responsabilité pénale d'une personne par qui la mort peut être infligée à celui qui a donné ce consentement.

Bien que le camp Carter ait contesté plusieurs autres articles¹⁶, seul l'article 14 est retenu par la Cour pour justifier d'autoriser une aide médicale à mourir dont l'agentivité est extérieure au patient, soit l'euthanasie volontaire.

Dans chacun de nos deux arrêts, la tâche des juges est donc de vérifier si l'une de ces deux dispositions législatives (ou les deux) enfreint au moins un des articles de la *Charte* identifié ci-haut, et si oui, si la restriction est justifiable en vertu de l'article premier de ladite *Charte*. Analysons ce qu'il en est.

1.3 Arrêt Rodriguez

En 1993, la Cour suprême du Canada rend son jugement dans l'affaire *Rodriguez*, qui opposait le clan Rodriguez au Procureur-général de la Colombie-Britannique. Cet arrêt fut hautement médiatisé, s'inscrivant dans le sillon de causes similaires dans les années précédentes¹⁷. La Cour fut profondément divisée, alors qu'une mince majorité parmi les juges (cinq contre quatre) décida de maintenir l'interdiction de l'aide au suicide¹⁸. Trois dissidences furent écrites : celle du Juge en chef Lamer, celle des juges McLachlin (maintenant Juge en chef) et L'Heureux-Dubé, puis celle du juge Cory. Cette dernière

l'euthanasie passive et active, il est aujourd'hui admis que seule l'euthanasie active mérite le titre d'euthanasie. En effet, l'euthanasie passive est mieux comprise en tant qu'arrêt de traitement. Une autre distinction existe encore aujourd'hui entre l'euthanasie volontaire et involontaire. L'euthanasie volontaire est désirée par le patient, qui doit en faire la demande expresse, alors que l'euthanasie involontaire peut être assimilée à un homicide : aucun consentement n'a à être émis pour que l'euthanasie involontaire soit pratiquée, ce qui explique pourquoi tous les pays la rejettent. Le suicide assisté s'oppose à l'euthanasie volontaire en ce qui a trait à l'agentivité. Dans un cas, le patient met fin à sa vie grâce à l'aide reçue; dans l'autre, le médecin met fin aux souffrances du patient, avec son consentement libre et éclairé.

¹⁶ Soit les articles 21, 22 et 222 du *Code criminel*. Ces derniers régulent respectivement les participants à une infraction et l'intention commune, la personne qui conseille à une autre de commettre une infraction ainsi que les homicides.

¹⁷ Voir principalement *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30. La Cour présente des raisonnements similaires ailleurs, notamment dans les arrêts *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530 ; *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119 ; *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361 ; *Malette c. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417 (C.A.).

¹⁸ Il s'agit des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major. L'arrêt fut écrit par le juge Sopinka.

dissidence ne sera pas étudiée dans ce chapitre, car elle ne fait que reprendre les arguments avancés par Lamer et McLachlin. Selon le Juge en chef Lamer, l'alinéa 241b) du *Code criminel* contrevient à l'article 15 de la *Charte* ; la juge McLachlin soutient plutôt que ce même alinéa n'est pas conforme à l'article 7 de ladite *Charte*. Avant de présenter ces deux dissidences distinctes, il convient cependant d'exposer l'opinion de la majorité, qui fut déterminante jusqu'au renversement causé par l'arrêt *Carter* en 2015.

a) Les motifs de la majorité

Dans son verdict d'environ 35 pages, le juge Sopinka, écrivant pour la majorité, conclut que l'alinéa 241b) du *Code criminel* peut être maintenu. J'analyserai deux temps de son argumentaire, soit sa réflexion concernant les articles 7 et 15 de la *Charte*.

Au sujet de l'article 7, la majorité affirme que l'élément à étudier est « la sécurité de [l]a personne », car cette dernière « protège à la fois l'intégrité physique et psychologique de la personne » (Rodriguez, p. 587, citant la juge Wilson dans l'affaire *Morgentaler*, précité, p. 173). C'est la notion d'autonomie personnelle, au cœur du droit à la sécurité de sa personne, qui entre en jeu lorsqu'on interdit le suicide assisté. La majorité reconnaît cet état de fait, et admet qu'une telle interdiction enfreint l'autonomie personnelle de la plaignante, impliquant par le fait même son droit à la sécurité. Les juges doivent donc déterminer si cette infraction est conforme aux principes de justice fondamentale.

D'entrée de jeu, les juges de la majorité avouent qu'il y a une tension entre l'inévitable intervention de la Cour lorsque la Charte est violée et la nécessaire déférence envers la législateur (Rodriguez, p. 589-590). Ils ne refusent cependant pas de trancher le débat. Selon eux, les principes de justice fondamentale doivent jouir d'un fort consensus social, être suffisamment précis et identifiables ainsi qu'être des principes juridiques plutôt que moraux ou autres (Rodriguez, p. 590-591). C'est ensuite que les juges se distancient de la position que prendra la Cour dans l'arrêt *Carter* : selon eux, on ne peut conclure que la restriction au droit à la sécurité est arbitraire en se fiant uniquement au fait qu'elle n'a aucun lien avec l'objectif visé par la loi. Bien que ce dernier critère soit nécessaire, il n'est

pas suffisant : il faut aussi « considérer l'intérêt de l'État et les préoccupations de la société auxquelles elle [la restriction] répond » (*Rodriguez*, p. 594). Dans le cas présent, l'intérêt de l'État correspond au fait de protéger les personnes vulnérables. C'est aussi l'objectif de la disposition contestée, qui n'est pas qu'« une politique de l'État, mais [est] un élément de notre conception fondamentale du caractère sacré de la vie humaine » (*Rodriguez*, p. 595). Il n'est pas évident qu'une telle conception découle de principes réellement juridiques, alors que Sopinka insiste par ailleurs que les principes de justice fondamentale doivent être juridiques. Ces principes semblent plutôt relever de la moralité, voire de la métaphysique. On peut cependant admettre qu'ils aient été constitutionnalisés par la pratique, ce qui pose d'intéressantes questions à propos du lien qu'entretiennent droit et moralité.

Pour ces nombreuses raisons, les juges de la majorité décident d'étudier trois paramètres clés afin de déterminer si la restriction au droit à la sécurité enfreint l'intérêt de l'État à la protection des personnes vulnérables ainsi que les préoccupations de la société. Le premier paramètre est l'historique des dispositions en matière de suicide (*Rodriguez*, p. 596-598). On y documente le caractère historiquement prohibé du suicide au Canada et au Royaume-Uni, tout en insistant sur le fait que la levée de l'interdiction du suicide en 1972 au Canada n'avait pas comme objectif de rendre acceptable cette pratique, mais bien de reconnaître qu'elle doit être combattue par d'autres moyens que le droit criminel. Quant au second paramètre étudié, les soins médicaux au terme de la vie (*Rodriguez*, p. 596-598), les juges reprennent l'argumentaire de la Commission de réforme du droit dans son *Document de travail 28* (1982). Ce dernier est malheureusement en proie à plusieurs paralogismes, voire quelques sophismes : que ce soit des pentes glissantes, des hommes de paille, des faux dilemmes ou des généralisation abusives, tout y passe (Canada. Commission de réforme du droit, 1982, p. 61-62, cité dans *Rodriguez*, p. 600-601). C'est sur cette base que les juges de la majorité commettent ce qu'il me semble être deux erreurs. Premièrement, Sopinka écrit que « la participation active d'une personne dans la mort d'une autre est intrinsèquement blâmable sur les plans moral et juridique » (*Rodriguez*, p. 601). Cela est faux. Plusieurs exemples peuvent être donnés : la légitime défense, l'erreur médicale et l'acte commis par une personne reconnue non criminellement responsable pour cause de troubles mentaux sont autant de cas où « la participation active d'une personne

dans la mort d'une autre » ne cause pas de blâme moral ou juridique. Deuxièmement, les juges disent aussi qu'« il n'existe aucune certitude que l'on puisse prévenir les abus par une interdiction moindre que générale [si le suicide assisté est légalisé] » (*Rodriguez*, p. 601). Stricto sensu, je suis d'accord avec eux. Cependant, il faut aussi reconnaître que nous avons une certitude dans le contexte de l'arrêt *Rodriguez* : celle de violer les droits de cette dame. Les juges de la majorité n'en font pas mention.

S'il faut reconnaître un point fort à la démonstration de Sopinka, c'est lorsqu'il présente son troisième paramètre, un examen approfondi de la législation à l'étranger concernant l'aide au suicide (*Rodriguez*, p. 601-605). Il est tout à fait vrai qu'en 1993, aucune autre démocratie occidentale ne semble avoir législativement légalisé l'aide au suicide¹⁹. Malgré cela, il est désolant de voir que les juges acceptent des affirmations lourdes de conséquences sans fournir de preuves ou de références, comme lorsqu'il est écrit que « [l]es critiques de la position néerlandaise signalent l'existence d'une preuve indiquant que l'euthanasie active involontaire (interdite par les directives) est pratiquée avec une fréquence croissante » (*Rodriguez*, p. 603). Au final, les juges de la majorité ne voient pas de consensus en faveur du suicide assisté dans aucun de leurs trois paramètres. En fait, selon eux, « [s]'il se dégage un consensus, c'est celui que la vie humaine doit être respectée et nous devons nous garder de miner les institutions qui la protège [sic] » (*Rodriguez*, p. 608). Pour toutes ces raisons, l'atteinte au droit à la sécurité de sa personne de Mme Rodriguez serait conforme aux principes de justice fondamentale applicables en l'espèce.

Quant à l'article 15, la majorité préfère ne pas trancher le débat de manière substantielle et appliquer directement l'article premier de la *Charte*, en présumant une atteinte au droit à l'égalité. Reprenons donc les critères de l'article premier afin de déterminer si l'atteinte présumée est acceptable. (1) La règle de droit qui porte atteinte aux droits de Mme Rodriguez a-t-elle un objectif réel et urgent ? Selon la majorité, c'est le cas en l'espèce, car l'objectif de l'alinéa 241b) du Code criminel est de protéger les personnes

¹⁹ Ceci dit, certains pays, comme les Pays-Bas, avaient déjà émis des directives réglementaires ou exécutives selon lesquelles les médecins pratiquant l'euthanasie volontaire ne seraient pas poursuivis.

vulnérables. Cet objectif se fonde sur le caractère sacré de la vie humaine et notre devoir de la respecter. (2) Les moyens pris pour atteindre cet objectif sont-ils proportionnels ? Pour répondre à cette question, il suffit de répondre à trois sous-questions. (i) Les moyens choisis ont-ils un lien rationnel avec l'objectif de la règle de droit ? Bien entendu, le fait d'interdire le suicide assisté pour tous est rationnellement lié à l'objectif de protéger les personnes vulnérables et de respecter la vie humaine. (ii) Ces moyens portent-ils le moins possible atteinte au droit à la sécurité ? Selon la majorité, c'est le cas. En effet, le juge Sopinka écrit qu' « [i]l n'existe pas de demi-mesure qui permettrait de garantir, avec toutes les assurances voulues, la pleine réalisation de l'objectif poursuivi par la loi » (*Rodriguez*, p. 614). De plus, nous disent les juges majoritaires, « [l]es tentatives qui ont été faites pour nuancer cette approche [l'interdiction absolue de l'aide au suicide] par l'introduction d'exceptions n'ont pas donné de résultats satisfaisants et tendent à étayer la théorie du “doigt dans l'engrenage” » (*Rodriguez*, p. 613). Partant, ils conviennent qu' (iii) il y a une proportionnalité entre la restriction imposée au droit et l'objectif de la règle de droit. Pour toutes ces raisons, ils rejettent l'appel du clan Rodriguez.

b) Les motifs du Juge en chef Lamer

Le Juge en chef Lamer n'est pas du même avis que les juges majoritaires. Selon lui, l'alinéa 241b) du *Code criminel*, en interdisant le suicide assisté, contrevient à l'article 15 de la *Charte* d'une manière non conforme à l'article premier.

Pour démontrer cela, il rend compte du droit à la non-discrimination en quatre temps. Premièrement, il reprend l'analyse proposée par le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*²⁰. Selon celui-ci, l'article 15 s'analyse en deux étapes. D'une part, il faut identifier une atteinte au droit à l'égalité, c'est-à-dire une distinction établie sur la base de caractéristiques personnelles des individus (*Rodriguez*, p. 544). D'autre part, une fois une inégalité de ce type constatée, le juge doit vérifier si elle est discriminatoire. Le concept d'égalité, en droit canadien, a généralement été compris de manière comparative, située ou

²⁰ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

relative : ce n'est pas un droit absolu, ni un droit compréhensible hors du contexte d'une situation particulière. C'est en partie ce qui justifie l'utilisation d'une définition généreuse du terme « discrimination », qui s'entend de toute

distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société (*Rodriguez*, p. 545-546, citant le juge McIntyre dans l'affaire *Andrews*, précité, p. 174).

Étant donnée une telle définition, il va sans dire que la discrimination imposée aux plaignants n'est pas obligatoirement intentionnelle. Démontrer cela correspond au deuxième temps de l'analyse du Juge en chef Lamer. Ce dernier affirme même : « Une règle en apparence neutre p[eu]t également être discriminatoire si elle [a] pour effet de créer de pareilles distinctions » (*Rodriguez*, p. 548). Il n'est donc pas suffisant de démontrer que l'intention d'une disposition législative n'est pas de créer une discrimination ; encore faut-il montrer que l'effet de la loi n'est pas non plus discriminatoire.

Une fois ces considérations théoriques établies, le Juge en chef procède à l'analyse de l'alinéa 241b) à proprement parler, ce qui constitue le troisième temps de sa démonstration. Selon lui, « [c]ette disposition crée en effet une inégalité puisqu'elle empêche les personnes physiquement incapables de mettre fin à leur vie sans aide de choisir le suicide, alors que cette option est en principe ouverte au reste de la population » (*Rodriguez*, p. 549). En d'autres mots, la disposition ne distingue peut-être pas ouvertement entre les personnes handicapées (*disabled*) et les personnes non handicapées (*able-bodied*), mais ses effets entraînent une inégalité de traitement entre ces deux classes de personnes. En effet, rien n'interdit à une personne valide de mettre fin à ses jours, alors qu'une personne handicapée peut, dans certains cas, être privée de cette possibilité.

On doit donc s'interroger sur la seconde étape du processus, à savoir si l'inégalité constatée est discriminatoire. Il est à noter que Mme Rodriguez ne revendique pas le droit

de se donner la mort. Comme le note le Juge en chef, « [l']appelante prétend plutôt qu'elle sera privée du droit de choisir le suicide, de sa capacité de décider elle-même de la conduite de sa vie » (*Rodriguez*, p. 552, souligné dans le texte). Le Juge en chef Lamer est d'accord avec Mme Rodriguez pour dire qu'elle perdra la possibilité de choisir le suicide, lorsque sa maladie aura trop dégénérée. Rappelons que Mme Rodriguez est atteinte de la sclérose latérale amyotrophique (SLA), mieux connue sous le nom de « maladie de Lou Gehrig », une maladie dégénérative incurable qui rendra Mme Rodriguez incapable de se nourrir, de s'habiller, et de s'occuper d'elle-même, en plus d'éventuellement l'aliter jusqu'à sa mort. L'alinéa 241b), en interdisant le suicide assisté, prive l'appelante de l'autonomie individuelle qui devrait lui être reconnue, c'est-à-dire de l'autonomie de choisir le suicide. Voilà ce qui explique pourquoi l'inégalité identifiée ci-haut est discriminatoire.

Dans un quatrième et dernier temps de son analyse, le Juge en chef Lamer doit s'assurer que l'inégalité discriminatoire qu'il a identifiée est fondée sur une caractéristique personnelle énumérée par le paragraphe 15(1) de la *Charte*. En l'espèce, il croit que c'est le cas, puisque « les personnes handicapées physiquement au point de ne pouvoir mettre fin à leur vie sans assistance [...] entrent dans la catégorie des personnes souffrant de déficiences physiques au sens du par. 15(1) de la *Charte* » (*Rodriguez*, p. 556). Selon lui, les déficiences physiques forment la seule raison pour laquelle certaines personnes ne peuvent pas mettre fin à leur jour par elles-mêmes et donc qu'elles subissent une inégalité discriminatoire au sens de l'article 15. Il faut cependant nuancer cette affirmation, puisque ce ne sont pas toutes les personnes souffrant de déficiences physiques qui sont dans l'impossibilité de se suicider. Ceci étant dit, l'inégalité discriminatoire peut tout de même être constatée, puisqu' « elle ne peut frapper personne en dehors de ce groupe » (*Rodriguez*, p. 557, citant le juge en chef Dickson dans l'affaire *Brooks*²¹, p. 1247). Le Juge en chef Lamer constate donc une inégalité discriminatoire fondée sur une caractéristique personnelle et passe à l'étude de l'article premier.

²¹ *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219.

S'il reconnaît (1) l'objectif législatif comme étant réel et urgent, le Juge en chef ne considère pas que (2) les moyens utilisés sont proportionnels. En effet, il doute du (i) lien rationnel entre l'objectif de la loi et les moyens choisis par le législateur. S'il va sans dire que la disposition actuelle protège les personnes vulnérables, « on impose la vulnérabilité à tous ceux qui sont physiquement incapables de se suicider sans aide » (*Rodriguez*, p. 562) en raison uniquement de déficiences physiques. Il choisit cependant de ne pas trancher la question sur ce sous-critère, car le sous-critère suivant le fait de manière satisfaisante. En effet, on voit bien que (ii) l'atteinte aux droits de Mme Rodriguez n'est pas minimale en l'espèce. D'autres avenues doivent être envisagées par le législateur, qui a à cette étape le fardeau de la preuve. Le juge en chef écrit : « il existe une gamme d'options parmi lesquelles le Parlement peut choisir afin de sauvegarder les intérêts des personnes vulnérables tout en garantissant aux personnes handicapées physiquement un droit égal à l'autodétermination » (*Rodriguez*, p. 569). Le troisième sous-critère n'est pas analysé, car l'alinéa 241b) ne peut être préservé en vertu de l'article premier de la Charte. Par conséquent, le Juge en chef Lamer déclare cette disposition inopérante tout en suspendant le jugement pendant un an, pour permettre au législateur d'éviter le vide juridique. Évidemment, cela ne s'est pas produit, puisque son opinion est dissidente. Ce n'est cependant pas la seule dissidence.

c) Les motifs de la juge McLachlin

La juge McLachlin (maintenant juge en chef) écrit, en son nom et en celui de sa collègue la juge L'Heureux-Dubé, une dissidence distincte de celle du Juge en chef Lamer. En effet, elle considère que c'est plutôt le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de Mme Rodriguez qui est en cause dans cette affaire. Elle estime qu'un jugement fondé sur l'article 15 serait susceptible de créer une confusion en ce qui a trait à l'objet véritable de cet article, soit de « corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société

canadienne » (*Rodriguez*, p. 569, citant le Juge en chef Lamer dans l'affaire *Swain*²², p. 992).

En raison de l'arrêt *Morgentaler*, précité, la juge McLachlin insiste sur le fait que l'article 7 crée un espace de liberté au sein duquel tout individu peut prendre les décisions qu'il désire en ce qui a trait à son propre corps. Cet espace de liberté négative ne peut être enfreint par l'État. Selon elle, il a été établi dans l'arrêt *Morgentaler* que le seul critère permettant de garantir qu'une restriction au droit prévu à l'article 7 est arbitraire est l'absence de lien entre la restriction et l'objectif visé par la loi. Elle ne considèrera donc pas l'intérêt de l'État et les préoccupations de la société à l'étape d'évaluation de l'article 7, bien que ces considérations figureront inévitablement à l'étude de l'article premier. En ce sens, la conception de l'article 7 véhiculée par la juge McLachlin est bien différente de celle proposée par les juges majoritaires, qui renaient l'intérêt de l'État et la préoccupation de la société en tant que critères permettant d'évaluer le respect des principes de justice fondamentale. Dans les mots de McLachlin : « [l]a crainte d'abus possibles si on permet à un individu ce qui lui est refusé à tort n'est aucunement pertinente à cette étape initiale » (*Rodriguez*, p. 621). Par conséquent, l'atteinte au droit à la sécurité identifiée par les juges de la majorité ne peut se justifier en raison de principes de justice fondamentale. La juge McLachlin passe donc à l'analyse de cette restriction en fonction de l'article premier de la *Charte*.

Pour débiter, la juge McLachlin considère que l'objectif véritable de l'alinéa 241b) n'est pas de protéger les personnes vulnérables, mais qu'il vise « à interdire un autre crime, le meurtre ou d'autres formes d'homicides coupables » (*Rodriguez*, p. 625). Selon elle, c'est la prévention d'abus qui justifie la disposition en question. En ce sens, on ne peut tolérer que le droit à la sécurité de Mme Rodriguez soit limité par de simples craintes d'abus, car « les dispositions actuelles du *Code criminel* contribuent grandement à dissiper les craintes relatives à l'absence de consentement et au consentement obtenu irrégulièrement » (*Rodriguez*, p. 627). Les autres dispositions du *Code*, concernant par

²² *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

exemple l'homicide volontaire, le meurtre, l'influence excessive sur une personne vulnérable ou le fait de conseiller à une personne de se suicider, demeurerait tous en place et assureraient une protection suffisante pour les personnes vulnérables que l'on souhaite protéger en vertu de l'alinéa 241b). La juge McLachlin conclut donc que cette disposition est inopérante parce qu'elle ne respecte pas l'article premier, après avoir porté atteinte à l'article 7. Cependant, son opinion ne sera pas retenue, étant minoritaire.

Rapport-gratuit.com 
LE NUMERO 1 MONDIAL DU MÉMOIRES

Nous avons exposé précédemment les trois opinions défendues dans l'arrêt *Rodriguez*. Si la majorité reconnaît une atteinte au droit à la sécurité, Sopinka et ses collègues jugent que cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale. Par ailleurs, ils considèrent que la violation de l'article 15, qu'il nous faut présumer, se justifie dans une société libre et démocratique et respecte donc l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le Juge en chef Lamer n'est pas du même avis, considérant que l'article 15 est violé d'une manière disproportionnée. Quant aux juges McLachlin et L'Heureux-Dubé, elles écrivent que l'article 7 est atteint de manière non conforme aux principes de justice fondamentale et que cette atteinte ne peut se justifier en vertu de l'article premier. Cette dernière opinion, dissidente en 1993, sera adoptée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Carter*, en 2015. Analysons maintenant cet arrêt.

1.4 Arrêt Carter

Le 6 février 2015, la Cour suprême dépose son jugement dans l'affaire *Carter*, précité. Cette affaire oppose le Procureur-général du Canada à deux familles britanno-colombiennes. La première représente Mme Gloria Taylor, atteinte de SLA comme l'était Sue Rodriguez, alors que la seconde famille est celle de Kay Carter, qui voyagea en Suisse pour mettre fin à ses jours dans une clinique Dignitas. Les deux femmes ont fait face à un grave dilemme : « soit mettre fin prématurément à leurs jours, souvent par des moyens violents ou dangereux, soit souffrir jusqu'à ce qu'elles meurent de causes naturelles » (*Carter*, par. 1).

Notons d'entrée de jeu une particularité de l'arrêt *Carter* : il s'agit d'un jugement unanime et anonyme de la part de la Cour suprême du Canada. Ainsi, nous ne savons pas quel juge a écrit l'arrêt ; nous savons uniquement qu'il est écrit au nom de « La Cour ». Ce type de jugement est rare et témoigne de l'aspect politique inhérent à la question que devait trancher la Cour²³. L'unanimité confère aussi un poids important à la décision, face au législateur qui devra modifier le *Code criminel*.

a) *Stare decisis* et jugement de première instance

Dans cette affaire, la Cour retient deux dispositions du *Code criminel* qui, ensemble, interdisent l'aide médicale à mourir²⁴. Il s'agit de l'article 14 et l'alinéa 241b). Avant d'évaluer ces dispositions à l'aune des articles 7 et 15 de la *Charte*, comme les juges l'avaient fait dans l'arrêt *Rodriguez*, la Cour justifie sa décision d'entendre une cause similaire à celle tranchée dans *Rodriguez*. En effet, est reconnu en droit l'important principe de *stare decisis*, qui se décline en trois principes (Brun et al., 2008, p. 23-35). Le plus important principe, nommé « *stare decisis* vertical », est le seul qui nous intéresse ici. Selon ce dernier, les tribunaux inférieurs doivent suivre la jurisprudence établie par les tribunaux qui leur sont hiérarchiquement supérieurs. En l'espèce, cela voudrait dire que la juge de première instance n'avait pas le choix d'appliquer la décision majoritaire dans l'affaire *Rodriguez*. Or, la Cour suprême n'est pas de cet avis. Selon elle, bien que le *stare decisis* « confère une certitude tout en permettant l'évolution ordonnée et progressive du droit », il « ne constitue pas un carcan qui condamne le droit à l'inertie²⁵ » (*Carter*, par. 44). Deux conditions peuvent justifier le réexamen d'une question tranchée par une Cour hiérarchiquement supérieure : une nouvelle question juridique ou une modification radicale de la preuve présentée initialement.

²³ Voir, par exemple, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

²⁴ Le terme « aide médicale à mourir » est employé dans l'arrêt *Carter* plutôt que le terme « suicide assisté », car il inclut conceptuellement non seulement le suicide médicalement assisté, mais aussi l'euthanasie volontaire pratiquée par un médecin.

²⁵ Dans les mots originaux : « *stare decisis* is not a straitjacket that condemns the law to stasis ».

Selon la Cour, les deux conditions sont remplies en l'espèce (alors qu'une seule devait l'être pour justifier un réexamen). D'une part, la conception de l'article 7 qui fut mise de l'avant par les juges majoritaires dans *Rodriguez* n'est plus celle défendue aujourd'hui, entre autre en ce qui a trait à la notion de « portée excessive » (*Carter*, par. 46). D'autre part, les trois principaux arguments avancés dans *Rodriguez* sont maintenant mis en doute. Il s'agissait de l'acceptation d'une distinction entre l'euthanasie passive et active, de l'absence de « demi-mesure » pour atteindre l'objectif législatif (soit de protéger les personnes vulnérables) et d'un consensus occidental concernant l'importance de prohiber totalement l'aide médicale à mourir afin de prévenir les abus (*Carter*, par. 47). La juge de première instance était donc justifiée dans son réexamen de la question, ce à quoi la Cour procédera ensuite.

b) Articles 7 et 15 de la Charte

La Cour débute par évaluer l'atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne prévue à l'article 7 de la *Charte*. Dans le cadre de son analyse, la Cour a divisé le droit à la vie et le droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. En ce qui concerne le droit à la vie, la Cour conclut que « l'aide médicale à mourir avait pour effet de forcer certaines personnes à s'enlever prématurément la vie, par crainte d'être incapables de le faire lorsque leurs souffrances deviendraient insupportables » (*Carter*, par. 57). Cela revient au choix déchirant cité ci-haut et identifié par la Cour dès le premier paragraphe de son jugement. La Cour insiste cependant sur le fait que c'est le suicide hâtif de certaines personnes qui justifie l'atteinte au droit à la vie et non pas une notion qualitative de ce droit ; de telles préoccupations relèvent du droit à la liberté et à la sécurité (*Carter*, par. 62). En insistant sur l'aspect quantitatif du droit à la vie prévue à l'article 7, la Cour maintient sa propre jurisprudence concernant ce droit. De plus, empêcher les gens de mettre fin à leur vie transformerait leur « droit à la vie » en une « obligation de vivre » (*Carter*, par. 63). Il y a donc clairement une atteinte à ce droit, ce qui n'avait pas été constaté dans l'arrêt *Rodriguez*, où seule une atteinte au droit à la sécurité avait été décelée, via la privation de l'autonomie individuelle.

