

Les paramètres d'une réponse conforme à la *Charte de Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5

Dianne Pothier
Professor émérite
Schulich School of Law, Université Dalhousie
20 mars 2016

Introduction

La réparation de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Carter* consiste en une déclaration d'invalidité :

L'alinéa 241b) et l'art. 14 du Code criminel portent atteinte de manière injustifiée à l'art. 7 de la *Charte* et sont inopérants 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 irrémédiables (y compris une affection, une maladie ou un handicap) lui causant des souffrances persistantes qui lui sont intolérables au regard de sa condition. (par. 127 et 147)

La Cour a suspendu sa déclaration d'invalidité dans l'arrêt *Carter*, initialement pour une période de douze mois et finalement pendant seize mois, car elle a reconnu la complexité des questions devant être résolues. Ce que la CSC a jugé inconstitutionnel, et ce qui doit être remplacé, est l'interdiction absolue de l'aide médicale à mourir.¹ Cela laisse une marge considérable au législateur pour choisir les mesures de garantie nécessaires veillant à la protection des personnes vulnérables. La Cour a déclaré que « [le législateur] est mieux placé que les tribunaux pour créer des régimes de réglementation complexes. » (par. 125) Comme le Groupe consultatif provincial-territorial d'experts sur l'aide médicale à mourir l'a dit dans son *Rapport final* (30 novembre 2015) : « Dans sa décision, la Cour ne décrivait pas le cadre d'un tel système [de garanties]. Elle se disait simplement convaincue qu'un tel système pouvait être établi au Canada. » (p. 20)

Le chevauchement de la compétence fédérale en matière de droit criminel et de la compétence provinciale en matière de santé soulève la possibilité d'un conflit législatif. Si le *Code criminel* est plus strict que la législation provinciale, il ne sera pas possible de se prévaloir d'un recours à la législation provinciale dans une poursuite criminelle.² Si la législation

¹ Une interdiction absolue du suicide assisté par un médecin pourrait être maintenue grâce à une disposition formulée sous le régime de l'art. 33, la clause dérogatoire de la *Charte*, mais je comprends qu'une telle disposition n'est actuellement pas envisagée par les législateurs canadiens.

² D'où l'importance que le Québec soit exempté de la prolongation de quatre mois de la suspension de la déclaration d'invalidité de la décision *Carter* (15 janvier 2016). Bien que l'interdiction absolue dans le *Code criminel* de l'aide au suicide soit restée en vigueur pendant la suspension de la déclaration d'invalidité, un acte d'aide médicale à mourir posé par un médecin, conformément à la *Loi concernant les soins de fin de vie*, L.Q. 2014, c. 2, en vigueur le 10 décembre 2015, serait passible de poursuite criminelle. La levée de la suspension au Québec de la majorité en vigueur le 15 janvier 2016 évite tout conflit. La dissidence sur la décision de la

provinciale est plus stricte que la loi criminelle, l'absence de responsabilité criminelle n'interdira pas la discipline professionnelle en vertu de la législation provinciale. Cela signifie que l'accès envisagé dans le cadre du droit pénal ne serait pas respecté. Il est donc d'une grande importance d'harmoniser le droit fédéral et provincial.³

Le *Rapport final* du Comité externe sur les options de réponse législative à *Carter c. Canada* (15 décembre 2015) a défini les positions largement divergentes d'un large éventail de parties prenantes. Plusieurs choix doivent être faits. Il y a de fortes pressions pour modifier le *Code criminel* d'ici 6 juin 2016, lorsque la suspension de la déclaration d'invalidité expirera, afin qu'un système de mesures de garanties en vertu du droit criminel soit en place. Cependant, rien de ce qui aura été fait à partir du 6 juin 2016 n'est coulé dans le béton. Des ajustements en fonction de réexamen et d'expérience seront toujours possibles. Légiférer par étapes est également une option.

Dans ce qui suit, je vais expliquer pourquoi, d'après mon évaluation, il est cohérent avec l'arrêt *Carter* (1) de limiter l'aide médicale à mourir dans des conditions de fin de vie ; (2) d'inclure une procédure d'examen préalable outrepassant les évaluations des médecins ; (3) d'empêcher le recours à des directives anticipées; et (4) de limiter l'accès aux personnes de 18 ans et plus.

Quelques observations préliminaires

Une erreur qui est couramment faite, même par des juges de la Cour suprême du Canada, porte sur la légalité du suicide et de la tentative de suicide. En commentant *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 S.C.R. 519, le juge La Forest « a confirmé la constitutionnalité d'une interdiction d'aide au suicide (...) même si le suicide n'était, et n'est toujours pas, illégal au Canada; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, 263. Décrire le suicide comme n'étant « toujours pas, illégal » suggère qu'il pourrait le devenir, mais une telle notion est illogique. Si le suicide a réussi, la personne est morte, et nous ne poursuivons pas de personnes décédées. Le suicide n'a jamais été ni ne pourrait jamais être illégal. Ce qui était illégal, mais qui ne l'est plus, est la tentative de suicide. La décriminalisation de la tentative de suicide ne doit cependant pas être considérée comme englobant le droit légal de mourir. Au contraire, cela représente une reconnaissance compassionnelle au sens où si les choses vont si mal que la personne tente de se suicider, ils n'ont pas besoin du fardeau supplémentaire d'une poursuite criminelle. La décriminalisation de la tentative de suicide n'a pas diminué l'importance des politiques publiques en matière de prévention du suicide. Le taux anormalement élevé de suicide chez les jeunes Autochtones et les jeunes gais, lesbiennes ou transgenres ne nous amène pas, par exemple, à célébrer l'exercice de leur droit légal de mourir. C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre que la base d'un droit constitutionnel à l'aide médicale à mourir est un droit restreint, et non pas un droit absolu à

requête du 15 janvier 2016, soit celle de ne pas lever la suspension pour le Québec, a jugé qu'il était suffisant de compter sur l'engagement public du pouvoir discrétionnaire de la province de ne pas poursuivre.

