

Borowski c. Canada (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 342

Joseph Borowski *Appelant*

c.

Le procureur général du Canada

Intimé

et

**Interfaith Coalition on the Rights and
Wellbeing of Women and Children, R.E.A.L.
Women of Canada et Fonds d'action et
d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ)**

Intervenants

répertorié: borowski c. canada (procureur général)

N° du greffe: 20411.

1988: 3, 4 octobre; 1989: 9 mars.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

en appel de la cour d'appel de la saskatchewan

*Pourvoi -- Caractère théorique -- Dispositions du Code criminel relatives à l'avortement
-- Dispositions contestées déjà déclarées inopérantes -- Questions accessoires relatives aux droits
du fœtus en vertu de la Charte -- La question est-elle théorique? -- La Cour doit-elle exercer son*

pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire? -- Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 251 -- Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 15.

Droit criminel -- Avortement -- Dispositions contestées déjà déclarées inopérantes -- Questions accessoires sur les droits du fœtus en vertu de la Charte -- La question est-elle théorique? -- La Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire?

Droit constitutionnel -- Charte des droits -- Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne -- Droit à l'égalité devant et dans la loi -- Les droits garantis par la Charte s'appliquent-ils au fœtus? -- Questions relatives à la Charte accessoires à la question de la validité des dispositions du Code criminel sur l'avortement -- Dispositions contestées déjà déclarées inopérantes -- La question est-elle théorique? -- La Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire?

Procédure civile -- Qualité pour agir -- Qualité pour agir reconnue initialement parce que l'action visait un jugement déclarant l'invalidité de dispositions législatives -- Dispositions contestées déjà déclarées inopérantes -- La qualité pour agir reconnue initialement subsiste-t-elle? -- L'article 24(1) de la Charte et l'art. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 peuvent-ils fonder la qualité pour agir?

L'appelant conteste la validité des par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel* relatives à l'avortement pour le motif qu'ils enfreignent les droits à la vie, à la sécurité et à l'égalité garantis au fœtus, en tant que personne, par les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La qualité pour agir avait été reconnue à l'appelant parce qu'il demandait un jugement déclarant une loi invalide, parce que la question de la validité de la loi se posait sérieusement, parce qu'il avait, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi et parce qu'il n'y avait pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la Cour.

La Cour du Banc de la Reine a conclu que les par. 251(4), (5) et (6) ne violent pas la *Charte* puisque le f{oe}tus n'est protégé ni par son art. 7 ni par son art. 15 et, en outre, que l'article premier de la *Déclaration canadienne des droits* ne permet pas aux tribunaux de juger de la teneur ou de la sagesse des lois. La Cour d'appel a conclu que ni l'art. 7, ni l'art. 15 de la *Charte* ne s'appliquent au f{oe}tus. Les questions constitutionnelles en cette Cour visent à déterminer: (1) si le f{oe}tus a le droit à la vie que garantit l'art. 7 de la *Charte*; (2) dans l'affirmative, si les par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel* violent les principes de justice fondamentale contrairement à l'art. 7 de la *Charte*; (3) si le f{oe}tus a le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination en raison de l'âge ou de déficiences mentales ou physiques, selon l'art. 15 de la *Charte*; (4) dans l'affirmative, si les par. 251(4), (5), (6) du *Code criminel* violent l'art. 15; et (5) dans le cas d'une réponse affirmative aux questions (2) et (4), si les par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel* sont justifiés par l'article premier de la *Charte*. Toutefois, après l'arrêt de la Cour d'appel mais avant l'audition du pourvoi en cette Cour, l'ensemble de l'art. 251 a été déclaré inopérant par l'arrêt *R. c. Morgentaler* (N° 2).

Dès le début du pourvoi, la question du caractère théorique du pourvoi se posait sérieusement. En outre, il paraissait douteux que le demandeur ait encore qualité pour agir et même que la question puisse être réglée par voie de justice. Ces points ont été débattus à titre de questions préliminaires et ont été mis en délibéré. La Cour a alors entendu le pourvoi au fond, de manière à être en mesure de statuer sur la totalité du pourvoi sans devoir rappeler les parties pour plaider si, malgré les questions préliminaires, elle décidait que le pourvoi devait suivre son cours.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le pourvoi est théorique et la Cour ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire pour le trancher au fond. De plus, l'appelant n'a plus qualité pour continuer le pourvoi puisque les circonstances qui fondaient initialement la qualité pour agir ont disparu.

La doctrine relative au caractère théorique relève du principe général en vertu duquel un tribunal peut refuser de trancher une affaire qui ne soulève qu'une question hypothétique ou abstraite. Un appel est théorique lorsque la décision du tribunal n'aura pas pour effet de résoudre un litige qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties. Un litige actuel doit exister non seulement quand l'action ou les procédures sont engagées, mais aussi au moment où le tribunal doit rendre une décision. Le principe général s'applique aux litiges devenus théoriques à moins que le tribunal n'exerce son pouvoir discrétionnaire de ne pas l'appliquer.

La démarche à suivre pour déterminer si le litige est théorique comporte une analyse en deux temps. En premier, il faut se demander si le différend concret et tangible a disparu et si la question est devenue purement théorique. Si c'est le cas, le tribunal décide alors s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre l'affaire. (Pour être précis, une affaire est "théorique" si elle ne présente pas de litige concret même si le tribunal choisit de trancher la question théorique.)

Le présent pourvoi est théorique puisqu'il n'y a plus de différend juridique concret. Le litige qui fondait le présent pourvoi -- la contestation de la constitutionnalité des par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel* -- a disparu quand la Cour a déclaré cet article inopérant dans *R. c. Morgentaler* (N° 2). Aucun des redressements demandés dans la déclaration n'est pertinent. Trois des cinq questions constitutionnelles énoncées visent expressément l'art. 251 et n'ont plus d'objet. Les deux autres ont trait à la portée des droits garantis par les art. 7 et 15 de la *Charte* et ne peuvent être traitées séparément de la contestation initiale de l'art. 251.

Une question constitutionnelle ne lie pas la Cour et ne peut pas servir non plus à transformer un pourvoi en renvoi. Les questions constitutionnelles visent à définir avec précision les points litigieux dans une affaire constitutionnelle et non à introduire de nouvelles questions. Les questions ne peuvent donc servir de fondement distinct à un pourvoi qui est par ailleurs théorique.

La deuxième partie de l'analyse consiste pour le tribunal à déterminer s'il devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher l'affaire au fond, même en l'absence de litige actuel. Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, les tribunaux peuvent être guidés par l'étude des assises mêmes de la doctrine du caractère théorique.