Quant au droit à la liberté et à la sécurité de sa personne, il est soutenu par le soin pris dans notre société de protéger l'autonomie individuelle et la dignité de la personne. La Cour reconnaît que le caractère sacré de la vie humaine est une valeur fondamentale de la société canadienne, mais avance qu'il n'est pas absolu : comme toute autre valeur, elle doit être pondérée avec d'autres considérations tout aussi importantes, notamment « l'autonomie du patient dans la prise de décisions d'ordre médical » (*Carter*, par. 67)²⁶. Clairement, l'autonomie et la liberté de choix du patient sont ici complètement niées par les dispositions contestées. Le caractère sacré de la vie humaine serait aussi diminué par la levée de l'interdiction de l'aide médicale à mourir, mais dans une moindre mesure que l'atteinte faite à l'autonomie du patient. Par conséquent, cette valeur doit prévaloir ; les juges constatent donc que le droit à la liberté et à la sécurité est violée par l'article 14 et l'alinéa 241b) du *Code criminel*.

La Cour passe ensuite à la seconde étape de son analyse, c'est-à-dire qu'elle doit déterminer si les atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité sont conformes aux principes de justice fondamentale. Pour ce faire, les dispositions « ne doivent pas être arbitraires, avoir une portée excessive ou entraîner des conséquences totalement disproportionnées à leur objet » (*Carter*, par. 72). Il faut donc définir l'objet de la loi avant d'analyser les trois principes de justice fondamentale énoncé dans la citation ci-haut ; en l'espèce, c'est la protection des personnes vulnérables qui est retenue par la Cour comme objectif législatif. Dans un premier temps, la Cour s'interroge sur le caractère arbitraire des dispositions contestées. À ce stade, il faut déterminer si l'objectif législatif est rationnellement lié à la limite imposée par la mesure attentatoire. Cette étape n'est pas sans rappeler la première étape du test de *Oakes*, conçu pour l'article premier, et la réponse est la même que celle donnée par tous les juges dans l'affaire *Rodriguez* : il existe un lien rationnel entre les dispositions contestées et la protection des personnes vulnérables.

²⁶ Pour plus de détails concernant ce principe, voir *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181.

Dans un second temps, la Cour s'intéresse à la portée excessive. Il faut ici déterminer si la loi a des effets qui vont au-delà de son objectif. C'est ici que la Cour trouve un problème. En effet, en tentant de protéger les personnes vulnérables, les dispositions du *Code criminel* remises en cause dans cette affaire restreignent les droits de personnes qui ne sont pas nécessairement vulnérables, tels les adultes mentalement capables. Bien que le Canada ait plaidé que « chaque personne *peut* être vulnérable » (*Carter*, par. 87, en italique dans l'original), cela définit trop largement l'objectif législatif. La Cour constate donc que ce principe est nié en l'espèce. Dans un troisième et dernier temps, la Cour s'interroge à savoir si la loi a un caractère totalement disproportionné. On s'intéresse ici à l'effet de la loi pour déterminer s'il est proportionnel à l'objectif de la mesure contestée. La Cour suspend son jugement sur ce point, car il a déjà été déterminé que la portée de la loi est excessive. Nul besoin d'en dire davantage : l'article 14 et l'alinéa 241b) portent atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale²⁷.

En ce qui a trait à l'article 15, la Cour nous informe de son intention de ne pas répondre à la question, car cela est superflu : les dispositions contestées contreviennent à l'article 7, ce qui justifie de passer à l'analyse en vertu de l'article premier. Voyons ce qu'il en est.

c) Article premier

Tout comme à l'étape de l'analyse des principes de justice fondamentale, la Cour reconnaît d'entrée de jeu que (1) la loi vise un objectif réel et urgent, soit la protection des personnes vulnérables. La question est de savoir si (2) les moyens pris pour atteindre cet objectif sont proportionnels. La Cour nous rappelle tout d'abord que « [c]'est au gouvernement qu'il incombe de prouver l'absence de moyens moins attentatoires

²⁷ Un quatrième principe de justice fondamentale a été plaidé par le camp Carter, soit la parité. La Cour ne se prononce pas à ce sujet, ayant déjà tranché le débat concernant l'article 7.

d'atteindre l'objectif "de façon réelle et substantielle" » (*Carter*, par. 102, citant la majorité dans l'affaire *Hutterian Brethren*²⁸, par. 53).

Les appelants ne remettent pas en doute le fait que (i) les moyens choisis ont un lien rationnel avec l'objectif de la règle de droit. Cependant, ils affirment que (ii) les dispositions en jeu ne portent pas le moins possible atteinte au droit à la vie, la liberté et la sécurité. Pour trancher ce débat, la Cour suprême s'en remet beaucoup au jugement de la Cour suprême de Colombie-Britannique, puisque la juge de première instance a analysé minutieusement une très grande quantité de documents. La juge était d'avis que les moyens pris en l'espèce portaient atteinte aux droits de manière plus que minimale. Tout comme le disait le Juge en chef Lamer dans l'affaire *Rodriguez*, la juge de première instance insiste sur le fait que certains individus sont compris dans la portée de la loi sans être sujets de son objectif. Pour le dire autrement, des personnes non vulnérables sont aussi touchées par l'interdiction générale de l'aide médicale à mourir. Suivant une approche plus médicale, la juge de première instance a mis l'accent sur le consentement libre et éclairé. En effet, elle a affirmé qu' :

il était possible pour un médecin qualifié et expérimenté d'évaluer de manière sûre la capacité du patient et le caractère volontaire de sa décision, et que la coercition, l'abus d'influence et l'ambivalence pouvaient tous être évalués de façon sûre dans le cadre de ce processus [...] il serait possible pour les médecins d'appliquer la norme du consentement éclairé à l'égard des patients qui demandent de l'aide pour mourir (*Carter*, par. 106, référant aux par. 795-798, 815, 831, 837 et 843 du jugement de première instance²⁹, je souligne).

Par conséquent, la juge est d'avis que l'aide médicale à mourir peut être autorisée dans des circonstances particulières bien précises et sous des conditions strictes. Elle rejette par ailleurs l'argument selon lequel les personnes handicapées seront plus à risque de mettre fin à leurs jours sans une prohibition totale de l'aide médicale à mourir, car les statistiques des

²⁸ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567.

²⁹ *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2012 BCSC 886, 287 C.C.C. (3d) 1.

endroits ayant légalisé une telle pratique démontrent le contraire. En outre, rien ne permet de conclure qu'un régime législatif moins attentatoire donnerait lieu à des « dérapages »³⁰.

La Cour suprême du Canada poursuit son analyse en considérant trois aspects supplémentaires. Premièrement, elle rejette la contestation des faits par le Canada (*Carter*, par. 108-109), car ce dernier n'a pas démontré une erreur manifeste et dominante dans le jugement de première instance. Deuxièmement, la Cour analyse un nouvel élément de preuve déposé par le Canada, soit un affidavit d'un professeur belge, M. Montero (*Carter*, par. 110-113). Ce dernier est reconnu par la Cour en tant que spécialiste de la question de l'euthanasie dans son pays. Selon M. Montero, il est impossible de n'entrouvrir qu'un peu la porte à l'euthanasie : dès que la porte est entrebâillée, il y aura une suite de demandes de plus en plus éloignées des critères initiaux, et il nous sera impossible de les refuser. La Cour n'accepte pas ses arguments, principalement pour les raisons culturelles. En effet, l'euthanasie se pratiquait en Belgique bien avant sa légalisation ; il est donc impossible de faire un parallèle avec le Canada, où cela n'a pas lieu. Troisièmement, la Cour répond aux critiques faites par le Canada quant à la faisabilité des garanties et la possibilité de dérapages (*Carter*, par. 114-120). Les juges de la Cour suprême reprennent l'argument de la juge de première instance, selon qui « la vulnérabilité peut être évaluée au cas par cas au moyen des procédures suivies par les médecins lorsqu'ils évaluent le consentement éclairé et la capacité décisionnelle dans le contexte de la prise de décisions d'ordre médical de façon plus générale » (*Carter*, par. 115). Les patients ont le droit de se faire évaluer individuellement, et une telle évaluation de leur capacité décisionnelle a été jugée valable par l'arrêt *A.C.*, précité (*Carter*, par. 116).

Les trois aspects étudiés ci-haut ne présentent que des craintes théoriques, alors que la Cour a reconnu une violation réelle du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Par conséquent, on ne peut conclure que les dispositions contestées sont une atteinte minimale par rapport au droit en question.

³⁰ L'anglais original est ici plus révélateur : « practical slippery slope » ou « pente glissante dans la pratique » (*Carter*, par. 107, citant le par. 1241 du jugement de première instance, précité).

L'étape du test de *Oakes* concernant la proportionnalité entre la restriction imposée au droit et l'objectif de la règle de droit n'est pas nécessaire, étant donné que le deuxième sous-critère n'est pas respecté. Par conséquent, la Cour déclare invalides l'article 14 et l'alinéa 241b) du *Code criminel*. En plus de suspendre son jugement pendant 12 mois pour permettre au législateur de remplir le vide juridique, la Cour indique avec précision la portée de son jugement :

l'al. 241b) et l'art. 14 du *Code criminel* sont nuls dans la mesure où ils prohibent l'aide d'un médecin pour mourir à une personne adulte capable qui (1) consent clairement à mettre fin à sa vie ; et qui (2) est affectée de problèmes de santé graves et irrémediables (y compris une affection, une maladie ou un handicap) lui causant des souffrances persistantes qui lui sont intolérables au regard de sa condition (*Carter*, par. 127, je souligne).

C'est donc dire que le jugement exclut les mineurs et les personnes n'étant pas médicalement considérées comme « capable » (*competent*), généralement pour des raisons de santé mentale. En plus de consentir clairement, la personne devra respecter un critère objectif (être atteint de graves problèmes de santé) et un critère subjectif (ses souffrances doivent persister dans le temps et lui être intolérables).

Par ce jugement unanime, la Cour suprême fait volte-face et renie sa jurisprudence établie dans *Rodriguez*. On remarque aussi la grande similarité entre ce jugement de 2015 et la dissidence du Juge en chef Lamer, en 1993. Tous deux font reposer leur argumentaire sur la portée excessive des dispositions, et concluent à une atteinte à l'article 7 d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. Dans les deux cas, c'est la prohibition générale³¹ qui pose problème, et non l'objectif de vouloir protéger les personnes vulnérables. La réponse législative fédérale se fait attendre, mais devrait être adoptée en juin 2016.

³¹ La version anglophone du jugement utilise l'expression « blanket prohibition », qui se traduirait mieux par « prohibition mur-à-mur », malgré le caractère familier de cette expression en français.

Quant au renversement juridique lui-même, il peut être analysé de multiples façons. Les politologues discuteront de l'équilibre du pouvoir entre la Cour suprême et le Parlement, certains préférant parler du « gouvernement des juges » pour souligner l'impact marquant de la Cour suprême sur la vie politique canadienne depuis l'adoption, en 1982, de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les juristes s'intéresseront aux effets qu'aura l'arrêt *Carter* sur le *Code criminel* et à la décision de la Cour de suspendre son jugement plutôt que de simplement déclarer invalides les dispositions contestées. Quant aux philosophes, ils se pencheront sur les conséquences de ce jugement pour notre compréhension globale du droit, pour notre conception du lien entre droit et moralité ainsi qu'en ce qui a trait aux définitions des termes utilisés. Dans le prochain chapitre, les deux plus importantes philosophies du droit ayant émergé du monde anglo-saxon au XXe siècle seront présentées. Le troisième chapitre formera l'analyse philosophique du renversement juridique à l'aune de ces deux théories.

Chapitre 2 : Un premier cadre théorique :

Le positivisme de H. L. A. Hart

2.1 Introduction

Dans le cadre de ce chapitre, j'entends présenter la philosophie du droit élaborée par H. L. A. Hart dans son ouvrage classique, *The Concept of Law* (2012), paru initialement en 1961. Tel qu'annoncé dans l'introduction de ce mémoire, je me contenterai ici de présenter les théories de Hart. Deux mises en garde s'imposent donc. Premièrement, ce chapitre ne se veut pas une critique des théories étudiées. Sa visée est descriptive, et bien que certaines évaluations puissent transparaître, l'objectif n'est pas de m'impliquer dans le débat en question. Deuxièmement, je n'aborderai pas les développements subséquents qu'a connu ce débat au cours des XXe et XXIe siècles. De nombreux auteurs ont pris part au débat philosophique entourant le lien entre droit et moralité, mais leurs contributions ne font pas ici l'objet d'une discussion approfondie. J'ai choisi de me concentrer uniquement sur Hart et Dworkin, car seules leurs théories seront pertinentes à l'objectif de ce mémoire³².

H. L. A. Hart construit sa théorie positiviste sur les fondations de celle d'un autre grand philosophe britannique, John Austin (1790-1859). C'est grâce aux positions de celui-ci que Hart développe ses idées. Il convient donc de présenter sommairement les thèses défendues par Austin ainsi que les échecs de celles-ci constatés par Hart afin de dépasser cette théorie. Je passerai ensuite en revue les points centraux de la théorie générale de Hart avant de terminer le présent chapitre par une analyse du lien qu'il établit entre droit et moralité.

³² Rappelons qu'il s'agit d'évaluer le renversement juridique canadien concernant l'aide médicale à mourir, à la lumière du débat Hart-Dworkin en philosophie du droit. Je cherche à déterminer laquelle de ces deux théories explique le mieux ledit renversement.

2.2 L'échec d'Austin

Les quatre premiers chapitres de *The Concept of Law* sont consacrés à l'identification des problèmes et des insuffisances de la théorie de John Austin. Hart choisit cette théorie plutôt qu'une autre parce que, malgré ses défauts, elle demeure la plus complète et la plus près de la vérité (Hart, 2012, p. 16-18). John Austin, en tant que père de la jurisprudence analytique (Bix, 2015), a soulevé les questions centrales du positivisme juridique.

Les éléments clés de la théorie d'Austin sont ceux d'ordre (*command*), de souveraineté et d'habitude d'obéissance (*habit of obedience*)³³. Austin soutient que « [e]very positive law (or every law simply and strictly so called) is set, directly or circuitously, by a sovereign individual or body, to a member or members of the independent political society wherein its author is supreme » (Austin, 2000, p. 350). Pour le dire autrement, un souverain auquel les membres d'une communauté politique indépendante ont l'habitude d'obéir peut énoncer des ordres qui deviendront des lois s'ils respectent certaines caractéristiques. En fait, Austin affirme qu'une loi est une espèce logique d'ordre, ce dernier terme signifiant l'énonciation d'un souhait et « the power and the purpose of the party commanding to inflict an evil or pain in case the desire be disregarded » (Austin, 2000, p. 14). Ce pouvoir et cette intention peuvent se résumer au concept de supériorité, entendue comme la force (*might*) d'un individu ou sa capacité à obliger l'action d'autrui. L'ordre crée un devoir d'obéissance, car l'individu est dans l'obligation d'obtempérer. De plus, une sanction est attachée à la désobéissance ; il ne s'agit pas nécessairement d'une punition, qui n'est qu'une espèce du genre logique « sanction ». Par définition, la sanction est purement négative : toute promesse de recevoir un bien conditionnel est un motif d'agir et non une sanction. Une promesse donne un droit (de recevoir son dû), mais n'impose pas d'obligation. Selon Austin, un lien intrinsèque existe entre un ordre, le devoir qu'il impose et la sanction en cas de désobéissance.

³³ À l'exception des endroits où cela est spécifié, la traduction est toujours la mienne.

Il existe deux sortes d'ordres dans la théorie austinienne. D'une part, certains ordres créent des obligations générales d'actes ou d'omissions d'un type donné. D'autres s'appliquent uniquement à un acte particulier. Les premiers sont nommés « lois » par Austin, car ainsi sont les lois : elles s'appliquent de façon générale à un type d'actes ou d'omissions. Les seconds sont nommés « ordres occasionnels » et incluent les décisions juridiques, qui ne s'appliquent qu'à un cas et non de manière générale à tous les cas de ce type.

Hart reprend cette théorie et renomme les ordres des « orders backed by threat » (OBT) (Hart, 2012, p. 16). Il démontrera en quatre points comment les lois diffèrent des OBT. Premièrement, les lois sont doublement générales : elles indiquent une conduite générale à des individus génériques, qui devraient comprendre que la loi s'applique à eux. Hart présente un cas typique d'OBT, où un homme armé ordonne à un commis de lui donner le contenu de sa caisse-enregistreuse. Dans un tel contexte, on voit bien que l'action du tireur est intersubjective, adressée à ce caissier particulier. Les lois ne fonctionnent pas ainsi, puisqu'elles sont générales et donc ne s'adressent pas aux gens à qui elles s'appliquent (Hart, 2012, p. 20-22). Deuxièmement, les lois et les OBT n'ont pas la même valeur temporelle. En effet, s'il est vrai que la loi a une valeur continue ou permanente (*standing value*), les OBT n'ont qu'une valeur limitée dans le temps. Pour reprendre l'exemple de l'homme armé, il va sans dire que l'ordre qu'il adresse au caissier n'est pas valide *ad vitam aeternam*, mais bien pour une durée limitée (Hart, 2012, p. 22-23). Troisièmement, le parallèle entre l'OBT du tireur et les lois ne peut tenir la route dans la théorie d'Austin, car celle-ci implique une habitude d'obéissance que le caissier n'a pas envers le tireur. En fait, outre la mince possibilité que cet homme armé menace si souvent ce même caissier que ce dernier ait développé l'habitude de lui obéir, il n'est pas possible de parler d'une habitude d'obéissance au sens austinien dans ce contexte-ci (Hart, 2012, p. 23-24). Quatrièmement, la situation du tireur ne saurait correspondre facilement aux concepts de suprématie et d'indépendance, qu'Austin reconnaissait à juste titre comme propres et nécessaires aux systèmes juridiques modernes (Hart, 2012, p. 24-25).

Selon Hart, il y a une raison supplémentaire et plus fondamentale de rejeter l'idée selon laquelle les lois seraient des OBT. En effet, il affirme qu'une telle analogie ne fonctionne qu'avec le droit criminel, car celui-ci et les OBT partagent la même fonction sociale, soit de sanctionner les manquements à une obligation (*breach of duty*). Cette analogie ne peut cependant pas s'étendre à tous les types de lois. Certaines lois ne visent pas à sanctionner un comportement incorrect, mais bien à promouvoir une certaine façon de faire. Hart les nomme des « power-conferring rules » (PCR) (Hart, 2012, p. 33), puisqu'elles accordent certains pouvoirs à certains individus et facilitent l'accomplissement de leur volonté (Hart, 2012, p. 28). Il en va ainsi des contrats, des testaments et des mariages. Si l'on fait une erreur sur notre testament, celui-ci peut être déclaré invalide. On ne dira cependant pas pour autant que nous avons violé une obligation. En plus de ces PCR privés, il existe aussi des PCR de droit public. Pensons aux lois établissant les cours de justice, leur juridiction, la nomination et le salaire des juges ; aux lois établissant les municipalités, la carte électorale, le mode de scrutin. Une violation de l'une de ces lois n'implique pas nécessairement la violation d'une obligation, ce qu'impliquait la théorie d'Austin concernant les OBT.

Le dernier argument développé ici contre la théorie d'Austin concerne le champ d'application du droit criminel, ce dernier demeurant la partie du droit qui ressemble le plus à des OBT. Hart affirme que les OBT expriment un souhait eu égard à ce que les autres devraient faire (ou non) alors que la loi s'applique aussi au(x) législateur(s) (Hart, 2012, p. 42). Certains pourraient être tentés de discréditer cette affirmation en introduisant une distinction entre le rôle officiel du législateur et son rôle privé de citoyen. Or, une telle distinction ne peut exister qu'en vertu de PCR de droit public, ces dernières expliquant le rôle, les droits et les devoirs d'un législateur. Sans ces règles conférant à certains individus le titre de législateur, on ne peut faire sens d'une distinction entre un rôle officiel et un rôle privé. On ne peut donc pas voir le législateur en tant que donneur d'ordres. Il serait cependant acceptable de le concevoir comme donneur de promesses. Dans ce cadre, le donneur de promesses sortirait tout de même de la portée des OBT, car les promesses n'imposent pas d'obligation. Elles créent cependant le droit de recevoir son dû, et peuvent donc être assimilées à des PCR.

Pour toutes ces raisons, et d'autres encore³⁴, Hart rejette la théorie du droit de John Austin. Les arguments étudiés ici révèlent premièrement que le droit criminel, qui ressemble le plus aux OBT, s'applique aussi aux législateurs alors que l'ordre ne s'applique pas à celui qui l'énonce. De plus, les OBT ne peuvent expliquer l'existence des PCR, et cela autant pour les PCR du domaine privé que public (Hart, 2012, p. 79). Enfin, la simplicité de la situation du tireur ne peut rendre compte de toute la complexité des systèmes juridiques modernes.

2.3 La théorie générale de Hart

Sur la base de sa réfutation d'Austin, Hart élabore sa propre conception de la philosophie du droit. Selon lui, le droit est composé de règles primaires et secondaires. Les règles primaires se subdivisent en deux catégories, les règles d'obligation et les PCR. Analysons l'argumentaire de Hart afin de comprendre ce qu'il en est.

L'auteur débute ses recherches par une étude approfondie du concept d'obligation. Il distingue alors les expressions « être obligé » et « avoir une obligation » (« *to be obliged* » et « *to have an obligation* »³⁵) (Hart, 2012, p. 82-83). Le fait d'être obligé est un énoncé concernant les croyances et les motifs de l'individu. C'est donc un énoncé psychologique qui nous dit comment se sentait l'individu et qui implique une pression sociale extérieure faisant en sorte qu'il est obligé d'agir (ou non) d'une certaine façon. Au contraire, le fait d'avoir une obligation n'est pas un énoncé psychologique ou stratégique. Cela implique que l'on peut avoir une obligation à faire (ou ne pas faire) quelque chose même en l'absence de conséquences négatives ou de pression sociale. Un tel énoncé est

³⁴ Deux autres arguments sont avancés par Hart dans son ouvrage. Premièrement, il affirme que certaines lois n'ont pas leur origine dans une prescription directe et explicite comme l'OBT du tireur. En effet, une large part de nos systèmes juridiques modernes incorporent des éléments de droit coutumier qui sont passés dans les mœurs sans avoir été explicités par quiconque. Une telle situation ne peut être expliquée par analogie à la situation du tireur, car l'action de ce dernier est toujours intersubjective (Hart, 2012, p. 44-49). Deuxièmement, Hart affirme que les concepts de souverain, d'habitude d'obéissance et d'absence de limites légales au pouvoir du souverain ne peuvent expliquer la continuité de l'autorité législative, que ce soit d'un souverain à l'autre ou d'un Parlement à l'autre (Hart, 2012, p. 50-78).

³⁵ Je reprends ici la traduction française proposée par van de Kerchove dans (Hart, 2005, p. 102).

aussi distinct du fait de savoir si l'obligation a été remplie ou non, car l'obligation que possède l'individu peut ne concerner que lui-même.

Quant à Austin, il soutenait une interprétation prédictive du concept d'obligation qui est à rejeter. Hart y présente deux objections. La première, plus fondamentale, affirme que le fait de dévier des règles fonde non seulement une prédiction qu'il y aura des réactions hostiles à cette déviation, mais fonde aussi la justification de ces réactions. La seconde, plus simple, nous dit que l'idée de prédictibilité ne rend pas toute la réalité empirique, car il est possible qu'une désobéissance soit sans conséquences en raison d'une fuite, de pots-de-vin ou d'autres moyens de détourner la sanction (Hart, 2012, p. 83-85). Pour comprendre le concept d'obligation, il nous faut donc quitter la situation du tireur et en présenter une qui inclut des règles sociales. Ces dernières sont caractérisées par la régularité de la conduite de l'individu ainsi que par une attitude considérant cette conduite en tant que standard pour le comportement de soi et/ou d'autrui (Hart, 2012, p. 85). De telles règles sont nécessaires à l'existence d'une obligation, mais ne sont pas suffisantes : parfois, des règles ne sont pas accompagnées d'obligation, comme nous l'avons vu avec les PCR. Pour que les règles soient conçues comme créatrices d'obligation, il faut une insistante demande générale favorisant la conformité ainsi qu'une très grande pression sociale exercée sur les individus (Hart, 2012, p. 85-86).

Cet argument nous mène directement à une distinction essentielle à la philosophie du droit de Hart : les deux types de points de vue (Hart, 2012, p. 88-90). Selon l'auteur, il existe des points de vue externe et interne à partir desquels concevoir le droit. Le point de vue externe correspond à celui de l'observateur qui n'accepte pas les règles en tant que standards pour guider sa propre conduite. Il peut cependant affirmer qu'un groupe donné accepte ces règles, et donc il est possible pour lui d'analyser leur point de vue interne. Ceci dit, si ses observations externes demeurent totalement externes, sans référer au point de vue interne des membres du groupe, alors il ne lui est pas possible de parler de règles ni d'obligations ; il ne saura parler que de régularités et de probabilités, comme le faisait Austin. Néanmoins, nous pouvons dépasser cette vision austinienne grâce au point de vue interne conceptualisé par Hart. Ce terme réfère au fait que les gens sentent que leur propre

conduite dépend des règles en place. Par exemple, un feu de circulation rouge pourrait être davantage, pour certains individus, qu'un signal que les gens vont arrêter (point de vue externe). Cela pourrait vouloir être un signal pour soi d'arrêter (point de vue interne). Il s'agit donc d'une raison justifiant le fait d'arrêter, conformément aux règles établis. Par conséquent, il est permis aux tenants du point de vue interne d'avoir des comportements hostiles si d'autres individus enfreignent la règle, car elle est considérée intrinsèquement bonne et est vue comme un standard à l'aune duquel mesurer le comportement de soi et d'autrui. Dans toute société, ces deux points de vue cohabitent : certains ne veulent qu'éviter les sanctions qui viennent avec les manquements aux obligations alors que d'autres intériorisent les règles et désirent les faire respecter. Par ailleurs, ces deux points de vue cohabitent habituellement au sein d'un même individu, qui considère certaines règles comme des standards de conduite alors que d'autres sont respectées simplement pour éviter une sanction.

Hart nous invite ensuite à une expérience de pensée (Hart, 2012, p. 91). Il s'agit d'imaginer une structure sociale simple, sans cour ni législature, où le contrôle social provient d'une attitude générale par rapport aux comportements de soi et d'autrui. Les seules règles en vigueur seraient des règles primaires d'obligation. Pour qu'une telle structure fonctionne, trois truismes devront être respectés (Hart, 2012, p. 91-92). Premièrement, de fortes restrictions par rapport à la violence, au vol, à la tromperie et à la supercherie devront être mises en place par ce contrôle social diffus. Les individus devront respecter des devoirs positifs stricts, tel que de contribuer au bien-être collectif en faisant des choses pour la communauté. Deuxièmement, les tenants du point de vue externe seront nécessairement une minorité, sans quoi l'attitude générale permettant le contrôle social s'érodera. Troisièmement, la communauté en question sera nécessairement petite et tissée serrée, les individus partageant des croyances et des sentiments communs.