³ Une façon d'éviter les conflits est que le droit pénal fédéral incorpore par référence des lois provinciales, de telle manière que le respect d'une loi provinciale ne constitue pas un crime. Voir, par exemple, *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89.

l'autonomie sur la vie et la mort. L'implication de tiers et la sanction qui est donnée par l'État soulèvent des enjeux qui outrepassent la question d'autonomie individuelle.

Des droits constitutionnels divergents

La CSC a reconnu dans l'arrêt *Carter* qu'il faut faire preuve d'une retenue considérable à l'égard du Parlement, en particulier dans le cas où, comme avec l'aide médicale à mourir, l'objectif poursuivi par le Parlement implique des droits protégés constitutionnellement (par. 95). La protection des personnes vulnérables est la protection des droits de ceux qui, par définition, ne sont pas bien placés pour faire progresser leurs propres droits. Aussi, le Parlement a besoin de concevoir soigneusement des garanties. Comme la Cour suprême du Canada a déclaré : « Nous sommes d'accord avec elle [la juge de première instance] pour dire qu'un système de garanties soigneusement conçu et surveillé peut limiter les risques associés à l'aide médicale à mourir. » (fin du par. 117)

La Cour suprême du Canada a identifié au début les enjeux dans l'arrêt *Carter* : « Trancher cette question nous oblige à pondérer des valeurs opposées d'une grande importance. D'une part, il y a l'autonomie et la dignité d'un adulte capable qui cherche dans la mort un remède à des problèmes de santé graves et irrémédiables. D'autre part, il y a le caractère sacré de la vie et la nécessité de protéger les personnes vulnérables. » (par. 2) Comme la seule chose dont il était question auparavant relevait de la validité constitutionnelle d'une interdiction absolue de l'aide au suicide, la Cour n'a pas élaboré sur ce que le Parlement devrait faire pour remplir ses obligations constitutionnelles et protéger les personnes vulnérables contre les erreurs et les abus, au-delà de dire que l'interdiction absolue n'atteignait pas un équilibre proportionné entre des droits constitutionnels divergents.

Pour répondre à l'arrêt *Carter*, le Parlement et les législatures doivent être conscients des futurs défis constitutionnels possibles. S'il est allégué que l'aide médicale à mourir est insuffisamment accessible, les personnes qui en font la demande pourront se manifester. En revanche, contester que l'aide médicale à mourir est trop facilement disponible est une demande plus complexe à formuler et à présenter. Une allégation selon laquelle les droits constitutionnels des personnes vulnérables ont été violés ne serait probablement pas bien présentée par une personne seule. Les personnes opposées à l'aide médicale à mourir pour elles-mêmes n'auront pas besoin d'un litige pour faire valoir cette position, car, quel que soit le système d'aide médicale à mourir, une personne peut simplement dire non. Le défi se situe dans le cas des personnes vulnérables qui ne sont pas en mesure de dire non ; dans ce cas, il y aurait matière à litige d'intérêt public.⁴ Néanmoins, le problème d'identification des parties ne rend pas les droits constitutionnels des personnes vulnérables moins réelles.

⁴ Une organisation de personnes handicapées ne devrait avoir aucune difficulté à respecter la qualité d'agir dans l'intérêt public tel qu'elle est énoncée dans *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, [2012] 2 R.C.S. 524 :

[37] Lorsqu'ils exercent le pouvoir discrétionnaire de reconnaître ou non la qualité pour agir dans l'intérêt public, les tribunaux doivent prendre en compte trois facteurs : (1) une question justiciable sérieuse est-elle soulevée? (2) le demandeur a-t-il un intérêt réel ou véritable dans l'issue de cette question? et (3) compte tenu de toutes les circonstances, la

Le fait que des droits constitutionnels divergents sont en jeu dans le contexte de l'aide médicale à mourir rend cela différent de *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30. En 1988, la CSC n'a pas dit qu'il ne pourrait y avoir aucune interdiction pénale de quelque nature que ce soit contre l'avortement. Tous ceux qui y voient une violation de l'art. 7 de la *Charte* supposent qu'il pourrait y avoir des interdictions pénales contre l'avortement en faisant valoir l'intérêt de l'État dans la protection du fœtus. Mais il n'y a aucune obligation de le faire, en raison d'intentions que l'on présume exister implicitement, dans des cas tels que *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 et *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530, que le fœtus ne compte pas pour chacun en vertu de l'art. 7 et qu'ainsi le fœtus n'a pas de droits garantis par la *Charte*. Le fait que nous n'avons eu aucune interdiction pénale contre l'avortement depuis près de 30 ans n'a pas fait l'objet de contestation constitutionnelle parce que le choix des femmes en matière de reproduction est la seule revendication constitutionnelle en jeu. Les problèmes persistants liés à l'accès à l'avortement au-delà du droit criminel même ne disposent pas non plus de dispositions fondées sur la *Charte* opposées au choix des femmes en matière de reproduction. (Les objections de conscience par les opposants à la pratique d'avortement ne sont pas la source des problèmes d'accès.) Contrairement au contexte de l'avortement, les personnes vulnérables sous un régime d'aide médicale à mourir ont des droits constitutionnels que le Parlement ne peut pas ignorer. Si le Parlement ignore les personnes vulnérables par des garanties insuffisantes, cela peut donner lieu à une contestation constitutionnelle à l'autre extrême de la décision *Carter*.