La première raison d'être de la politique en matière de causes théoriques tient à ce que la capacité des tribunaux de trancher des litiges a sa source dans le système contradictoire. Le contexte réellement contradictoire, dans lequel les deux parties ont un intérêt dans l'issue du litige, est un élément fondamental de notre système juridique. La deuxième raison tient à l'économie des ressources judiciaires qui oblige les tribunaux à se demander si, compte tenu des circonstances d'une affaire, il y a lieu de consacrer des ressources judiciaires limitées à la solution d'un litige devenu théorique. La troisième raison d'être de la doctrine tient à la nécessité pour les tribunaux d'être sensibles à l'efficacité et à l'efficience de l'intervention judiciaire et d'être conscients de leur fonction juridictionnelle dans notre structure politique. En exerçant son pouvoir discrétionnaire à l'égard d'un pourvoi théorique, la Cour doit tenir compte de chacune de ces trois principales raisons d'être. Il ne s'agit pas d'un processus mécanique. Il se peut que les principes ne tendent pas tous vers la même conclusion. L'absence d'un facteur peut prévaloir malgré la présence de l'un ou des deux autres, ou inversement.

La Cour devrait refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire de trancher le pourvoi au fond par souci d'économie des ressources judiciaires et en raison de sa fonction véritable dans l'élaboration du droit. L'absence de rapport contradictoire ne fait pas problème: le pourvoi a été plaidé aussi pleinement que s'il n'avait pas été théorique.

Aucun des facteurs qui justifieraient l'utilisation de ressources judiciaires ne s'applique. La décision n'aurait pas d'effets accessoires pratiques sur les droits des parties. Il ne s'agit pas d'une situation susceptible à la fois de se répéter et de ne jamais être soumise aux tribunaux. Il est en effet très probable que la question sera soumise à cette Cour à propos d'une loi précise ou peut-être à propos d'un acte gouvernemental précis. Une décision dans l'abstrait sur les droits du f{oe}tus n'éliminerait pas nécessairement des litiges répétés à l'avenir. Malgré la grande importance de la question, il n'est pas dans l'intérêt public de statuer sur le fond pour déterminer l'état du droit. Une décision sur la question de savoir si les art. 7 et 15 de la *Charte* protègent les droits du f{oe}tus n'est pas dans l'intérêt public vu l'état d'incertitude qui pourrait résulter d'une telle décision en dehors de tout contexte législatif.

La considération de la fonction véritable de la Cour dans l'élaboration du droit est une autre raison de refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher le pourvoi au fond. La question soumise à cette Cour n'est plus celle qui était l'objet de l'action initiale. En réalité, ce qu'on demande -- une interprétation de la *Charte* en l'absence de texte législatif ou d'acte gouvernemental la faisant entrer en jeu -- transformerait le pourvoi en renvoi d'initiative privée. Si elle exerçait son pouvoir discrétionnaire dans un tel cas, la Cour empiéterait sur le droit du pouvoir exécutif d'ordonner un renvoi et pourrait empêcher la législateur de prendre une décision, en lui dictant les termes des dispositions législatives à adopter. Ce serait une dérogation marquée au rôle traditionnel de la Cour.

De plus, l'appelant n'a plus qualité pour continuer le pourvoi puisque le fondement initial de sa qualité pour agir n'existe plus. Il s'est produit deux changements importants dans la nature de l'action en l'espèce depuis que la Cour a reconnu à l'appelant qualité pour agir, en 1981. Premièrement, la demande actuelle se fonde principalement sur l'allégation que le droit du f{oe}tus à la vie et à l'égalité est garanti par les art. 7 et 15 de la *Charte*. Deuxièmement, en déclarant l'art. 251 du *Code criminel* inopérant, la Cour a fait disparaître le contexte législatif de la demande. Il n'est pas possible d'invoquer en l'espèce le par. 24(1) comme fondement de la qualité pour agir puisqu'il faut qu'il y ait violation ou négation d'un droit garanti par la *Charte* à la personne qui l'invoque. En l'espèce, les droits qui auraient été violés sont ceux du f{oe}tus. La qualité pour agir ne peut être accordée en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* parce qu'une action fondée sur le par. 52(1) doit se limiter à la contestation d'une loi ou d'un acte gouvernemental pris en vertu d'un pouvoir conféré par la loi.

Jurisprudence

Arrêts suivis: *R. c. Morgentaler* (N° 2), [1988] 1 R.C.S. 30; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Morgentaler c. La Reine* (N° 1), [1976] 1 R.C.S. 616; *Dehler v. Ottawa Civic Hospital* (1980), 29 O.R. (2d) 677 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée [1981] 1 R.C.S. viii; *The King ex rel. Tolfree v. Clark*, [1944] R.C.S. 69; *Moir v. The Corporation of the Village of Huntingdon* (1891), 19 R.C.S. 363; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Coca-Cola Company of Canada Ltd. v. Mathews*, [1944] R.C.S. 385; *Sun Life Assurance Company of Canada v. Jervis*, [1944] A.C. 111; *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, [1959] R.C.S. 58; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] R.C.S. 628; *Re Cadeddu and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 481; *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Re Maltby and Attorney-General of Saskatchewan* (1984), 10 D.L.R. (4th) 745; *Hall*

v. Beals, 396 U.S. 45 (1969); *United States v. W. T. Grant Co.*, 345 U.S. 629 (1953); *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40 (1968); *Vadeboncoeur c. Landry*, [1977] 2 R.C.S. 179; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Southern Pacific Co. v. Interstate Commerce Commission*, 219 U.S. 433 (1911); *Le Syndicat des Employés du Transport de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1970] R.C.S. 713; *Wood, Wire and Metal Lathers' Int. Union c. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America*, [1973] R.C.S. 756; *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Hardayal*, [1978] 1 R.C.S. 470; *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793; *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90; *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 15, 24(1).

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 251(4), (5), (6).

Constitution des États Unis d'Amérique, article III, art. 2(1).

Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 1.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 32.

Doctrines citées

Kates, Don B., Jr. and William T. Barker. "Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory" (1974), 62 *Calif. L.R.* 1385.

Macklem, Patrick and Eric Gartner. "Re Skapinker and Mootness Doctrine" (1984), 6 *Sup. Ct. L. Rev.* 369.

Sharpe, Robert J. "Mootness, Abstract Questions and Alternative Grounds: Deciding Whether to Decide." In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987.

"The Mootness Doctrine in the Supreme Court" (1974), 88 *Harvard L.R.* 373.

Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1988.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1987), 56 Sask. R. 129, 39 D.L.R. (4th) 731, [1987] 4 W.W.R. 385, 33 C.C.C. (3d) 402, 59 C.R. (3d) 223, qui a rejeté un appel contre un jugement du juge Matheson (1983), 29 Sask. R. 16, 4 D.L.R. (4th) 112, [1984] 1 W.W.R. 15, 8 C.C.C. (3d) 392, 36 C.R. (3d) 259. Pourvoi rejeté.

Morris C. Shumiatcher, c.r., et R. Bradley Hunter, pour l'appelant.