Selon Hart, cette expérience de pensée comporte trois principaux défauts (Hart, 2012, p. 92-94). Premièrement, il existe une forte incertitude quant à ce qui est acceptable ou punissable. Par hypothèse, nous imaginions une communauté sans supérieurs pouvant

trancher quant à ce qui mène à une sanction (ou non). Deuxièmement, parce qu'il n'y a pas de supérieur dictant l'état du droit, la communauté de notre expérience de pensée vit dans un monde où le droit est statique. Les seuls changements qui peuvent se produire arriveront très lentement, au fil du temps et au passage des générations. On peut douter de la capacité de l'attitude générale du groupe à changer rapidement. Troisièmement, la pression sociale de cette communauté sera extrêmement diffuse, n'ayant pas de cour ou de législature pour s'incarner. Par conséquent, une grande inefficacité s'installera dans l'administration de l'opprobre social. Il existe cependant un remède pour ces trois défauts : les règles secondaires (Hart, 2012, p. 94). Ces dernières sont différentes des règles primaires (d'obligation ou PCR), car elles s'intéressent aux règles primaires elles-mêmes et non aux comportements humains que les règles primaires tentent de guider. En ce sens, elles viennent compléter l'état du droit en étant d'un ordre logique supérieur.

Concrètement, chaque défaut est accompagné de sa solution (Hart, 2012, p. 94-97). L'incertitude de notre modèle initial peut se régler par l'introduction d'une règle de reconnaissance (*rule of recognition*) qui « specify some feature or features possession of which by a suggested rule is taken as a conclusive affirmative indication that it is a rule of the group to be supported by the social pressure it exerts » (Hart, 2012, p. 94). Une telle règle de reconnaissance nous permet d'identifier de manière concluante les règles primaires qui font partie du droit et donc d'avoir la certitude que tel comportement sera traité de telle façon. Cette règle de reconnaissance nous permet aussi de savoir avec précision quelles règles primaires font partie du droit et quelles autres relèvent des mœurs, de la moralité politique, etc. Le caractère statique des règles de notre modèle initial peut être corrigé par une règle du changement (*rule of change*), qui donne à une personne ou des gens la possibilité d'ajouter de nouvelles règles et d'en éliminer des anciennes. Dans notre société, ce pouvoir est prioritairement donné aux législatures (fédérale et provinciales), qui écrivent les lois. Cependant, comme nous l'avons vu avec l'arrêt *Carter*, les tribunaux peuvent aussi modifier ou éliminer des lois si celles-ci vont à l'encontre de la Constitution. Cette règle du changement est donc étroitement liée à la règle de reconnaissance, qui nous informe quant à

ce qui est (ou non) du droit. Enfin, l'inefficacité de notre premier modèle peut se corriger par l'ajout d'une règle de décision³⁶ (*rule of adjudication*) servant à déterminer si une règle primaire a été brisée. Qui procède à cette détermination ? Comment cela se produit-il ? La réponse à ces questions fait partie de la règle de décision. Comme la règle du changement, la règle de décision implique une règle de reconnaissance.

Cette union de règles primaires et secondaires compose le cœur du droit, selon Hart. De cette distinction en naît une autre, entre validité et acceptation. Selon l'auteur, le caractère contraignant des règles primaires provient de leur validité, c'est-à-dire de leur respect de tous les critères de la règle de reconnaissance. En ce sens, les règles primaires peuvent être dites valides ou invalides, selon qu'elles respectent ou non la règle de reconnaissance. Cette dernière a donc un caractère ultime au sein d'un système juridique donné, et l'un de ces critères est suprême. Un critère est suprême lorsque « rules identified by reference to it are still recognized as rules of the system [laws], even if they conflict with rules identified by reference to the other criteria » (Hart, 2012, p. 106). En ce sens, un critère suprême n'a pas un pouvoir illimité, mais bien une position suprême relative, sur une échelle de critères. Quant à la règle de reconnaissance, elle est ultime dans la mesure où c'est le dernier jalon duquel peut découler la validité d'un système juridique. En effet, le concept de validité ne s'applique pas à la règle de reconnaissance ; il serait farfelu de dire qu'elle respecte ses propres critères. L'exemple le plus simple est celui du Royaume-Uni, où l'ultime critère de validité est « What the Queen in Parliament enacts is law » (Hart, 2012, p. 107).

Selon Hart, la force de la règle de reconnaissance provient de son acceptation et non de son caractère valide ou invalide. Cette règle existe dans les faits, et tout énoncé par rapport à celle-ci doit nécessairement venir du point de vue externe, au contraire des règles d'obligation dont l'énoncé de validité nécessite le point de vue interne. Cette idée d'acceptation est importante, car elle fait intervenir ce point de vue interne. Sans ce dernier,

³⁶ J'utilise ici la traduction de van de Kerchove dans (Hart, 2005, p. 116), mais je crois que l'expression « rule of adjudication » pourrait aussi être rendue par « règle de l'arbitrage » ou « règle du jugement ».

on pourrait dire que les règles secondaires ne sont qu'obéies et que le point de vue externe est suffisant. Or, ce n'est pas le cas, principalement pour les cours de justice. Celles-ci doivent voir la règle de reconnaissance du point de vue interne, en tant que standard public et commun en vue de décisions judiciaires correctes (Hart, 2012, p. 111-116). Au final, deux conditions minimales sont nécessaires et suffisantes pour qu'existe un système juridique (Hart, 2012, p. 116-117). Premièrement, les règles primaires valides doivent être obéies – ou ceux qui les transgressent doivent en subir les conséquences. Deuxièmement, les règles de reconnaissance, du changement et de décision doivent être acceptées du point de vue interne par les autorités appartenant au système³⁷ (*legal officials*), et uniquement par elles. Voilà pourquoi Hart parle d'une règle sociale de reconnaissance : son existence dépend de son acceptation au sein d'une communauté donnée, soit celle des autorités appartenant au système. La population n'a pas à accepter ces règles secondaires, elle peut les considérer strictement du point de vue externe, dans la mesure où elle obéit tout de même aux règles primaires valides.

Hart avance un dernier élément crucial pour sa théorie générale du droit en mobilisant des arguments issus de la philosophie du langage ordinaire. Il débute par réaffirmer que le droit doit référer à des classes d'individus, d'actes, de choses et de circonstances, c'est-à-dire qu'il doit être général et non particulier. Selon Hart, il y aurait deux façons pour le droit de communiquer des standards généraux de comportement (Hart, 2012, p. 124-126). Premièrement, via la législation, l'individu peut prendre connaissance de standards clairs, explicites et faciles à appliquer. Deuxièmement, grâce à la notion de précédent, on peut induire certains standards généraux, comme l'enfant apprend du père. Cependant, « [c]ommunication by example [...] may leave open ranges of possibilities, and hence of doubt » (Hart, 2012, p. 125), ce que la législation ne semble pas faire. Pourtant, il n'en est rien. En effet, Hart affirme que la distinction n'est pas si étanche en ce qui concerne la certitude des standards. Il y aura toujours une certaine incertitude, même si les règles d'interprétation peuvent la diminuer, sans l'éliminer. Les lois étant rédigées en langage naturel, elles maintiendront toujours un degré de texture ouverte (*open texture*). Par

³⁷ Je reprends ici la traduction de van de Kerchove dans (Hart, 2005, p. 135).

ce terme, Hart entend l'idée selon laquelle le langage naturel possède intrinsèquement une imprécision (*vagueness*) caractéristique, malgré les cas évidents dont l'interprétation n'est pas controversée. Cette imprécision relève, d'une part, de l'incapacité humaine à prévoir tous les faits pertinents à l'infinité de situations possibles et, d'autre part, de changements probables dans l'objectif poursuivi par les diverses lois (Hart, 2012, p. 128). En effet, il nous est impossible de tout prévoir ; nous devons donc faire des choix qui déterminent nos objectifs. Or, ceux-ci peuvent varier dans le temps. Une loi peut être adoptée à un moment précis pour une raison quelconque, et être maintenue par la suite pour d'autres raisons. Par exemple, plusieurs lois concernant les bonnes mœurs ont été adoptées sous l'impulsion de l'Église, mais sont maintenues pour des raisons humanistes, féministes ou autres.

Pour toutes ces raisons, Hart introduit la distinction entre un noyau de certitude, là où se trouvent les cas évidents, et une pénombre d'incertitude (Hart, 2012, p. 123). Cette dualité du langage naturel s'exprime nécessairement dans le droit, le législateur oscillant toujours entre son désir d'être efficace et exhaustif ainsi que le besoin réel de maintenir une flexibilité et une marge de manœuvre aux autorités appartenant au système. Pour régler ce problème, trois solutions s'offrent au législateur. Tout d'abord, s'il reconnaît a priori qu'un domaine donné sera très complexe, le législateur peut créer une agence ou un autre organe administratif responsable de légiférer en ce domaine (*rule-making body*) (Hart, 2012, p. 131). Cette agence étant plus flexible que la législature, elle est plus apte à gérer des situations complexes et changeantes. Ensuite, la notion de *stare decisis*, selon laquelle les tribunaux inférieurs sont liés par les décisions des tribunaux supérieurs – particulièrement par celles de la Cour suprême – est un parallèle au pouvoir des agences administratives (Hart, 2012, p. 135). Cette notion permet une certaine prévisibilité dans les décisions des tribunaux, mais elle laisse aussi une certaine place à l'évolution juridique, comme nous l'avons vu au premier chapitre avec les arrêts *Rodriguez* et *Carter*. Enfin, le législateur peut décider de laisser aux individus le soin de trouver un équilibre entre le désir d'efficacité et le besoin de flexibilité. Cela se produit habituellement dans des domaines très vastes et variés, où l'État impose un « standard of due care » (Hart, 2012, p. 132).

Il est nécessaire de revenir un peu plus longuement sur la distinction entre noyau de certitude et pénombre d'incertitude. C'est effectivement grâce à cette distinction que Hart peut dire que la décision du juge est finale (particulièrement en Cour suprême), mais n'est pas infaillible. En effet, étant donné qu'il existera toujours une incertitude quant à ce qu'affirment les lois, aucun jugement n'est infaillible. Près du noyau, il y a suffisamment de certitude pour que les décisions juridiques soient correctes ou incorrectes, mais l'incertitude de la pénombre entraîne nécessairement une discrétion³⁸ (*discretion*) de la part du juge. L'activité de ce dernier est tout de même circonscrite par la règle de reconnaissance (Hart, 2012, p. 142-147). Si les autorités appartenant au système rejettent les agissements d'un juge trop activiste, celui-ci voit sa discrétion être limitée.

Sachant que Hart conçoit le droit comme la somme de règles primaires et secondaires qui se comprennent à la fois d'un point de vue interne et externe, que tout système juridique reposerait sur une règle sociale de reconnaissance qui n'implique que les autorités appartenant au système et que le droit possède nécessairement une texture ouverte dans la mesure où il prend forme dans une langue naturelle, il nous est maintenant permis de tourner notre regard vers les liens qu'établit Hart entre droit et moralité – et surtout, vers la nature de ce lien.

2.4 Droit et moralité chez Hart

Comme nous l'avons vu dans l'introduction de ce mémoire, le positivisme juridique se définit comme idée selon laquelle « it is in no sense a necessary truth that laws reproduce or satisfy certain demands of morality » (Hart, 2012, p. 185). En ce sens, cette doctrine s'oppose au droit naturel, qui affirme un lien nécessaire entre le droit et des réalités divines ou métaphysiques supérieures. Cette affirmation est conséquente avec la conception antique de la nature, qui était vue non seulement comme un monde de régularités (ce que les modernes acceptent, voire démontrent scientifiquement), mais aussi comme possédant son

³⁸ Je rejette la traduction de van de Kerchove dans (Hart, 2005, p. 155). Le terme « appréciation » me semble trop connoté pour rendre l'anglais « discretion », surtout lorsqu'il viendra le temps de voir la critique que fait Ronald Dworkin de ce concept hartien.

propre bien particulier, son propre *telos*³⁹. Par des arguments philosophiques (p. 190-192) et pragmatiques (p. 192-193), Hart tente de démontrer que la survie humaine est le but simple et premier que le droit tente de promouvoir. Étant donné ce fait, il concède un contenu minimal commun au droit positif et à la moralité, en cinq points. Ces éléments, qui constituent le contenu minimal du droit naturel, s'intéressent aux liens rationnels entre les faits naturels et les règles légales ou morales ; le tout doit reposer sur des raisons, et non sur des liens causaux psychologiques ou sociologiques (c'est-à-dire scientifiques).

Le premier élément commun est la vulnérabilité humaine (Hart, 2012, p. 194-195). Cette dernière explique pourquoi le droit et la moralité sont généralement formulés négativement, comme le fameux « Tu ne tueras point ». Or, si l'être humain perdait sa vulnérabilité, cette règle n'aurait plus sa place. La vulnérabilité humaine est donc contingente de notre passé évolutif ou de l'avenir de l'anthropotechnie telle que conceptualisée par Jérôme Goffette (2006). Le second élément du droit naturel auquel Hart accorde de l'importance est la relative égalité entre les êtres humains (Hart, 2012, p. 195). Comme Hobbes (1996, p. 86-87), il considère que même le plus fort d'entre nous peut être renversé par une alliance entre les autres. Le troisième élément analysé par Hart est le caractère limité de l'altruisme humain (Hart, 2012, p. 196). Il affirme que « men are not devils, neither are they angels » (Hart, 2012, p. 196). En ce sens, notre altruisme connaît certaines limites, autant dans sa fréquence que dans son intensité. Il est aussi intermittent et inconstant. Un quatrième point commun est le caractère limité de nos ressources, ce qui rend nécessaire le droit de propriété (Hart, 2012, p. 196-197). En effet, parce qu'il nous faut travailler pour nos ressources, nous désirons les conserver. Ces règles sont nécessaires pour assurer la confiance envers le système de coopération, parce que notre altruisme est limité. Sans ces règles, nous serions parfois tentés de voler ou de commettre d'autres actes répréhensibles. Le cinquième et dernier élément de contenu minimal du droit naturel est le caractère limité de notre compréhension et de notre volonté (Hart, 2012, p. 197-199). À court terme, nous pouvons comprendre notre intérêt à obéir aux lois, mais nous pouvons

³⁹ On notera que pour certains Anciens, comme Aristote, les régularités du cosmos ne correspondent pas nécessairement avec celles des affaires humaines (*pragmatas*).

aussi succomber à la tentation. Il faut donc un certain niveau de coercition, non pas comme motif normal pour l'obéissance, mais pour garantir la paix d'esprit à ceux qui respectent les lois. Encore une fois, si nos ressources et notre altruisme n'étaient pas limités, nous n'aurions pas de raisons d'inculquer de telles règles.

On comprend bien que ces éléments qui lient droit et moralité sont tous contingents. En effet, l'être humain aurait pu être (voire pourrait devenir) invulnérable ; nous aurions pu ne pas être tous approximativement égaux ; notre altruisme, nos ressources, notre compréhension et notre volonté auraient tous pu être différents. De plus, ce contenu minimal du droit naturel, qui existe parce que l'objectif du droit est d'assurer la survie humaine individuelle, ne signifie pas que la validité juridique dépend conceptuellement de considérations morales. Selon certains, c'est tout ce dont Hart a besoin pour aller de l'avant avec son argumentaire positiviste (Leiter, 2003, p. 25). C'est pour cette raison que Hart insiste sur le fait qu'il n'y a pas de lien nécessaire entre droit et moralité. En fait, il analyse même six versions différentes de l'énoncé selon lequel un lien nécessaire existerait entre droit et moralité, afin de démontrer la fausseté de ceux-ci.

Premièrement, Hart s'intéresse à la notion de pouvoir et d'autorité (Hart, 2012, p. 202-203). Il affirme que la dichotomie selon laquelle tous les membres de la société voient le droit uniquement de l'un des deux points de vue (intérieur ou externe) est fausse. En ce sens, ceux qui voient le droit d'un point de vue interne peuvent l'accepter pour des raisons qui ne relèvent pas de la morale. Comme Austin (2000), Hart relève le fait que le langage ordinaire utilise un vocabulaire similaire pour parler d'une « obligation ». Il insiste aussi sur la distinction entre obligation morale et obligation légale.

Deuxièmement, Hart approfondit la réflexion sur l'influence de la moralité sur le droit (Hart, 2012, p. 203-204). Selon lui, il y a une influence historique manifeste et probante de la moralité sur le droit, qui ne peut être niée. Un tel énoncé serait si anodin que tout positiviste se devrait de l'admettre. Cela n'implique cependant pas un lien nécessaire entre droit et moralité, mais bien une contingence historique.

Troisièmement, certains pourraient croire que l'interprétation juridique inclut des éléments de moralité (Hart, 2012, p. 204-205). Pourtant, même en acceptant cet énoncé, Hart rejette l'idée selon laquelle cela démontrerait un lien nécessaire entre droit et moralité, parce que ces principes moraux se retrouvent autant positivement que négativement dans les enjeux d'interprétation. Pour clarifier les propos de Hart, cela signifie que dans un même cas, certains critiqueraient l'absence de principes moraux alors que d'autres dénonceraient leur présence. Par exemple, certains pourraient reprocher aux juges majoritaires dans l'arrêt *Rodriguez* d'introduire une réflexion morale liée au caractère sacré de la vie humaine, alors que d'autres leur auraient reproché de ne pas prendre en considération cet aspect intrinsèquement moral. À mon sens, ce contre-argument hartien répond mal à la question qui lui est posée. Le fait que l'interprétation puisse tantôt intégrer des principes moraux et tantôt en être exempte ne prouve-t-il pas un lien nécessaire entre droit et moralité, via l'interprétation et l'importance de la discrétion ? Dworkin répondra à cette question.

Quatrièmement, Hart s'attaque à l'idée que la critique morale du droit impliquerait un lien nécessaire entre les deux (Hart, 2012, p. 205-206). En effet, nous disons souvent qu'un bon système juridique doit se conformer à la moralité. Mais quelle moralité ? Celle de la majorité, même si elle est injuste et prône l'esclavagisme ou la Shoah ? Ou bien une moralité éclairée ? Et de celle-ci, n'y a-t-il pas plusieurs formes incompatibles ? Par conséquent, nous ne pouvons trouver ici le lien recherché, selon Hart. Je reviendrai plus loin sur cet argument. Cinquièmement, Hart rejette les principes de légalité de Fuller⁴⁰, car ils sont « unfortunately compatible with very great iniquity » (Hart, 2012, p. 207). Ces principes tentent d'établir une moralité interne au droit, qui doivent être respectés par un texte de droit s'il veut être du droit. Sixièmement, Hart affirme que le fait de distinguer le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il devrait être (*is-ought distinction*) implique aussi une distinction entre les problèmes légaux, questionnant la validité d'une loi, et les problèmes moraux, dont les questions centrales portent sur la justice et l'équité (Hart, 2012, p. 207-

⁴⁰ Voir (Fuller, 1969), particulièrement p. 39.

212). En ce sens, la validité d'une loi ne dépend pas de sa qualité morale. Il est donc permis d'appeler « loi » toute règle valide dans un système de règles primaires et secondaires, même si elle est en contradiction avec la moralité. Bien entendu, un tel point de vue doit s'accompagner d'une forte théorie de la désobéissance civile, parce qu'il est possible d'imaginer une loi si ignoble qu'on ne devrait pas y obéir (Hart, 1983b, p. 53 (n. 14), 55 (n. 21)).

Ces nombreux désaccords ne sont pas étrangers aux deux principaux problèmes dans la caractérisation générale de l'obligation morale. D'une part, les termes « moralité » et « éthique » sont des mots vagues, à texture ouverte. Nous ne pouvons donc pas cerner l'entière portée de leur portée, puisqu'une partie de celle-ci tombe sous une pénombre d'incertitude. D'autre part, même lorsqu'une règle donnée est admise en tant que règle morale, sa place dans le système moral peut varier : entre les Thomistes et les relativistes, il y a tout un continuum (Hart, 2012, p. 168). Cependant, lorsqu'un système simple comme celui mis en place à la sous-section précédente en vient à se cristalliser grâce à des règles secondaires, les règles primaires d'obligation se divisent en trois catégories (Hart, 2012, p. 170). Une première catégorisation peut être faite entre (A) les règles légales et (B) les règles non-légales. Ces dernières se subdivisent en (i) règles morales et (ii) règles sociales⁴¹. Souvent, le vocabulaire propre aux règles légales s'infiltré dans l'usage courant concernant les règles non-légales : « droits », « obligations », « devoirs » n'en sont que des exemples permettant de tracer les contours du chevauchement théorique entre droit et moralité.

Selon Hart, quatre similarités sont importantes entre les règles morales et légales (Hart, 2012, p. 172). En premier lieu, elles se ressemblent parce qu'elles s'imposent aux individus indépendamment de leur consentement. En effet, que l'on accepte ou que l'on rejette une règle morale ou légale, elle s'applique tout de même à nous, et ce de deux façons. D'une part, la règle légale s'applique objectivement à nous en tant que nous sommes sur un territoire où elle est valide. D'autre part, les deux types de règle continuent

⁴¹ Pensons notamment aux règles d'habillement, de jeux, de cérémonies, d'étiquette, de grammaire, etc.

de s'appliquer aux yeux de nos camarades qui les voient du point de vue interne et qui désirent les faire respecter en tant que standards devant guider la conduite humaine. C'est donc dire que les deux types de règles sont appuyées par une pression sociale importante. De plus, agir en conformité avec la règle est vu comme une contribution minimale au vivre-ensemble, et ce pour chaque type de règle. Enfin, les règles morales et légales se consacrent toutes deux aux situations de la vie courante et non aux activités spéciales ou occasionnelles.

Malgré ces ressemblances, Hart trace quatre différences au cœur de la distinction entre ces deux types de règles primaires d'obligation. Premièrement, toutes les règles morales sont vues comme quelque chose d'important, qui mérite d'être maintenu (Hart, 2012, p. 173-175). Cette caractéristique décrit davantage la moralité que le droit : quand une règle morale n'est plus importante, on ne peut plus dire qu'elle fait partie de la moralité conventionnelle, c'est-à-dire les « standards of conduct which are widely shared in a particular society, and are to be contrasted with the moral principles or moral ideals which may govern an individual's life » (Hart, 2012, p. 169). Au contraire, une loi sans importance, voire même une loi qui devrait être retirée, demeure loi tant qu'elle n'a pas été révoquée. Deuxièmement, les règles du droit peuvent être introduites, changées ou retirées par la législature, ce qui n'est pas le cas en morale (Hart, 2012, p. 175-178). Grâce aux règles secondaires conceptualisées par Hart, on voit bien que seul le droit peut changer de manière délibérée, alors que la morale et les traditions n'ont pas cette caractéristique. Troisièmement, une faute morale doit avoir un côté volontaire qui n'est pas nécessaire en droit (Hart, 2012, p. 178-179). En effet, en moral, quand on fait tout ce qui est en notre pouvoir pour ne pas qu'un mal advienne, notre responsabilité peut être excusée. Cela n'est pas toujours vrai en droit, où plusieurs branches exigent une responsabilité stricte. En morale, on peut tenter d'établir une distinction entre une excuse et une justification. Par exemple, tuer quelqu'un alors que l'on tentait de se défendre est un acte justifié tandis que de causer la mort non intentionnellement et en ayant pris toutes les précautions pour que cela n'arrive pas peut être excusable. Dans les mots de Hart : « it is a necessary condition for moral responsibility that the individual must have a certain type of control over his

conduct » (Hart, 2012, p. 179), alors que ce n'est pas le cas en droit⁴². Quatrièmement, la forme que prendra l'importante pression sociale n'est pas la même dans les deux cas (Hart, 2012, p. 179-180). Typiquement, la pression légale est constituée de menaces et s'adresse donc au point de vue externe des individus. Au contraire, le côté externe de la pression morale s'exprime via la honte et la culpabilité, car elle est « exerted [...] by reminders of the moral character of the action contemplated and of the demands of morality » (Hart, 2012, p. 180). On s'adresse donc au point de vue interne des individus à partir d'un point de vue externe.

Nonobstant ce dernier point, on ne peut dire que les obligations ou les devoirs moraux forment l'ensemble de la moralité. En effet, Hart reconnaît volontiers que la moralité est aussi une question d'idéaux et d'aspirations. Il rejoint en quelque sorte les idées de Fuller, qui voit la moralité comme un « aspiration-duty scale » (Fuller, 1969, p. 5-14).

Pour résumer, la philosophie du droit promue par H. L. A. Hart ne rejette pas tout lien entre droit et moralité. Il reconnaît clairement un contenu minimal au droit naturel ainsi que des ressemblances entre droit et moralité. En ce sens, sa théorie relève du positivisme modéré ou inclusif. Il s'oppose cependant à l'idée qu'un lien nécessaire unirait droit et moralité, ou qu'une règle de droit doive obligatoirement s'asseoir sur un argumentaire moral pour être valide. Comme nous l'avons vu, la validité d'une règle de droit dans le système hartien dépend de la règle de reconnaissance. Cette dernière repose sur une acceptation du point de vue interne par les autorités appartenant au système et non pas sur une règle morale quelconque. Voilà pourquoi, même avant la publication de *The Concept of Law*, Hart insistait sur la distinction entre le droit tel qu'il est (le droit positif) et le droit tel qu'il devrait être (la moralité) (Hart, 1958). Selon Hart, cette distinction est d'autant plus pertinente qu'il existe une multitude de systèmes moraux qui répondent différemment aux questions existentielles (Hart, 1983b, p. 69). Un tel énoncé ne devrait pas surprendre le

⁴² Dans les dernières années, plusieurs chercheurs ont remis en doute le caractère nécessaire de cette condition. Pour un survol de la littérature pertinente, voir Julien Ouellet, « Le scepticisme à propos du libre arbitre », mémoire de maîtrise, Université Laval, 2016.

lecteur qui connaît l'histoire de la pensée morale et politique au XXe siècle. En effet, le libéralisme était dans un état pitoyable dans les années 1950, et il faudra attendre la sortie de *A Theory of Justice* de John Rawls (1971) pour revigorer cette branche de la philosophie politique (Maclure, 2013, p. 262-270). Par conséquent, il est aujourd'hui possible de penser que le point de vue presque relativiste de Hart pourrait être contrecarré par une approche relevant d'un Rawls (1971, 1993a), d'un Habermas (1987) ou d'un Kymlicka (1989, 1995). Ce passage éclairant de l'article de Hart intitulé « Positivism and the Separation of Laws and Morals », paru initialement en 1958, résume bien sa pensée :

The connection between law and moral standards and principles of justice is therefore as little arbitrary and as 'necessary' as the connection between law and sanctions, and the pursuit of the question whether this necessity is logical (part of the 'meaning' of law) or merely factual or causal can safely be left as an innocent pastime for philosophers (Hart, 1983, p. 79).