Là où des limitations en vertu de l'art. 1 ont été confirmées dans la poursuite d'objectifs non constitutionnels, les législateurs sont libres d'abandonner plus tard la poursuite de ces intérêts non constitutionnels. Par exemple, dans l'affaire *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, les exigences de fermer le dimanche ont été confirmées, en dépit de la violation de la liberté de religion de ceux qui observaient le sabbat dans l'intérêt d'avoir un jour commun de repos (les employés ayant la même journée de congé que la famille et les amis). Depuis lors, les intérêts des détaillants et des consommateurs à ce que les commerces soient ouverts le dimanche prévalent, et la poursuite d'un jour de repos commun cède le pas. En l'absence de droit constitutionnel à un jour commun de repos, ce changement de la politique législative n'a pas fait l'objet de contestation. En revanche, ne pas protéger adéquatement les personnes vulnérables dans un régime d'aide médicale à mourir pourrait faire l'objet d'une contestation constitutionnelle.

Dans l'arrêt *Carter*, la contestation constitutionnelle se fondait à la fois sur l'art. 7 et l'art. 15 de la *Charte*. Ayant constaté une violation de l'art. 7, une privation de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne non conforme aux principes de justice fondamentale, la CSC n'a pas traité de la demande fondée sur le droit à l'égalité prévue à l'art. 15 (par. 93). Une contestation fondée sur les droits constitutionnels des personnes vulnérables pourrait être fondée sur l'art. 7 ou l'art. 15 tout aussi également. Cela dit, les arguments fondés sur l'art. 15 sont plus convaincants. Le recours à l'art. 15 est préférable en raison de la nature comparative d'une

poursuite proposée constitue-t-elle une manière raisonnable et efficace de soumettre la question aux tribunaux?

demande de droit à l'égalité, à savoir que la loi est plus lourde pour certains que d'autres. Telle est l'essence d'une demande au nom des personnes vulnérables. La demande est de discrimination fondée sur l'âge, les déficiences mentales ou physiques, ainsi que le motif analogue de la vulnérabilité. Par ailleurs une demande fondée sur le droit à l'égalité est plus favorable à une approche systémique, intégrant la responsabilité collective de la société, au-delà d'une analyse individuelle de l'autonomie.

Le contexte de requêtes constitutionnelles divergentes signifie qu'il y a deux sortes de questions qui se posent à la suite de l'arrêt *Carter* concernant les garanties dans un régime d'aide médicale à mourir. Un type de questions repose sur savoir quels types de garanties sont autorisés, conformément à l'arrêt *Carter*. L'autre type de questions est à savoir quels types de garanties sont nécessaires pour protéger les droits des personnes vulnérables. Dans une certaine mesure, la CSC a traité du premier cas dans l'arrêt *Carter*, mais, compte tenu de la nature de la demande, elle n'a pas abordé le second cas. Tout ce qui serait nécessaire pour protéger les personnes vulnérables doit être autorisé, conformément à la décision *Carter*. Les choses qui ne sont pas absolument nécessaires pour protéger les personnes vulnérables pourraient toutefois être autorisées.

Étant donné que l'arrêt *Carter* n'a analysé qu'une requête présentée par les personnes exigeant un droit constitutionnel à l'aide médicale à mourir, je ne rentrerai pas dans les détails d'une requête inconstitutionnelle au nom des personnes vulnérables. Cependant, ce contexte de requêtes constitutionnelles divergentes met en avant l'importance de mesures de garanties envers les personnes vulnérables, même s'il fut uniquement analysé comme objectif ce qui correspond aux limites du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne.

L'évaluation des garanties

Afin de parvenir à un juste équilibre entre les requêtes divergentes de la *Charte*, il est clairement nécessaire d'autoriser l'aide médicale à mourir. Aucune mesure de garanties ne peut rendre illusoire l'accès à l'aide médicale à mourir (Dickson C.J., *Morgentaler*). Au moment de l'évaluation des mesures de garanties, les principes de justice fondamentale ainsi que les dispositions de l'art. 1 de la *Charte* devront être examinés avec le plus grand soin. Il faut absolument garder à l'esprit que l'analyse de la Cour suprême du Canada a été réalisée dans un contexte d'interdiction formelle de l'aide au suicide, et que celle-ci n'a aucunement cherché à détailler ce qu'un régime de garanties constitutionnellement valide pourrait impliquer, laissant cette décision entre les mains du Parlement. Un scénario typique. Lorsque la Cour constate qu'une législation est inconstitutionnelle, l'analyse des lacunes présentes dans la législation permet de donner quelques indices sur la manière dont elle pourrait être rédigée de manière appropriée, mais ne fournit pas de correction détaillée. Il existe une exception à cette règle, l'arrêt *Charakaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 RCS 350, lorsque la CSC a donné des indications relativement détaillées sur la manière dont un régime des certificats de sécurité pourrait être jugé valable selon l'art. 1 de la *Charte*. L'arrêt *Carter* ne donne pas autant de détails. Néanmoins, l'arrêt *Charakaoui* est un rappel important selon lequel les violations à l'art. 7 peuvent être justifiées au regard de ce que stipule l'art. 1 « dans des circonstances extraordinaires mettant en cause des préoccupations sérieuses et des problèmes complexes » (par. 66). L'aide médicale à mourir correspond justement à cette description.

Dans l'arrêt *Carter*, la réparation, à savoir la déclaration d'invalidité figurant aux paragraphes 127 et 147 de l'arrêt de 2015, constitue une réparation contre la loi selon l'art. 52⁵ et pas un recours personnel du plaideur tel que le stipule l'art. 24⁶. Toutefois, il ne s'agit pas d'une déclaration sans aucune limite, mais d'une déclaration contre l'interdiction absolue de l'aide médicale au suicide. Il ne s'agit pas d'une déclaration contre tout futur régime d'aide médicale à mourir entourée de mesures de garanties. La CSC délimite spécifiquement la portée de sa déclaration :

Cette déclaration est censée s'appliquer aux situations de fait que présente l'espèce. Nous ne nous prononçons pas sur d'autres situations où l'aide médicale à mourir peut être demandée. (par. 127)

L'évaluation de mesures de garanties conformes à la *Charte* dans un régime d'aide médicale à mourir soulève de nombreuses questions. Les problèmes suivants sont d'ailleurs adressés par la Norme sur la protection des personnes vulnérables, <http://www.vps-npv.ca/french/>: (1) conditions de fin de vie; (2) examen préalable; (3) directives anticipées; et (4) mineurs matures.