Claude R. Thomson, c.r., et Robert W. Staley, pour l'intervenante Interfaith Coalition on the Rights and Wellbeing of Women and Children.

Angela M. Costigan et Karla Gower, pour l'intervenante R.E.A.L. Women of Canada.

Edward Sojonky, c.r., pour l'intimé.

Mary Eberts et Helena Orton, pour l'intervenant Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ).

//Le juge Sopinka//

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA -- Le présent pourvoi, sur autorisation de cette Cour, attaque un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan, [1987] 4 W.W.R. 385, confirmant le jugement du juge Matheson de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, [1984] 1 W.W.R. 15, qui avait rejeté l'action du demandeur (l'appelant en cette Cour). Devant les cours d'instance inférieure, le demandeur a contesté la validité des par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, relatifs à l'avortement pour le motif qu'ils enfreignent des droits garantis au f{oe}tus. Après l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan et avant l'audition du présent pourvoi en cette Cour, l'art. 251, et donc les paragraphes contestés en l'espèce, a été déclaré inopérant par l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 (ci-après *R. c. Morgentaler* (N° 2)).

Vu l'évolution de la procédure, il était évident dès le début du pourvoi que la question de son caractère théorique se posait sérieusement. En outre, il paraissait douteux que le demandeur ait encore qualité pour agir et même que la question puisse être réglée par voie de justice. La Cour a donc demandé aux avocats de débattre ces points à titre de questions préliminaires. Après leurs plaidoiries, nous avons mis ces questions en délibéré et nous avons entendu le pourvoi au fond, de manière à être en mesure de statuer sur la totalité du pourvoi sans devoir rappeler les parties pour plaider si, malgré les questions préliminaires, nous décidions que le pourvoi devait suivre son cours.

Compte tenu de la conclusion à laquelle je suis arrivé, il suffit de traiter des questions du caractère théorique et de la qualité pour agir. Puisque celles-ci résultent d'un changement dans la nature des procédures, il faut faire l'historique de l'action.

Historique de l'action

Monsieur Borowski a intenté une action devant la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan en produisant, le 5 septembre 1978, une déclaration pour demander les redressements suivants:

- [TRADUCTION] a) Une ordonnance de la Cour déclarant que les par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel* sont nuls et inopérants;
- b) Une ordonnance de la Cour déclarant que toutes les dispositions des lois du Parlement du Canada et tous les textes juridiques qui visent à autoriser l'utilisation de fonds publics pour les objets mentionnés aux par. (4), (5) et (6) de l'art. 251 sont nuls et inopérants et que le versement de ces sommes est *ultra vires* et illégal;
- c) Une injonction permanente interdisant au ministre des Finances, ses agents et ses préposés, d'attribuer, de déboursier ou de rendre autrement disponible quelque somme que ce soit sur le Fonds du revenu consolidé pour l'établissement ou le maintien de comités d'avortement thérapeutique, pour la pratique d'avortements ou pour tout acte ou objet afférent à l'avortement et à la destruction de fœtus humains;
- d) Les dépens de la présente action;
- e) Tout autre redressement que la Cour estime juste et approprié.

Avant l'audition de l'affaire, les intimés ont contesté par requête la compétence de la Cour du Banc de la Reine. Cette requête a abouti à un pourvoi en cette Cour qui portait principalement sur la qualité pour agir de M. Borowski. Selon la décision de cette Cour à la majorité, publiée sous l'intitulé *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, M. Borowski avait qualité pour contester les dispositions du *Code* mentionnées dans sa déclaration. Le juge Martland dit au nom de la majorité, à la p. 598:

Selon mon interprétation, ces arrêts décident que pour établir l'intérêt pour agir à titre de demandeur dans une poursuite visant à déclarer qu'une loi est invalide, si cette question se pose sérieusement, il suffit qu'une personne démontre qu'elle est directement touchée ou qu'elle a, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi, et qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour. À mon avis, l'intimé répond à ce critère et devrait être autorisé à poursuivre son action.

Le juge en chef Laskin, avec l'appui du juge Lamer, aurait statué que M. Borowski n'avait pas qualité pour agir parce qu'il n'était pas touché par la loi alors que d'autres, comme les médecins et les hôpitaux, pouvaient l'être. Le Juge en chef a conclu qu'en conséquence M. Borowski n'avait pas un intérêt judiciaire suffisant dans la question et que la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour lui nier la qualité pour agir.

Le 18 avril 1983, le demandeur a produit une déclaration amendée par laquelle il renouvelait les allégations de violation de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III. Il ajoutait des allégations de violation de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui était entrée en vigueur le 17 avril 1982. Il demandait les redressements suivants:

- [TRADUCTION] a) Une ordonnance de la Cour déclarant que les par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel* sont *ultra vires*, inconstitutionnels, nuls et inopérants;
- b) Une ordonnance de la Cour déclarant que toutes les dispositions des lois du Parlement du Canada et tous les textes juridiques qui visent à autoriser l'utilisation de fonds publics pour les objets mentionnés aux par. (4), (5) et (6) de l'art. 251 du *Code criminel* sont *ultra vires*, inconstitutionnels, nuls et inopérants et que le versement de ces sommes est illégal;
- c) Les dépens de la présente action;
- d) Tout autre redressement que la Cour estime juste et approprié.

La Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a rejeté les arguments de M. Borowski fondés sur l'article premier de la *Déclaration canadienne des droits*. Le juge Matheson a décidé que les arrêts *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616 (ci-après *Morgentaler c. La Reine* (N^o 1)), et *Dehler v. Ottawa Civic Hospital* (1980), 29 O.R. (2d) 677 (C.A.), (autorisation de pourvoi refusée, [1981] 1 R.C.S. viii), concluaient que la *Déclaration canadienne des droits* ne permettait pas aux tribunaux de juger de la teneur ou de la sagesse des lois.

Le juge Matheson souligne que M. Borowski soutient essentiellement, en vertu de la *Charte*, que le fœtus est une personne et devrait donc être protégé par l'art. 7 de la *Charte*. La Cour conclut toutefois que les par. 251(4), (5) et (6) ne violent pas la *Charte* puisque le fœtus n'est pas visé par le mot "chacun" et ne bénéficie donc pas de l'application de l'art. 7.

En appel, M. Borowski n'a plus soutenu que la contribution du gouvernement au financement des avortements était illégale. La Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté l'appel de M. Borowski en statuant que ni l'art. 7 ni l'art. 15 (qui était entré en vigueur le 17 avril 1985, avant l'audition de l'appel) ne s'appliquent au fœtus. Au nom de la Cour, le juge Gerwing a examiné l'histoire du droit relatif au fœtus ainsi que la formulation de l'art. 7 et sa genèse législative, et il a conclu que les garanties de l'art. 7 ne s'appliquent pas à l'enfant à naître. De même, la Cour a conclu que le fœtus n'est pas visé par les mots "personne" et "tous" aux fins de l'art. 15.