Chapitre 3 : Un second cadre théorique :

Ronald Dworkin, ses critiques du positivisme et sa

théorie de l'interprétativisme

3.1 Introduction

Dans le présent chapitre, j'entends présenter la philosophie du droit développée Ronald Dworkin lors du « débat Hart-Dworkin » de la seconde moitié du XXe siècle. J'analyserai ensuite les deux critiques formulées par Dworkin à ces thèses hartiennes. La première critique se trouve dans le livre *Taking Rights Seriously* (1978), un livre dont l'objectif est de s'opposer au positivisme juridique caractéristique des positions de Hart. Quant à la seconde critique, elle est contenue dans l'ouvrage *Law's Empire* (1986), où Dworkin présente une philosophie du droit plus aboutie, plus positive et moins critique : l'interprétativisme. Construit sur le même modèle que le chapitre précédent à propos de Hart, le présent chapitre se veut d'abord et avant tout explicatif et descriptif. Peu de commentaires critiques s'y trouveront.

Ronald Dworkin est un philosophe et juriste américain dont les théories du droit ont été élaborées en opposition à celles de H. L. A. Hart. Dans un premier temps, il critique le positivisme hartien en montrant les insuffisances et les lacunes dans un ouvrage phare, *Taking Rights Seriously* (1978). Ce livre est un assemblage d'articles écrits de 1966 à 1977. Près d'une décennie après cette publication, Dworkin fait paraître *Law's Empire* (1986), qui fut pensé et réfléchi en tant que livre et non comme suite d'articles. Cet ouvrage, dense et complexe, représente l'aboutissement de la pensée juridique dworkinienne et introduit le lecteur à sa théorie complète : l'interprétativisme. Dans le cadre de ce chapitre, les principaux points de ces deux livres seront présentés en ordre chronologique.

3.2 La critique du positivisme hartien : *Taking Rights Seriously*

Deux chapitres de *Taking Rights Seriously* retiendront particulièrement notre attention, soit « The Model of Rules I » et « Hard Cases ». Le premier de ces deux chapitres se veut une réfutation directe des ambitions positivistes hartiennes, alors que le second fait quelques détours avant d'en arriver à son argument central.

a) « The Model of Rules I »

Dworkin nous présente tout d'abord ce qui constitue selon lui les trois idées centrales du positivisme (Dworkin, 1978, p. 17). Elles affirmeraient que (A) le droit d'une communauté est un ensemble de règles spéciales utilisées dans l'objectif de déterminer quels comportements seront punis, (B) l'ensemble de ces règles légales valides constitue tout ce qui peut légitimement être nommé « droit », et un juge va au-delà du droit lorsqu'il tranche un cas où le droit est silencieux, (C) dire qu'un individu a une obligation légale signifie que son cas est prévu par une règle légale valide et que, corollairement, un juge allant au-delà du droit n'impose pas un droit légal mais en crée un pour les cas subséquents en raison de la doctrine des précédents. La suite du chapitre est une réfutation de ces trois idées jugées centrales au positivisme.

Pour bien s'y prendre, Dworkin débute par résumer la pensée de Hart. Il établit ensuite une distinction entre une règle et un principe (Dworkin, 1978, p. 22-8). Selon lui, les positivistes font fausse route en insistant uniquement sur les règles alors que les cas difficiles démontrent l'importance d'autres standards, notamment des principes. Les règles auraient, selon Dworkin, un principe d'application « tout ou rien » où il est possible de lister les exemptions à la règle. Les principes fonctionneraient autrement, n'ayant pas cette possibilité. Il est même possible pour différents principes de militer pour deux conclusions opposées, car ceux-ci n'ont pas d'aspect contraignant ou nécessaire dans le jugement. En effet, les principes demandent à ce que l'on considère le poids relatif de chacun d'entre eux, qu'on les évalue selon leur mérite et non pas qu'on les applique de manière absolue. Quant aux règles, cette dimension de poids leur échapperait ; selon le cas, elles auraient une importance fonctionnelle ou n'en auraient. Aucune demi-mesure n'est possible : la règle

s'applique ou ne s'applique pas. Qui plus est, un conflit entre deux règles entraînerait l'invalidité de l'une d'entre elles. Comme nous l'avons vu précédemment, c'est ce qui arriva dans l'arrêt *Carter* : les règles du *Code criminel* étaient en conflit avec celles de la Constitution, ce qui entraîna leur déclaration d'invalidité. Ce dernier aspect est crucial et distingue fondamentalement règles et principes : deux principes peuvent être simultanément valides et opposés, alors que cela n'est pas possible pour les règles.

En pratique, une distinction aussi claire est difficile à établir. Néanmoins, les cas difficiles constituent une arène où les principes sont plus clairement identifiables. Il existerait deux façons de reconnaître le rôle des principes (Dworkin, 1978, p. 29-30). Certains affirment que (a) le droit inclut des règles ainsi que des principes ; ces derniers sont contraignants, font partie intégrale du droit et doivent être pris en compte. D'autres croient que (b) le juge va au-delà du droit à la recherche de principes extra-légaux qui ne sont pas contraignants. La vision (a) permet de parler de droits et de devoirs légaux, même lorsque le droit positif demeure muet, parce que les principes sont contraignants et obligent le juge à rendre un jugement particulier et non le jugement contraire. Quant à la vision (b), elle correspond à l'idée positiviste (B) de discrétion judiciaire ex post facto que Dworkin tente d'infirmer.

Cette notion de discrétion n'est pas aussi limpide qu'on pourrait le croire. Dworkin distingue trois sens possibles à cette expression (Dworkin, 1978, p. 31-33), dont deux sens faibles. Dans un premier sens faible, « discrétion » signifie que l'application du standard demande du jugement, qu'elle ne peut pas être une application mécanique ; dans un contexte d'incertitude, il convient d'utiliser ce premier sens faible. Un second sens faible peut vouloir dire qu'un représentant donné a l'autorité finale et ne peut être renversé ; ce second sens faible est utilisé quand il y a une hiérarchie de représentants et qu'un groupe parmi eux occupe le haut de la pyramide⁴³. Un troisième sens, fort cette fois, peut être donné à la notion de discrétion : « on some issue, he [le représentant] is simply not bound

⁴³ Je reprends ici la traduction de « official » proposée Marie-Jeanne Rossignol et Frédéric Limare dans (Dworkin, 1995, p. 91).

by standards set by the authority in question » (Dworkin, 1978, p. 32). Lequel de ces trois sens est utilisé dans les essais de philosophie positiviste du droit ? Selon Dworkin, les positivistes ne peuvent accepter le second sens faible, puisque les juges n'ont pas de discrétion lorsque la règle est claire, même s'ils siègent au plus haut tribunal de la hiérarchie. De plus, ils ne peuvent pas affirmer le premier sens faible sans faire plus qu'une simple tautologie⁴⁴. Par conséquent, les positivistes doivent vouloir dire que les juges ont une discrétion au sens fort. C'est de l'utilisation de ce sens fort que découle la vision (b) des principes.

Selon Dworkin, les positivistes peuvent avancer trois arguments différents pour défendre (b) (Dworkin, 1978, p. 35-36). Ils pourraient en premier lieu dire que les principes ne peuvent pas être contraignants ou obligatoires. Dans chaque cas, et particulièrement dans les cas difficiles, il reste à voir quel(s) principe(s) s'applique(nt) et s'il(s) est (sont) contraignant(s). Rien n'empêche cependant que ce soit le cas, sauf si on le pose comme une nécessité, à la manière des positivistes. En second lieu, ils pourraient concéder que certains principes sont contraignants et doivent être pris en considération, mais ne peuvent pas déterminer un résultat particulier⁴⁵. Or, que signifie « déterminer un résultat » ? Si les positivistes veulent dire par là qu'un principe ne peut dicter la décision, ils ont entièrement raison : les principes ne sont pas des règles, ils agissent différemment en pesant dans la balance plutôt qu'en étant absolument contraignants. Cet argument ne présente donc pas une bonne défense contre les principes. En troisième et dernier lieu, les tenants du positivisme peuvent arguer que les principes ne peuvent faire partie du droit parce que leur autorité et leur poids sont intrinsèquement controversés. Selon Dworkin, on ne peut peut-être pas faire la démonstration du poids et de l'autorité des principes, mais on peut en expliquer l'existence en faisant référence à des pratiques sociales établies ou à d'autres principes plus fondamentaux⁴⁶. Ceci dit, les principes de la communauté, qui relèvent de la

⁴⁴ Soit, « un jugement demande du jugement ».

⁴⁵ Je reprends ici la traduction de Marie-Jeanne Rossignol et Frédéric Limare dans (Dworkin, 1995, p. 96).

⁴⁶ Ce dernier argument pose évidemment le problème de la régression à l'infini, puisqu'assoir le poids et l'autorité d'un principe sur un autre principe ne fait que déplacer le problème : qu'en est-il de ce nouveau principe plus fondamental ? Sur quoi s'appuie-t-il ? Dworkin règle ce problème dans sa théorie

justice, de l'équité et d'autres standards moraux, ne doivent pas être vus comme une simple somme des consensus moraux de la communauté. Dans les mots de Dworkin, « it may refer to moral principles that underlie the community's institutions and laws, in the sense that these principles would figure in a sound theory of law of [said community] » (Dworkin, 1978, p. 79). Il nous faut donc prendre garde face aux détracteurs de Dworkin qui veulent accuser son travail d'être un retour du droit naturel.

En somme, selon Dworkin, il n'y aurait aucun argument concluant en faveur de l'approche (b). Cependant, un contre-argument favorable à (a) peut être développé (Dworkin, 1978, p. 37-39). Dworkin le construit autour d'une réalité importante du droit moderne, les renversements juridiques. Il ne s'agit donc pas de n'importe quel principe ni même d'un principe auquel le juge tient personnellement, mais d'un principe de la communauté au sens défini ci-haut. De plus, le juge doit aussi considérer les standards s'opposant au renversement juridique, qui sont eux-mêmes des principes. On n'a qu'à penser aux principes de précédent ou de suprématie législative. Si, en pesant les différents principes impliqués dans la décision, le juge considère que le renversement juridique sera bénéfique pour les principes en cause, il peut légitimement aller de l'avant. Selon Dworkin, lorsque les positivistes parlent de principes, ils font comme si ceux-ci n'étaient que des règles *manquées*⁴⁷. En ce sens, ils discréditent les principes parce qu'ils ne les comprennent pas. Cet argument n'est pas sans rappeler celui servi par Hart à la théorie d'Austin, qui ne pouvait reconnaître les « power-conferring rules » parce qu'il ne voyait que des « orders backed by threat ».

En conclusion, les idées centrales du positivisme seraient fragilisées par ces arguments dworkiniens (Dworkin, 1978, p. 39-45). Premièrement, l'idée (B) concernant l'exhaustivité des règles en tant que standards légaux doit être rejetée, à moins de considérer la discrétion dans un sens faible et tautologique. Quant à l'idée (A), elle ne peut

interprétativiste, en affirmant que les principes se construisent mutuellement comme une toile, respectant un certain cohérentisme.

⁴⁷ En français dans l'original.

tenir la route si l'on inclut les principes au sein du droit. En effet, le caractère contraignant de certains standards légaux ne provient désormais plus de leur validité par rapport à une règle de reconnaissance suprême, mais découle directement de leur acceptation. Les standards principiels coutumiers ne sont qu'une illustration d'un tel problème. Il n'y a donc plus une seule règle sur laquelle reposerait l'édifice juridique, mais bien une toile composée de nombreux éléments entrelacés. Finalement, une fois rejetées la possibilité d'une règle de reconnaissance (A) et la conception positiviste de la discrétion (B), il devient complexe et inutile de régler les problèmes soulevés par l'idée (C).

C'est parce que Dworkin rejette la conception positiviste de la discrétion qu'il s'intéresse autant aux cas difficiles. Son chapitre « Hard Cases » s'attaque précisément à cet enjeu, et Dworkin y affirme que « it remains the judge's duty, even in hard cases, to discover what the rights of the parties are, not to invent new rights retrospectively » (Dworkin, 1978, p. 81). Penchons-nous maintenant sur ces questions.

b) « Hard Cases »

Comme nous l'avons vu, les règles ne suffisent pas à expliquer l'ensemble de l'édifice du droit, puisqu'il nous faut aussi le concept de principe. En effet, Dworkin considère qu'il nous faut inclure certains principes qui sous-tendent et soutiennent nos institutions publiques afin d'avoir une vue d'ensemble du droit. En ce sens, il est faux que les juges devraient interpréter les lois en vertu des mêmes arguments qui permettent aux législatures de les écrire. Cette affirmation repose sur la distinction entre deux types d'arguments. Tout d'abord, Dworkin identifie les (i) arguments de principe, qui servent à justifier les décisions politiques protégeant un droit individuel ou collectif. À l'inverse, les (ii) arguments de politique publique (*policy*) justifient une décision politique en ce qu'elle avance ou protège un but collectif de la communauté (Dworkin, 1978, p. 82). Un argumentaire convainquant implique généralement des arguments des deux types, l'un générant l'argumentaire alors que l'autre le qualifie. Cependant, Dworkin affirme que tous

les cas civils, même les cas difficiles, devraient être générés par des arguments de principe⁴⁸.

Dworkin s'interroge ensuite sur les raisons qui poussent certains auteurs à s'opposer à l'originalité judiciaire⁴⁹. Selon certains, l'originalité judiciaire est à rejeter simplement parce que les élus redevables devant le peuple devraient faire les lois et non des juges non-élus. D'autres s'y opposent parce que le perdant du cas en litige sera puni en raison d'une règle de droit appliquée rétroactivement, qu'il ne pouvait pas connaître puisqu'elle n'avait pas encore été énoncée. Selon Dworkin, ces deux raisons sont fortes face à des arguments de politique publique, mais ne fonctionnent pas contre des arguments de principes. Toujours déjà, les principes étaient inscrits dans nos institutions et étaient donc perceptibles. Ceci l'amène à défendre ce qu'il appelle la thèse des droits, selon laquelle « judicial decisions enforce existing political rights [which] are creatures of both history and morality » (Dworkin, 1978, p. 87). Pour le dire autrement, les décisions des juges à propos des droits en cause seront de nouvelles décisions, mais reflèteront les décisions politiques du passé plutôt que de les opposer. Il faut ici comprendre le terme « décisions politiques » au sens large, puisque « judicial decisions are political decisions » (Dworkin, 1978, p. 88). Par ailleurs, les principes font preuve d'une constance distributive entre les cas, ce qui assure une cohérence entre les décisions du passé et celle qu'une institution donnée se prépare à prendre.

Cela soulève trois problèmes distincts, mais reliés (Dworkin, 1978, p. 89-90). Premièrement, comment peut-on maintenir la distinction entre (i) les arguments de principe et (ii) les arguments de politique publique (*policy*) tout au long d'un argumentaire juridique ? Deuxièmement, s'il est nécessaire qu'une constance et qu'une cohérence soient apparentes entre les décisions, pourquoi et comment peut-on déroger des décisions

⁴⁸ Ceci est particulièrement vrai dans le monde anglo-saxon, où domine la *common law*. En droit civil de tradition française, il n'est pas aussi facile de trancher une telle question, parce que le législateur définit aussi des buts collectifs en écrivant le Code civil.

⁴⁹ Je reprends ici la traduction de Marie-Jeanne Rossignol et Frédéric Limare dans (Dworkin, 1995, p. 157).

passées ? Enfin, si l'on admet que les juges font des jugements de moralité politique pour déterminer les droits légaux en jeu, en quoi n'est-ce pas antidémocratique ?

Le premier de ces problèmes ne peut se résoudre sans l'aide de nouvelles distinctions. La première sert à différencier les droits et les buts. Selon Dworkin, tous deux seraient des objectifs politiques, mais les premiers seraient individualisés alors que les seconds ne le seraient pas (Dworkin, 1978, p. 91). Les droits et les buts peuvent être absolus, mais ne le sont pas nécessairement. Le poids d'un droit se définit par sa capacité à résister à la compétition d'autres droits ou politiques, comme nous l'avons vu précédemment dans la notion de poids à peser, pour chaque principe, dans chaque cas. Selon Dworkin, les droits ont comme caractéristique principale de résister aux buts collectifs lorsque ces deux types d'objectif sont confrontés. On voit bien l'embryon de la pensée dworkinienne selon laquelle « les droits sont des atouts » (Dworkin, 1985, je traduis) et sont normativement supérieurs aux décisions collectives, comme les atouts sont les plus forts dans un jeu de carte. Une seconde distinction introduite dans ce chapitre oppose les droits fondamentaux aux droits institutionnels. Les droits fondamentaux apportent une justification aux décisions politiques de la société dans l'abstrait, alors que les droits institutionnels justifient les décisions d'une institution politique particulière (Dworkin, 1978, p. 93). Une troisième distinction est opérée entre les droits abstraits, qui sont des objectifs politiques généraux n'indiquant pas comment être pesés, et les droits concrets, qui expriment plus précisément leur poids relatif. Cette dernière distinction en est une de degré et non de nature (Dworkin, 1978, p. 93-94). Un droit abstrait apporte un argument en faveur d'un droit concret, et ce dernier a plus de poids que le droit abstrait qui l'appuie.

Grâce à ces trois importantes distinctions, Dworkin rejette la thèse anthropologique et l'utilitarisme de la règle dans leur tentative respective d'expliquer notre réalité juridique. Contrairement à la thèse des droits, ils n'expliquent pas pourquoi (i) les arguments de principe sont toujours plus forts et plus convaincants que (ii) les arguments de politique publique, bien que ceux-ci puissent généralement être substitués à ceux-là. En somme, c'est parce que la distinction entre (i) et (ii) est la seule à permettre une explication appropriée de

notre modèle juridique qu'elle demande à être conservée. La thèse des droits fait cependant face à une limite importante : elle est recevable principalement dans les cas civils, lorsqu'on peut supposer que l'une des deux parties au litige a le droit de gagner. Cette thèse ne fonctionne que de manière asymétrique dans les autres cas, notamment en droit criminel.

Le second problème auquel fait face Dworkin concerne la possibilité de renversements juridiques. Le cœur de son argumentaire est une défense de la thèse des droits, selon laquelle les décisions judiciaires doivent faire respecter les droits politiques en vigueur. Or, les arrêts des cours doivent être basés en particulier sur les droits concrets, mais pas n'importe lesquels : ce sont les droits institutionnels qui doivent recevoir la priorité. Ce n'est pas tout : entre tous les droits institutionnels, les droits légaux doivent être mis de l'avant au détriment des autres (Dworkin, 1978, p. 101). En effet, certaines institutions ont des droits impertinents eu égard aux décisions judiciaires, par exemple les droits des joueurs de basketball. Ce dernier exemple est important, puisqu'il permet de faire la distinction entre certaines institutions totalement moralement indépendantes (le basketball) et d'autres, qui ne sont que partiellement moralement indépendantes. En raison de la moralité politique propre aux principes, le droit et la législation ne seront jamais totalement moralement indépendants. Par ailleurs, les conventions entourant une institution donnée sont toujours abstraites : leur force ne peut être rendue que dans un concept contesté, soit un concept qui admet plusieurs conceptions⁵⁰.

Les droits légaux, en tant qu'espèce du genre logique « droits institutionnels », eux-mêmes un type de droits politiques, ont les mêmes sources que ces derniers : l'histoire et la moralité. La partie historique peut provenir tantôt de textes acceptés, comme la constitution et les lois, tantôt de coutumes et de *common law*. Deux concepts préliminaires sont importants afin de comprendre l'analyse dworkinienne des textes écrits (Dworkin, 1978, p. 105). Premièrement, l'intention de la loi sert de pont entre la justification politique d'une idée générale et les cas difficiles, où les juges tentent de trouver ce que sont les droits

⁵⁰ Pour plus détails sur la distinction entre concept et conceptions, voir (Dworkin, 1996).

particuliers dans un contexte donné. Deuxièmement, les principes qui sous-tendent les règles positives du droit et y sont enchâssés servent de lien entre la justification politique de la doctrine « Treat like cases alike » et les cas difficiles où ce que requiert cette doctrine ne va pas de soi. Ces deux éléments combinés définissent les droits légaux en tant que fonction des droits politiques.

Dworkin nous introduit ensuite à sa plus célèbre expérience de pensée (Dworkin, 1978, p. 105-107). Il s'agit d'imaginer un super-juge philosophe, qui possède des pouvoirs surhumains de compétence, d'apprentissage, de patience et de perspicacité. Il a devant lui tout le temps nécessaire pour employer ses qualités surhumaines afin de développer une philosophie politique complète lui permettant d'interpréter le droit de sa juridiction. Ce super-juge, nommé Hercules, doit développer une théorie de la constitution, c'est-à-dire un ensemble de principes et de politiques qui justifie la présente forme de gouvernement. Il s'agira invariablement d'une philosophie politique complète et non d'une simple théorie qui cadre avec des règles : les principes de moralité politique y trouveront une place. Dans ses jugements, il devra faire référence à cette philosophie politique ainsi qu'au détail institutionnel afin de justifier ses décisions. Une fois cette théorie constitutionnelle établie, il pourra l'appliquer afin d'analyser les lois de sa juridiction. En ce sens, « calculations judges make about the purposes of statutes [are] calculations about political rights » (Dworkin, 1978, p. 109).

La réponse ne peut cependant pas être aussi simple lorsque Hercules en vient à analyser les précédents et la *common law*. Selon Dworkin, il lui faudra évaluer la force gravitationnelle des précédents (Dworkin, 1978, p. 111-115). Certains arrêts du passé sont souvent cités et sont tenus en haute estime par la communauté juridique. D'autres sont signés unanimement par « la Cour ». D'autres encore marquent leur époque de manière durable. Tous ces arrêts ont donc une force gravitationnelle plus grande que des décisions très peu partagées, peu respectées ou oubliées. Selon Dworkin, au moment de trancher un cas difficile, les juges ne cherchent pas à être originaux mais à lier leurs justifications à celles de cas passés. L'existence d'une force gravitationnelle plus ou moins importante selon les situations peut s'expliquer en raison de l'équité inhérente à la doctrine « Treat like

cases alike ». Par ailleurs, la force gravitationnelle ne doit jamais être si puissante qu'elle en viendrait à dépasser ce qui est nécessaire à la réussite des arguments de principe ; elle ne pourra pas non plus s'appliquer aux arguments de politique publique, parce que leur force réside dans la promulgation plutôt que dans leur poids relatif.

Deux conclusions s'imposent (Dworkin, 1978, p. 115-118). D'une part, la force gravitationnelle d'un précédent est égale à la force des arguments de principe supportant ledit précédent. D'autre part, pour avoir une force gravitationnelle, les décisions doivent être justifiées par des arguments de principe et non des arguments de politique publique. Il nous faut découvrir des principes qui cadrent avec toutes les décisions juridiques ainsi qu'avec les lois créées selon des arguments de principe. Ce tout doit être cohérent à la fois verticalement (en respectant la hiérarchie judiciaire et législative) et horizontalement (entre les justifications d'un même niveau hiérarchique) (Dworkin, 1978, p. 117).

Cependant, il serait trop demandant d'exiger une cohérence totale avec toutes les décisions passées. Les représentants sont autorisés à « disregard some part of institutional history as a mistake » (Dworkin, 1978, p. 119). Pour ce faire, nous aurons besoin d'une théorie des erreurs institutionnelles capable de montrer les conséquences de nommer un précédent « erreur » et de limiter le nombre et le caractère des événements que l'on pourrait nommer « erreur » (Dworkin, 1978, p. 121). En premier lieu, pour ce qui est des conséquences liées au titre « erreur », Dworkin construit son argumentaire sur deux nouvelles distinctions. D'une part, il faut distinguer l'autorité spécifique d'un événement institutionnel (un jugement, une loi, etc.) de sa force gravitationnelle. Cette dernière est niée lorsque l'étiquette « erreur » est accolée à un événement, mais son autorité ne l'est pas : le cas initial spécifique demeure tranché. D'autre part, Dworkin distingue les erreurs enchâssées et les erreurs corrigibles. Les premières ont une autorité spécifique fixe, qui survit même en l'absence de force gravitationnelle, alors que les erreurs corrigibles perdent leur autorité spécifique lorsqu'elles perdent leur force gravitationnelle. Par exemple, les lois demeurent en tant que politiques même si elles sont rejetées judiciairement en tant que principes ; elles sont donc enchâssées. Au contraire, les précédents dépendent

exclusivement de leur force gravitationnelle et sont des erreurs corrigibles. On voit donc ce qui se produit si un événement institutionnel donné est jugé « erreur ». En second lieu, deux limites importantes doivent être établies quand vient le temps d'identifier un événement en tant qu'erreur. Tout d'abord, il faut se rappeler que l'équité voit l'histoire institutionnelle d'une juridiction en tant que programme politique ; elle est prospective. Il faut donc non seulement assurer une cohérence avec les décisions passées, mais aussi penser à ce qui améliorera notre système judiciaire à moyen et à long terme. Ensuite, on doit voir que la cohérence n'est pas la seule demande de l'équité : si une décision passée était injuste en vertu de la conception de la justice propre à la communauté, nous pouvons faire preuve d'« incohérence » au nom de l'équité et de la justice. Pour toutes ces raisons, le droit est une entreprise de cohérence avec les éléments du passé. Nous pouvons cependant déroger à ceux-ci à l'intérieur de certaines limites, malgré certaines conséquences possiblement négatives sur notre philosophie politique globale.

Le troisième problème auquel Dworkin doit faire face affirme que sa philosophie du droit est anti-démocratique parce qu'elle demande aux juges de faire des jugements de moralité politique. La solution réside dans l'aspect dualiste de la thèse des droits, à savoir qu'elle est simultanément descriptive et normative. En effet, elle tente à la fois d'expliquer la présente structure décisionnelle de notre institution et d'offrir une justification politique à cette structure. Par conséquent, on ne peut pas dire que le juge décide simplement par lui-même. Il est cependant possible de soutenir que le juge se fie à ses convictions personnelles, dans la mesure où toute décision repose sur le fait de se fier à ses convictions quant à ce que l'on considère être un bon processus décisionnel. Par contre, cela ne peut être assimilé à une forme de discrétion pour Hercules : celui-ci détermine en premier lieu les droits légaux, ce qui signifie qu'il doit tenir compte des traditions morales de la communauté via l'histoire institutionnelle (Dworkin, 1978, p. 125). Comme le dit ailleurs Dworkin : « The constitution makes our conventional political morality relevant to the question of validity » (Dworkin, 1978, p. 208).

Malgré tout, il peut y avoir des conflits entre la moralité constitutionnelle (ou la moralité politique conventionnelle) et la moralité ambiante sur un enjeu donné (Dworkin,

1978, p. 126-129). Cette dernière, qui peut être mesurée par des sondages et autres techniques similaires, doit céder le pas à la moralité constitutionnelle, parce que les individus ont un droit institutionnel à ce que les principes sur lesquels reposent leurs institutions soient appliqués de manière cohérente. Quand un tel désaccord émerge, le débat tourne autour d'un choix : quelle conception explique le mieux ce concept et ses cas clairs et évidents ? Les positivistes pensent avoir de la discrétion dans un tel cas, parce qu'aucun droit n'est selon eux en jeu dans les cas difficiles : le juge pourrait donc se plier à l'opinion majoritaire. Hercules sait cependant que des droits légaux existent aussi dans les cas difficiles. Il ne peut donc pas décider ce qu'il veut et doit tenir tête à l'opinion de la majorité sur la base de la moralité constitutionnelle à respecter.