(1) Conditions de fin de vie

Le Comité externe en donne l'aperçu suivant :

Tous les États ayant légiféré sur l'aide à mourir ont imposé un critère lié à l'admissibilité médicale. Les définitions de ces critères varient considérablement. Dans les quatre États américains qui ont légiféré pour permettre l'aide à mourir, par exemple, la personne qui présente la demande doit avoir une maladie incurable et une espérance de vie de moins de six mois. Au Québec, la personne doit être en fin de vie, dans un état caractérisé par une perte avancée et irréversible de ses capacités. Aux Pays-Bas, la personne doit ressentir des souffrances insupportables, être sans perspective d'amélioration, et il ne doit pas y avoir de solution de rechange raisonnable compte tenu de sa situation. (p. 57)

Le régime belge ne se limite pas non plus aux conditions de fin de vie. Lors de l'évaluation des preuves sur le plan international, ni la juge Smith lors du procès ni la Cour suprême du Canada n'ont laissé entendre que les juridictions possédant des régimes limités à la maladie incurable devaient être ignorées. L'inverse est par contre vrai. Pour justifier de n'accorder aucune importance à la toute dernière preuve qui concerne la Belgique, la Cour suprême du Canada a invoqué les différences historiques avec la Belgique (par. 112) et a conclu que les cas belges « nous éclairent peu sur l'application éventuelle d'un régime canadien » (par. 113).

Le Groupe consultatif provincial-territorial d'experts sur l'aide médicale à mourir souligne que « la Cour suprême n'affirme pas que la décision [*Carter*] s'applique uniquement

⁵ L'article 52 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* stipule 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.

⁶ L'article 24 (1) de la *Charte* stipule que :

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits et libertés qui lui sont garantis par la présente *Charte*, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

aux personnes ... atteintes de maladies fatales ou à celles qui sont près de la mort. » (p. 15)⁷ Bien qu'il soit vrai que la déclaration d'invalidité de la CSC ne se limite pas expressément aux conditions de fin de vie, cela ne signifie pas que l'on empêche le Parlement de le faire.

En première instance et en appel devant la Cour suprême du Canada, l'accent a été mis sur Gloria Taylor, puisque Kay Carter était parti en Suisse pour avoir recours à l'aide médicale à mourir. En suspendant la déclaration générale d'invalidité, la juge Smith, lors du procès, a accordé à Gloria Taylor une exemption constitutionnelle qui stipulait (de manière incontestée dans son cas) qu'elle était en phase terminale; 2012 BCSC 886, par. 1414 (b). L'analyse générale de la juge Smith a inclu plusieurs références au fait de « précipiter la mort ». Elle n'a pas défini ce terme ni fourni de données temporelles spécifiques, étant donné la difficulté notoire à prédire avec précision le moment où pourrait survenir la mort de causes naturelles. Mais elle envisageait de manière très claire la différence entre un décès passant de « bientôt » à « très bientôt », et pas un décès passant de « probablement quelques décennies » à « très bientôt ». Cela se reflétait dans le langage limité que l'on retrouvait dans sa déclaration d'invalidité suggérant « un état avancé de faiblesse sans aucune chance d'amélioration » (par. 1393 (a) et (b)). Bien que ce langage suggérant un « état avancé de faiblesse » n'ait pas été explicitement retenu par les juges de la CSC, ils ne le renient pas non plus pour autant. En s'abstenant de tout commentaire, la CSC a au moins laissé la possibilité au Parlement de poser une telle limite, comme le proposait la Norme sur la protection des personnes vulnérables.

Le rapport du Comité mixte spécial sur l'aide médicale à mourir, *L'aide médicale à mourir : une approche centrée sur le patient* (février 2016) s'opposait à une limitation aux patients en stade terminal (p. 12). Pour soutenir cette recommandation, il s'appuie sur le témoignage de Peter Hogg : « Selon le constitutionnaliste Peter Hogg, le Parlement pourrait poser comme condition que le demandeur soit atteint d'une maladie terminale, mais une telle disposition serait plus susceptible à une contestation constitutionnelle. » (p. 12) Il convient de signaler que Peter Hogg a fait cette déclaration dans le cadre d'une objection des personnes souhaitant recevoir une aide médicale à mourir, sans tenir compte d'une potentielle récusation au nom des droits constitutionnels des personnes vulnérables. En outre, même en limitant l'attention portée sur l'objection opposée par les personnes qui souhaitent la mise en place d'une aide médicale à mourir, il n'a pas précisé si une limitation à la maladie en stade terminal pourrait entrer en conformité avec les principes de justice fondamentale ou être jugée recevable en vertu de l'art. 1 de la *Charte*. Bien sûr, des limitations plus importantes nécessitent plus d'efforts pour parvenir à être défendues ou justifiées, mais cela ne signifie pas pour autant qu'une limitation posée aux conditions de fin de vie ne serait finalement pas jugée recevable.