Cette Cour a accordé l'autorisation de pourvoi le 3 septembre 1987. Les moyens invoqués par l'appelant dans sa requête en autorisation visent principalement les art. 7 et 15 de la *Charte*. Le 7 octobre 1987, le juge McIntyre formulait ainsi les questions constitutionnelles, conformément à l'art. 32 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74:

1. Un enfant conçu a-t-il le droit à la vie que garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, les par. 251(4), (5), (6) du *Code criminel* violent-ils ou nient-ils les principes de justice fondamentale contrairement à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. L'enfant conçu a-t-il le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination en raison de l'âge ou de déficiences mentales ou physiques, que garantit l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. Si la réponse à la question 3 est affirmative, les par. 251(4), (5), (6) du *Code criminel* violent-ils ou nient-ils les droits garantis par l'art. 15?

5. Si la réponse à la question 2 est affirmative et si la réponse à la question 4 est affirmative, les par. 251(4), (5), (6) du *Code criminel* sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Le 28 janvier 1988, après avoir autorisé le pourvoi en l'espèce, la Cour a rendu l'arrêt *R. c. Morgentaler* (N° 2), précité, dans lequel elle a jugé que l'art. 251 viole l'art. 7 de la *Charte*. En conséquence, elle a déclaré inopérant l'ensemble de l'art. 251.

En juillet 1988, en raison de l'arrêt *R. c. Morgentaler* (N° 2) de cette Cour, le procureur général du Canada a demandé l'ajournement de l'audition du pourvoi. L'intimé soutenait que le litige concernant l'art. 251 du *Code criminel* était maintenant sans objet puisque cet article avait été déclaré inopérant et que les deux autres questions constitutionnelles (les questions 1 et 3), concernant le droit de l'enfant à naître à la protection des art. 7 et 15 de la *Charte*, ne pouvaient être séparées des questions constitutionnelles qui étaient devenues théoriques. Bien que l'intimé ait soutenu que la cause était théorique, il n'a pas demandé l'annulation du pourvoi. Le juge en chef Dickson a rejeté la demande d'ajournement le 19 juillet 1988. La Cour doit donc traiter de la question du caractère théorique du litige.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour les motifs suivants: (1) la cause de M. Borowski est devenue théorique et (2) il a perdu la qualité nécessaire pour agir. L'annulation de l'art. 251 a fait disparaître sa cause d'action. La demande initiale de redressement n'a plus d'objet. Le fondement même de la qualité pour agir reconnue par cette Cour dans sa décision antérieure a lui aussi disparu.

Le caractère théorique

La doctrine relative au caractère théorique est un des aspects du principe ou de la pratique générale voulant qu'un tribunal peut refuser de juger une affaire qui ne soulève qu'une question hypothétique ou abstraite. Le principe général s'applique quand la décision du tribunal n'aura pas pour effet de résoudre un litige qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties. Si la décision du tribunal ne doit avoir aucun effet pratique sur ces droits, le tribunal refuse de juger l'affaire. Cet élément essentiel doit être présent non seulement quand l'action ou les procédures sont engagées, mais aussi au moment où le tribunal doit rendre une décision. En conséquence, si, après l'introduction de l'action ou des procédures, surviennent des événements qui modifient les rapports des parties entre elles de sorte qu'il ne reste plus de litige actuel qui puisse modifier les droits des parties, la cause est considérée comme théorique. Le principe ou la pratique général s'applique aux litiges devenus théoriques à moins que le tribunal n'exerce son pouvoir discrétionnaire de ne pas l'appliquer. J'examinerai plus loin les facteurs dont le tribunal tient compte pour décider d'exercer ou non ce pouvoir discrétionnaire.

La démarche suivie dans des affaires récentes comporte une analyse en deux temps. En premier, il faut se demander si le différend concret et tangible a disparu et si la question est devenue purement théorique. En deuxième lieu, si la réponse à la première question est affirmative, le tribunal décide s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre l'affaire. La jurisprudence n'indique pas toujours très clairement si le mot "théorique" (*moot*) s'applique aux affaires qui ne comportent pas de litige concret ou s'il s'applique seulement à celles de ces affaires que le tribunal refuse d'entendre. Pour être précis, je considère qu'une affaire est "théorique" si elle ne répond pas au critère du "litige actuel". Un tribunal peut de toute façon choisir de juger une question théorique s'il estime que les circonstances le justifient.

Quand un pourvoi est-il théorique? -- La jurisprudence

La première étape de l'analyse exige qu'on se demande s'il reste un litige actuel. Diverses circonstances, dont je vais donner des exemples, peuvent faire disparaître un litige et rendre la question théorique.

Dans l'arrêt *The King ex rel. Tolfree v. Clark*, [1944] R.C.S. 69, cette Cour a refusé d'accorder une autorisation de pourvoi à des requérants qui demandaient un jugement interdisant aux intimés d'exercer leurs fonctions de députés de l'assemblée législative de l'Ontario et de participer à ses délibérations. L'assemblée législative avait été dissoute avant l'audition de l'affaire par cette Cour. Le juge en chef Duff, au nom de la Cour, dit à la p. 72:

[TRADUCTION] Il s'agit d'une de ces affaires où les circonstances auxquelles les procédures des tribunaux d'instance inférieure se rapportent et sur lesquelles elles sont fondées n'existent plus, le substratum du litige a disparu. Selon les principes reconnus, il n'est plus possible de connaître du pourvoi. [Je souligne.]

Dans l'affaire *Moir v. The Corporation of the Village of Huntingdon* (1891), 19 R.C.S. 363, l'abrogation du règlement municipal contesté avant l'audition du pourvoi a entraîné la conclusion que l'appelant n'avait pas d'intérêt réel et qu'une décision n'aurait pas de conséquence pour les parties, sauf pour les dépens. De même, dans une situation analogue à l'espèce, le Conseil privé a refusé de se prononcer sur la constitutionnalité de dispositions législatives contestées parce que les lois en cause avaient été abrogées avant l'audition: *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (C.P.)

Certains pourvois n'ont pas été entendus dans des cas où l'appelant avait pris l'engagement de verser à l'intimé les dommages-intérêts accordés par les cours d'instance inférieure et les dépens, quelle que soit l'issue du pourvoi: *Coca-Cola Company of Canada Ltd. v. Mathews*, [1944] R.C.S. 385, et *Sun Life Assurance Company of Canada v. Jervis*, [1944] A.C. 111. Dans l'affaire

Coca-Cola v. Mathews, le juge en chef Rinfret a statué que l'engagement avait comme conséquence d'éliminer tout litige entre les parties de sorte que la Cour aurait été forcée de se prononcer sur une question juridique abstraite.