Voilà pourquoi l'argument anti-démocratique ne peut tenir la route : la cohérence nécessaire à la structure décisionnelle judiciaire est intrinsèquement démocratique, puisqu'elle relève de la constitution et de ses principes sous-jacents. Certains affirment que les juges devraient tout de même s'abstenir d'invalidier des lois adoptées démocratiquement parce qu'il est possible qu'ils commettent une erreur interprétative (Dworkin, 1978, p. 130). Selon Dworkin, cet argument ne peut fonctionner pour deux raisons. Premièrement, il n'y a pas de raison de se priver collectivement de décisions justes simplement parce que certaines décisions seront parfois erronées et injustes. Le nombre de décisions justes sera nécessairement supérieur à celui des décisions injustes, si les juges prennent à cœur de découvrir les principes constitutionnels. Deuxièmement, seuls les juges sont les représentants étatiques les mieux placés pour prendre de telles décisions.

3.3 L'interprétativisme : *Law's Empire*

La dernière section, consacrée à *Taking Rights Seriously*, démontrait tout l'effort critique mis de l'avant par Ronald Dworkin pour réfuter les thèses positivistes. Il convient maintenant de se tourner vers *Law's Empire*, l'ouvrage où l'auteur nous présente sa pensée aboutie et mature, n'ayant plus une réponse aux théories de Hart comme centre d'attention. En effet, Dworkin présente ici l'interprétativisme en tant que solution aux débats de philosophie du droit, dans un sens large et englobant.

L'auteur débute par établir deux nouvelles distinctions (Dworkin, 1986, p. 4-5). Tout d'abord, il nous invite à distinguer les thèses juridiques (*propositions of law*) des fondements du droit (*grounds of law*)⁵¹. Les premières sont des énoncés concernant ce que le droit permet ou interdit. Par exemple, en vertu de la *Loi concernant les soins de fin de vie*, il est permis à un adulte québécois apte à consentir aux soins de demander l'aide médicale à mourir s'il est en fin de vie, est atteint d'une maladie grave et incurable et souffre d'un déclin avancé et irréversible de ses capacités⁵². Les fondements du droit sont d'un autre genre. En effet, ceux-ci déterminent comment un simple énoncé devient une thèse juridique. Dans notre même exemple, un projet de loi devient une loi québécoise uniquement après avoir reçu l'appui d'une majorité simple de députés lors d'un vote à l'Assemblée nationale et après avoir été sanctionné par le Lieutenant-gouverneur du Québec.

La seconde distinction se construit sur la première. Dworkin remarque une différence entre certains désaccords dits empiriques alors que d'autres seraient théoriques. Les désaccords empiriques concernent l'historique factuel ; nous nous questionnerions, par exemple, à savoir si la majorité a réellement voté en faveur de la *Loi concernant les soins de fin de vie* ou si celle-ci a réellement été sanctionnée par le Lieutenant-gouverneur. Les désaccords théoriques sont plus complexes, puisqu'ils supposent que les juristes et les juges ne s'entendent pas sur les fondements du droit à appliquer au cas en l'espèce, mais qu'ils sont d'accord sur l'historique institutionnel. Ceci peut se produire dans des cas particulièrement complexes ou difficiles, lorsqu'aucun consensus n'émerge entre les spécialistes quant à savoir quelle valeur de vérité accorder à une thèse juridique donnée. Dans de tels cas, « legal participants all agree about the historical record but dispute their legal significance » (Shapiro, 2007, p. 31).

Selon Dworkin, nos philosophies du droit ne proposent pas de théorie crédible en ce qui a trait aux désaccords théoriques parce qu'elles sont engagées en faveur du point de vue

⁵¹ Je reprends ici les traductions proposées par Elisabeth Soubrenie dans (Dworkin, 1994, p. 5).

⁵² Voir *Loi concernant les soins de fin de vie*, L.Q. 2014, c. 2, art. 26.

des simples faits (*plain-fact view*) (Dworkin, 1986, p. 6-11). Ce point de vue rejette tout lien entre ce qu'est le droit et ce qu'il devrait être, affirmant qu'il n'est que « what legal institutions [...] have decided in the past » (Dworkin, 1986, p. 7). Selon cette vision du droit, les désaccords théoriques ne sont que des désaccords moraux concernant ce que le droit devrait être. Les tenants d'une telle position affirment que les juges doivent suivre le droit établi plutôt que de tenter de l'améliorer. Lorsque le droit est silencieux ou vague, le rôle du juge sera respectivement de combler le vide juridique ou de préciser le droit, grâce à sa discrétion. Par ailleurs, dans les cas difficiles, il serait impossible d'identifier une seule bonne réponse ; il n'y aurait que plusieurs réponses différentes.

Or, Dworkin rejette le point de vue des simples faits, car il considère que le droit est un phénomène social dont la caractéristique spéciale est d'être argumentatif (Dworkin, 1986, p. 13). Le droit au sens fort ne peut se comprendre sans la rencontre de l'esprit et de la lettre des lois, arrêts et autres documents officiels. Pourtant, notre utilisation du terme « droit » découle directement de la vision erronée qu'est le point de vue des simples faits (Dworkin, 1986, p. 31-33). Selon ce point de vue, tous les avocats utiliseraient à peu près les mêmes critères pour savoir ce qui peut être nommé « droit » et ce qui ne peut pas l'être. Cela forme les théories sémantiques du droit, qui supposent « that lawyers actually agree about the grounds of law » (Dworkin, 1986, p. 33). Dworkin classe ces théories sémantiques en trois grandes catégories, soit le positivisme, le droit naturel et le réalisme juridique (Dworkin, 1986, p. 33-37). Toutes sont à rejeter, car elles refusent de voir les désaccords théoriques. Selon ses écoles de pensée, le mot « droit » aurait sa propre pénombre d'incertitude, avec ses propres cas limites ; chacun utiliserait ce terme comme il le croit juste, mais des désaccords pourraient survenir à la marge ou à la frontière définitionnelle. Cependant, Dworkin affirme qu'il ne peut en être ainsi : les nombreux exemples qu'il fournit⁵³ démontrent que le désaccord en question est central et qu'il porte sur ce qui devrait être le « noyau de certitude ».

⁵³ Voir les arrêts auxquels l'auteur réfère au chapitre 1 : (Dworkin, 1986, p. 1-44).

En raison de l'existence des désaccords théoriques, Dworkin nous invite donc à dépasser les théories sémantiques et à s'intéresser à un nouveau type de théories, dites interprétatives. L'attitude derrière ces nouvelles théories s'explique en deux parties (Dworkin, 1986, p. 47). En premier lieu, il faut présupposer que la pratique en question a une valeur indépendamment de notre description des règles de la pratique. En second lieu, ce que requiert la pratique en question n'est pas limité à ce qu'on a toujours cru qu'elle requerrait, mais est en fait sensible au but de la pratique et modifiable en conséquence. Ces deux parties peuvent être indépendantes, comme c'est le cas pour la plupart des jeux (comme le basketball). Cependant, dans les cas relevant davantage de la société, on admet généralement que « [v]alue and content have become entangled » (Dworkin, 1986, p. 48).

Dworkin fait remarquer que plusieurs formes d'interprétation coexistent dans le monde. Que ce soit une simple discussion entre amis, l'interprétation scientifique de données probantes, l'évaluation d'un critique artistique ou l'interprétation de pratiques sociales (dont le droit), toutes possèdent les deux caractéristiques décrites ci-haut. Ensemble, l'interprétation artistique et l'interprétation de pratiques forment ce que Dworkin appelle les interprétations créatrices⁵⁴, parce qu'elles s'appliquent à des entités extérieures à nous que nous avons créées (Dworkin, 1986, p. 50). Les interprétations créatives doivent être considérées en tant qu'interprétations constructives, qui tentent d'imposer un « purpose on an object or practice in order to make it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong » (Dworkin, 1986, p. 52). Ceci étant dit, ce ne sont pas toutes les interprétations possibles qui sont également acceptables : l'éventail de celles-ci est restreint par l'histoire institutionnelle et la forme de la pratique ou de l'objet à interpréter. Dworkin s'accorde par ailleurs avec Gadamer pour dire qu'il nous faut déterminer l'intention derrière l'objet d'étude (le droit, une œuvre d'art, etc.), et que cela est rendu possible par l'interprétation de l'objet en question (Dworkin, 1986, p. 55). Dans le cas d'une interprétation artistique, déterminer les intentions concrètes et particulières d'un artiste peut aller à l'encontre des intentions abstraites et générales de ce dernier. Cette tension inhérente se retrouve aussi dans les interprétations juridiques, quoi que dans une

⁵⁴ Je reprends ici la traduction d'Elisabeth Soubrenie dans (Dworkin, 1994, p. 55).

moindre mesure, lorsque la lettre et l'esprit de la loi sont contrastés. Pour le domaine artistique, c'est donc dire que Dworkin abandonne la conception classique de l'intention en tant qu'état mental conscient au profit d'une conception priorisant ce qui cadre et illumine l'objectif artistique d'une manière que l'artiste accepterait, même s'il ne l'a pas encore fait (Dworkin, 1986, p. 56-58).

Selon l'auteur, toute interprétation se déroulerait en trois étapes (Dworkin, 1986, p. 65-67). La première est pré-interprétative. À ce stade, il nous faut identifier les règles et les standards applicables à ce que nous voudrions ensuite interpréter. Il doit y avoir un consensus très fort sur ces règles et standards, de telle sorte que tous les participants à l'interprétation puissent s'accorder sur leur pertinence. Cependant, cet accord initial n'est que contingent et local (Dworkin, 1986, p. 91) ; il n'a pas de prétentions universelles et absolues. La seconde étape est proprement interprétative. C'est ici que l'objectif de la pratique en cause doit être étudié : pourquoi a-t-on une telle pratique ? Quel est son but ? La troisième étape, post-interprétative, appelle aux ajustements nécessaires de ce que la pratique requiert en fonction de ce qu'elle est réellement, tel que défini à l'étape interprétative. Pour le dire autrement, nous aurions pu croire *a priori* que la pratique interprétée requerrait une action quelconque. Or, suite à l'interprétation, nous déterminons que cette action n'est dans les faits pas requises en vertu de ce qu'est la pratique. Cette donnée ne nous était pas accessible avant ou pendant l'interprétation, mais doit maintenant être incorporée à l'ensemble interprétatif. Une modification des demandes de la pratique se déroule donc *a posteriori* de l'interprétation, comme un retour sur soi dialectique. On voit donc qu'il nous faut premièrement des présupposés communs, notamment en ce qui concerne les actions qui font ou non partie de la pratique sociale à interpréter. Ensuite, une entente entre les participants doit intervenir pour déterminer non pas si la justification proposée cadre avec les caractéristiques de la pratique sociale, mais plutôt quel est le niveau exact de concordance nécessaire entre ladite justification et lesdites caractéristiques. Si la première s'éloigne trop des secondes, il est normal de la voir non pas comme une interprétation de la pratique sociale à l'étude, mais bien comme l'invention de quelque

chose de nouveau. Au final, on recherchera aussi la justification qui permettra le mieux de mettre la pratique sociale en lumière.

Pour résumer ce qui a été dit jusqu'à présent, Ronald Dworkin voit le droit comme un concept interprétatif et considère que les désaccords théoriques sont des désaccords interprétatifs. Ces derniers opposent des conceptions juridiques différentes du même concept de droit (Dworkin, 1986, p. 71). Certaines forces visent cependant la convergence interprétative des juges. Par exemple, les paradigmes juridiques en place, la pratique des précédents, l'environnement intellectuel général et son vocabulaire ainsi que le conservatisme dans l'éducation juridique et la sélection des juges sont autant de facteurs favorisant une certaine homogénéité dans l'interprétation des juges. Cependant, il ne faudrait pas exagérer ces forces convergentes. Le droit doit de toute façon être ni trop divergent ni trop convergent s'il est pour s'épanouir et éviter de tomber dans le traditionalisme, ou ce que John Stuart Mill nomme un « dogme mort » (Mill, 1990, p. 113).

Toutes les théories générales du droit doivent donc, d'une part, être abstraites et, d'autre part, être des interprétations constructives, c'est-à-dire qu'elles doivent montrer la pratique sociale du droit sous son meilleur jour et trouver un équilibre entre la pratique telle qu'on la retrouve et sa justification. En outre, toute conception du droit doit répondre à une infinité de questions⁵⁵ et donc être incomplète. Il nous faut une théorie complexe (mais incomplète) qui se tisse lentement en répondant aux différentes questions. De plus, certains liens devront être tissés entre le droit et des éléments extérieurs à celui-ci, comme la moralité politique ou les convictions idéologiques et métaphysiques. (Dworkin, 1986, p. 100-101).

Par ailleurs, une théorie du droit qui se veut pratique et utile devra nous informer sur deux éléments clés (Dworkin, 1986, p. 109-110). Tout d'abord, elle doit décrire les

⁵⁵ Par exemple : Y a-t-il un objectif (*a point*) à l'idée de limiter la coercition ? Quel est cet objectif ? Quelle notion de cohérence avec les décisions passées sert mieux cet objectif ? Quelle est la force gravitationnelle d'un précédent donné dans la cause actuelle ? Quelle était l'intention du législateur en adoptant cette loi ? On voit bien la multitude presque infinie de questions qui s'ouvrent devant le juge, mais aussi devant l'avocat et le simple citoyen.

fondements du droit, soit les circonstances permettant de confirmer ou d'infirmer la véracité de certaines thèses juridiques. Ensuite, il lui faudra aussi expliquer la force du droit, c'est-à-dire le pouvoir relatif d'une thèse juridique vraie à justifier la coercition dans différentes circonstances exceptionnelles. Après tout, selon Dworkin, « the most general point of law [...] is to establish a justifying connection between past political decisions and present coercion » (Dworkin, 1986, p. 98). Ces deux éléments doivent nécessairement s'appuyer mutuellement. Cependant, il est parfois possible de mettre l'accent sur un seul de ces deux paramètres. En effet, en tant que théorie des fondements du droit, une conception juridique peut demeurer muette quant à la force si et seulement s'il existe un accord consensuel fort concernant la force du droit. L'inverse est tout aussi vrai. C'est sur cette base qu'une certaine distinction peut être faite entre une analyse uniquement juridique ou jurisprudentielle, qui ne concernerait que les fondements, et une analyse de philosophie politique, liée uniquement à la force.

C'est ainsi que Dworkin développe trois conceptions du droit qui ne sont pas organisées en fonction des écoles sémantiques discutées précédemment. La première conception se nomme conventionnalisme et est rapidement rejetée par Dworkin parce qu'elle se limite de manière trop rigide aux textes de loi explicites, niant l'importance de la moralité politique (Dworkin, 1986, p. 114-151). Puisque cette dernière existe manifestement selon Dworkin, il refusera nécessairement d'adopter toute interprétation réfutant le rôle de la moralité politique. La seconde conception, nommée pragmatisme juridique, est aussi rejetée parce qu'elle n'arriverait pas à expliquer concrètement la pratique juridique occidentale actuelle (Dworkin, 1986, p. 151-175). En effet, le pragmatisme juridique tel que conceptualisé par Dworkin considère que les juges recherchent la meilleure décision pour l'avenir de la communauté, sans égard au passé ni à la cohérence (jurisprudentielle ou principielle). Ces affirmations défient la réalité empirique du droit telle qu'on la connaît, puisque la plupart des juges et juristes ressentent clairement un devoir de cohérence. Le pragmatisme juridique ne peut donc pas être une interprétation acceptable de la pratique sociale qu'est le droit, car il ne cadre pas avec celle-ci. La

conception retenue est donc la troisième, que Dworkin appelle le droit comme intégrité (DCI) (*law as integrity*)⁵⁶.

Avant d'analyser le DCI à proprement parler, il est nécessaire de dire quelques mots à propos de la notion même d'intégrité. Selon Dworkin, trois vertus sont centrales aux diverses conceptions du droit : l'équité (*fairness*), la justice et l'impartialité de la procédure juridique⁵⁷ (*procedural due process*) (Dworkin, 1986, p. 164-165). Une quatrième vertu pourrait aussi être comptée, soit celle affirmant le principe « Treat like cases alike ». Comme nous le verrons, cette vertu ne peut découler directement de l'équité et des garanties procédurales ; elle doit donc être considérée à part entière comme une vertu centrale au droit. Dworkin la nomme intégrité politique. Elle apparaît lorsqu'on reconnaît chez les autres une attitude exprimant une conception de la justice, de l'équité ou de l'impartialité de la procédure juridique, même si leur conception est différente de la nôtre. L'intégrité se divise en deux sous-principes, soit (a) l'intégrité législative et (b) l'intégrité décisionnelle (*in adjudication*) (Dworkin, 1986, p. 167). La première souhaite que le droit créé par législation ait une cohérence principielle alors que la seconde s'intéresse à la mise en application cohérente du droit. Ces sous-principes s'inscrivent dans une vision particulière de l'État et de la communauté en tant qu'agent moral personnifié, distinct de la simple somme des individus (Dworkin, 1986, p. 167-175). Bien que les questions de responsabilité et d'agentivité collectives soient tout aussi difficiles à trancher aujourd'hui qu'il y a trente ans, nous nous devons d'accepter cette prémisse dworkinienne pour le bien de son argumentaire⁵⁸. Selon Dworkin, dans l'analyse des situations de droit, il faut accorder une priorité logique à la responsabilité collective personnifiée dans l'État et ses institutions, la responsabilité individuelle passant au second plan.

⁵⁶ J'ai intentionnellement choisi de m'éloigner du néologisme « droit-intégré » employé par la traduction d'Elisabeth Soubrenie dans (Dworkin, 1994a). J'emploierai l'abréviation « DCI » dans les pages suivantes pour référer à la conception dworkinienne de « law as integrity ». L'expression « droit comme intégrité » n'est pas des plus jolies, mais rappelle la « justice comme équité » de Rawls, traduit par Catherine Audard dans (Rawls, 1993b, p. 29).

⁵⁷ Je préfère cette expression à la traduction proposée par Elisabeth Soubrenie dans (Dworkin, 1994a), soit « la procédure établie ».

⁵⁸ Ceci dit, le lecteur est invité à consulter les textes suivants concernant les nombreux problèmes à propos de la responsabilité et l'agentivité collectives : (Held, 1970; Pettit, 2007; Wall, 2000).

Analysons maintenant le principe d'intégrité afin de savoir s'il cadre avec le droit et le justifie. Il faut d'abord noter que nous rejetons instinctivement l'idée de favoriser l'une des parties en cause lorsque les enjeux incluent des principes et non simplement des politiques. Nous préférons le dialogue et la délibération. Au final, le compromis que nous atteindrons doit être externe à la justice, c'est-à-dire qu'il sera un compromis par rapport au schème de justice à choisir⁵⁹ et non un schème de justice ayant lui-même souffert de compromis entre les diverses doctrines compréhensives (Dworkin, 1986, p. 179). Un tel schème peut être trouvé dans les stratégies du compromis⁶⁰ (*checkerboard strategy*), que Dworkin définit en tant que lois manquant de cohérence principielle, mais qui affirment néanmoins être justifiées par des arguments de politique publique mieux servis par les discriminations en question (Dworkin, 1986, p. 435, n. 6). Dans plusieurs cas, nous n'avons ni arguments d'équité ni arguments de justice pour rejeter ces stratégies du compromis, mais nous pouvons le faire en nous fiant à des arguments d'intégrité. En effet, ces derniers ont une force gravitationnelle qui explique pourquoi de telles stratégies sont instinctivement rejetées. L'État personnifié manque d'intégrité lorsqu'il applique une solution de ce genre, parce qu'il justifie une partie de ses actions par un principe qu'il nie pour en justifier une autre partie. Dworkin fournit un exemple frappant : la règle des trois-cinquièmes, qui permettait de compter uniquement 60% de la population esclave d'un État pour connaître la population totale de celui-ci. Ainsi, on reconnaissait que les esclaves étaient des êtres humains qui devaient être représentés au Congrès tout en niant leurs caractéristiques humaines et en les maintenant en esclavage. On voit donc que l'intégrité cadre bien avec le droit actuel, parce qu'elle permet de résoudre le difficile problème des stratégies du compromis, ce qui n'aurait pas été possible en l'absence d'un tel principe, puisque l'équité, la justice et l'impartialité de la procédure juridique ne résolvaient pas pleinement le dilemme.

⁵⁹ Par exemple : l'utilitarisme de la règle, le libéralisme rawlsien (1971, 1993a), l'approche des capacités de Martha Nussbaum (2001), etc.

⁶⁰ Je reprends ici la traduction d'Elisabeth Soubrenie dans (Dworkin, 1994, p. 200).

Par ailleurs, il faut aussi s'assurer que ce principe justifie nos pratiques juridiques. Pour ce faire, Dworkin nous réfère à la fraternité (ou la notion de « communauté », dans un langage non-genré) (Dworkin, 1986, p. 188). Il nous dit que si une société accepte le principe d'intégrité, alors il est nécessaire qu'elle soit et se perçoive comme une forme spéciale de communauté dont la spécificité est de donner préséance à l'autorité morale par rapport au déploiement du monopole de la force coercitive. L'intégrité permet par ailleurs une évolution organique du droit, car le rôle des citoyens est plus profond. En effet, ceux-ci sont appelés à voir les standards en jeu dans leurs relations interpersonnelles ainsi qu'à se soumettre et soumettre autrui aux principes des décisions politiques passées. En somme, ils font preuve d'une « fidelity to a scheme of principle » (Dworkin, 1986, p. 190). Le concept de fraternité est donc à la source de l'intégrité. Or, de cette dernière découle une plus grande légitimité étatique, ce qui rend très attrayant le droit comme intégrité. En effet, tout État revendiquant l'intégrité en tant qu'idéal aura nécessairement un meilleur argument justifiant sa légitimité à imposer une certaine forme de coercition à ses citoyens. Selon Dworkin, « legitimacy flows from and defines citizenship » (Dworkin, 1986, p. 193).

Quatre conditions devront être réunies pour qu'une société simple se transforme en vraie société, au sens dworkinien du terme, au sein de laquelle pourra naître une fraternité réelle (Dworkin, 1986, p. 199-200). Premièrement, les obligations des membres de la communauté doivent être spécifiques au groupe et non générales. Nous devons avoir des obligations envers ce groupe-ci que nous n'avons pas envers l'humanité entière. Deuxièmement, les responsabilités doivent être personnelles : elles vont d'un individu à l'autre, et non au groupe en tant qu'agent collectif. La fraternité ne peut s'établir que dans un tel contexte. Troisièmement, ces responsabilités proviennent d'une autre responsabilité, antérieure et plus générale, soit celle d'avoir une préoccupation (*a concern*) pour le bien-être des autres membres de la communauté. Quatrièmement, cette préoccupation doit être égale envers tous les membres de la communauté. Selon Dworkin, une communauté véritable ne peut naître que de ces quatre principes, et la légitimité étatique provient ensuite de la fraternité présente au sein de la communauté. Une telle association politique est donc créée sur un modèle de principes : en plus des règles écrites issues de compromis, la population est gouvernée par des principes communs acceptés de tous. La joute politique

devient ensuite un débat sur les principes à modifier, adopter ou retrancher au fil du temps, en fonction de l'évolution de la communauté. Parce qu'un tel modèle de société se veut réellement associatif, il rejettera les stratégies du compromis au profit de principes qu'il ne peut nier (Dworkin, 1986, p. 214).

En somme, l'intégrité est un idéal politique distinct. Ce dernier énoncé étant lui-même interprétatif, il faut s'assurer que l'intégrité cadre avec notre droit et explique des éléments intrigants de nos pratiques et structures constitutionnelles. Une communauté de principe, qui considère l'intégrité comme valeur politiquement centrale, justifie mieux sa revendication de légitimité que les autres formes de communautés⁶¹. La préoccupation que chaque membre de la communauté doit avoir envers tous les autres dans le modèle retenu est une préoccupation spéciale, personnelle et égalitariste (Dworkin, 1986, p. 216). Il ne faudrait cependant pas croire que l'intégrité sera toujours la valeur qui prévaudra au détriment des trois autres valeurs centrales que sont l'équité, la justice et la procédure établie. Par exemple, (b) l'intégrité décisionnelle a une souveraineté presque absolue en ce qui a trait aux fondements du droit, mais ne dit pas tout sur l'utilisation de la force coercitive de l'État. De même, en encourageant les juges à être imaginatifs et à avoir une vue d'ensemble du droit dans leur quête de cohérence avec les principes fondamentaux, l'intégrité peut entraîner des incohérences mineures. En effet, « [i]ntegrity is about principle and does not require any simple form of consistency in policy » (Dworkin, 1986, p. 221). Dworkin rejoint ici sa théorie de l'erreur discutée précédemment.

Le droit comme intégrité (DCI), conception interprétative du droit retenue par Dworkin, demande encore à être construit à l'aide d'éléments à la fois rétrospectifs et prospectifs, puisqu'il désire cadrer avec nos pratiques juridiques actuelles aussi bien que de les justifier. La cohérence exigée par le DCI n'est pas historique, puisque l'intégrité admet l'incohérence des politiques, mais horizontale, entre les différents principes que la communauté actuelle reconnaît comme importants (Dworkin, 1986, p. 227). Pour toute

⁶¹ Dworkin analyse deux autres modèles dans son texte, soit la « communauté en tant qu'accident géo-historique » et le modèle du livre de règles (Dworkin, 1986, p. 209-210).

interprétation, des jugements de cohérence et d'intégrité textuelles seront entrelacés avec des jugements plus substantiels. Par conséquent, le juge n'est ni libre ni contraint dans son interprétation ; il s'inscrit en quelque part dans un continuum entre la liberté radicale et la contrainte absolue (Dworkin, 1986, p. 234). Concrètement, les faits bruts de l'historique juridique limitent les convictions personnelles des juges, d'où l'importance du premier test, soit le fait, pour son jugement, de cadrer avec la réalité empirique. Dans les cas difficiles, ce test admet généralement plus d'une interprétation, ce qui rend nécessaire un second test, celui de la justification, où l'on cherche à exposer nos pratiques sous leur meilleur jour (Dworkin, 1986, p. 255). À ce stade-ci, « [the judge's] own moral and political convictions are now directly engaged » (Dworkin, 1986, p. 256). On ne peut cependant pas parler de réelle discrétion de sa part, puisque le premier test est venu limiter ses options et parce que ce second test doit justifier nos pratiques et non pas ouvrir la porte à une réinterprétation de tout l'édifice juridique.

3.4 Conclusion

En conclusion, dans les deux derniers chapitres, j'ai présenté les théories du droit promues par H. L. A. Hart et Ronald Dworkin. Si le positivisme hartien a revigoré les recherches conceptuelles en philosophie du droit au milieu du XXe siècle, les critiques dworkiniennes ont permis aux positivistes de revoir certains de leurs présupposés. Quant à l'interprétativisme mis de l'avant par Dworkin, il combine les deux branches de la philosophie du droit. En effet, l'approche interprétativiste nécessite une mise en commun des enjeux conceptuels et normatifs du droit afin de trouver l'interprétation qui cadre le mieux avec nos pratiques tout en exposant celles-ci sous leur meilleur jour. À présent, nous sommes en mesure d'analyser les résultats de ma recherche afin de déterminer laquelle de ces deux philosophies du droit explique le mieux le renversement juridique Rodriguez-Carter.