Dans son arrêt du 15 janvier 2016 sur l'extension de la suspension de la déclaration d'invalidité, la CSC a fait remarquer de manière pertinente que cela ne devait « toutefois pas être interprété comme l'expression d'un quelconque point de vue quant à la validité de la LCSFV [du Québec] » (par. 4), qui se limite aux conditions de fin de vie. L'absence de tout commentaire de

⁷ Il est important de souligner que le Québec ne faisait pas partie du Groupe consultatif provincial-territorial, puisque la province avait déjà voté sa propre loi sur l'aide médicale à mourir (note 2, *supra*) limitée aux situations de fin de vie.

la part de la Cour n'est pas surprenante, étant donné que la législation québécoise n'a pas été passée directement devant elle, mais elle souligne que la question est toujours ouverte.

Considérant la portée excessive comme un principe de justice fondamentale, il convient de savoir si la disposition contestée « n'a aucun lien avec son objet » ou « n'a aucun lien avec le mal qu'avait à l'esprit le législateur »; *Carter* (2015) par. 85. Le Comité mixte a noté que « Margaret Somerville, professeure à l'Université McGill, était d'avis que seules les personnes ayant moins de quatre semaines à vivre devraient être admissibles. » (p. 12) J'ai peu de doutes sur le fait qu'un laps de temps aussi court serait perçu comme une tentative à peine déguisée aux yeux de tous d'empêcher la mise en place d'une aide médicale à mourir, et irait donc à l'encontre des principes de justice fondamentale, ne pouvant être jugé recevable selon l'art. 1. Le laps de temps de six mois décrété par les États américains ayant légiféré serait moins problématique, mais pourrait tout de même soulever des inquiétudes, surtout compte tenu de la difficulté à prévoir avec précision le moment de la mort. La législation québécoise contourne ce problème en ne spécifiant aucun délai particulier, tout en le limitant aux conditions de fin de vie. La législation québécoise évite également le terme qui peut paraître un peu vague de « phase terminale ».

26. Seule une personne qui satisfait à toutes les conditions suivantes peut obtenir l'aide médicale à mourir :

- (1) être assurée au sens de la *Loi sur l'assurance maladie* (chapitre A-29);
- (2) être majeure et apte à consentir aux soins;
- (3) être en fin de vie;
- (4) être atteinte d'une maladie grave et incurable;
- (5) avoir une situation médicale qui se caractérise par un déclin avancé et irréversible de ses capacités; et
- (6) éprouver des souffrances physiques et psychologiques constantes, insupportables et qui ne peuvent être apaisées dans des conditions jugées tolérables.

Tel qu'indiqué ci-dessus, à la fin du paragraphe définissant la déclaration d'invalidité dans l'arrêt *Carter*, la Cour suprême du Canada a conclu en affirmant ce qui suit : « Cette déclaration est censée s'appliquer aux situations de fait que présente l'espèce. Nous ne nous prononçons pas sur d'autres situations où l'aide médicale à mourir peut être demandée. » (par. 127) La Cour n'a pas précisé quelles situations de fait étaient pertinentes. Il est clair que ni le sexe ni l'origine ethnique de Gloria Taylor n'avaient un lien avec son droit à l'accession à une aide médicale à mourir, mais il serait malvenu de dire que le fait qu'elle était mourante n'était pas une circonstance pertinente.

Le Comité mixte pensait différemment, en citant la professeure Downie :

[...] la Cour suprême n'en fait pas mention [maladie terminale] dans l'arrêt *Carter*. C'est trop vague et ambigu. C'est un critère arbitraire qui, en tant qu'obstacle à l'accès, ne se justifie pas sur le plan moral.

...

D'ailleurs, si une telle limite était mise en place, des Canadiens souffrant de problèmes de santé graves et irrémédiables leur causant des souffrances persistantes et intolérables seraient condamnés à continuer de souffrir contre leur gré. (p. 13)

Ce que cette conclusion du Comité mixte n'identifie pas, c'est le moment auquel la protection des personnes vulnérables doit s'insérer dans l'analyse. La délimitation des circonstances de fin de vie est nécessaire à la mise en place des mesures de garanties contre les erreurs et les abus. Si le décès de cause naturelle est prévu dans quelques dizaines d'années, les conséquences d'une éventuelle erreur sont beaucoup plus importantes que dans le cas d'un décès imminent. Si une personne n'est pas à la fin de sa vie, l'aide médicale à mourir exclurait la possibilité qu'elle puisse changer d'avis et qu'elle vive pendant de nombreuses années encore. Les chances que le désir de suicider ne soit que passager augmenteraient significativement. Cette possibilité s'intensifie dans le cas où une personne pourrait se faire une idée préconçue de ce que serait une vie avec un handicap en s'imaginant que cette dernière ne vaut pas la peine d'être vécue. Ainsi, les préoccupations quant à la vulnérabilité augmentent de beaucoup dans le cas où l'aide médicale à mourir n'est pas restreinte aux circonstances de fin de vie parce que ses conséquences pèsent beaucoup plus lourd dans la balance. Les auteurs de la récusation ne pourraient en aucun cas affirmer que la stipulation concernant la fin de vie « n'a aucun lien » avec la protection de la personne vulnérable, qu'elle est contraire aux principes de justice fondamentale ou qu'elle est d'une portée excessive. La stipulation concernant la fin de vie ne pourrait pas non plus être considérée comme totalement disproportionnée.

Dans le commentaire subsidiaire qui se réfère à l'article premier, où l'attention est détournée du demandeur, la difficulté de repérer une personne vulnérable a été identifiée dans l'arrêt *Carter* comme étant une considération importante (par. 88). Au cours du procès, la juge Smith a formulé les commentaires suivants lors de son analyse de l'art. 1 :

[1226] (...) la question consiste à se demander s'il existe « un autre moyen moins attentatoire d'atteindre l'objectif de façon réelle et substantielle. » (*Hutterian Brethren*, par. 55).