Dans un autre cas, la vente d'un restaurant pour lequel on cherchait à obtenir un renouvellement du permis exigé par le règlement municipal contesté avait rendu la question théorique: *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, [1959] R.C.S. 58. Pour certains problèmes de courte durée, le litige n'existe plus quand l'affaire est portée en appel. C'est ce qui est arrivé dans l'affaire *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] R.C.S. 628, quand la fin de la grève qui opposait les parties a mis fin au litige concernant la validité de l'injonction qui interdisait certains actes de grève à l'une de ces parties.

Un changement dans la situation des parties à une action peut aussi éliminer l'aspect tangible du litige. Le décès d'une partie qui contestait la validité d'une audition sur la révocation de sa libération conditionnelle (*Re Cadeddu and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 481 (C.A.)) et, dans un autre cas, le décès d'une partie qui contestait une contravention pour excès de vitesse (*R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234) ont mis fin à des litiges concrets.

De même, l'inapplicabilité d'une loi à celui qui en conteste la validité rend le litige théorique: *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357. Une situation semblable se présente quand l'appel d'une déclaration de culpabilité est considéré comme théorique parce que l'accusé a purgé la peine avant l'audition de l'appel: *Re Maltby v. Attorney General of Saskatchewan* (1984), 10 D.L.R. (4th) 745 (C.A. Sask.)

La question du caractère théorique a été étudiée plus fréquemment aux États-Unis, dans la jurisprudence et la doctrine, et l'analyse du principe y est plus développée. Cela tient

vraisemblablement au par. 2(1) de l'article III de la Constitution américaine qui exige qu'il y ait "une cause ou un différend":

2. (1) Le pouvoir judiciaire s'étendra à toutes les causes, en droit (*Law*) et en équité (*Equity*), survenues sous l'empire de la présente constitution, des lois des États-Unis, des traités conclus, ou qui seraient conclus, sous leur autorité; à toute les causes concernant les ambassadeurs, les autres ministres et les consuls; à toutes les causes d'amirauté et de juridiction maritime; aux différends dans lesquels les États-Unis seront partie; aux différends entre deux ou plusieurs États; entre un État et les citoyens d'un autre État; entre citoyens de différents États; entre citoyens d'un même État réclamant des terres en vertu de concessions d'autres États; entre un État ou ses citoyens et des États, citoyens ou sujets étrangers.

(Traduction de S. Rials, Presses Universitaires de France.)

Cependant, en dépit de la consécration du principe dans la Constitution, la doctrine du caractère théorique a ses sources dans des principes de *common law* semblables à ceux qui prévalent au Canada: voir "The Mootness Doctrine in the Supreme Court" (1974), 88 *Harvard L.R.* 373, à la p. 374. Les cas où l'on a conclu au caractère théorique de l'action sont semblables à ceux du Canada. Par exemple, dans *Hall v. Beals*, 396 U.S. 45 (1969), la contestation par un électeur du Colorado de la condition de résidence de six mois a été déclarée théorique parce qu'une modification de la loi avait soustrait le demandeur à l'application de cette loi. La question a été soulevée dans l'affaire *United States v. W. T. Grant Co.*, 345 U.S. 629 (1953), parce que le défendeur avait volontairement mis fin à la conduite illégale alléguée. De même, dans *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40 (1968), le caractère théorique a été invoqué parce que l'accusé avait fini de purger sa peine avant l'appel de sa déclaration de culpabilité.

La jurisprudence américaine manifeste le même souci de juger une action au fond dans certaines circonstances même si le litige n'est plus ni concret ni tangible. La règle selon laquelle les tribunaux ne se prononcent pas sur des questions abstraites, hypothétiques ou contingentes

n'est pas absolue (voir: Tribe, *American Constitutional Law* (2^e éd. 1988), à la p. 84; Kates et Barker, "Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory" (1974), 62 *Calif. L.R.* 1385). L'analyse en deux temps permet à une cour d'entendre un appel au fond même si la question est théorique.

Le présent pourvoi est-il théorique?

À mon avis, il n'y a plus de litige actuel ni de différend concret puisque le substratum du pourvoi de M. Borowski a disparu. Son action était fondée sur une contestation de la constitutionnalité des par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel*. Cet article ayant été déclaré inopérant par l'arrêt *R. c. Morgentaler* (N^o 2), précité, la raison d'être de l'action a disparu. Aucun des redressements demandés dans la déclaration n'est pertinent. Trois des cinq questions constitutionnelles énoncées visent expressément l'art. 251 et n'ont plus d'objet. Les deux autres ont trait à la portée des droits garantis par les art. 7 et 15 de la *Charte* et ne peuvent être traitées séparément de la contestation de l'art. 251. Ces questions étaient accessoires à la question principale de l'inconstitutionnalité des dispositions du *Code criminel* relatives à l'avortement. Elles n'étaient qu'une étape du processus d'examen des dispositions contestées en vertu de la *Charte*.

De toute façon, cette Cour n'est pas liée par la formulation d'une question constitutionnelle. La question ne peut servir non plus à transformer un pourvoi en renvoi: *Vadeboncoeur c. Landry*, [1977] 2 R.C.S. 179, aux pp. 187 et 188, et *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, à la p. 71. La procédure établie par l'art. 32 des *Règles de la Cour suprême du Canada* ne vise pas à introduire de nouvelles questions, mais à définir avec précision les questions constitutionnelles litigieuses qui ressortent du dossier. L'article 32 dit:

32. (1) Lorsque, dans le cas d'un pourvoi autorisé par la Cour, par la cour de dernier ressort d'une province, par la Cour d'appel fédérale ou d'un pourvoi de plein droit, une partie

a) entend contester la validité ou l'applicabilité constitutionnelle d'une loi du Parlement du Canada ou d'une loi, de la législature d'une province, ou de l'un de leurs règlements d'application,

b) entend plaider le caractère inopérant d'une loi du Parlement du Canada ou d'une loi de la législature d'une province ou de leurs règlements d'application,

elle doit, après avoir donné un avis aux autres parties et dans les 30 jours de l'autorisation de pourvoi ou de l'inscription de l'avis de pourvoi, s'adresser au Juge en chef ou à un juge pour que soit formulée la question.

Les questions ne peuvent donc pas servir de fondement distinct à un pourvoi qui est par ailleurs théorique.

Compte tenu de ce qui précède, je conclus que le pourvoi est théorique. Il est donc nécessaire d'aborder la seconde étape de l'analyse et d'examiner les éléments sur lesquels la Cour devrait se fonder pour décider d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre ou refuser d'entendre le pourvoi.