Chapitre 4 : Appliquer la théorie au cas pratique :

Analyse et discussion des résultats

4.1 Introduction

Les trois premiers chapitres de ce mémoire furent respectivement consacrés au renversement juridique *Rodriguez-Carter*, à la philosophie du droit de H. L. A. Hart et à celle de Ronald Dworkin. J'ai tout d'abord présenté la position de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Rodriguez*, en 1993, alors que les dispositions du *Code criminel* interdisant l'aide au suicide ont été maintenues. Ensuite, j'ai abordé la décision unanime de la Cour dans l'arrêt *Carter*, qui renverse la décision dans *Rodriguez* en reconnaissant l'inconstitutionnalité des dispositions du *Code criminel* qui interdisent l'aide médicale à mourir, en vertu de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Enfin, les philosophies du droit de Hart et de Dworkin ont été exposées, afin de montrer les différences entre le positivisme hartien et les critiques dworkiniennes.

Le présent chapitre se veut une analyse du renversement juridique présenté au premier, à la lumière des deux théories développées dans les second et troisième chapitres. Cette analyse permettra de répondre à la question de recherche énoncée en introduction : laquelle des deux philosophies du droit en l'espèce peut expliquer le renversement juridique canadien concernant l'aide médicale à mourir ? Afin de confirmer ou d'infirmer l'hypothèse de départ, soit que les deux théories peuvent expliquer ce renversement – mais que l'une le fait mieux que l'autre –, trois thématiques seront étudiées. Premièrement, nous nous intéresserons au lien entre droit et moralité selon Hart et Dworkin. Deuxièmement, nous discuterons de leur vision de ce qu'est un renversement juridique et de ce qui permet à la Cour d'outrepasser ses décisions antérieures. Troisièmement, divers autres aspects inclassables seront abordés avant de passer à la conclusion du mémoire. Ces trois thématiques ont été choisies pour des raisons spécifiques. Tout d'abord, le débat Hart-Dworkin a comme point focal un désaccord profond sur le lien entre droit et moralité ; il aurait été incongru de proposer une analyse sur la base de ces théories sans discuter de leur

désaccord central. Ensuite, les cas à l'étude forment un renversement juridique. Il était donc naturel de me questionner sur la théorie du renversement juridique proposée par chaque auteur. Enfin, les divers autres aspects analysés permettront de faire le tour de la question. À chaque étape, la présentation des résultats sera suivie par une analyse partielle.

4.2 Droit et moralité : discrétion vs principes

Plusieurs auteurs ont tenté de déterminer ce qu'est le cœur du désaccord entre Hart et Dworkin. Selon certains, ce sont les considérations initiales qui sont divergentes (Culver, 2001). Pour d'autres, le différend se situe sur le plan de la méthodologie (Leiter, 2003). Selon moi, l'irréductible différence entre Hart et Dworkin n'apparaît que dans les cas difficiles (*hard cases*). En effet, plusieurs rapprochements ou accommodements pourraient être faits entre ces deux théories en ce qui a trait à de nombreux sujets, mais elles sont irréconciliables sur un aspect clé, qui ne se montre clairement que dans les cas difficiles : le lien entre droit et moralité. H.L.A. Hart considère que le juge a la discrétion pour trancher dans un sens ou dans l'autre, dans les cas difficiles, alors que la théorie de Dworkin oblige le juge à avoir une approche herméneutique afin de découvrir les principes de moralité politique sous-jacents à notre Constitution et qui sous-tendent nos institutions communes. Voyons ce qu'il en est.

a) Carter et la discrétion positiviste

Tel qu'annoncé dans le chapitre 2⁶², la théorie positiviste se définit par opposition aux théories thomistes et naturalistes traditionnelles. Ces dernières soutiennent qu'il existe un lien nécessaire entre le droit positif humain et les lois d'un ordre supérieur, qu'il soit divin ou naturel. Hart rejette ces théories, mais admet la possibilité de liens contingents entre droit et moralité : historiquement, les deux se sont développés côte à côte, mais cela ne signifie pas qu'un lien nécessaire les unit. Son positivisme est donc dit inclusif ou modéré.

⁶² Voir *supra*, section 2.4.

Selon Hart, les cas difficiles peuvent être tranchés quasi arbitrairement par le juge en vertu de sa discrétion⁶³. En effet, dans les situations où le droit est muet, vague ou flou, le juge peut (voire doit) combler le vide et il peut le faire à sa guise. Ces situations d'imprécision (*vagueness*) dans le droit découlent du langage ordinaire, comme le montre Hart (2012, p. 128). Le langage ordinaire est intrinsèquement imprécis, et le droit doit simplement s'en accommoder. Plusieurs éléments du renversement juridique en l'espèce font justement preuve d'une telle imprécision. On n'a qu'à penser au droit prévu à l'article 7 de la *Charte*, soit le « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité ». Ainsi formulé, ce droit peut avoir de multiples sens, qui furent explorés par les tribunaux au fil du temps. La même chose peut être dite à propos du « caractère sacré de la vie humaine », un excellent exemple de « concept essentiellement contesté », au sens de Ronald Dworkin (1986, p. 70-72). « Le caractère sacré de la vie humaine » est une expression intrinsèquement vague, dont le noyau de certitude est mince comparativement à la pénombre d'incertitude qu'il projette. C'est ainsi que, dans l'arrêt *Rodriguez*, la majorité et l'une des dissidences font référence non seulement à ce concept, mais à une même conception de ce concept, et ce, de manière opposée⁶⁴. C'est bien dire à quel point l'incertitude règne à ce sujet.

Malgré tout, le caractère sacré de la vie humaine ne représente pas le vocable qui porte le plus à interprétation dans cette affaire. Il s'agit plutôt de la notion de « justice fondamentale » prévue à l'article 7 de la *Charte*. La Constitution ne définit aucunement ce que sont ces « principes de justice fondamentale », avec lesquels une atteinte au droit à la vie, à liberté ou à la sécurité doivent être en conformité. Ce sont les tribunaux qui ont eu l'ingrat travail de déchiffrer cette partie de notre loi fondamentale. Dès 1985, dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*⁶⁵, la Cour suprême admet qu'il sera problématique de cerner une fois pour toutes les contours de la justice fondamentale. La majorité l'énonce ainsi : « on ne peut donner à ces mots un contenu exhaustif ou une simple définition par

⁶³ Évidemment, cela n'est pas vrai dans les cas dits faciles. Le juge ne fait qu'appliquer le droit positif tel qu'édicte par les législatures, les agences gouvernementales, la doctrine des précédents, etc.

⁶⁴ Voir la dissidence du juge en chef Lamer, p. 560, et la décision majoritaire, p. 585. Toutes deux font référence à (Dworkin, 1994b).

⁶⁵ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486.

énumération ; ils prendront un sens concret au fur et à mesure que les tribunaux étudieront des allégations de violation de l'art. 7 » (*Re Motor Vehicle Act (C.-B.)*, par. 67). Cette incertitude, identifiée par Hart comme un élément intrinsèque du langage naturel et donc du droit, justifie d'accorder une certaine discrétion aux juges. Ainsi, dans les décisions difficiles, ils pourront trancher le débat en s'appuyant sur les éléments qui justifient leur décision, tout en rejetant ceux qui la contrediraient. En l'espèce, cela signifie que les juges majoritaires dans *Rodriguez* n'étaient pas tenus par quoi que ce soit et pouvaient donc s'opposer à l'aide au suicide. Inversement, dans l'arrêt *Carter*, la Cour aurait pu affirmer que le débat avait déjà été tranché vingt-deux ans plus tôt. Nous verrons à la sous-section 3.2a) que la Cour était aussi justifiée dans son désir de renverser sa décision passée.

Cette discrétion n'est cependant pas aussi absolue que je l'ai laissé entendre ci-haut. D'une part, la plupart des cas ne sont pas difficiles au point où les juges peuvent ne tenir aucunement compte du droit positif, de ses textes et de ses habitudes. Dans les arrêts en l'espèce, cela n'est évidemment pas le cas : les juges respectent toujours notre Constitution et nos principes de *common law*. D'autre part, un juge qui tenterait de ne pas s'occuper du droit positif serait rejeté par ses collègues. On doit impérativement se rappeler que la discrétion des juges est limitée et circonscrite par l'opinion des autorités appartenant au système (*legal officials*), qui doivent continuer de percevoir ledit système du point de vue interne (Hart, 2012, p. 142-147). Si ces autorités rejettent une interprétation trop cavalière, il est permis de dire que le juge a outrepassé sa discrétion⁶⁶.

⁶⁶ Réalistement, il est peu probable que cela se produise à la Cour suprême. Premièrement, aucune autre cour ne peut renverser la décision de la Cour suprême. Aucune institution étatique n'est donc en position pour sanctionner une dérive discrétionnaire, sauf utilisation de l'article 33 (clause nonobstant) de la *Charte* par la branche législative. Inutile de rappeler que la décision de la Cour suprême est finale, bien qu'elle ne peut être considérée infaillible. Ceci dit, la Cour pourrait un jour revenir sur sa propre décision, comme elle l'a fait dans l'arrêt *Carter*. On notera toutefois qu'une mauvaise décision de la Cour suprême peut être difficile à appliquer par les tribunaux inférieurs. Ces derniers doivent remettre en question la jurisprudence établie ou distinguer la cause qui leur est présentée et la cause déjà jugée, si l'enjeu est pour retourner devant la Cour suprême. Deuxièmement, aucun mécanisme n'est prévu au Canada pour retirer de la Cour suprême un juge qui deviendrait scélérat. Aucune destitution (*recall*) n'est possible. Troisièmement, – et c'est l'argument principal – il est à toute fin pratique impossible qu'un juge soit nommé à un poste si crucial s'il a fait preuve d'un comportement hautement discrétionnaire par le passé. Le processus de nomination des juges n'est pas parfait, au Canada, mais il est bien moins politique que chez nos voisins du Sud. Il faut pour cela saluer

Pour toutes ces raisons, les juges n'ont pas à trancher les cas difficiles sur la base d'une moralité extérieure au droit : ils le font simplement de manière discrétionnaire. Les arrêts *Rodriguez* et *Carter* semblent relever de cette discrétion. Dans un cas, la pénombre d'incertitude entourant la notion de justice fondamentale a permis à la majorité de soutenir que le caractère sacré de la vie humaine (et l'intérêt de l'État à préserver ce principe) justifie l'interdiction de l'aide au suicide (*Rodriguez*, p. 592-593). Dans l'autre cas, on rejette l'interdiction mur-à-mur de l'aide médicale à mourir, car la mesure n'est pas proportionnelle à son objectif : des personnes non vulnérables sont affectées par l'interdiction, alors que celle-ci ne devait viser que les personnes vulnérables (*Carter*, par. 86). On peut donc facilement expliquer la réalité juridique sans avoir recours à des principes moraux ou extra-légaux.

Outre le concept de discrétion, la théorie hartienne peut expliquer autrement l'absence de lien entre droit et moralité dans les cas en l'espèce. Par exemple, il est très difficile de mettre le doigt sur la moralité en cause lorsqu'on affirme un lien entre droit et moralité. Est-ce la moralité personnelle du juge ? Est-ce une moralité particulière, qui serait supérieure aux autres ? La gamme des moralités que l'on pourrait tenter de lier au droit est très large. En ce sens, mieux vaut ne pas le faire et s'en tenir aux liens accidentels et historiques entre les deux. Une telle réflexion est légitime dans un univers intellectuel pré-rawlsien, dominé par la pensée d'Isaiah Berlin (1988). Ce dernier tentait de trouver une façon de maintenir le pluralisme moral en permettant la cohabitation des systèmes de valeur, puisqu'il constatait avec raison le fait sociologique selon lequel il existe une diversité de conceptions morales à la fois légitimes mais incompatibles, incommensurables et irréductibles. Il faudra attendre les écrits de Rawls (1971) pour qu'enfin un penseur réfléchisse aux diverses façons selon lesquelles les théories morales peuvent se combiner plutôt que s'opposer. Ainsi, aujourd'hui, il apparaît possible d'arriver à un consensus par recoupement entre les différentes théories morales rationnelles et raisonnables, de telle

certaines facteurs contingents liés à notre culture politique, qui font que la sélection d'un juge erratique et cavalier est peu probable.

sorte qu'une théorie morale de deuxième ordre pourrait être un étalon de mesure pour le droit. C'est en quelque sorte ce que propose Ronald Dworkin.

Quoi qu'il en soit, selon Hart (2012, p. 173-180), la distinction entre droit et moralité est irréductible pour quatre raisons principales. Tout d'abord, malgré leurs ressemblances, ces deux notions n'évoluent pas de la même façon car le droit peut le faire de manière explicite. En effet, les règles de droit peuvent être modifiées par des décisions législatives ou judiciaires, comme ce fut le cas dans l'affaire *Carter*. Sans elle-même changer la loi, la Cour accorde 12 mois au Parlement pour modifier la sienne. La moralité, même une moralité de deuxième ordre tel que conceptualisée ci-haut, ne peut avoir cette caractéristique. Par ailleurs, les règles morales doivent être volontairement transgressées pour être en cause, ce qui n'est pas le cas des règles légales. Moralement, notre culpabilité est généralement directement proportionnelle à notre intention, ce qui n'est souvent pas le cas en droit.

En outre, la valeur d'une règle morale dépend de son acceptation par la population, alors que la valeur d'une règle légale est simplement fonction de sa validité. L'importance d'une règle de droit découle de sa place dans le système juridique : certaines lois peuvent tomber en désuétude tout en demeurant proprement des lois. Or, des règles morales qui ne seraient plus partagées par la population n'auraient simplement plus d'importance. En l'espèce, on voit bien que les dispositions criminelles étaient toujours valides et importantes – Hart dirait simplement que les articles de la Constitution sont tout aussi valides et plus importants encore. Enfin, la pression morale et légale n'est pas exercée de la même façon. Si les menaces de sanction propre aux règles légales s'adressent au point de vue externe des individus, la pression morale s'exprime via la honte et la culpabilité – elle affecte aussi le point de vue interne. Dans les cas d'aide à mourir, il semble que la pression légale n'ait pas été suffisante pour empêcher la famille Carter d'amener Mme Kay Carter en Suisse pour qu'elle puisse mettre fin à ses jours dans une clinique Dignitas.

Dans tous ces exemples, on voit bien que les règles secondaires sont l'élément central permettant au droit d'être ce qu'il est : facilement modifiable, valide même s'il n'est

pas accepté de tous, responsabilisant parfois de manière stricte, exerçant une pression sur le point de vue externe des individus. Nous reviendrons plus loin sur l'importance des règles secondaires ; notons pour l'instant que les arrêts *Rodriguez* et *Carter* respectent les caractéristiques énoncées ici.

En somme, la moralité n'entretient selon Hart que des liens contingents avec le droit. Dans les cas difficiles, les juges doivent user de discrétion afin de trancher le débat dans un sens ou dans l'autre. À première vue, cela semble être le cas dans les affaires en l'espèce. Il faut maintenant passer à l'exposition de l'explication dworkinienne du lien entre droit et moralité, puis analyser les résultats préliminaires.

b) La moralité politique canadienne : une question de principes

Selon Ronald Dworkin, les juges ne peuvent faire preuve de la discrétion promue par les positivistes. Au contraire, ils doivent déterminer les droits légaux en jeu dans tous les cas, même ceux où le droit est flou ou muet. Pour se faire, ils doivent se fier non pas aux règles de droit, mais aux principes sous-jacents à celles-ci. Ces principes sont issus de la moralité constitutionnelle, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas simplement les opinions morales personnelles du juge ni les préceptes d'une doctrine compréhensive particulière.

En droit canadien, il semble que ces principes de moralité constitutionnelle soient bien présents. Dans les cas qui nous intéressent, les juges ont reçu des plaidoyers fondés sur l'article 7 de la *Charte*, qui parlent explicitement des « principes de justice fondamentale » qui doivent être violés pour que soit inconstitutionnel un accroc au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité. Dans l'arrêt *Rodriguez*, les juges de la majorité concluent que l'atteinte au droit prévu ne brime aucun principe de justice fondamentale. Selon eux,

L'expression « principes de justice fondamentale » à l'art. 7 de la *Charte* implique un certain consensus quant à leur caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société. Ils doivent pouvoir être identifiés avec une certaine précision et appliqués à des situations d'une manière qui engendre un résultat compréhensible. Ils doivent également être des principes juridiques. [...] Il y a lieu également de considérer l'intérêt de l'État. La justice

fondamentale exige la pondération équitable des intérêts de l'État et de ceux de l'individu. Le respect de la dignité humaine est l'un des principes sur lesquels repose notre société, mais n'est pas un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 (*Rodriguez*, p. 521).

On remarque dans ce passage un élément clé de la conception dworkinienne des principes : la notion de pondération. En effet, selon Dworkin, les principes ne s'appliquent pas d'une manière englobante (« tout ou rien »), mais doivent être pesés les uns par rapport aux autres afin de déterminer quel ensemble de principes a le plus de poids et permet de trancher le débat. Dans l'affaire *Rodriguez*, les juges devaient soupeser plusieurs principes différents : dignité de la personne, autonomie individuelle, caractère sacré de la vie humaine, déférence envers le législateur⁶⁷, etc.

Selon la majorité, la notion de dignité de la personne « n'est pas un principe de justice fondamentale » (*Rodriguez*, p. 521). C'est cependant un principe important de notre moralité constitutionnelle, et les juges y accordent un certain poids. De même, l'autonomie individuelle n'est pas perçue comme un principe de justice fondamentale, mais bien comme une notion comprise dans le droit à la sécurité de sa personne (*Rodriguez*, p. 588). Ayant mis de côté ces deux principes comme étant sous-jacents à certains articles de la *Charte* mais n'étant pas en soi des principes de justice fondamentale, les juges majoritaires n'ont plus qu'un principe clé à évaluer : le caractère sacré de la vie humaine. La prohibition complète de l'aide au suicide ayant comme objectif de protéger les personnes vulnérables, on voit bien qu'il est dans l'intérêt de l'État de conserver telles quelles les dispositions criminelles. L'intérêt de l'État, combiné au principe consensuel (*Rodriguez*, p. 608) que serait le caractère sacré de la vie, permet à la majorité de trancher en faveur du gouvernement.

Dans l'arrêt *Carter*, les principes en jeu sont quelque peu différents. Si l'autonomie individuelle, la déférence envers le législateur, la dignité de la personne et le caractère sacré de la vie humaine sont tous de retour, de nouveaux joueurs font leur apparition. Du côté des principes de justice fondamentale, deux aspects sont radicalement différents. D'une part,

⁶⁷ Toute décision juridique de nature constitutionnelle doit inclure ce principe dans sa réflexion.

l'intérêt de l'État n'est plus pris en compte à ce stade-ci de l'analyse, mais à l'étape suivante (évaluation de l'article premier via le test de *Oakes*). D'autre part, les trois principes de justice fondamentale analysés sont procéduraux plutôt que substantiels : « les valeurs fondamentales qui nous intéressent s'opposent à l'arbitraire, à la portée excessive et à la disproportion totale » (*Bedford*⁶⁸, par. 96, réitéré dans *Carter*, par. 72). La Cour soutient que les dispositions concernant l'aide médicale à mourir ont une portée excessive dans la mesure où elles s'appliquent à des personnes non vulnérables, c'est-à-dire des adultes capables, apte à consentir à la mort de manière libre et éclairée. En pesant les différents principes en jeu cette fois-ci, la Cour en arrive à un jugement opposé à ce qu'elle avait dit en 1993. L'évolution des principes de moralité constitutionnelle canadienne suit donc l'évolution du droit canadien, qui doit être conçu selon une interprétation progressiste pouvant s'adapter à son époque : notre Constitution est « un arbre vivant »⁶⁹.

On voit donc que l'approche principielle proposée par Ronald Dworkin permet d'expliquer autant l'arrêt *Rodriguez* que *Carter*. Des principes de moralité constitutionnelle existent bel et bien de manière sous-jacente à notre droit, que ce soit implicitement à d'autres droits⁷⁰, pour justifier certains droits⁷¹ ou encore en tant que principes de justice fondamentale.

La philosophie du droit de Dworkin a deux autres façons d'expliquer le lien entre droit et moralité constitutionnelle dans les arrêts qui nous intéressent. Premièrement, en faisant référence (i) aux arguments de principe et (ii) aux arguments de politique publique (*policy*), on peut conclure que le droit individuel à la sécurité, en tant qu'objectif politique individualisé, a ultimement remporté la bataille juridique face à la reconnaissance du caractère sacré de la vie humaine. En comparaison, ce dernier semble plutôt être ce que Dworkin appelle un but, soit un objectif politique collectif. Puisque nos principes de moralité constitutionnelle sont toujours déjà inscrits dans nos pratiques et institutions

⁶⁸ *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101.

⁶⁹ *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124.

⁷⁰ Pensons à l'autonomie individuelle, comprise dans le droit à la sécurité.

⁷¹ C'est le cas de la dignité de la personne, qui justifie de la droit à la vie.

juridiques, la Cour est justifiée dans ses actes d'originalité judiciaire. En ce sens, la thèse des droits défendue par Dworkin est la meilleure explication de notre modèle juridique, qui distingue entre (i) les arguments de principe et (ii) les arguments de politique publique.

Deuxièmement, Dworkin doit montrer que sa théorie n'est pas anti-démocratique. En effet, certains s'opposent à la thèse des droits parce qu'elle sape l'autorité légitime des élus au profit des décisions de juges non élus et non redevables devant la population. Cependant, la structure décisionnelle judiciaire, en incluant les principes sous-jacents à la Constitution, est intrinsèquement démocratique. En théorie tout comme en pratique, c'est un représentant du peuple qui adopte la Constitution : le constituant. Ce dernier peut par ailleurs en tout temps modifier la Constitution du pays ; les principes sous-jacents seraient alors appelés à changer⁷². Le constituant⁷³ conserve donc le dernier mot, et non la branche judiciaire, qui ne fait qu'interpréter les principes que lui donne la Constitution. Puisque le pouvoir judiciaire devra ensuite continuer d'interpréter la nouvelle Constitution, il pourra perpétuellement casser des lois qui briment des droits ou violent la Constitution ; c'est la doctrine du dialogue entre les pouvoirs étatiques. Au Canada, en raison de la doctrine de l'arbre vivant, notre Constitution évolue de manière plus fluide qu'ailleurs. Néanmoins, il peut arriver que la moralité constitutionnelle soit en décalage avec la moralité politique ambiante, que l'on peut mesurer à l'aide de sondage d'opinions. Il n'est pas évident de dire que tel est le cas dans l'exemple qui nous intéresse : depuis 1992, soit un an avant l'arrêt *Rodriguez*, une majorité relativement stable de 57 à 71 % des Canadiens appuie la décriminalisation de l'aide médicale à mourir (Environics Institute, 2013). La moralité constitutionnelle canadienne aurait-elle rattrapée la moralité politique ambiante sur cet enjeu, confirmant la théorie de l'arbre vivant ?

⁷² On notera qu'en droit canadien, le législatif a toujours l'option d'invoquer la clause nonobstant (l'article 33 de la *Charte*) pour se soustraire à une décision judiciaire qui l'indispose, si et seulement si cette décision a trait aux articles 2 ou 7 à 15 de la *Charte*. En l'espèce, c'est le cas : le législatif pourrait utiliser cette clause plutôt que de modifier le *Code criminel*. Le prix à payer serait alors politique et électoral plutôt que juridique.

⁷³ Généralement, une fois que l'ordre constitutionnel est établi, le constituant est formé par une partie du pouvoir législatif. Par exemple, au Canada, le constituant varie en fonction de l'enjeu dont il est question : certains enjeux nécessitent l'unanimité du Parlement fédéral et des dix pouvoirs législatifs provinciaux, alors que d'autres n'ont besoin que de l'assentiment du Parlement et de sept Assemblées provinciales représentant au moins cinquante pourcent de la population.

c) Analyse : comment expliquer en l'espèce le lien entre droit et moralité ?

À première vue, il pourrait être tentant de se satisfaire de la réponse positiviste fournie par la théorie de Hart. En effet, dès lors que les principes de justice fondamentale sont introduits au sein du droit positif, les autorités appartenant au système peuvent s'y référer et les intégrer dans leur règle de reconnaissance sans avoir à en reconnaître l'origine morale. À leurs yeux, ces principes sont alors simplement des principes juridiques.

Or, il me semble que cette théorie manque de sophistication comparée à celle de Dworkin. En effet, s'il appert que le positivisme soit mieux placé pour expliquer les cas faciles – ce que Dworkin lui-même ne nie pas –, il n'en demeure pas moins que les cas difficiles demandent plus d'attention que ce que la théorie hartienne peut leur accorder.

Premièrement, analysons la place accordée au juge dans l'une et l'autre théorie. Pour Hart, le juge peut faire preuve de discrétion dans les cas difficiles, dans la mesure où cette discrétion relève de l'imprécision inhérente au langage et est circonscrite par la règle de reconnaissance des autorités appartenant au système. En dépit de ce qu'affirment certains positivistes (Shapiro, 2007), la théorie de Hart accepte donc que le juge joue un rôle personnel incommensurable dans la prise de décision judiciaire. Au contraire, la théorie dworkinienne oblige le juge à déterminer *a priori* les droits légaux s'appliquant en l'espèce. Par conséquent, le juge se trouve dans une posture herméneutique des textes de droit et non pas dans une position créatrice, comme le juge discrétionnaire de Hart. L'accent est donc mis sur le droit et ses principes sous-jacents plutôt que sur la bonne volonté du juge. En ce sens, la théorie de Dworkin me semble refléter la réalité des arrêts *Rodriguez* et *Carter*. Dans ces deux cas, les juges ont soupesé le poids de principes opposés afin de déterminer quel ensemble de principes serait à même de trancher le débat. Bien que les réponses données à cette question furent différentes, il n'en demeure pas moins que les juges se voyaient dans une position de découverte du droit plutôt que dans une optique de création discrétionnaire. Cela est aussi vrai pour les juges minoritaires dans *Rodriguez*.

Deuxièmement, il est nécessaire de s'arrêter sur le concept de principe. Si Ronald Dworkin a raison d'établir une distinction nette en une règle et un principe, cela ne signifie pas pour autant que H. L. A. Hart ne s'intéresse qu'aux règles. On doit cependant saluer le travail analytique de Dworkin, car il est vrai que le texte original de *The Concept of Law*, paru en 1961, amalgame fréquemment les termes « règles », « principes » et « standards » (Hart, 2012, p. 67, 124, 168, 176). Cela dit, Hart a corrigé le tir avec la publication d'un postscript, en 1994, qui accompagne la deuxième édition du livre. Il y rejette la caractérisation dworkinienne des règles applicables d'une manière « tout ou rien » alors que les principes seraient peu concluants (*non-conclusive*) (Hart, 2012, p. 262-263). Selon Hart, cela ne peut être le cas : on voit bien que les règles et les principes sont en compétition les uns par rapport aux autres, et le juge doit considérer le poids de tous ces différents standards avant de rendre son verdict. Plutôt que de réfléchir à l'opposition entre règles et principes, Hart nous invite à considérer le tout comme une question de degré, un spectre allant de règles quasi-concluantes à des principes généralement peu concluants.