[1227] J'accepte l'argument des défendeurs selon lequel il convient de faire preuve d'une retenue considérable à l'égard du Parlement. Le choix d'autoriser ou non une forme quelconque d'aide médicale à mourir met en cause des valeurs sociales fondamentales. Par ailleurs, les prévisions difficiles et complexes du comportement humain sont inhérentes à l'évaluation des moyens possibles de prévention de l'incitation au suicide des personnes vulnérables, notamment les personnes gravement malades.

[1228] Cependant, reconnaître la déférence requise ne permet pas à un tribunal de mettre fin à l'analyse. La Cour doit remplir son devoir constitutionnel à savoir de décider si le choix d'une interdiction absolue du Parlement, portant atteinte aux droits constitutionnels, est justifié par rapport à d'autres mesures possibles qui permettraient d'éviter la violation des dits droits.

[1229] Je note également que l'interdiction absolue n'est pas un ensemble de règlements adaptés de la nature envisagée dans une partie de la jurisprudence relative à la déférence (par exemple, dans *Hutterian Brethren*, par. 56).

En analysant l'article premier dans l'arrêt *Carter*, la CSC a statué que : « une crainte théorique ou hypothétique ne saurait justifier la prohibition absolue » (par. 119). Passer d'une interdiction absolue à des dispositions particulières sur la fin de vie est le genre de « moyens moins

préjudiciables » qui « sont raisonnablement adaptés à l'objectif » (par. 102) tout en réduisant les impacts négatifs des mesures de l'art. 1. Au-delà de ce qui touche aux conditions de fin de vie, le fait de se pencher sur les enjeux les plus importants concernant la vulnérabilité permettrait également de cibler lesquels des effets sont les plus néfastes ou les plus salutaires. Ainsi, une stipulation de fin de vie favoriserait un retour à l'équilibre.

La problématique concernant les conditions de fin de vie est étroitement liée à celle qui doit déterminer s'il doit y avoir des problèmes de santé spécifiques. Le Comité mixte a indiqué : « Il est largement ressorti des témoignages et des mémoires qu'il ne devrait pas y avoir de liste des problèmes de santé recevables. » (p. 12) En soi, une liste des problèmes de santé serait sans doute problématique, puisque certains de ceux qui devraient y être inclus pourraient courir le risque d'être oubliés. Cependant, il existe un lien entre certains types de problèmes de santé et des situations propres à la fin de vie. Par ailleurs, dans le contexte des cas récents qui ont semé la controverse sur l'aide médicale à mourir en Belgique, la Cour suprême du Canada a spécifiquement identifié les troubles psychiatriques comme des problèmes « auxquels ne s'appliqueraient pas les paramètres proposés dans les présents motifs » (par. 111).

Allant dans le même sens que la stipulation, la Norme sur la protection des personnes vulnérables indique que, en elles-mêmes, des conditions telles que les troubles psychiatriques, cognitifs, développementaux de même que l'angoisse mentale, la démence et les déficiences intellectuelles ne devraient pas justifier l'accès à l'aide médicale à mourir et, ce, parce qu'aucune de ces conditions ne constitue une situation potentiellement mortelle. Cependant, cela ne signifie pas que la souffrance mentale est moins grave que la souffrance physique, mais plutôt que toute souffrance (qu'elle soit physique ou mentale) qui n'est pas en lien avec des conditions de fin de vie ne peut être appropriée pour recevoir l'aide médicale à mourir.

Si le *Code criminel* était amendé pour exempter l'aide médicale à mourir de la prohibition criminelle uniquement pour les conditions de fin de vie, il est fort possible que, tôt ou tard, une telle restriction soit contestée parce qu'elle contreviendrait à la *Charte*. Cependant, selon mon évaluation, il y a de grandes chances que cette restriction soit respectée. Il n'y aurait soit aucune violation des principes de justice fondamentale, ou, dans les commentaires subsidiaires, le gouvernement réussirait avec une défense en vertu de l'art. 1.

(2) Examen préalable

Étant donné que l'objectif communément admis est de protéger les personnes vulnérables, une évaluation obligatoire et de bonne foi de la vulnérabilité est au cœur même de l'atteinte de cet objectif. Mais plusieurs questions persistent à propos de ce que cela devrait ou pourrait impliquer.

Durant les douze premiers mois de la suspension de la déclaration d'invalidité, la CSC n'a pas autorisé de recours individuel en vertu de l'art. 24. Toutefois, dans sa décision en date du 15 janvier 2016, la Cour a accordé des exemptions individuelles comme mesure intérimaire pendant la prorogation de quatre mois de la suspension de la déclaration en attendant l'intervention du Parlement.

Nous sommes donc d'avis de faire droit à la demande d'exemption de sorte que ceux qui souhaitent demander l'aide d'un médecin, dans le respect des critères énoncés au par. 127 des motifs de la Cour dans *Carter*, puissent, pendant la durée de la prorogation de la suspension, s'adresser à la cour supérieure de leur province ou territoire pour solliciter une ordonnance. Exiger l'obtention d'une autorisation judiciaire durant cette période intérimaire assure le respect de la primauté du droit et offre une protection efficace contre les risques que pourraient courir les personnes vulnérables.(par. 6)⁸

Par conséquent, pour les quatre mois de prolongation, un examen préalable sera effectué par un juge avant que l'aide médicale à mourir ne soit autorisée. Lorsque la première décision de cet ordre a été prise, Justice Martin, de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, a soigneusement passé en revue les critères du par. 127, avant de spécifiquement conclure que le requérant « n'est pas une personne vulnérable qui requiert la protection de ces sections du *Code criminel* contestées dans *Carter 2015*. » *Re HS*, 2016 ABQB 121, par.118. Y a-t-il matière à envisager un quelconque examen préalable selon le régime législatif que le Parlement adoptera ?