L'exercice du pouvoir discrétionnaire: les critères applicables

Puisque le pouvoir discrétionnaire à exercer concerne l'application d'une politique ou d'une pratique de la Cour, il n'est pas surprenant de ne pas pouvoir dégager de la jurisprudence un ensemble précis de critères. Aux États-Unis, le même problème a amené des commentateurs à dire que [TRADUCTION] "le droit est un fatras de théories incohérentes et disparates, ce qui rend indispensable une généralisation judiciaire convaincante." (Kates et Barker, "Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory", précité, à la p. 1387). J'ajouterais qu'il n'est pas souhaitable d'aller au-delà d'une généralisation convaincante parce qu'une liste exhaustive

aurait comme conséquence d'entraver indûment, pour l'avenir, le pouvoir discrétionnaire de la Cour. Il s'agit néanmoins d'un pouvoir discrétionnaire à exercer de façon judiciaire selon les principes établis.

Pour formuler des lignes directrices applicables à l'exercice du pouvoir discrétionnaire visant à écarter une pratique habituelle, il est utile d'en étudier les assises. Dans la mesure où une assise donnée de cette pratique est faible ou inexistante, les raisons de l'appliquer diminuent ou disparaissent.

La première raison d'être de la politique ou de la pratique en question tient à ce que la capacité des tribunaux de trancher des litiges a sa source dans le système contradictoire. L'exigence du débat contradictoire est l'un des principes fondamentaux de notre système juridique et elle tend à garantir que les parties ayant un intérêt dans l'issue du litige en débattent complètement tous les aspects. Il semble que cette exigence puisse être remplie si, malgré la disparition du litige actuel, le débat contradictoire demeure. Par exemple, même si la partie qui a engagé des procédures en justice n'a plus d'intérêt direct dans l'issue, il peut subsister des conséquences accessoires à la solution du litige qui fournissent le contexte contradictoire nécessaire. C'est un des facteurs qui a joué dans la décision de cette Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans l'affaire *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, précitée. Après la vente du restaurant pour lequel on demandait le renouvellement du permis d'exploitation et de vente de boissons alcooliques, il n'était plus possible de délivrer le *mandamus* relatif au permis. Néanmoins, subsistaient des poursuites contre l'appelante pour infraction au règlement municipal que visait l'action en justice. La détermination de la validité du règlement avait des conséquences accessoires pour l'appelante et lui donnait l'intérêt requis pour agir qu'autrement elle n'aurait pas eu.

Aux États-Unis, les conséquences accessoires ont un rôle reconnu dans la décision d'exercer le pouvoir discrétionnaire d'entendre une affaire. Dans *Southern Pacific Co. v. Interstate Commerce Commission*, 219 U.S. 433 (1911), on avait demandé à la Cour suprême des États-Unis de se prononcer sur une ordonnance de l'Interstate Commerce Commission qui imposait un plafond sur certains prix de transport. Malgré la caducité de l'ordonnance, la Cour a conclu, entre autres choses, que la responsabilité éventuelle de la société de chemins de fer envers les expéditeurs constituait une conséquence accessoire qui justifiait une décision sur le fond. L'arrêt *Sibron v. New York*, précité, consacre le principe d'après lequel les conséquences accessoires d'une cause d'action terminée justifient un appel. Dans cette affaire, l'appelant avait interjeté appel de sa déclaration de culpabilité après avoir déjà purgé sa peine. Le juge en chef Warren dit, à la p. 55:

[TRADUCTION] . . . la plupart des déclarations de culpabilité comportent des conséquences juridiques accessoires défavorables. Cette seule "possibilité" suffit pour empêcher qu'une affaire pénale se termine "ignominieusement dans les limbes des affaires théoriques".

Au Canada, les arrêts *Law Society of Upper Canada c. Skapinker* et *R. c. Mercure*, précités, illustrent le mécanisme de ce principe. Dans ces affaires, l'intérêt des intervenants dans l'issue du pourvoi fournissait le contexte contradictoire nécessaire pour permettre à la Cour d'entendre ces causes.

La deuxième grande raison d'être de la doctrine du caractère théorique tient à l'économie des ressources judiciaires. (Voir: Sharpe, "Mootness, Abstract Questions and Alternative Grounds: Deciding Whether to Decide", *Charter Litigation*.) La triste réalité est qu'il nous faut rationner et répartir entre les justiciables des ressources judiciaires limitées. Le fait que les litiges actifs qui reçoivent une autorisation de pourvoi en cette Cour représentent une faible proportion du nombre total des demandes présentées, témoigne de cette réalité. La saine économie des

ressources judiciaires n'empêche pas l'utilisation de ces ressources, si limitées soient-elles, à la solution d'un litige théorique, lorsque les circonstances particulières de l'affaire le justifient.

L'économie des ressources judiciaires n'empêche pas non plus d'entendre des affaires devenues théoriques dans les cas où la décision de la cour aura des effets concrets sur les droits des parties même si elle ne résout pas le litige qui a donné naissance à l'action. L'influence de ce facteur, combiné au premier facteur mentionné plus haut, est évidente dans l'affaire *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, précitée.

De même, il peut être justifié de consacrer des ressources judiciaires à des causes théoriques qui sont de nature répétitive et de courte durée. Pour garantir que sera soumise aux tribunaux une question importante qui, prise isolément, pourrait échapper à l'examen judiciaire, on peut décider de ne pas appliquer strictement la doctrine du caractère théorique. Ce fut le cas dans l'arrêt *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, précité. L'affaire portait sur la validité d'une injonction interlocutoire qui interdisait certains actes de grève. Quand l'affaire a été soumise à cette Cour, la grève avait déjà fait l'objet d'un règlement. C'est le résultat habituel d'une injonction provisoire dans les conflits du travail. Si la question devait être tranchée un jour, il était presque inévitable qu'elle le soit dans un cas devenu théorique. La Cour a donc exercé son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire. D'autres exemples sont: *Le Syndicat des Employés du Transport de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1970], R.C.S. 713, et *Wood, Wire and Metal Lathers' Int. Union c. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America*, [1973] R.C.S. 756. Le simple fait, cependant, que la même question puisse se présenter de nouveau, et même fréquemment, ne justifie pas à lui seul l'audition de l'appel s'il est devenu théorique. Il est préférable d'attendre et de trancher la question dans un véritable contexte contradictoire, à moins qu'il ressorte des circonstances que le différend aura toujours disparu avant d'être résolu.

On justifie également de façon assez imprécise, l'utilisation de ressources judiciaires dans des cas où se pose une question d'importance publique qu'il est dans l'intérêt public de trancher. Il faut mettre en balance la dépense de ressources judiciaires et le coût social de l'incertitude du droit. Voir *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Hardayal*, [1978] 1 R.C.S. 470, et Kates et Barker, dans l'ouvrage précité, aux pp. 1429 à 1431. Le juge Locke a fait allusion à cela dans l'arrêt *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, précité, à la p. 91: [TRADUCTION] "La question a, je l'ai dit, de l'importance pour toutes les institutions municipales du Canada."