À première vue, cette nouvelle vision du concept de principe semble affaiblir l'argumentaire dworkinien concernant le rôle des principes dans notre droit. Selon moi, il n'en est rien. En effet, n'oublions pas que les principes dont Hart fait maintenant l'apologie demeurent des principes purement juridiques. En ce sens, la notion de principes de moralité constitutionnelle est encore unique à Dworkin et continue d'être la meilleure façon d'expliquer notre modèle juridique canadien. Bien que certains juristes désirent insister sur le caractère juridique des principes qu'ils défendent, il n'en demeure pas moins que ces principes sont d'origine ou de nature morale – le droit les a peut-être intégrés, mais ils n'ont pas cessé d'être des principes moraux pour autant. En l'espèce, on n'a qu'à penser à l'autonomie personnelle ou à la dignité de la personne⁷⁴. Ces deux valeurs morales sont protégées par l'article 7 de la *Charte*, mais ne sont pas moins des principes moraux.

⁷⁴ Voir, par exemple, la tension entre les propos des juges de la majorité dans l'arrêt *Rodriguez* concernant le caractère juridique des principes en cause (p. 591) et les principes qu'ils appliquent réellement (p. 595).

En outre, la théorie de Dworkin explique mieux ce que les juges devaient faire la première fois qu'ils devaient déterminer ce que sont et ce qu'impliquent les principes de justice fondamentale. À ce moment, aucun de ces principes n'avaient été cooptés par le droit constitutionnel canadien ; ils n'étaient que des principes moraux. On pourrait vouloir affirmer qu'ils étaient déjà des principes juridiques dans la mesure où ils proviennent de la *common law* canadienne et de notre historique judiciaire et législatif. Cependant, une telle affirmation ne sauvegarde pas la doctrine positiviste : elle encourage les dworkiniens à affirmer que le droit inclut toujours déjà des principes de moralité constitutionnelle de manière sous-jacente au droit positif.

Pour toutes ces raisons, j'appuie la théorie de Dworkin en l'espèce dans sa façon de voir le lien entre droit et moralité. Je crois qu'elle est la plus convaincante pour rendre compte de notre réalité juridique et qu'elle permet une meilleure justification des décisions à venir dans le système de droit au Canada.

4.3 Qu'est-ce qu'un renversement juridique ?

Dans cette section, j'analyserai la théorie du renversement juridique proposée par Hart et Dworkin. On notera que les deux auteurs n'ont pas accordée une même importance à cet aspect de leur théorie, une réalité que j'expliquerai dans l'analyse des résultats.

a) Le renversement juridique en droit canadien

La notion de précédent occupe une place importante dans la théorie de Hart⁷⁵. Les décisions passées des tribunaux sont appelées « précédents » et doivent généralement être suivies par les cours inférieures. C'est ce qu'on appelle, en *common law* anglaise, le principe de *stare decisis*⁷⁶. Dans cette sous-section, il sera question de l'interprétation hartienne du principe de *stare decisis* en droit canadien en ce qui a trait à deux éléments différents. Il s'agira tout d'abord d'explorer les règles secondaires, telles que

⁷⁵ Étrangement, le concept de renversement juridique n'apparaît jamais aussi clairement.

⁷⁶ Pour plus d'informations sur le principe de *stare decisis*, voir *supra*, sous-section 1.4a).

conceptualisées par Hart. Ensuite, j'aborderai l'important concept de « distinction d'avec un autre arrêt », dans la mesure où cette notion s'applique en l'espèce.

Les règles secondaires ne s'intéressent pas aux comportements humains et aux normes applicables dans les divers cas – ce sont plutôt les règles primaires qui agissent de la sorte, en garantissant des droits ou en imposant des obligations aux membres de la communauté. Il existe de nombreuses règles primaires très courantes, comme le *Code de la route*, le *Code civil du Québec* ou le *Code criminel*. Dans les arrêts *Rodriguez* et *Carter*, les dispositions contestées sont donc des règles primaires. Les règles secondaires sont liées aux règles primaires dans la mesure où elles s'intéressent à la validité de celles-ci. En effet, les règles secondaires nous permettent de dire si une règle primaire fait partie du droit positif ou d'un autre champ normatif. Il faut donc comprendre que la moralité, les coutumes et les traditions peuvent aussi avoir des règles primaires – mais celles-ci ne respecteraient pas les règles secondaires propres au droit. En ce sens, tout ce qui est du droit s'inscrit sous les règles secondaires.

Selon Hart, il existe trois règles secondaires : la règle de reconnaissance, la règle du changement et la règle de décision. Cette dernière offre la réponse à nos questions concernant les décisions juridiques : qui peut trancher le débat, comment, sous quelles conditions, etc. Dans le renversement juridique qui nous intéresse, on voit bien que cette règle fut respectée. En effet, en droit canadien, toutes les cours sont habilitées à trancher les questions constitutionnelles, au contraire de nombreux pays européens où seule une cour constitutionnelle spécialisée peut prendre de telles décisions. De plus, les procédures judiciaires courantes ont toutes été appliquées. Par exemple, la plainte fut introduite à une cour de première instance (la Cour suprême de Colombie-Britannique), les appels furent demandés en respect des délais et les décisions sont le fruit de la réflexion des juges et non d'autres personnes.

La règle du changement permet au droit de ne pas être statique. Elle permet l'évolution intentionnelle du droit, ce qui n'est pas possible pour les champs normatifs non institutionnalisés, comme la moralité. Dans le cas présent, cette règle fut aussi respectée. En

droit canadien, il est reconnu que nos tribunaux ont le pouvoir de renverser des lois démocratiquement adoptées si et seulement si ces dernières sont contraires à notre Constitution. Dans l'arrêt *Carter*, la Cour suprême du Canada a unanimement jugé que les dispositions contestées s'opposaient à un droit prévu dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui fait partie intégrante de notre Constitution. La Cour était donc justifiée en invalidant les dispositions. Notons cependant que ce sont les législatures canadiennes qui ont généralement la priorité pour écrire les lois⁷⁷. La Cour reconnaît en outre cette réalité, suspendant la déclaration d'invalidité pendant une période de 12 mois afin de permettre au Parlement fédéral de modifier les dispositions inconstitutionnelles⁷⁸ (*Carter*, par. 147).

Quant à la règle de reconnaissance, il s'agit de la plus importante règle du droit selon Hart : toute la validité du système juridique découle de celle-ci. Elle nous permet d'identifier les règles primaires qui sont juridiques et non d'une autre nature. Elle est ultime, le dernier jalon séparant le droit et le non-droit. Elle ne peut donc pas être valide, puisque sa validité dépendrait d'elle-même. Sa force coercitive provient plutôt du fait qu'elle est acceptée par les autorités appartenant au système (*legal officials*). Si l'on pose l'existence d'une telle règle, alors il semblerait qu'elle fut respectée dans les arrêts *Rodriguez* et *Carter*, notamment parce que ces arrêts sont acceptés du point de vue interne par les différents acteurs du milieu. Par ailleurs, ce renversement juridique ne s'inscrit pas hors de la règle de reconnaissance, dans la mesure où celle-ci circonscrit la discrétion du juge dans les cas difficiles, comme je le mentionnais précédemment⁷⁹. Étant acceptés par les autorités appartenant au système, les arrêts *Rodriguez* et *Carter* s'inscrivent donc à l'intérieur de la limite posée à la discrétion judiciaire.

⁷⁷ Dans le cas présent, en vertu de l'alinéa 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, seul le Parlement fédéral est autorisé à légiférer en matière criminelle.

⁷⁸ Après plusieurs rebondissements plus politiques que juridiques (inaction du gouvernement Harper à ce sujet, dissolution du Parlement, élections fédérales, convocation d'un nouveau Parlement), la Cour suprême fut saisie d'une requête du gouvernement fédéral pour prolonger la suspension de 6 mois. Un délai supplémentaire de 4 mois fut alors accordé. Ce dernier expira le 6 juin 2016, sans que le *Code criminel* n'ait été amendé.

⁷⁹ Voir *supra*, 3.1a).

En plus des raisons invoquées ci-haut, la règle du changement s'applique en l'espèce dans la mesure où les procédures normales concernant les renversements juridiques sont impliquées. Dans l'arrêt *Carter*, la Cour annule son jugement de l'arrêt *Rodriguez*, mais il ne s'agit pas à proprement parler d'un renversement juridique. En effet, la Cour en arrive à une conclusion opposée en vertu d'arguments fort différents de ceux invoqués dans *Rodriguez* et non pas parce qu'elle rejette ses arguments antérieurs⁸⁰. Il ne s'agit donc pas d'un renversement juridique au sens fort du terme, mais d'une distinction d'avec un autre arrêt, ce qui permet à la Cour de modifier la conclusion substantielle de son jugement sans renier ses propos de 1993.

Dans l'arrêt *Carter*, la Cour distingue le cas devant elle du cas présenté dans *Rodriguez*, et ce de trois manières différentes (*Carter*, par. 28). Premièrement, les plaidoyers soumis aux juges lors des deux arrêts concernaient une partie différente du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité. D'un côté, le clan Rodriguez soutenait que les dispositions contestées étaient contraires au droit à la sécurité de sa personne, qui inclut l'autonomie individuelle. De l'autre côté, la famille Carter a également plaidé que les articles du *Code criminel* ne respectaient pas le droit à la sécurité de sa personne ni le droit à la vie de certains individus. En effet, il a été démontré que « des personnes s'étaient suicidées plus tôt qu'au moment où elles auraient choisi de mourir si elles avaient eu accès à une aide médicale à mourir » (*Carter*, par. 15). Le droit à la vie, compris de manière quantitative, est donc en jeu ici : un certain nombre d'années furent enlevées à ces personnes, alors que cela aurait pu être évité. On comprend bien que les questions liées à l'autonomie individuelle sont ici en arrière-plan, mais c'est suffisant pour faire la distinction d'avec le plaidoyer de l'affaire *Rodriguez*.

Deuxièmement, la Cour suprême distingue les principes de justice fondamentale mis en cause dans les deux arrêts. Très simplement, le principe s'opposant à la portée excessive

⁸⁰ À ma connaissance, le droit canadien ne présente pas de renversement juridique aussi clair que le droit d'autres pays, notamment le droit américain. Ce dernier vécut un renversement juridique majeur en 1954 dans l'affaire *Brown v. Board of Education of Topeka*, (347 U.S. 483 (1954)), qui rejeta la doctrine « Separate but Equal » élaborée plus d'un demi-siècle auparavant dans l'arrêt *Plessy v. Ferguson*, (163 U.S. 537 (1896)). Le droit canadien se contente généralement de distinguer les arrêts entre eux.

des dispositions contestées n'existait pas en 1993, lorsque l'affaire *Rodriguez* fut jugée. Par conséquent, il est justifié que la Cour suprême revoit un cas portant sur l'aide à mourir, car de nouveaux principes sont maintenant considérés comme relevant de la justice fondamentale. Rappelons-nous que la majorité dans l'arrêt *Rodriguez* avait été « incapable de conclure que l'al. 241b) [du *Code criminel*] viole un principe de justice fondamentale » (*Rodriguez*, p. 608). En raison du nouveau principe qu'est l'opposition à une portée excessive, le jugement de la Cour aurait-il été le même ? Puisqu'il n'y a pas de réponse évidente, la Cour est justifiée dans son désir de reconsidérer sa réponse initiale.

Troisièmement, les intérêts à considérer lors de l'évaluation des principes de justice fondamentale ne sont plus les mêmes qu'en 1993. Alors que la majorité dans *Rodriguez* avait insisté sur l'importance de considérer les intérêts de l'État à l'étape de l'article 7, il est maintenant reconnu que ces intérêts ne doivent être pris en compte qu'à l'étape suivante de l'analyse, lorsqu'on tente, en vertu de l'article premier, de sauvegarder une disposition attentatoire aux articles 2 ou 7 à 15. Dans les mots de la Cour suprême :

Obliger la personne qui invoque l'art. 7 à démontrer l'efficacité de la loi par opposition à ses conséquences néfastes sur l'ensemble de la société revient à lui imposer le même fardeau que celui qui incombe à l'État pour l'application de l'article premier, ce qui ne saurait être acceptable (*Bedford*, par. 127).

On notera que la dissidence écrite par la juge McLachlin (maintenant juge en chef) dans l'affaire *Rodriguez* soulignait déjà l'iniquité engendrée par le fait de considérer les intérêts de l'État lorsqu'on évalue l'article 7 (*Rodriguez*, motifs dissidents, p. 620-624).

En vertu de ces trois distinctions, la Cour justifie son réexamen des dispositions interdisant l'aide médicale à mourir. La théorie de Hart, avec ses trois règles secondaires, permet de rendre compte de cette réalité. Voyons maintenant si la théorie de l'erreur proposée par Ronald Dworkin peut en faire autant.

b) Les renversements juridiques : une théorie de l'erreur

Selon Dworkin, le droit est à l'image d'une toile d'araignée, tissée lentement par les précédents et les législatures. Sa philosophie du droit se veut donc cohérentiste, puisqu'elle suppose un certain degré de cohérence entre les décisions passées, présentes et futures. Cela rend très problématique la question des renversements juridiques⁸¹. Dworkin tente de répondre à cette question de deux façons compatibles, mais légèrement différentes.

Premièrement, Ronald Dworkin se sert des renversements juridiques pour justifier son approche principielle préférée, selon laquelle (a) le droit inclut non seulement des règles, mais aussi des principes. Ces derniers font partie du droit réel autant que les règles positives et doivent également être considérés par le juge au moment de prendre sa décision. En vertu de l'existence des principes et parce que le juge est dans l'obligation d'en tenir compte, cette conception des principes implique qu'on peut parler de droits et de devoirs légaux même lorsque les règles positives demeurent muettes. Selon Dworkin, le juge qui réfléchit à la possibilité de renverser un précédent doit nécessairement penser qu'un tel renversement favoriserait l'avancement du principe justifiant le renversement lui-même. Ce principe relève de la moralité constitutionnelle et doit être pondéré avec tous les autres principes en jeu. Si l'ensemble de principes prônant le renversement juridique est suffisamment favorisé par ledit renversement, ou a plus de poids que l'ensemble de principes s'opposant au renversement, le juge peut légitimement agir de la sorte.

Dans l'arrêt *Carter*, l'argument décisif tourne autour du principe s'opposant à la portée excessive des lois. Sous-jacent à ce dernier, on retrouve des principes de moralité constitutionnelle, comme l'autonomie individuelle et une certaine conception de la dignité de la personne. On peut supposer que la Cour jugeait ses divers principes plus importants que ceux s'opposant au renversement juridique, tels la suprématie législative, le *stare decisis* et une autre conception de la dignité de la personne. Par conséquent, d'un point de vue dworkinien, la Cour pouvait légitimement renverser sa décision de 1993.

⁸¹ Les distinctions d'avec un arrêt similaire posent les mêmes problèmes.

Deuxièmement, Dworkin peut justifier le renversement juridique de *Carter* en faisant appel à la distinction entre arguments de (i) de principe et (ii) de politique publique. Cette distinction lui permet de répondre à ses détracteurs, qui rejetteraient les renversements juridiques en raison de la cohérence et de la constance que les décisions devraient avoir entre elles. Au centre de son argumentaire, on retrouve sa thèse des droits, qui soutient que les décisions judiciaires doivent faire respecter les droits politiques. Ces derniers sont un genre sous lequel plusieurs espèces se subsument ; une seule espèce de droits politiques intéresse ici la théorie dworkinienne : les droits légaux. Ceux-ci sont en fait une sous-espèce de droits politiques, étant une espèce de droits institutionnels, eux-mêmes conçus comme des droits politiques. Les droits légaux, en tant qu'espèce de droits institutionnels, justifient les décisions d'une institution politique donnée, soit les tribunaux. Ils doivent les expliquer de manière concrète et non pas abstraite, c'est-à-dire qu'ils doivent exprimer le poids relatif des droits légaux plus précisément que le feraient des droits simplement abstraits.

Ces droits légaux concrets sont la source d'une certaine force gravitationnelle pour les divers précédents. Celle-ci varie en fonction de plusieurs facteurs concernant les précédents en question : leur importance historique, leur unanimité, leur répercussion dans la communauté juridique, la fréquence à laquelle ils sont cités, etc. Plus un précédent a une force gravitationnelle importante, plus il sera difficile de le renverser – et vice versa. En cherchant à justifier sa présente décision en vertu de décisions antérieures, le juge perpétue l'intégrité inhérente au principe « Treat like cases alike ». Cela dit, il serait trop exigeant de demander une cohérence totale entre toutes les décisions. Certains événements institutionnels passés peuvent légitimement être classés dans la colonne des « erreurs », mais cela entraîne certaines conséquences. Par exemple, lorsqu'un précédent est renversé, il se classe automatiquement au sein des « erreurs corrigibles », c'est-à-dire qu'en perdant sa force gravitationnelle, il est aussi dépossédé de son autorité spécifique.

En l'espèce, la théorie dworkinienne nous dirait que le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité est clairement un droit institutionnel, légal et concret au Canada. Après tout, ce

droit est explicitement prévu dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et il exprime son poids de manière plutôt précise. Quant à la force gravitationnelle de l'arrêt *Rodriguez*, son évaluation n'est pas des plus difficiles. Ce jugement était partagé (5-4), a toujours été contesté par une partie des juristes et n'est pas fréquemment cité en exemple. Par conséquent, on comprend qu'il n'était pas nécessairement inextricable par rapport aux autres précédents et que la toile du droit pouvait s'en passer. Le renversement juridique prévu par l'arrêt *Carter* pose quand même des questions de cohérence et d'équité : pendant près de 22 ans, combien de personnes ont respecté les critères établis par la Cour suprême dans cette affaire, mais n'ont pas pu profiter de leur droit en raison d'une « erreur » précédente de la Cour dans *Rodriguez* ? En quoi la réalité de ces personnes est-elle changée pour le mieux par ce renversement juridique, nonobstant le fait que d'autres pourront éventuellement profiter de tous leurs droits ? L'aspect prospectif du droit est important, mais les malheurs et les souffrances causées par cette « erreur » ne sont pas effacés pour autant.

En somme, les critiques émises par Ronald Dworkin à l'égard du positivisme de H. L. A. Hart incluent aussi une théorie de l'erreur pouvant justifier les renversements juridiques. Bien que cette théorie explique les cas à l'étude, elle le fait sans élégance et à grand peine.

c) Analyse : l'analyse dworkinienne est-elle toujours aussi convaincante ?

En introduction de cette section, je soulignais que les deux auteurs n'ont pas accordé la même importance aux renversements juridiques. En effet, si Hart se concentre surtout sur la notion de précédent, Dworkin élabore une vaste théorie concernant les renversements juridiques. À la décharge de Hart, soulignons que Dworkin n'avait d'autre choix que d'insister sur cette réalité. Premièrement, d'un point de vue théorique, les critiques dworkiniennes à l'égard du positivisme sont telles qu'il est impossible d'échapper aux critiques du cohérentisme. En effet, la position de Dworkin implique à première vue un niveau de cohérence élevé entre les décisions passées, présentes et futures. Voir le droit comme une toile tissée lentement – mais avec assurance – par les cours et les législatures ne

peut qu'entraîner des critiques de la part de ceux qui voient le droit de manière pyramidale, où certains standards juridiques sont plus importants que d'autres. On reconnaît ici la vision de Hart, de Kelsen (1967) et de plusieurs autres positivistes.

Deuxièmement, d'un point de vue biographique, la réalité spatio-temporelle de Dworkin n'est pas celle de Hart. D'une part, les textes majeurs de philosophie du droit qu'a écrit Ronald Dworkin ont été publiés dans les années 1960 et 1970 alors que les publications hartiennes datent plutôt des années 1950 et 1960. Ces quelques années d'écart virent un changement important en ce qui a trait aux sujets étudiés, notamment en raison de l'actualité internationale. Par exemple, la théorie de la désobéissance civile avancée par Dworkin (Dworkin, 1978, p. 206-222) s'inscrit dans l'opposition à la guerre américaine au Vietnam ; on ne peut s'attendre à retrouver de tels textes dans la bibliographie de Hart. D'autre part, ces deux auteurs partagent une culture anglo-saxonne commune mais différente. En effet, Dworkin est américain alors que Hart est britannique. Par conséquent, le modèle juridique qu'ils ont en tête au moment où ils écrivent n'est pas le même, malgré les similitudes. De plus, comme je le mentionnais ci-haut, la réalité politique et sociale de ces deux pays n'est pas la même ; jamais le Royaume-Uni n'a participé à la guerre américaine au Vietnam, par exemple.

La réalité juridique de ces deux pays est aussi très différente. Lorsque Dworkin tente de justifier la possibilité de renversement juridique de mauvaises décisions, on peut supposer qu'il tentait de protéger l'héritage libéral et progressiste de la Cour Warren (1953-1969), qui modifia profondément la réalité américaine (Corbo & Gagnon, 2011, p. 423-424). De nombreux jugements de la Cour suprême des États-Unis de cette époque ont encore aujourd'hui une importance capitale⁸². Au contraire, le modèle judiciaire britannique n'avait pas de Cour suprême à l'époque ; la dernière Cour d'appel était formée par des

⁸² J'ai déjà cité *Brown v. Board of Education*. Voir aussi *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962) ; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) ; *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) ; *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962) ; *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) ; *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).

Lords issus de la Chambre des Lords⁸³. Rares étaient les renversements juridiques dans ce système, et on comprend donc Hart de s'être davantage intéressé aux précédents qu'à leur renversement.

Dans un autre ordre d'idée, on remarque que le besoin explicatif inhérent à la théorie de Dworkin semble affaiblir ce qui était une formidable critique du positivisme hartien. En ce sens, il me semble que la simplicité du modèle de Hart est supérieure aux nombreuses distinctions difficiles avancées par la philosophie dworkinienne. Parfois, le rasoir d'Ockham s'impose. Je suis d'avis que les propositions de Hart en ce qui a trait aux renversements juridiques collent davantage à la réalité que je tente d'expliquer dans ce mémoire, et ce, sans devoir se contorsionner autant que les idées de Dworkin.

Après avoir analysé deux aspects centraux du débat Hart-Dworkin, j'en suis à une égalité interprétative : les deux théories ont réussi à expliquer le lien entre droit et moralité ainsi qu'à élaborer une théorie des renversements juridiques. Par ailleurs, chaque cadre théorique a prévalu sur l'autre à une reprise. C'est donc en vertu de la troisième thématique étudiée ci-après que nous saurons quelle théorie explique le mieux le renversement juridique canadien concernant l'aide médicale à mourir.

4.4 Divers aspects inclassables

Cette troisième partie de chapitre s'inspire d'une section du livre *Law's Empire* de Ronald Dworkin, intitulée « Untidy Endnotes » (1986, p. 216-224). Comme Dworkin, j'aborde des éléments importants à mon analyse, mais qui ne pouvaient pas être classés dans l'une ou l'autre des sections précédentes ni être regroupés en un genre logique. Il s'agira donc, dans un premier temps, de se pencher sur la critique que fait Hart à la théorie de John Austin. Puis j'aborderai la théorie interprétativiste de Dworkin, mise de côté lors des deux premières sections de ce chapitre. Enfin, j'essaierai de voir lequel de ces deux

⁸³ Cela prit fin en 2009. Voir (Vanlerberghe, 2009).

aspects théoriques explique le mieux le renversement juridique constitué par les arrêts *Rodriguez et Carter*.

a) Opposition à la théorie d'Austin

Dès ses débuts, la philosophie du droit développée par H. L. A. Hart se construit sur la fondation de la théorie de John Austin. Bien que lui-même un positiviste de la première heure, John Austin développa des thèses fort différentes de celles de Hart. Quatre aspects seront étudiés ci-après, soit le concept de souverain, le caractère général de la conduite exigée par les lois, les notions inter-reliées d'ordre et de sanction et enfin la distinction entre les « orders backed by threat » (OBT) et les « power-conferring rules » (PCR).

Selon Austin, toute loi émane d'un souverain, soit un individu ou un ensemble de ceux-ci qui est habituellement obéi par la population. Hart critique à juste titre cette proposition, car elle ne s'applique que très difficilement dans un contexte contemporain. En effet, si l'on considère l'exemple canadien, nous pourrions être tentés de dire que la Reine du Canada est notre souveraine au sens entendu par Austin. Évidemment, ce n'est pas le cas : Sa Majesté la Reine Élisabeth II n'est pas une donneuse d'ordre face à laquelle la population canadienne a une habitude d'obéissance, bien qu'elle soit nominalement notre souverain. Seconde hypothèse : le souverain au Canada pourrait-il être le Parlement ? Ce dernier est composé de trois membres institutionnels, soit la Chambre des communes, le Sénat et la Couronne. Les lois émanent de ses décisions et doivent être obéis par tous les Canadiens, sans quoi une sanction s'en suit. Pourtant, il n'est pas le seul donneur d'ordres : les assemblées provinciales énoncent aussi des lois que tous doivent obéir sur leur territoire. De même pour les conseils municipaux et une multitude d'autres organismes intermédiaires. On ne peut donc pas dire que les Canadiens n'ont une habitude d'obéissance qu'au Parlement fédéral. Une troisième hypothèse est plus appropriée : la Constitution canadienne serait notre souverain. C'est elle qui habilite les assemblées provinciales et fédérale à légiférer ; c'est indirectement en vertu d'elle qu'existent les conseils de ville ; c'est en raison des droits qu'elle protège que la Cour suprême peut déclarer invalides certaines dispositions d'une loi fédérale par ailleurs valide. Ici aussi, la notion de souverain

est trompeuse : au sens austinien, seuls les individus (individuellement ou en assemblée) peuvent être considérés comme souverains. Par conséquent, on ne pourrait pas dire qui est le souverain en notre pays. La critique de Hart semble confirmer qu'il n'est pas à propos de parler de souverain en droit contemporain, surtout dans une fédération comme la nôtre, qui protège des droits et libertés individuels par des textes supra-législatifs. En l'espèce, on voit bien qu'aucun individu ni aucune institution n'a de souveraineté au Canada. Nous vivons dans une démocratie libérale, où les tribunaux peuvent à juste titre invalider une décision démocratique qui va à l'encontre des droits d'une minorité. Selon la Cour, c'est ce qu'elle fait dans l'arrêt *Carter*.

Dans un autre ordre d'idée, Austin soutient que les lois fonctionnent de la même façon qu'un ordre. Comme nous l'avons vu, il soumet à notre attention l'exemple d'un homme armé ordonnant à un commis de lui rendre l'argent de sa caisse. Selon Hart, cet exemple ne peut décrire la réalité du droit, car ce dernier émet des prescriptions desquelles découle une conduite générale et non pas une conduite particulière. Pour caricaturer : le droit canadien interdit le vol de manière générale, et non pas un seul type de vol. Au contraire, l'ordre de l'homme armé ne concerne que le commis devant lui, et non pas tous les commis. L'arrêt *Carter* fonctionne un peu ainsi. Bien que le « législateur [soit] mieux placé que les tribunaux pour créer des régimes de réglementation complexes » (*Carter*, p. 125), la Cour énonce tout de même une série de critères à respecter afin que soit administrée l'aide médicale à mourir. Pour le dire ainsi, l'arrêt *Carter* ne rend pas seulement une décision dans le cas de Mme Carter, mais il énonce une conduite générale à suivre pour recevoir l'aide médicale à mourir⁸⁴, et ce, même si la Cour dit explicitement ne trancher que ce cas précis (*Carter*, par. 127).