Le critère énoncé au par. 127 inclut la capacité et le consentement éclairé comme une manifestation de l'autonomie. Une décision prise de manière autonome nécessite que la personne qui donne son consentement soit au courant de toutes les options possibles, qu'elle soit non ambivalente, bien informée et en aucun cas soumise à des contraintes extérieures ou coercitives. Les options peuvent inclure des traitements médicaux de même que du soutien non médical qui rendraient la vie digne d'être vécue. La vulnérabilité peut compromettre l'autonomie et rendre les individus susceptibles d'opter pour le suicide lors de moments de faiblesse et/ou pour des raisons qui vont au-delà des problèmes de santé qui sous-tendent les bases juridiques de l'aide médicale à mourir.

La vulnérabilité, la capacité et le consentement éclairé seront parfois faciles à déterminer. Cependant, dans d'autres circonstances, il sera beaucoup plus difficile de le faire. Le régime québécois (art. 29) confie à deux médecins la responsabilité de statuer sur ces questions. Ils doivent ensuite rédiger un rapport (art. 37), pour permettre l'évaluation du processus encadrant l'aide médicale à mourir. Mais il n'existe pas d'étape décisionnelle avant la mort en dehors de l'évaluation à l'admissibilité faite par les médecins. Le Groupe consultatif provincial-territorial d'experts sur l'aide médicale à mourir (Recommandations 22 and 29) et le Comité mixte (Recommandations 12, 15, and 16) sont tous les deux en faveur d'une telle structure.

Dans l'arrêt *Carter*, la Cour suprême du Canada a fait part de sa confiance en la compétence des médecins pour prendre ces décisions :

⁸ Il semblerait significatif que la Cour se réfère au par. 127, plutôt qu'au par. 147. Le par. 147 est la déclaration formelle à la fin du jugement, qui reprend le texte dans le corps du jugement à partir du par. 127. Cependant, le par. 127 ajoute les critères susmentionnés :

Cette déclaration est censée s'appliquer aux situations de fait que présente l'espèce. Nous ne nous prononçons pas sur d'autres situations où l'aide médicale à mourir peut être demandée.

Les juges de la Cour supérieure qui reçoivent les applications pendant les quatre mois de prorogation sont vraisemblablement censés tenir compte de ce critère.

[115] La preuve retenue par la juge de première instance n'étaye pas l'argument du Canada. Se fondant sur la preuve relative aux procédures d'évaluation dans la prise de décisions médicales analogues concernant la fin de vie au Canada, la juge a conclu que 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. Les préoccupations au sujet de la capacité décisionnelle et de la vulnérabilité se posent dans tous les cas de décisions médicales concernant la fin de vie. D'un point de vue logique, il n'y a aucune raison de croire que les blessés, les malades et les handicapés qui peuvent refuser un traitement vital ou un traitement de maintien de la vie, demander le retrait de l'un ou l'autre traitement, ou encore réclamer une sédation palliative, sont moins vulnérables ou moins susceptibles de prendre une décision faussée que ceux qui pourraient demander une assistance plus active pour mourir. Les risques dont parle le Canada font déjà partie intégrante de notre régime médical.

Ces commentaires ne devraient cependant pas être considérés comme déterminants.

Ces remarques ne peuvent être prises seules ou hors de leur contexte. Ce contexte est l'évaluation de l'interdiction absolue de l'aide médicale à mourir, et l'insistance de la Cour pendant tout le jugement sur le fait que la mise en place d'un système de mesures de garanties est la responsabilité du Parlement. On ne peut pas considérer comme principe de la loi constitutionnelle le fait que seuls des médecins soient en mesure d'évaluer la vulnérabilité, la capacité et le consentement. De même, on ne peut pas conclure à partir de la mesure provisoire prévue par la décision adoptée par la CSC le 15 janvier 2016, prorogeant de quatre mois la suspension de la déclaration d'invalidité, que seuls les juges de la cour supérieure peuvent prendre ces décisions. C'est finalement au Parlement de déterminer qui est le plus en mesure de prendre de telles décisions.

Le parallèle établi avec des décisions d'arrêt ou de retrait d'un traitement vital ou de maintien de la vie comporte des limites. Si l'aide médicale à mourir n'est pas restreinte aux situations de fin de vie et prend en charge des problèmes de santé qui ne constituent pas une menace à la vie, cela réduit substantiellement les similarités entre l'aide médicale à mourir et les décisions d'arrêt ou de retrait d'un traitement vital ou de maintien de la vie. Qu'elles soient ou non restreintes aux situations de fin de vie, « une assistance plus active pour mourir » représentée par l'aide médicale à mourir renforce la nécessité de considérer d'autres options. Même si les médecins peuvent sembler bien connaître les différentes possibilités concernant les traitements médicaux, ils ne sont peut-être pas dans la meilleure position pour donner l'information la plus complète à leur égard ou pour favoriser l'accès à du soutien de nature essentiellement non médicale qui pourrait convaincre le patient de ne pas recourir à l'aide médicale à mourir. D'autres professionnels que les médecins pourraient siéger sur un comité chargé de l'examen préalable afin de considérer des perspectives qui pourraient inclure une plus grande responsabilité sociale envers le patient. L'ajout d'un autre palier décisionnel avant que l'aide médicale à mourir ne soit autorisée pourrait donner l'opportunité de mieux identifier les besoins qui n'ont pas été comblés et de leur répondre. Exiger un examen préalable en toutes circonstances pourrait permettre de s'assurer que les questions nécessaires ont toujours été posées, même si dans certains cas les réponses devenaient rapidement évidentes.