C'est le motif pour lequel cette Cour a décidé d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans le *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793. La question de la constitutionnalité du rapatriement de la Constitution était devenue théorique après le rapatriement. La Cour dit à la p. 806:

Tout en conservant son pouvoir discrétionnaire d'entendre ou non un pourvoi de plein droit lorsque la question est devenue théorique, la Cour peut, dans l'exercice de ce pouvoir, tenir compte de l'importance de la question constitutionnelle tranchée par une cour d'appel dont la décision serait soustraite à l'examen ultérieur de cette Cour.

Dans les présentes circonstances, il appert souhaitable de répondre à la question constitutionnelle afin de dissiper tous les doutes qu'elle suscite; voilà pourquoi il y sera répondu.

Manifestement, la présence d'une question d'importance nationale dans un pourvoi, qui est par ailleurs théorique, ne suffit pas. Tous les pourvois en cette Cour doivent avoir une importance nationale, à l'exception des pourvois de plein droit considérés assez importants par le législateur pour être soumis à cette Cour. Il faut aussi l'élément additionnel que constitue le coût social de laisser une question sans réponse. Ce facteur paraît avoir largement influencé la décision de la majorité dans l'arrêt de cette Cour *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90.

La troisième raison d'être de la doctrine du caractère théorique tient à ce que la Cour doit prendre en considération sa fonction véritable dans l'élaboration du droit. La Cour doit se montrer sensible à sa fonction juridictionnelle dans notre structure politique. On pourrait penser que prononcer des jugements sans qu'il y ait de litige pouvant affecter les droits des parties est un empiétement sur la fonction législative. La nécessité de garder une certaine souplesse à cet égard a été plus clairement reconnue aux États-Unis où la notion de caractère théorique est un aspect du concept plus large de justiciabilité. (Voir: Kates et Barker, "Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory", précité, et Tribe, *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988), à la p. 67.)

À mon avis, c'est aussi l'un des trois objets fondamentaux de la doctrine canadienne du caractère théorique et un facteur très important en l'espèce. Je suis essentiellement d'accord avec ce que disent P. Macklem et E. Gertner dans "Re Skapinker and Mootness Doctrine" (1984), 6 *Sup. Ct. L. Rev.* 369, à la p. 373:

[TRADUCTION] Cette dernière fonction de la doctrine du caractère théorique -- la souplesse politique -- peut être considérée comme le degré supplémentaire de souplesse, à l'égard d'un différend tenu pour théorique, dans le rôle que joue la Cour dans l'élaboration du droit. La doctrine du caractère théorique permet à la Cour de ne pas entendre une affaire parce qu'il n'existe plus de litige entre les parties, même si la Cour estime que la question a une importance nationale. Même si elle a des liens avec le facteur d'économie des ressources judiciaires, parce qu'il s'agit de déterminer si la décision de l'affaire aura comme conséquence de créer une jurisprudence inutile, la souplesse politique permet à la Cour de tenir compte de son rôle dans le cadre constitutionnel canadien et traduit en même temps la mesure dans laquelle la Cour peut diriger l'évolution du droit.

Je préfère toutefois ne pas utiliser l'expression "souplesse politique", afin d'éviter toute confusion possible avec la doctrine des questions politiques. Au moment de décider d'exercer le pouvoir discrétionnaire d'entendre une affaire théorique, la Cour doit être consciente de la mesure dans laquelle elle pourrait s'écarter de son rôle traditionnel.

En exerçant son pouvoir discrétionnaire à l'égard d'un pourvoi théorique, la Cour doit tenir compte de chacune des trois raisons d'être de la doctrine du caractère théorique. Cela ne signifie pas qu'il s'agit d'un processus mécanique. Il se peut que les principes examinés ici ne tendent pas tous vers la même conclusion. L'absence d'un facteur peut prévaloir malgré la présence de l'un ou des deux autres, ou inversement.

L'exercice du pouvoir discrétionnaire: application des critères

Pour l'application de ces critères au présent pourvoi, je ne crains pas vraiment l'absence de débat contradictoire. Le pourvoi a été plaidé avec autant de zèle et de ferveur de la part des deux parties que si la question n'avait pas été théorique.

Le second facteur à considérer est l'économie des ressources judiciaires. L'avocat de l'appelant soutient qu'un dossier imposant a été constitué devant les tribunaux d'instance inférieure et que ce dossier deviendrait inutile si l'affaire n'était pas jugée au fond. Quoique cet argument ait du mérite, on peut dire la même chose de presque tous les pourvois soumis à cette Cour. Faire droit à cet argument aurait comme conséquence d'affaiblir la doctrine du caractère théorique qui par définition s'applique si, à quelque étape que ce soit, le fondement de l'action disparaît. Il n'est pas possible non plus de faire jouer en faveur de l'appelant le fait que la Cour a mis les questions préliminaires en délibéré et a entendu le pourvoi. À défaut de requête en annulation, c'était la seule solution pratique pour éviter la division du pourvoi. Il serait anormal qu'en mettant en délibéré la question de la nature théorique et en entendant le pourvoi au fond, la Cour compromette son pouvoir discrétionnaire de le décider.

Aucun des autres facteurs dont j'ai parlé et qui justifieraient de consacrer des ressources judiciaires à l'affaire ne s'applique. L'affaire n'aura pas d'effets accessoires pratiques sur les

droits des parties. Il ne s'agit pas d'une situation susceptible à la fois de se répéter et de ne jamais être soumise aux tribunaux. Il sera probablement possible de soumettre la question à la Cour à propos d'une loi précise ou peut-être à propos de l'examen d'un acte gouvernemental précis. De plus en l'espèce, une décision dans l'abstrait sur les droits du fœtus ne favoriserait pas nécessairement l'économie des ressources judiciaires puisqu'il est probable que, de toute façon, les tribunaux soient appelés à se prononcer sur des textes législatifs ou des actes gouvernementaux précis. Quoique je n'exprime pas d'opinion sur les droits du fœtus, je ne suis pas certain du tout qu'une décision sur le fond éliminerait la nécessité de litiges répétés.

De plus, même s'il soulève une question de grande importance pour le public, il ne s'agit pas d'un cas où il serait dans l'intérêt du public de statuer sur le fond de la question pour déterminer l'état du droit. L'appelant demande une interprétation générale des art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans le contexte d'une loi, les droits du fœtus pourraient être examinés ou, du moins, considérés par rapport aux droits garantis à la femme par l'art. 7: voir *R. c. Morgentaler* (Nº 2), précité, le juge en chef Dickson, à la p. 75, le juge Beetz, aux pp. 122 et 123, et le juge Wilson, aux pp. 181 et 182. Un jugement en faveur de la thèse de l'appelant, suivant laquelle le fœtus jouit des droits garantis par l'art. 7 dès sa conception, reviendrait à trancher la question hors de son contexte. Les médecins et les hôpitaux seraient alors obligés de se demander comment appliquer une telle décision et respecter les droits garantis aux femmes par l'art. 7. Pendant les plaidoiries, on a demandé à l'avocate de R.E.A.L. Women ce que les médecins feraient, si l'appelant avait gain de cause, dans le cas d'une femme enceinte dont la vie ne pourrait être sauvée que par un avortement. Il a répondu que les médecins et les législateurs passeraient quelques nuits blanches à chercher une solution. Un tel état d'incertitude n'est certainement pas dans l'intérêt public. Au lieu de clarifier le droit, une décision en faveur de l'appelant aurait l'effet contraire.