Une troisième critique faite par Hart à l'endroit de la théorie d'Austin concerne les notions d'ordre et de sanction. Comme je le disais ci-haut, selon Austin, toute loi est un

⁸⁴ Au moment d'écrire ces lignes, le projet de loi C-14, *Loi modifiant le Code criminel et apportant des modifications connexes à d'autres lois (aide médicale à mourir)*, vient d'être adopté par le Parlement du Canada. Les critères y énoncés sont plus stricts que ceux prévus par l'arrêt *Carter*, ce qui amène plusieurs juristes à douter de la constitutionnalité de la loi.

ordre énoncé par un souverain à sa population. Cette dernière aurait une habitude d'obéissance envers les ordres du souverain, mais il peut arriver que certains dérogent aux ordres et enfreignent la loi. Puisqu'ils ont le devoir d'obéir à leur souverain, ces individus s'exposent à une sanction, terme générique utilisé par Austin pour rendre compte des répercussions négatives sur l'individu de ses actions contraires au droit. En l'espèce, il est difficile de voir en quoi les arrêts *Rodriguez* et *Carter* ont trait à la notion de sanction. En effet, bien que les deux jugements portent sur des éléments de droit criminel qui peuvent eux-mêmes mener à des sanctions pénales, les questions qui y sont soulevées sont plutôt d'ordre constitutionnel ; le fait de maintenir ou d'invalidier des dispositions législatives ne constituent pas une sanction à proprement parler. Pour être charitable, nous pourrions dire que la sanction de la Cour dans un tel jugement est d'invalidier l'acte législatif ayant créé les dispositions inconstitutionnelles. Et pourtant, cela est encore trop large : la Cour ne rejette par l'ensemble du *Code criminel*, mais uniquement deux dispositions de celui-ci. En somme, je m'accorde avec Hart pour dire que la notion de sanction n'est pas utile à notre compréhension du droit contemporain.

Le quatrième et dernier aspect à propos duquel Hart innove sur la base de la théorie austinienne est la distinction entre les « orders backed by threat » (OBT) et les « power-conferring rules » (PCR). D'une part, les OBT correspondent à la conception d'Austin du droit : les lois sont des ordres d'un souverain énoncés à une population et appuyés d'une menace de sanction. Selon Hart, les OBT ne sont pas suffisants pour expliquer l'ensemble du droit, et c'est pourquoi, d'autre part, il théorise les PCR, c'est-à-dire des règles dont l'objectif n'est pas de prohiber un comportement, mais d'accorder certains droits aux individus. Le droit notarial ou contractuel fonctionne généralement ainsi. Par exemple, une erreur sur un contrat peut le rendre invalide, mais cette invalidité n'est pas une sanction et aucun devoir légal n'a été transgressé en raison de la signature de ce contrat invalide. L'arrêt *Carter* est un cas de figure intéressant : d'une part, il reconnaît la valeur des dispositions criminelles interdisant l'aide médicale à mourir pour les personnes vulnérables, mais d'autre part, il confère aux adultes capables le droit de recevoir l'aide médicale à mourir s'ils consentent à mourir et s'ils sont atteints d'un problème de santé majeur et

irrémissible qui leur causent des souffrances qu'ils jugent intolérables (*Carter*, par. 127). Pour le dire autrement, l'arrêt *Carter* crée un nouveau droit pour certaines personnes tout en maintenant une interdiction criminelle dans d'autres cas. Il semble donc être simultanément un OBT et une PCR. Cela n'a pas de quoi surprendre, puisque Hart admet lui-même que le droit criminel est le champ juridique qui ressemble le plus aux OBT (Hart, 2012, p. 27).

En conclusion, ces quatre éléments montrent bien que la critique de Hart à l'endroit de la théorie d'Austin est justifiée. Les aspects centraux de cette théorie ne sont pas en mesure d'expliquer les arrêts *Rodriguez* et *Carter*, ce qui n'est que la pointe de l'iceberg de l'insuffisance théorique de la philosophie austinienne. Bien qu'il nous faille reconnaître l'incroyable effort analytique d'Austin, sa théorie n'est pas adéquate pour le droit contemporain. En ce sens, l'explication de Hart est de qualité. Voyons voir si celle de Dworkin le sera tout autant.

b) L'interprétativisme dworkinien

L'interprétativisme est un type de théorie développée par Ronald Dworkin pour s'opposer aux théories sémantiques et à leur soi-disant incapacité à rendre compte des désaccords théoriques. Ces derniers représentent des désaccords entre juristes à propos des fondements du droit (*grounds of law*), même lorsque tous s'entendent sur l'historique institutionnel. Comme nous l'avons vu, selon Dworkin, les théories sémantiques ne sont pas en mesure de résoudre les désaccords théoriques en raison de l'un de leurs présupposés, le point de vue des simples faits (*plain-fact view*).

La théorie interprétative mise de l'avant par Dworkin est le droit comme intégrité (DCI). Ce dernier réunit les deux branches de la philosophie du droit, mais en deux étapes distinctes. Premièrement, d'un point de vue descriptif et rétrospectif, le travail interprétatif doit s'assurer que la décision rendue par le juge cadre avec la pratique juridique actuelle, considérée comme une pratique sociale parmi d'autres. C'est l'étape proprement interprétative. Il nous faut tout d'abord prendre en considération la pratique telle qu'on la retrouve dans notre société et vérifier que notre interprétation porte bel et bien sur la

pratique en question. Dans les cas difficiles, ce premier exercice ne fournit habituellement pas une seule réponse ; plusieurs interprétations demeurent possibles, de la même manière que plusieurs conceptions d'un même concept peuvent coexister de manière descriptive.

Deuxièmement, d'un point de vue normatif et prospectif, on doit pouvoir justifier les décisions futures sur la base d'un raisonnement complet de philosophie politique. Cette justification future doit trouver sa source dans le jugement actuel, puisque le droit se développe tel une toile d'araignée. Pour le dire autrement, la décision prise dans ce cas-ci doit promouvoir des principes applicables aux cas futurs. C'est ainsi que, dans cette étape post-interprétative, nous sommes en mesure de discriminer entre les diverses interprétations qui cadraient initialement avec la pratique. Normalement, une seule interprétation devrait être retenue suite à ce second examen afin de nous permettre de montrer la pratique sociale qu'est le droit sous son meilleur jour et ainsi justifier nos décisions futures. Notre recherche de cohérence entre les principes en cause dans une décision – et non pas en ce qui a trait aux politiques publiques en jeu dans une décision donnée – est à la source de l'intégrité désirée.

Les arrêts *Rodriguez* et *Carter* sont très intéressants à étudier d'une manière interprétative. J'aimerais dans un premier temps analyser les trois opinions énoncées dans l'arrêt *Rodriguez*, soit celle de la majorité ainsi que les deux dissidences étudiées au premier chapitre, avant d'examiner l'opinion unanime dans *Carter*. En fait, ces quatre opinions partagent toutes un point en commun : elles cadrent avec la pratique juridique canadienne. En effet, un jugement de la Cour suprême ne peut se permettre de ne pas considérer le droit tel qu'il est. D'un point de vue interprétatif, il semble donc que les opinions à analyser ne diffèrent qu'en ce qui a trait à la justification principielle qu'elles offrent à la postérité.

Écrivant pour la majorité dans *Rodriguez*, le juge Sopinka reconnaît que l'interdiction du suicide assisté brime le droit à la sécurité de sa personne tel qu'il est prévu à l'article 7 de la *Charte*, dans la mesure où ce droit inclut la notion d'autonomie personnelle. Cependant, il juge que l'atteinte à ce droit est conforme aux principes de

justice fondamentale, car il considère l'intérêt de l'État à protéger les personnes vulnérables en vertu du caractère sacré de la vie humaine, ce dernier principe étant inclus dans le droit à la vie. En termes interprétatifs, nous pourrions dire que la majorité dans l'arrêt *Rodriguez* considérerait que la protection des personnes vulnérables était un principe que l'on doit prioriser lorsqu'il entre en conflit avec d'autres principes importants. Selon la majorité, c'est ainsi que nous pourrions montrer l'édifice juridique canadien sous son meilleur jour. Quant à une possible atteinte à l'article 15 de la *Charte*, la majorité ne fait que la supposer parce qu'elle se croit en mesure de la sauvegarder en vertu de l'article premier. Par conséquent, il n'est pas très intéressant d'analyser les motifs majoritaires à ce propos.

Quant au juge en chef Lamer, il est d'avis que les dispositions prohibant l'aide au suicide ne sont pas conformes à l'article 15 de la *Charte*, qui s'oppose à toute discrimination ; pour le dire autrement, cet article fait la promotion de l'égalité en sol canadien. Le juge en chef Lamer décèle une discrimination indirecte envers certaines personnes handicapées, qui ne sont pas en mesure de choisir le suicide alors que cette possibilité est théoriquement ouverte à tous les autres membres de la communauté. D'un point de vue interprétatif, c'est comme si le juge en chef souhaitait faire la promotion d'une conception élargie du droit à l'égalité. Malheureusement pour lui, cette conception n'a pas été majoritaire en l'espèce.

La juge McLachlin (maintenant juge en chef) rejette l'interprétation du juge en chef Lamer pour des raisons prospectives et pragmatiques. Selon elle, une telle lecture de l'article 15 de la *Charte* pourrait créer une confusion jurisprudentielle quant à l'objectif de cet article. Par conséquent, la juge McLachlin préfère se pencher sur l'article 7. Elle y découvre une atteinte au droit à la sécurité, qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. En effet, elle considère que le fardeau à porter par Sue Rodriguez n'est pas lié à ses droits individuels, mais au risque potentiel de débordements si le suicide assisté est légalisé. « On lui demande d'être le bouc émissaire » (*Rodriguez*, p. 621), de dire la juge McLachlin. On peut donc comprendre que la vision politique véhiculée par l'opinion dissidente de la juge insiste sur l'importance des droits individuels. Ces derniers sont

perçus avec plus d'acuité que les considérations étatiques, venant corroborer la thèse de Dworkin concernant les droits en tant qu'atouts (Dworkin, 1985).

Enfin, dans l'arrêt *Carter*, la Cour suprême ne dit rien en ce qui a trait à l'article 15 de la *Charte*, car sa décision est déjà prise sur la base de l'article 7. En effet, elle considère que le droit à la vie et à la sécurité de sa personne est atteint d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. Le principe appliqué en l'espèce est issu de l'arrêt *Bedford*, précité, et s'oppose aux dispositions législatives dont la portée est excessive. En l'espèce, c'est le cas, puisqu'on refuse à des personnes non vulnérables de recevoir l'aide médicale à mourir. Le point de vue interprétatif de ce jugement unanime est double. D'une part, bien que renversant la décision majoritaire dans *Rodriguez*, l'arrêt *Carter* est une application du jugement *Bedford*, beaucoup plus récent. Cela nous informe sur la qualité justificative de l'arrêt *Bedford*, puisque des arrêts subséquents se sont construits sur ses propos. En ce sens, l'arrêt *Carter* participe à un entrelacement cohérentiste de jugements canadiens concernant le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. On comprend qu'il est donc un nouveau nœud dans cette toile juridique et qu'il participe de la même réflexion de philosophie politique que d'autres arrêts.

c) Analyse : qui remporte le troisième round ?

Analyser les résultats présentés dans cette troisième section s'avère une tâche difficile. D'une part, les aspects étudiés ci-haut n'ont aucun lien entre eux, ce qui rend ardue leur comparaison. D'autre part, les apports de Hart et de Dworkin sont ici de nature différente. D'un côté, Hart critique les positions d'Austin, ce qui n'a rien d'innovateur. La théorie austinienne a été écrite près de 130 ans avant *The Concept of Law*, et avait déjà essuyé son lot de critiques. Par ailleurs, notons qu'Austin n'est pas le seul auteur que Hart a critiqué au fil de sa carrière. En effet, Hart entretint brièvement une discussion académique entre positivistes avec Hans Kelsen (1963, 1983a) et s'embourba dans un long débat avec le philosophe naturaliste américain Lon L. Fuller (Fuller, 1958, 1969, Hart, 1958, 1965, 2012). En somme, bien que les critiques de Hart à l'endroit d'Austin sont importantes

puisque'elles servent à construire la théorie hartienne, il n'en demeure pas moins qu'elles n'apportent que peu de contenu nouveau.

Au contraire, l'interprétativisme de Ronald Dworkin est une théorie tout à fait nouvelle et innovatrice. L'auteur propose une vision rafraichissante du droit, bien que choquante pour certains puristes. En effet, plusieurs voudraient considérer le travail du juge comme étant neutre d'un point de vue normatif. D'autres courants, plus relativistes, rejetteraient aussi l'approche dworkinienne, dans la mesure où elle tente tout de même d'expliquer le travail du juge d'une manière qui s'appliquerait universellement. On n'a qu'à penser aux courants identifiés en introduction de ce mémoire comme appartenant à une troisième branche de la philosophie du droit, plus près de la sociologie : les théories juridiques critiques. Sont inclus dans cette catégorie : le réalisme juridique (Holmes, 1997), les *critical legal studies* (Altman, 1986), le postmodernisme (Fish, 1994), etc.

Selon Dworkin, la neutralité du juge est impossible. Son travail demeure cependant centré sur la découverte de principes existants, et non pas la création *ex nihilo* de nouveaux principes.. Dworkin fait d'ailleurs une démonstration similaire en ce qui a trait à la distinction entre l'éthique normative et la métaéthique : selon lui, une telle distinction n'est pas envisageable en raison du caractère dualiste de l'entreprise interprétative dans laquelle nous sommes malgré nous engagés (Dworkin, 1996). Par conséquent, j'accorde mon appui à la théorie interprétativiste de Dworkin. À mon avis, elle réussit simultanément à expliquer les procédures juridiques liées au renversement Rodriguez-Carter et à rendre compréhensible le droit canadien dans son ensemble. Outre le renversement dont il est question à présent, on notera que la découverte de principes sous-jacents à la Constitution canadienne dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*⁸⁵ tombe à point pour les partisans de la théorie dworkinienne. En effet, d'aucuns s'entendent pour dire que ces principes ne se retrouvent pas comme tel dans le droit positif, mais existent néanmoins.

⁸⁵ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

Conclusion

Dans l'introduction de ce mémoire, j'ai exposé le but de ma recherche, la méthodologie employée, la question de recherche et l'hypothèse qui allait nourrir mes réflexions. Revoyons rapidement ces divers éléments.

En premier lieu, il est utile de se rappeler que cette recherche ne s'inscrit pas dans un cadre d'éthique normative ou de bioéthique. Bien que l'enjeu étudié soit de nature bioéthique, je l'ai étudié du point de vue de la philosophie du droit. La question qui alimentait cette quête était : de la théorie du droit de H. L. A. Hart et de celle de Ronald Dworkin, laquelle explique le mieux le renversement juridique canadien concernant l'aide médicale à mourir ? Mon objectif était donc essentiellement théorique et analytique : je désirais soupeser les philosophies du droit en question afin de déterminer laquelle est la plus appropriée pour expliquer le droit canadien. Mon hypothèse était somme toute conservatrice ; j'ai supposé que les deux théories étaient aptes à expliquer le renversement juridique, mais que l'une arriverait à le faire mieux que l'autre.

Pour évaluer cette hypothèse, j'ai tout d'abord présenté les arrêts *Rodriguez* et *Carter*, qui forment le renversement juridique canadien concernant l'aide médicale à mourir. Puis, j'ai exposé la philosophie positiviste du droit de Hart, en m'arrêtant sur les critiques qu'il émet à l'endroit de John Austin, sur sa propre théorie générale ainsi que sur le lien entre droit et moralité tel qu'il le conçoit. Ensuite, j'ai offert une synthèse de la théorie du droit de Dworkin, qui est construite d'une partie négative, critique de Hart, et d'une partie positive, l'interprétativisme. Enfin, j'ai analysé l'apport théorique de ces deux philosophies du droit à l'aune de trois thématiques distinctes, soit le lien entre droit et philosophie, le concept de renversement juridique ainsi que divers autres aspects inclassables.

Suite aux analyses partielles présentées à la fin de chaque thématique du quatrième chapitre, j'en suis venu à la conclusion que mon hypothèse initiale est confirmée. En effet, il semble que chaque théorie soit en mesure d'expliquer le renversement juridique

Rodriguez-Carter. Toutefois, la philosophie de Ronald Dworkin a non seulement remporté deux des trois thématiques, mais elle a aussi vaincu sa théorie rivale dans la thématique la plus importante : le lien entre droit et moralité. En effet, c'est ce point qui est le plus litigieux dans tout le débat Hart-Dworkin. Par conséquent, une victoire dans cette thématique vaut plus qu'une victoire dans la seconde ou la troisième.

Cela étant dit, un grand reproche peut être fait à mon approche dans cette recherche. En effet, lorsqu'on regarde attentivement la méthodologie employée pour identifier le vainqueur de chaque thématique, on conclut que ma façon de faire a quelque chose de très similaire avec l'interprétativisme dworkinien. En effet, dans un premier temps, je cherche les éléments qui cadrent avec les arrêts *Rodriguez* et *Carter* tels qu'ils sont. J'essaie à chaque fois d'identifier ce qui appartient à nos pratiques juridiques canadiennes avant d'ensuite analyser les hypothèses restantes en fonction de leur pouvoir justificatif.

C'est ainsi que j'ai accordé la victoire à Dworkin en ce qui a trait du lien entre droit et moralité, puisque sa théorie de moralité constitutionnelle est la plus apte à expliquer des décisions judiciaires futures, surtout en ce qui a trait à l'article 7 de la *Charte*. En ce qui concerne la notion de renversement juridique, j'ai appuyé la théorie de Hart, car sa simplicité est mieux placée pour justifier d'autres renversements juridiques en droit canadien. Enfin, le caractère positif et innovateur de l'interprétativisme a été jugé plus prometteur que les critiques hartiennes d'une philosophie austinienne dépassée.

Pour toutes ces raisons, il serait intéressant qu'une étude similaire voire identique soit reproduite par d'autres afin de vérifier si les conclusions auxquelles j'arrive sont réfutables ou si elles sont issues d'un biais cognitif. Dans la mesure où il loint d'être certain qu'une telle contre-étude ait un jour lieu, nous pouvons tout de même nous satisfaire des conclusions préliminaires suivantes :

- Les philosophies du droit de Ronald Dworkin et de H.L.A. Hart peuvent expliquer le renversement juridique canadien concernant l'aide médicale à mourir ;

- Par conséquent, nous pouvons supposer qu'elles peuvent expliquer le droit canadien de manière générale, bien que cela puisse ne pas être le cas ;
- D'entre les deux, la philosophie du droit de Ronald Dworkin explique mieux la réalité juridique issue du renversement Rodriguez-Carter ;
- L'aspect dualiste de l'interprétativisme, simultanément descriptif et normatif, est attirant pour une théorie du droit, ce dernier étant à la fois tel qu'il est et tel qu'il tente d'être.

Une ultime mise en garde : l'objectif de ce mémoire n'est évidemment pas de trancher le débat Hart-Dworkin une fois pour toutes, de manière nécessaire et absolue. Je l'ai étudiée dans un contexte bien précis, soit le renversement juridique canadien concernant l'aide médicale à mourir, et mes conclusions ne peuvent qu'être élargies pour englober le droit canadien. N'importe quelle interprétation à une échelle supérieure ou plus abstraite serait nulle et non avenue.

Bibliographie

A. Articles, chapitres et monographies

Altman, A. (1986). Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin. *Philosophy & Public Affairs*, 15(3), 205- 235.

Austin, J. (2000). *The Province of Jurisprudence Determined*. Amherst: Prometheus Books.

Berlin, I. (1988). *Éloge de la liberté*. Paris: Calmann-Lévy.

Bix, B. (2015). John Austin. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

Brun, H., Tremblay, G., & Brouillet, E. (2008). *Droit constitutionnel* (5th éd.). Cowansville: Éditions Yvon Blais.

Burley, J. (Éd.). (2004). *Dworkin and His Critics*. Malden: Wiley-Blackwell.

Canada. Commission de réforme du droit. (1982). *Document de travail 28. Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement*. Ottawa: Ministère des Approvisionnement et Services Canada.

Cohen, M. (Éd.). (1998). *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. London: Duckworth.

Coleman, J. L. (Éd.). (2001). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to 'The Concept of Law'*. Oxford: Oxford University Press.

Corbo, C., & Gagnon, F. (2011). *États-Unis d'Amérique* (3e éd.). Québec: Septentrion.

Culver, K. (2001). Leaving the Hart-Dworkin Debate. *The University of Toronto Law Journal*, 51(4), 367- 398.

Dworkin, R. (1965a). Philosophy, Morality, and Law. Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim. *University of Pennsylvania Law Review*, 113(5), 668- 690.

- Dworkin, R. (1965b). The Elusive Morality of Law. *Villanova Law Review*, 10(4), 631- 639.
- Dworkin, R. (1978). *Taking rights seriously* (2nd éd.). Cambridge (MA): Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1985). *A Matter of Principle*. Cambridge (MA): Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986). *Law's empire*. Cambridge (MA): Belknap Press.
- Dworkin, R. (1994a). *L'empire du droit*. Paris: PUF.
- Dworkin, R. (1994b). *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom* (Reprint edition). New York: Vintage.
- Dworkin, R. (1995). *Prendre les droits au sérieux*. Paris: PUF.
- Dworkin, R. (1996). Objectivity and Truth: You'd Better Believe it. *Philosophy & Public Affairs*, 25(2), 87- 139.
- Dworkin, R. (2010). *Justice for Hedgehogs*. Belknap Press.
- Environics Institute. (2013, octobre 11). Canadian public opinion on assisted suicide. Consulté 8 juin 2016, à l'adresse <http://www.environicsinstitute.org/news-events/news-events/canadian-public-opinion-on-assisted-suicide>
- Fish, S. (1994). *There's No Such Thing As Free Speech: And It's a Good Thing, Too* (Revised ed.). Oxford and New York: Oxford University Press.
- Fuller, L. L. (1958). Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, 71(4), 630- 672.
- Fuller, L. L. (1969). *The Morality of Law* (Revised). New Haven: Yale University.
- Goffette, J. (2006). *Naissance de l'anthropotechnie*. Paris: Vrin.
- Green, L. (2003). Legal Positivism. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

- Guest, S. (2012). *Ronald Dworkin* (3rd éd.). Stanford (CA): Stanford University Press.
- Habermas, J. (1987). *Théorie de l'agir communicationnel*. Paris: Fayard.
- Hart, H. L. A. (1958). Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, 71(4), 593- 629.
- Hart, H. L. A. (1963). Kelsen Visited. *UCLA Law Review*, 10(4), 709- 728.
- Hart, H. L. A. (1965). Book Review: The Morality of Law. *Harvard Law Review*, 78(6), 1281- 1296.
- Hart, H. L. A. (1983a). Kelsen's Doctrine of the Unity of Law. Dans *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (p. 309- 342). Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. (1983b). Positivism and the Separation of Law and Morals. Dans *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (p. 49- 87). Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. (2005). *Le concept de droit*. Bruxelles: Fac. Univ. Saint-Louis.
- Hart, H. L. A. (2012). *The concept of law*. (L. Green, Éd.) (3rd edition). Oxford: Oxford University Press.
- Held, V. (1970). Can a Random Collection of Individuals be Morally Responsible? *The Journal of Philosophy*, 67(14), 471- 481.
- Himma, K. E. (2016a). Legal Positivism. *Internet Encyclopedia of Philosophy*.
- Himma, K. E. (2016b). Philosophy of Law. *Internet Encyclopedia of Philosophy*.
- Hobbes, T. (1996). *Leviathan*. (R. Tuck, Éd.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Holmes, O. W. (1997). The Path of the Law. *Harvard Law Review*, 110(5), 991- 1009.
- Kelsen, H. (1967). *Pure theory of law* (2nd edition). Berkeley: University of California Press.

- Kramer, M. H. (2004). *Where Law and Morality Meet*. Oxford: Oxford University Press.
- Kymlicka, W. (1989). *Liberalism, community, and culture*. Oxford and New York: Clarendon Press and Oxford University Press.
- Kymlicka, W. (1995). *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights*. Oxford and New York: Clarendon Press and Oxford University Press.
- Leiter, B. (2003). Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence. *American Journal of Jurisprudence*, 48, 17- 52.
- MacLure, J. (2013). La philosophie politique analytique et ses critiques. Dans D. Giroux & D. Karmis (Éd.), *Ceci n'est pas une idée politique* (p. 261 - 288). Québec: Presses de l'Université Laval.
- Marmor, A., & Sarch, A. (2015). The Nature of Law. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.
- Mill, J. S. (1990). *De la liberté*. Paris: Gallimard.
- Nussbaum, M. C. (2001). *Women and Human Development: The Capabilities Approach*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Pettit, P. (2007). Responsibility Incorporated. *Ethics*, 117(2), 171 - 201.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge (MA): Belknap Press.
- Rawls, J. (1993a). *Political liberalism*. New York: Columbia University Press.
- Rawls, J. (1993b). *Théorie de la justice*. Paris: Seuil.
- Shapiro, S. J. (2007). The « Hart-Dworkin » Debate: A Short Guide for the Perplexed. Dans A. Ripstein (Éd.), *Ronald Dworkin* (p. 22- 55). Cambridge: Cambridge University Press.
- Simmonds, N. E. (2008). *Law as a Moral Idea*. Oxford: Oxford University Press.

- Stanton-Ife, J. (2006). The Limits of Law. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.
- Stavropoulos, N. (2014). Legal Interpretivism. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*.
- Tremblay, G. (2009). Le pouvoir judiciaire et sa nécessaire indépendance. Dans M. Tremblay & R. Pelletier (Éd.), *Le parlementarisme canadien* (4e éd., p. 455- 484). Québec: Presses de l'Université Laval.
- Vanlerberghe, C. (2009, octobre 2). Londres se donne une nouvelle Cour suprême. *Le Figaro*, p. 7.
- Wall, E. (2000). The Problem of Group Agency. *Philosophical Forum*, 31(2), 187.

B. Textes législatifs et constitutionnels canadiens

- *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46.
- *Loi concernant les soins de fin de vie*, L.Q. 2014, c. 2, art. 26.
- *Loi constitutionnelle de 1867 (R.U.)*, 30 & 31 Victoria, ch. 3.
- *Loi constitutionnelle de 1982 (R-U)*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c. 11.
- *Loi de 1972 modifiant le Code criminel*, S.C. 1972, ch. 13, art. 16.
- Projet de loi C-14, *Loi modifiant le Code criminel et apportant des modifications connexes à d'autres lois (aide médicale à mourir)*.

C. Jurisprudence canadienne

- *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181.
- *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567.
- *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.
- *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219.

- *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134.
- *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101.
- *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500.
- *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2012 BCSC 886, 287 C.C.C. (3d) 1.
- *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5 [2015] 1 R.C.S. 331.
- *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119.
- *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124.
- *Malette c. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417 (C.A.).
- *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361.
- *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031.
- *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151.
- *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761.
- *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.
- *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.
- *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.
- *R. c. Malmo-Levine ; R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74.
- *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.
- *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.
- *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486.
- *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.
- *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

D. Jurisprudence étrangère

- *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).
- *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).
- *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).
- *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).
- *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

- *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).
- *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).
- *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962).

E. Autre

- Julien Ouellet, « Le scepticisme à propos du libre arbitre », mémoire de maîtrise, Université Laval, 2016.
- Sébastien Lacroix, *Table-ronde sur l'aide médicale à mourir* [En ligne] <https://www.youtube.com/watch?v=4vPK6PyllvY&feature=youtu.be> (Consulté le 21 juin 2016).