Un tel aspect de l'examen préalable devrait être fait avec célérité. Il ne pourrait pas être employé comme un mécanisme restreignant l'accès à l'aide médicale à mourir. Tout cela a été clarifié dans le cas *Morgentaler*. Cependant, le cas *Morgentaler* ne permet pas d'affirmer que de ne pas avoir de système d'examen préalable pourrait être valide. La structure du comité d'avortement thérapeutique était invalide parce qu'il y avait plusieurs éléments qui n'avaient aucun rapport avec l'intérêt prétendument poursuivi par l'État. De plus, tel que mentionné ci-dessus l'intérêt de l'État dans le cas *Morgentaler* n'était pas protégé par la Constitution. Pour l'aide médicale à mourir, un examen préalable diligent, centré sur l'évaluation de la vulnérabilité, de la capacité et du consentement, serait en étroite relation avec l'objectif poursuivi par l'État quant à la protection des personnes vulnérables. Il ne pourrait donc pas transgresser ni outrepasser de manière disproportionnée les principes fondamentaux de la justice. Dans le commentaire subsidiaire, pour des motifs similaires à ceux exposés dans la section précédente, une défense en vertu de l'art. 1 serait utile.

Un examen préalable diligent est important afin de donner l'opportunité au patient d'évaluer d'autres options que le suicide, de manière à ce qu'on puisse s'assurer qu'il est en mesure de faire un choix en toute autonomie

(3) Directives préalables

Les directives préalables n'étaient pas un enjeu dans l'arrêt *Carter*. La CSC prenait uniquement en considération la situation des adultes compétents capables de donner leur consentement à la fois au moment de la requête initiale pour l'aide médicale à mourir et au moment de son exécution. On ne peut pas dire que l'arrêt *Carter* exige de vérifier l'efficacité des directives préalables.

Au Québec, la législation n'autorise pas les directives préalables pour l'aide médicale à mourir (art. 51). Le Groupe consultatif provincial-territorial d'experts sur l'aide médicale à mourir (Recommandation 12) et le Comité mixte (Recommandation 7) ont tous les deux recommandé qu'une directive préalable émise après la réception d'un diagnostic de problèmes de santé graves et irrémédiables devrait être valable en vertu du *Code criminel*.

L'argument évoqué en premier lieu en faveur des directives anticipées est l'autonomie. L'argument qui est en sa défaveur est qu'elle exclut pour le patient la possibilité de changer d'avis en cas de perte de ses capacités.

Quand il est question de choix, il semble difficile de dire qu'insister sur un consentement éclairé est contraire aux principes fondamentaux de la justice. Cela n'empêcherait pas le Parlement d'adopter des directives préalables,⁹ mais le Parlement n'aurait pas l'obligation d'agir de la sorte.

Le Parlement a été tenu d'empêcher que le consentement préalable soit applicable pour l'intimité sexuelle dans le cas où une personne ne serait pas consciente; *R. v. J.A.*, [2011] 2

⁹ Cela pourrait faire l'objet d'une contestation constitutionnelle au nom des personnes vulnérables.

S.C.R. 440. Il est d'autant plus important que le Parlement ait la possibilité d'exclure les directives préalables pour l'aide médicale à mourir.

(4) Mineurs matures

La déclaration d'invalidité de la Cour suprême du Canada était limitée aux personnes adultes (par. 127 et 147). Tout ce qui y était avant relevait de la situation des personnes adultes, sans qu'aucun demandeur ou déposant ne semble vouloir modifier celle-ci. La CSC n'a par conséquent pas défini ce qu'était une personne adulte. Le *Code criminel* pourrait incorporer par référence l'âge de la majorité (18 ou 19) en fonction des territoires ou des provinces ou pourrait déterminer un âge unique, vraisemblablement 18 ans, comme dans le cas de l'âge de la majorité au niveau fédéral, p.ex., pour voter. Cette dernière option serait préférable afin de pouvoir appliquer la loi sur la mort assistée de manière uniforme partout au pays.

La question qui concerne l'admissibilité des mineurs matures à l'aide médicale à mourir est plus litigieuse. Le Comité d'experts a fait les commentaires suivants :

Peu de personnes ou de groupes rencontrés par le Comité ont proposé spécifiquement des arguments au sujet de l'accès pour les mineurs matures, ce qui est peut-être compréhensible puisque la question n'a pas été soulevée dans la décision *Carter*. Le Comité n'a pas sollicité activement l'avis d'experts ni de points de vue à ce sujet, et il ne s'est pas entretenu non plus avec des professionnels de disciplines axées sur les enjeux liés aux enfants et aux adolescents (p. ex., pédiatrie ou pédopsychologie et adopsychologie). (p.55)

Au Québec, la législation ne permet pas aux mineurs matures d'accéder à l'aide médicale à mourir (art. 26(2)). Cependant, le Groupe consultatif provincial-territorial d'experts sur l'aide médicale à mourir a recommandé que les mineurs matures soient admissibles en vertu du *Code criminel* (Recommandation 17), le Comité mixte a conclu qu'une telle disposition devait être remise à plus tard, en attendant une étude plus approfondie (Recommandation 6).

La décision *Carter* en elle-même n'exige pas que les mineurs matures soient admissibles à l'aide médicale à mourir. La très grande vulnérabilité des jeunes justifie de prendre un certain recul. Il se pourrait qu'il y ait éventuellement une contestation de la *Charte* si l'aide médicale à mourir ne s'applique pas aux mineurs matures, mais l'issue d'une telle contestation est des plus incertaines.

Conclusion

L'arrêt *Carter* impose au Parlement le fardeau de mettre en place un régime qui permet un accès équitable à l'aide médicale à mourir. En même temps, il attribue au Parlement la responsabilité d'incorporer des mesures de garanties suffisantes pour protéger les droits constitutionnels des personnes vulnérables. Puisque les droits constitutionnels sont en opposition, il n'appartient pas au Parlement de décider lequel doit être privilégié au détriment de l'autre – ce qui mènerait inexorablement à une interdiction absolue de l'aide médicale à mourir.