Même si j'étais enclin à me prononcer en faveur de l'appelant pour les deux premiers facteurs, je refuserais d'exercer le pouvoir discrétionnaire de rendre une décision sur le fond du pourvoi à cause du troisième facteur. Un des éléments de ce troisième facteur est la nécessité d'être sensible à l'efficacité et à l'efficience de l'intervention judiciaire. La nécessité pour les tribunaux de faire preuve d'une certaine souplesse dans l'application de la doctrine du caractère théorique exige plus que la simple considération de l'importance de la question. L'appelant demande une opinion juridique sur l'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés* en l'absence de loi ou d'acte gouvernemental qui donnerait lieu à l'application de la *Charte*. Seul le gouvernement peut le faire. L'appelant cherche en réalité à transformer le pourvoi en renvoi d'initiative privée. En fait, il ne cherche même pas à faire trancher la question qui était l'objet de l'action, c'est-à-dire la validité de l'art. 251 du *Code criminel*. Il veut maintenant poser une question qui a trait à la *Charte canadienne des droits et libertés* uniquement. On ne demande pas une réponse à une question théorique, mais une réponse à une question différente, à une question abstraite. Faire droit à cette demande empiéterait sur le droit du pouvoir exécutif d'ordonner un renvoi et pourrait empêcher le législateur de prendre une décision, en lui dictant les termes des dispositions législatives à adopter. Ce serait une dérogation marquée au rôle traditionnel de la Cour.

Ayant décidé que le pourvoi est théorique, je suis d'avis de refuser d'exercer le pouvoir discrétionnaire de la Cour pour le trancher au fond.

La qualité pour agir

Dans son action initiale, M. Borowski soutenait que les par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel* enfreignaient le droit à la vie garanti par l'article premier de la *Déclaration canadienne des droits: Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, précité. Cette Cour a statué que M. Borowski avait

qualité pour agir parce qu'il pouvait faire la preuve d'"un intérêt véritable" quant à la validité de la loi.

La qualité pour agir a été reconnue à M. Borowski parce que celui-ci voulait contester une loi précise. Le juge Martland a examiné les arrêts antérieurs de cette Cour relatifs à la qualité pour agir, *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, et *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265, et il a conclu que l'appelant avait qualité pour agir parce que "à titre de citoyen, [il avait] un intérêt véritable quant à la validité de la loi" contestée (à la p. 598).

La Cour s'est essentiellement appuyée sur l'arrêt *Thorson*, précité, dans lequel le juge Laskin (plus tard Juge en chef) a dit, au nom de la majorité, à la p. 161:

À mon avis, la qualité pour agir d'un contribuable fédéral qui cherche à contester la constitutionnalité d'une loi fédérale est une matière qui relève particulièrement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire des cours de justice, puisqu'elle se rapporte à l'efficacité du recours. La question de savoir si la question qu'on cherche à soulever peut être réglée par les tribunaux est au c{oe}ur de ce pouvoir discrétionnaire . . . [Je souligne.]

Je crois que ces arrêts ont clairement élargi le fondement de la qualité pour agir quand une loi précise fait l'objet d'une contestation fondée sur des moyens constitutionnels.

Il s'est produit deux changements importants dans la nature de l'action en l'espèce depuis que la Cour a reconnu à M. Borowski la qualité pour agir en 1981. D'abord la demande actuelle se fonde principalement sur l'allégation que le droit du f{oe}tus à la vie et à l'égalité est garanti par les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Deuxièmement, en déclarant l'art. 251 inopérant, l'arrêt *R. c. Morgentaler (N° 2)*, précité, a fait disparaître le contexte législatif de la demande.

Par application du par. 24(1) de la *Charte* et du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il y a deux moyens d'avoir qualité pour agir en vertu de la *Charte*. Le paragraphe 24(1) dit:

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou 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.

À mon avis, il n'est pas possible d'invoquer en l'espèce le par. 24(1) comme fondement de la qualité pour agir. Le paragraphe 24(1) exige expressément qu'il y ait violation ou négation d'un droit garanti par la *Charte*. La demande de l'appelant ne remplit pas cette condition puisqu'il allègue la violation des droits du f{oe}tus, et non de ses propres droits.

On ne peut non plus se fonder sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour reconnaître à M. Borowski qualité pour agir. Le paragraphe 52(1) dit:

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

Ce paragraphe prévoit donc un autre moyen d'avoir qualité pour agir selon les trois arrêts qui ont étendu la doctrine relative à cette question, les arrêts *Thorson*, *McNeil* et *Borowski*.

Cependant ces trois arrêts portaient sur la contestation d'une loi précise et, de la même manière, une action fondée sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* doit se limiter à la contestation d'une loi ou d'un acte gouvernemental pris en vertu d'un pouvoir conféré par la loi. Ici, l'appelant ne conteste ni "une loi" ni un acte gouvernemental qui fait jouer les dispositions de la *Charte*. L'appelant demande une interprétation pure et simple de deux dispositions de la *Charte*. Pour ce faire, la Cour devrait ainsi répondre à une question totalement

abstraite et, par la même occasion, sanctionner un renvoi d'initiative privée. À mon avis, le fondement initial de la qualité pour agir a disparu et le demandeur n'a plus qualité pour continuer ce pourvoi.

En conséquence, le pourvoi est rejeté et pour le motif qu'il est théorique et pour le motif que l'appelant n'a plus qualité pour agir. À mon avis, au lieu de demander l'ajournement du pourvoi, l'intimé aurait dû demander son annulation. Cette demande aurait certainement dû être présentée après le refus de la demande d'ajournement. En ne le faisant pas, on a occasionné des dépenses inutiles à l'appelant en l'obligeant à préparer et soutenir le présent pourvoi. Dans les circonstances, il convient que l'intimé paie à l'appelant les dépens du présent pourvoi depuis la décision rendue sur la demande d'ajournement le 19 juillet 1988.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Shumiatcher - Fox, Regina.

Procureurs de l'intervenante Interfaith Coalition on the Rights and Wellbeing of Women and Children: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

Procureur de l'intervenante R.E.A.L. Women of Canada: Angela M. Costigan, Toronto.

Procureur de l'intimé: Frank Iacobucci, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ): Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

